



VNIVERSITAT E VALÈNCIA

TESIS DOCTORAL

**EXPLOTACIÓN EN LÍNEA DE OBRAS Y
PRESTACIONES PROTEGIDAS POR EL
DERECHO DE AUTOR: SUJETOS, OBJETO,
CONTENIDO Y LÍMITES.**

Cristina Vicent López

Director:

Dr. Javier Plaza Penadés

Catedrático de Derecho Civil

Universitat de València

Programa de doctorado:

Estudis Jurídics, Ciència Política i Criminologia

Facultat de Dret

Universitat de València, 2015

A tu, en qualsevol univers.

*“...Llevaron la nave
a favor del océano, siguiendo el correr de sus ondas,
al principio los remos, después la mejor de las brisas.”*

Canto XI, Odisea, Homero.

AGRADECIMIENTOS

Al Prof. Dr. Vicente Montés Penadés, en cuyo programa de doctorado comencé mi andadura investigadora, y cuya maestría dejó una huella indeleble.

A mi director de tesis doctoral Prof. Dr. Javier Plaza Penadés, por su generosidad al aceptar esta dirección, por su ineludible apoyo, a quien siempre estaré agradecida.

A la Prof. Dra. Carmen López Beltrán de Heredia, por el apoyo y la amistad que me ofreció, siempre te recordaré.

A todos los miembros del Departamento de Derecho Civil de la Universitat de València con quienes coincidí durante el período de mi beca de investigación predoctoral. Gracias por vuestra acogida y afecto.

Al Prof. Dr. Vicente Escuin Palop, a quien quiero agradecer su ayuda, y la posibilidad que me ofreció de ampliar mi horizonte jurídico hacia el Derecho Público.

A la Prof. Dra. M^a Dolores Salvador Moya, más que una amiga, parte de nuestra familia, por todos los momentos compartidos.

Al Prof. Dr. José María Bernardo Paniagua, por sus clases de comunicación audiovisual y sus esquemas en una pizarra, tantas lecturas sugeridas que quedan en mí.

A Amparo Borrell, porque sobran las palabras.

A mis padres, por su apoyo incondicional.

A mis hermanas y hermanos, porque juntos aprendimos el valor de la unión, y a sus parejas que forman parte de este cariño.

A todos mis sobrinos. En especial, a Ricardo y Sandra, María y Ana, Adrián, y Carlos. Y a los más pequeños Marina, Ricardo y Daniela, que apenas abren sus ojos al mundo.

A mi otra familia, Amparo, Ximo, Quino, Carmina, Pili y los Santiagos, por tantas horas robadas al calor de la chimenea.

A Cristina Rausell que, de un modo fantástico, me alejó y me acercó hasta aquí. A Javier Vayá Albert y Santiago González Carriedo, y nuestros encuentros mágicos.

Y también a todos esos amigos en el día a día. A mi amiga Patricia Soler, por nuestros más de treinta años de amistad, a su marido Javi, y a los pequeños, Adriana y Javier. A nuestros tres chicos, Javi Quintanilla, Rafa Pérez y Juanma, por todas las risas compartidas. A Teresa Torres y Alberto Bravo, por tantos años de amistad. A las petunias científicas, Leire Zubizarreta, Miriam Miranda, Vitoria Rocha, Sonia Melendi, Alba Centeno, y Sonia Villablino. Y a toda la buena gente de Asturias, a Olga García y Adolfo Fernández. A Teresa Gavilà, Alberto y la pequeña Aitana. A Rut Benavente y a Emilio Rayón, nuestros atardeceres de vinos y ciencia. A mi grupo Bloomsbury, mi querida amiga María López, y sus pequeños Una y Pol, a María Verchili, y su pequeño Mario. A Ignacio Blanco, a quien siempre he tenido un especial cariño y respeto. A Casilda Burguet y Amparo Fletes, mis adoradas supremas. Y tantos otros amigos y compañeros queridos de la Generalitat, a Eduardo García de Leonardo, a quien tengo en gran estima personal y profesional, a Caridad Gally, Manolo Moreno, Carmen Juárez y a su hombrecito llamado Marcos, a Gema Plaza, Delia Cuenca, Pain Ferrer, Pino Baraja, y tantos otros que no nombro pero que están después de tantos años en mi corazón.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO.- Internet y la revolución digital en la sociedad de la información.....3

1. La aparición de Internet: su impacto en la Sociedad de la Información y en la difusión de obras protegidas por el derecho de autor	5
1.1 Origen y evolución de Internet	5
1.2 Concepto y características	9
1.3 Estructura de Internet	11
1.4 Proceso de transmisión de la información en Internet	13
2. La explotación de contenidos protegidos por el Derecho de Autor: la revolución digital. Desmaterialización del soporte y nuevas funcionalidades de la copia digital	15
2.1 Características de los nuevos soportes digitales en la red	15
2.2 Desmaterialización del soporte: nuevos usos en la red	17

CAPÍTULO SEGUNDO.- Nuevos riesgos y regímenes de protección del derecho de autor.....21

1. Descargas y accesos ilegales de copias digitales en Internet: de la desaparición del soporte a la despatrimonialización del autor	23
1.1 Redes P2P: de la copia privada ripeada al intercambio colectivo de archivos digitales con contenidos protegidos en la red	23
A) La distinción entre explotación legal y utilización ilícita sin autorización en Internet	23
B) NAPSTER: el origen de la polémica en torno a las redes P2P	24
C) El caso NAPSTER como lección aprendida y la aparición de las redes P2P de segunda generación	27
1.2 Situación actual: coexistencia de las redes P2P con otros sistemas de puesta a disposición de contenidos protegidos	31
2. Los tratados internacionales del derecho de autor auspiciados por la OMPI como respuesta al nuevo entorno tecnológico	33
3. La <i>Digital Millenium Copyright Act</i>	40
4. Implementación de los tratados internacionales y la respuesta europea	43
4.1 Libros Verdes y documentos previos en materia de derechos de autor y sociedad de la información	43
4.2 El régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: Directiva 2000/31/CE	45
4.3 La armonización del derecho de autor en el nuevo escenario de Internet: Directiva 2001/29/CE (DDASI)	48
4.4 Directivas posteriores a la DDASI en el ámbito de la Sociedad de la Información	51
5. Las reformas del TRLPI y los sucesivos intentos de adaptación de la “vieja” ley al nuevo escenario de Internet	52
6. Sobre la supuesta crisis del Derecho de Autor en el nuevo entorno digital. Aproximaciones teóricas	57

CAPÍTULO TERCERO.- Las medidas tecnológicas de protección y la protección para la gestión de derechos.....	67
1. Una primera aproximación conceptual y técnica	69
1.1 Las medidas tecnológicas de protección destinadas a controlar el acceso y uso de la obra	69
1.2 Medidas que incorporan información para la gestión de derechos	72
2. Régimen jurídico aplicable	74
2.1 El Tratado de la OMPI de derecho de autor y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas	74
2.2 Su regulación y armonización comunitaria en la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001	78
A) Ámbito de aplicación	78
B) El concepto normativo de medida tecnológica de protección	79
C) Medidas tecnológicas y excepciones al derecho de autor	82
D) Actos de elusión prohibidos de las medidas tecnológicas de protección	85
E) La capacidad normativa de los Estados miembros	86
F) Información para la gestión de derechos	86
2.3 Incorporación al ordenamiento jurídico español de la DDASI en el TRLPI	89
A) Consideraciones generales	89
B) En especial, sobre algunas excepciones	91
2.4 Otras regulaciones de Derecho Comparado, en especial la Digital Millenium Copyright Act de 1998	91
2.5 Valoración crítica de las medidas tecnológicas de protección y su encaje en el sistema de Derecho de Autor	94

PRIMERA PARTE
SUJETOS EN LA EXPLOTACIÓN Y UTILIZACIÓN EN LÍNEA DE OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET.

PREÁMBULO.....	99
-----------------------	-----------

CAPÍTULO PRIMERO.- Sujetos tradicionales del derecho de autor: de la dogmática clásica sobre la autoría a los nuevos modelos del entorno digital.....

1. El autor: de la noción de huella personal a la idea del esfuerzo creador colectivo	103
1.1 La creación como hecho jurídico de atribución de la condición de autor	103
1.2 Paternidad intelectual y decisión personal sobre la divulgación de la obra en Internet	105
1.3 La persona jurídica: excepción a la obra protegida como expresión de una personalidad creadora	109
1.4 La autoría múltiple: la obra en colaboración.	113
A) El concepto de obra de colaboración	116
B) El régimen de explotación de la obra en colaboración en el art.7 del TRLPI	121
1.5 Nuevas formas emergentes de producir y compartir la información de forma colectiva: entornos wikis, programas de código abierto y otras formas de participación en línea	130

2. Los derechohabientes del autor en actos <i>inter vivos</i> : cesionarios y licenciarios	134
2.1 La transmisión de derechos de explotación por el autor: Consideraciones previas	134
2.2 La capacidad del autor para transmitir derechos de explotación digital o facultades de uso digital de la obra en Internet	135
2.3 La transmisión <i>inter vivos</i> de derechos de explotación digital o facultades de uso en Internet por el autor a terceros. Negocios de cesión y regímenes de licencias	147
A) El régimen previsto en el TRLPI	147
a) El cesionario en exclusiva de los derechos de explotación digital de la obra en Internet	150
b) El titular de una licencia de uso digital de la obra en Internet	153
B) Nuevas licencias que favorecen la utilización colectiva y libre de la obra: <i>Creative Commons</i>	154
C) Otros sistemas o entornos abiertos de utilización libre de contenidos protegidos: <i>Open Source, Software libre</i> o de código abierto, <i>Open Acces</i> y <i>Open Data</i>	161
3. Derechos de autor adquiridos por actos <i>mortis causa</i>	166
3.1 La dimensión patrimonial y moral del derecho autor tras la muerte del autor	166
3.2 Transmisión <i>mortis causa</i> de los derechos patrimoniales	168
3.3 Legitimación <i>mortis causa</i> para la defensa de los derechos morales sobre la obra: su incidencia en la explotación de la obra. En especial, la obra inédita	173
4. Titulares de derechos afines y otros derechos sobre obras o prestaciones protegidas	177
4.1 Artistas, intérpretes y ejecutantes	178
4.2 Productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales	180
4.3 Entidades de radiodifusión	181
4.4 Realizadores de meras fotografías	182
4.5 Editores respecto a determinadas producciones editoriales	182
4.6 Fabricantes de bases de datos	183
5. Entidades de gestión de los derechos de autor	183

CAPÍTULO SEGUNDO.- Nuevos sujetos en la explotación y utilización digital de contenidos protegidos en el escenario de Internet.....193

1. Proveedores vs. agregadores de contenido	195
1.1 La distinción previa entre productores y agregadores de contenidos en Internet	195
1.2 Productores o proveedores de contenidos protegidos por el derecho de autor en Internet	196
1.3 Agregadores de contenidos	200
2. Prestadores de servicios de la sociedad de la información	206
2.1 Consideraciones previas	206
2.2 Prestadores de servicios de la sociedad de la Información y prestadores de servicios de intermediación	207
A) Prestadores de servicios de la sociedad de la información	207
B) Servicios de intermediación de la sociedad de la información	209
2.3 Prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información: tipología	209
2.4 Régimen de responsabilidad de los prestadores o intermediarios de un servicio a la sociedad de la información	212
A) Consideraciones previas	212
B) Régimen de responsabilidad de los prestadores de un servicio de la Sociedad de la Información: proveedores de contenido	215

C) El régimen de responsabilidad de los prestadores de un servicio de intermediación: las condiciones de su régimen de exención	218
a) Responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso	218
b) Responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios	221
c) Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos	223
d) Régimen de Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda	226
D) Consideraciones finales sobre el régimen de responsabilidad establecido en los art.16 y 17 de la LSSI	228
E) Obligaciones impuestas a los intermediarios en cuanto a la vulneración de los derechos de autor por un prestador de un servicio de la Sociedad de la Información en la Ley 21/2014, de 4 de noviembre	229
3. La Comisión de Propiedad Intelectual	230
4. El usuario o destinatario de la obra o prestación: del concepto de propietario al de usuario legítimo	232

SEGUNDA PARTE
LA CREACIÓN INTELECTUAL COMO OBJETO DE EXPLOTACIÓN EN
LÍNEA: REQUISITOS GENERALES DE PROTECCIÓN Y NUEVAS
CATEGORÍAS DE CREACIONES DIGITALES.

PREAMBULO.....	241
-----------------------	------------

CAPÍTULO PRIMERO.- El requisito de originalidad: de la construcción personalista hacia un modelo de creación más participativo y abierto.....

1. Consideraciones previas	245
2. La teoría subjetiva de la originalidad: de la huella del autor a la idea del esfuerzo creativo	246
3. La teoría objetiva de la originalidad: el recurso al criterio de la novedad	248
4. Superación de las teorías clásicas: el recurso a criterios complementarios de valoración	250
4.1 La insuficiencia de las teorías clásicas para determinar la originalidad	250
4.2 Otros criterios de valoración	252
A) El mérito de la obra	252
B) Valor estético	252
C) Otros criterios	253
5. La tecnología y su incidencia en el juicio de originalidad	254
6. Originalidad de la obra y de los elementos creativos que la integran	255
7. Ausencia de originalidad y contenidos ilícitos	257
8. Exclusiones legales	262

CAPÍTULO SEGUNDO.- El requisito de forma: nuevos soportes intangibles en el entorno digital.....

1. Consideraciones previas en torno a la forma de fijación o exteriorización de la obra como requisito de protección	267
2. Medios de expresión y tipos de soportes	269
3. La exclusión de la idea como objeto protegido por el Derecho de Autor	271

CAPÍTULO TERCERO.- Tipología de obras protegidas por el derecho de autor: obras originarias y obras derivadas. Nuevas obras digitales y nuevos formatos digitales.....277

1. Obras originarias y obras derivadas	279
2. Obras originarias: obras literarias, científicas y artísticas en nuevos formatos digitales junto a nuevas obras digitales	280
2.1 Obras literarias, científicas y artísticas en nuevos formatos digitales	280
A) Obras artísticas	280
a) Obra plástica	281
b) La obra fotográfica y las meras fotografías	284
c) Obra musical	286
d) Obra audiovisual	288
B) Obras literarias	290
C) Obras científicas	292
2.2 La obra multimedia	293
A) Diferencia entre las obras que se integran en ella y la obra multimedia	293
B) La asimilación al régimen de protección de los programas de ordenador	295
C) La asimilación a las bases de datos	298
D) La asimilación a la obra audiovisual	298
E) El imposible encuadramiento genérico de la obra multimedia en abstracto a un régimen jurídico concreto	302
3. Obras derivadas: la importancia creciente de este tipo de obras en Internet	302
3.1 Obras derivadas en el art.11 del TRLPI	304
A) La traducción	304
B) Revisiones, actualizaciones y anotaciones	305
C) Adaptaciones, compendios, resúmenes y extractos	307
D) Colecciones y bases de datos	311
a) Colecciones	311
b) Bases de datos	314
3.2 La importancia creciente de la obra derivada en Internet: entornos <i>wikis</i> y programas de código abierto	316

TERCERA PARTE

EL CONTENIDO DE LA EXPLOTACIÓN EN LÍNEA DE OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET: DERECHOS AFECTADOS

PREÁMBULO.....	321
-----------------------	------------

CAPÍTULO PRIMERO.- La transmisión digital e interactiva de contenidos protegidos en internet como nueva forma de explotación.....	323
--	------------

1. Uso v. Explotación en Internet: el esbozo de una definición omnicompreensiva de “explotación patrimonial”	325
2. Las transmisiones digitales como operaciones complejas	328
2.1 Consideraciones previas	328
2.2 Características de las transmisiones digitales en Internet	329
A) El acto de puesta a disposición de contenidos protegidos en Internet: interactividad y disfrute diferido	329
B) Transmisión punto a punto	331
C) El binomio reproducción-comunicación: la nueva significación tecnológica e instrumental de la copia en las transmisiones en Internet	332
2.3 La transmisión digital en Internet como operación compleja: derechos afectados	333
A) El derecho de reproducción: el significado instrumental y final de la copia en Internet	333
B) La puesta a disposición de contenidos en Internet: ¿comunicación pública o distribución?	334
C) Interconexión entre actos de reproducción y puesta a disposición	335
2.4 Precisiones en torno al derecho de transformación	336
3. Calificación jurídica de las transmisiones digitales e interactivas en Internet	337
3.1 Consideraciones previas	337
3.2 La posición norteamericana	338
3.3 La posición europea	341
4. Construcción jurídica de las transmisiones digitales en Internet: propuestas para un debate	344

CAPÍTULO SEGUNDO.- El derecho de reproducción.....347

1. La importancia clásica del derecho de reproducción en material autoral: la fijación de la obra como presupuesto para su explotación patrimonial	349
2. Actos de reproducción en Internet: la copia como parte del sistema de transmisión de la información	354
2.1 Reproducciones permanentes de contenidos protegidos en Internet	354
2.2 Reproducciones provisionales: tipos	355
A) Reproducciones efímeras en los <i>routers</i>	355
B) Reproducciones en memoria RAM para visualizar contenidos en pantalla	357
C) Copias en memoria <i>caché</i>	359
a) <i>Caché</i> del sistema o <i>proxy-caché</i>	360
b) <i>Caché</i> local	361
3. Reproducciones y <i>copyright</i> en EEUU: de la <i>Copyright Act</i> 1976 a la DMCA	362
3.1 El derecho a la reproducción en la <i>Copyright Act</i> 1976 y en la DMCA	362
3.2 Reproducciones provisionales	363
A) Copias en RAM	363
a) El caso <i>MAI Systems Corp. v. Peak Computer Inc.</i> y la jurisprudencia posterior	363
b) División doctrinal en torno al caso MAI	365
c) Enlaces en Internet	366
a’) Copias en memoria RAM de los contenidos enlazados: el caso paradigmático de los enlaces simples	366
b’) Enlaces profundos y ensamblados	369
d) Aplicación de la doctrina de los límites del <i>copyright</i> : <i>fair use</i> y la teoría de la licencia implícita	369
a’) <i>Fair use</i>	369

b') Teoría de la licencia implícita	371
B) Copias en memoria <i>caché</i>	372
a) Principales problemas asociados al almacenamiento en <i>caché</i> : la regulación establecida en la 512 (b) de la DMCA y posiciones doctrinales	372
b) Las copias <i>caché</i> de webs efectuadas por motores de búsqueda: el caso <i>Field v. Google, Inc.</i>	376
4. Derecho de reproducción e Internet en la DDASI	378
4.1 El problema de las reproducciones provisionales y la necesidad de armonización comunitaria	378
4.2 El contenidos del derecho de reproducción	379
A) Actos incluidos en el art. 2 de la DDASI	379
B) Actos excluidos en el art. 5 de la DDASI	383
4.3 Análisis de los diferentes tipos de reproducciones provisionales en Internet a la luz de la excepción prevista en el art. 5 de la DDASI	386
A) Reproducciones efímeras o técnicas en los <i>routers</i>	386
B) Copias RAM	388
C) Copias <i>cachés</i>	392
a) Copias <i>cachés</i> del sistema	393
b) Copias <i>cachés</i> locales	396
5. El derecho de reproducción en el TRLPI	398
5.1 Incorporación de la DDASI al TRLPI: modificación del art.18 del TRLPI por la Ley 23/2006, de 7 de julio	398
5.2 Almacenamiento <i>caché</i> y motores de búsqueda: la STS de 3 de abril de 2012	400
A) Antecedentes	400
B) Fundamentación de la STS de 3 de abril de 2012: sobre la supuesta “inocuidad” del caso Google	402

CAPÍTULO TERCERO.- El derecho de puesta a disposición del público.....405

1. El nuevo derecho de puesta a disposición del público en la DDASI	407
1.1 Naturaleza jurídica	407
A) Derecho de comunicación pública y derecho de puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas	407
B) El derecho de puesta a disposición del público: ¿derecho autónomo o versión específica del derecho de comunicación pública?	411
1.2 Titulares	412
1.3 Caracterización	416
D) La estructura de transmisión punto a punto y la forma de acceso como elemento configurador del acto de comunicación	416
E) Puesta a disposición y accesibilidad de contenidos en la red	417
F) El carácter público de la puesta a disposición de contenidos en Internet: evolución del concepto de público en las transmisiones en línea	419
1.4 Ámbito de aplicación: la transmisión pública en línea	423
A) Delimitación en sentido positivo	423
B) Delimitación en sentido negativo	425
1.5 Actos específicos de puesta a disposición de contenidos en línea	427
A) <i>Websites</i>	428
B) Bases de datos en línea	430
C) Enlaces	431
a) Enlaces de superficie	433

b) Enlaces profundos	437
c) Enlaces ensamblados	438
d) Enlaces marco	439
e) Un caso específico, los enlaces a redes P2P	440
2. Adaptación de la DDASI por los Estados miembros. En especial, el caso español	441
2.1 Consideraciones generales sobre la adaptación de la DDASI por los Estados miembros	441
2.2 En especial, el caso español	444
A) El derecho de puesta a disposición del público y su encaje en el TRLPI	444
a) La pluralidad de personas en Internet	446
b) Accesibilidad de los contenidos protegidos	448
c) La puesta a disposición del público sin previa distribución de ejemplares	449
d) El carácter público de la puesta a disposición del público en Internet: la exclusión del ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo	450
B) El derecho de puesta a disposición al público en España: jurisprudencia y el nuevo procedimiento de restablecimiento de la legalidad en la Ley 21/2014, de 4 de noviembre	451

CUARTA PARTE
LÍMITES A LA EXPLOTACIÓN EN LÍNEA DE OBRAS Y PRESTACIONES
PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR.

PREAMBULO.....459

CAPITULO PRIMERO.- Los límites a los derechos de autor desde una perspectiva internacional.....463

1. Tratados internacionales: la consagración de la regla de los tres pasos	465
1.1 El proceso de creación de un marco internacional en cuanto a los límites del derecho de autor	465
1.2 La regla de los tres pasos	466
A) Excepción sólo con carácter general	466
B) La excepción no debe atentar a la explotación normal de la obra	468
C) La excepción no puede ocasionar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor	469
2. Sistema anglosajón de <i>fair use</i> vs. sistema de excepciones tasadas en Derecho Europeo	469
2.1 El <i>fair use</i> como sistema abierto de límites en el sistema <i>copyright</i>	470
2.2 La regla de los tres pasos y el establecimiento de un sistema de excepciones tasadas	474

CAPITULO SEGUNDO.- La armonización comunitaria en materia de límites a los derechos de autor en la DDASI.....477

1. La armonización de la DDASI en materia de límites	479
1.1 la DDASI como primer intento de regulación horizontal de las excepciones del derecho de autor	483
1.2 Excepciones tasadas y capacidad residual de los Estados miembros para crear nuevas excepciones	482
1.3 La incorporación de la regla de los tres pasos como cláusula de cierre	485

2. Tipos de excepciones	487
2.1 Según su justificación o fundamento	487
2.2 Obligatorias o facultativas	489
2.3 Según el derecho afectado	489
2.4 Según se apliquen o no al entorno en línea	490
2.5 Según lleven aparejada o no compensación económica	491
3. El triunfo de la autonomía de la voluntad del autor o titular del derecho de autor en el entorno en línea	492
3.1 Medidas tecnológicas de protección y excepciones en el entorno en línea: derecho de los contratos vs. derecho de autor	492
3.2 El régimen jurídico de la excepciones en Internet en el art. 6.4 de la DDASI	499
A) Supuestos	499
B) El régimen especial de las excepciones privilegiadas en el entorno en línea	504
4. Principales excepciones en el entorno en línea	505
4.1 Consideraciones generales	505
4.2 En especial, sobre la copia para uso privado	506
A) Sobre su dudosa existencia en el entorno en línea	506
B) Elementos configuradores en el art.5.2 b) de la DDASI	511
a) El concepto de reproducción en cualquier soporte	511
b) Beneficiario de la excepción	512
c) Carácter privado y no comercial del uso excepcionado	513
d) Cantidad y calidad de la copia	515
e) Compensación equitativa	516
f) Límites: las bases de datos y los programas de ordenador	519
g) Requisitos omitidos	522

CAPÍTULO TERCERO.- Los límites específicos al derecho de autor en el entorno en línea desde la perspectiva del derecho español.....525

1. Consideraciones previas	527
2. La copia para uso privado	532
2.1 Situación anterior a la transposición de la DDASI	532
2.2 La modificación operada por la Ley 23/2006	536
A) Consideraciones previas	536
B) Copias realizadas en cualquier soporte	537
C) Beneficiario de la excepción	538
D) El nuevo requisito del acceso legal a la obra o prestación protegida	539
E) La copia privada y el nuevo régimen de las medidas tecnológicas	541
F) La compensación equitativa	543
2.3 Reformas posteriores y régimen actual	546
A) En general, de la copia privada	546
B) En especial, de la compensación equitativa	548
3. Otras excepciones con especial relevancia en el entorno en línea	553
3.1 La excepción de cita	553
A) Consideraciones generales	553
B) La excepción de cita en sentido general	554
C) La excepción de cita en el ámbito periodístico	557
a) Reseñas y revistas de prensa	557
b) Agregación de contenidos divulgados en publicaciones periódicas o sitios web de actualización periódica	558

EXPLOTACIÓN EN LÍNEA DE OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR:
SUJETOS, OBJETO, CONTENIDO Y LÍMITES *Índice*
Cristina Vicent López

3.2 La excepción de ilustración	562
A) Régimen general en el ámbito educativo y de investigación	562
a) Beneficiario	563
b) Uso autorizado	565
c) La obra o prestación protegida como objeto de la ilustración	566
B) Régimen específico en el ámbito de las Universidades y Centros Públicos de investigación respecto a determinados tipos de obras	568
3.3 Excepciones en relación a bases de datos	570
CONCLUSIONES.....	573
BIBLIOGRAFÍA.....	591
JURISPRUDENCIA.....	637
DOCUMENTACIÓN.....	647

ABREVIATURAS

<i>ADC</i>	Anuario de Derecho Civil
<i>AIE</i>	Sociedad de Artistas, Intérpretes o Ejecutantes de España
<i>AISGE</i>	Artistas, Intérpretes Sociedad de Gestión
<i>AGEDI</i>	Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales
<i>art.</i>	artículo
<i>C.D. Cal.</i>	United States District Court for the Central District of California
<i>CEDRO</i>	Centro Español de Derechos Reprográficos
<i>Cir.</i>	Circuit
<i>COM</i>	Comisión
<i>CE</i>	Comunidad Europea
<i>CEE</i>	Comunidad Económica Europea
<i>CNMC</i>	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
<i>DAMA</i>	Derechos de Autor de Medios Audiovisuales
<i>D. Colo.</i>	The United States District Court District of Colorado
<i>DDASI</i>	Directiva 2001/29/CE Parlamento Europeo y Consejo de 22 de mayo de 2001
<i>DOCE</i>	Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y Consejo, 8 de junio de 2000
<i>DMCA</i>	Digital Millennium Copyright Act
<i>D. Nev.</i>	United States District Court, District of Nevada
<i>ed.</i>	editorial
<i>EDJ</i>	El Derecho Jurisprudencia
<i>EGEDA</i>	Sociedad de Servicios para los Productores Audiovisuales
<i>E.I.P.R</i>	European Intellectual Property Review
<i>LEC</i>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<i>LPI</i>	Ley de Propiedad Intelectual
<i>LSSI</i>	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información
<i>n °</i>	número
<i>N.D. Cal</i>	United States District Court for the Northern District of California
<i>op.cit.</i>	En la obra citada
<i>p.</i>	página.
<i>OMPI</i>	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
<i>P2P</i>	Peer-to-peer
<i>R.A.</i>	Repertorio Aranzadi.
<i>RDI</i>	Rivista di Diritto Industriale
<i>Riv.Dir.Civ.</i>	Rivista di Diritto Civile
<i>RGD</i>	Revista General de Derecho
<i>RIDA</i>	<i>Revue Internationale du droit d'auteur.</i>
<i>S.D.N.Y.</i>	United States District Court for the Southern District of New York
<i>SGAE</i>	Sociedad General de Autores y Editores
<i>ss.</i>	siguientes
<i>STC</i>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<i>STJUE</i>	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>SAP</i>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<i>T.</i>	tomo
<i>TDA</i>	Tratado de Derecho de Autor
<i>TIEF</i>	Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas
<i>TIEA</i>	Tratado Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales

EXPLOTACIÓN EN LÍNEA DE OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR:
SUJETOS, OBJETO, CONTENIDO Y LÍMITES *Abreviaturas*
Cristina Vicent López

TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
UCLA	University of California, Los Angeles
UE	Unión Europea
US	<i>United States</i>
v.	volumen
v.	versus
VEGAP	Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos
WIPO	World Intellectual Property Organization

INTRODUCCIÓN

***CAPÍTULO PRIMERO.-* INTERNET Y REVOLUCIÓN
DIGITAL EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN**

1. La aparición de Internet: su impacto en la sociedad de la información y en la difusión de obras protegidas por el derecho de autor.

1.1 Origen y evolución de Internet.

Internet es fruto de una evolución tecnológica que se inicia con las primeras investigaciones sobre conmutación de paquetes y ARPANET (*Advanced Research Project Agency Network*)¹. LICKLIDER ya en el año 1962, como consecuencia de sus trabajos en el MIT (*Massachusetts Institute of Technology*), alumbró la idea de la “red galáctica” como un conjunto de ordenadores interconectados de forma global y a través de los que se podía acceder rápidamente a datos y programas desde cualquier sitio. Posteriores desarrollos tecnológicos, en especial, la posibilidad de comunicarse usando paquetes en vez de circuitos y la conexión efectiva entre ordenadores que pudieron por primera vez trabajar de forma conjunta, permitieron dar forma a la idea de la red galáctica. De este modo, en 1969 se desarrolla por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos ARPANET. A mediados de los años setenta aparecen otras redes vinculadas a diferentes departamentos gubernamentales y centros de investigación, surgiendo así una serie de pequeñas redes². Poco a poco se fueron añadiendo más redes y ordenadores personales que ampliaron el horizonte de la red, hasta que en el año 1993 funcionaba más o menos en sus líneas básicas de manera similar a como lo hace en la actualidad.

Aunque en el proyecto originario esta red se creó para compartir archivos y ofrecer acceso remoto a recursos y colaboración entre ordenadores, ha tenido importantes desarrollos como el correo electrónico y sobre todo la World Wide

¹ Sobre el origen de Internet puede consultarse <http://www.internetsociety.org/es/breve-historia-de-internet>. Este acrónimo deriva de la agencia encargada del proyecto de investigación *Defense Advanced Research Projects Agency* (DARPA).

² En el Departamento de Energía se crea MFeNet (para investigadores de energía en fusión magnética) y HEPNet (para los físicos de altas energías del DOE). La NASA crea SPAN para los físicos espaciales y posteriormente también se crea CSNET para la comunidad informática.

Web³. La WWW, según GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, ha permitido crear una “telaraña mundial” de documentos conectados entre sí, “con lo que la WWW se convierte en una plataforma global para el almacenamiento e intercambio de información en línea en múltiples formatos”⁴ y como una colección de información y recursos⁵.

La WWW fue creada en 1993 en el CERN (European Organization for Nuclear Research) utilizando tres nuevos recursos: HTML (*Hypertext Markup Language*), HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*) y un programa cliente, llamado Web Browser. Se trata de un soporte electrónico que utiliza un lenguaje de programación HTML o *Hipertext Mackup Language*, aunque se han desarrollado otros más avanzados, como XML (*Extended Markup Language*) utilizado en bases de datos o SML (*Synchronized Multimedia Integration Language*) en el ámbito multimedia, que permiten que los documentos soporten el hipertexto⁶, que hace

³ Aunque como señala CLEMENTE MEORO, M.: “La responsabilidad civil de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la información” en *Responsabilidad civil y contratos en internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio electrónico*, CLEMENTE MEORO, M. y CAVANILLAS MÚGICA, S., ed. Comares, Granada, 2008, p. 5, la World Wide Web es, en realidad, sólo una parte de Internet que permite otras utilidades como el correo electrónico o transmisión de documentos mediante el protocolo FTP (*File Transfer Protocol*)

⁴ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet. Los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, ed. Comares, Granada, 2001, p. 29.

En este sentido, ALONSO AREVALO, J., CARBAJO CASCON, F. y CORDON GARCIA, J.A.: “La propiedad intelectual y los derechos de autor en bibliotecas y centros de información: revistas digitales y acceso abierto”, en *El copyright en cuestión*, coords. TORRES RIPA, J. y GOMEZ HERNANDEZ, J.A., ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, p. 137 y destacan el papel que las bibliotecas han tenido en la expansión de la WWW, siendo pioneras en su uso, y convirtiéndose la WWW en un instrumento que ha marcado su evolución. Han dado paso, en primer lugar a las bibliotecas electrónicas, que han evolucionado hacia nuevos conceptos como el de biblioteca digital, “referida a un conjunto de materiales y servicios almacenados, procesados y accedidos mediante la utilización de herramientas y redes de comunicación”, e incluso a “un concepto más avanzado de biblioteca virtual que sería aquella que existe organizada”.

⁵ KEITH FULTON, B.: “The use of disclaimers & the internet's world wide web”, *Media Law & Policy Media Law & Policy*, 1997, nº 1, p. 1.

⁶ Como explica ESPIN ALBA, I.: “Edición electrónica de libros y derecho de autor. Nuevas perspectivas en la relación entre autores y editores: apuntes para una reflexión”, *Actas de Derecho Industrial*, 2000, tomo 21, p. 77 “el hipertexto es modular, no secuencial, con enlaces que posibilitan la comunicación rápida entre nodos o unidades de información permitiendo multiplicar los proyectos de lectura. A través de enlaces es posible recorrer la pantalla asociando datos de distinta naturaleza: sonoros, visuales y gráficos”.

posible al usuario navegar mediante enlaces o hipervínculos⁷ de un documento a otro, en el que se almacenan textos, sonidos e imágenes y que provoca una lectura no lineal de la información⁸. De forma ordenada mediante unos programas informáticos, conocidos como navegadores, con una interfaz gráfica, y unos motores de búsqueda⁹, se redirecciona al usuario a la página web identificada por una URL (*Uniform Resource Locator*) o dirección de internet donde se localiza la información disponible en Internet, de acuerdo con la fórmula protocolo://nombre DNS/nombre del archivo. El protocolo indica el lenguaje informático requerido para acceder a la información del enlace, el nombre DNS (*Domain Name System*) refleja la denominación del dominio asociado a la dirección IP (*Internet Protocol*) donde se encuentra disponible el recurso y el nombre del archivo individualiza el mismo respecto de otros contenidos alojados en ese dominio. Al hacer *clic* en un hipervínculo, el usuario facilita al programa o aplicación correspondiente la dirección del punto concreto de Internet donde se encuentra disponible el recurso y la información en él contenida¹⁰. Estas páginas a su vez se organizan mediante un sistema de enlaces, que ordena la información dentro de ellas y conecta sus contenidos con el de otras webs. De modo que la información se concentra de forma

⁷ IGLESIAS POSSE, R: “Provisión de enlaces electrónicos a contenidos protegidos por el derecho de autor”, *Actas de Derecho Industrial*, tomo 32, p. 148, define desde un punto de vista técnico un hipervínculo “como un conjunto de instrucciones que hace posible que un programa informático pueda acceder correctamente a un determinado recurso de los millones existentes en la red, ya sean documentos de hipertexto, imágenes, videos o archivos de cualquier tipo”.

⁸ ESPIN ALBA, I.: “Edición electrónica de libros y derecho de autor...”, *op.cit.*, p. 73 apunta que el concepto de hipertexto no es del todo ajeno al mundo de la edición en papel, en el sentido de que se utilizan técnicas hipertextuales como pueden ser las notas a pie de página, pero no posee el carácter interactivo del hipertexto que exige una participación o búsqueda activa del usuario, en este sentido señala la autora que “al contrario de lo que ocurre con el hipertexto, el texto conserva en esencia su carácter lineal y la postura del lector es meramente pasiva en cuanto a la resolución del contenido”.

⁹ El papel de estos motores de búsqueda es fundamental en la Sociedad Red, por cuanto, como PAVON CADAVID, J.A.: “Los riesgos de la tecnología. Medidas tecnológicas de protección: el caso de los DVD”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2008, nº 12, p. 128 apunta el auge de Internet “se debe, en gran parte, a herramientas que facilitan la recuperación de la información, a motores de búsqueda. La principal característica de la Sociedad Red es la facilidad de búsqueda y recuperación de la información”.

¹⁰ IGLESIAS POSSE, R: “Provisión de enlaces electrónicos...”, *op.cit.*, p. 148.

global, lo que ha llevado a algunos autores a definir Internet como una “inmensa base de datos”¹¹.

Cabe precisar que si bien la WWW constituye una parte importante de Internet y ha contribuido en gran medida a su desarrollo, no es la única red de comunicación o servicios de red disponible. En este sentido, el intercambio de información se puede producir a través de otros servicios, como el correo electrónico o los servicios de almacenamiento en la nube que permiten compartir la información con otros usuarios. En este sentido, se ha destacado la creciente importancia que en los últimos años está alcanzando el fenómeno de las redes sociales, que ha llevado a afirmar la existencia de una cierta “contracción de la web” o intercambio de información en redes más reducidas y cerradas¹², así como el desarrollo de aplicaciones informáticas que permiten filtrar la ingente información o big data existente en la red¹³.

Estos nuevos desarrollos tecnológicos, junto a otros como la comunicación en tiempo real, *stream* de audio y vídeo, o la evolución de los dispositivos móviles¹⁴, y la denominada “computación en la nube”¹⁵, ponen de manifiesto que Internet sigue evolucionando tanto en su arquitectura como en sus funcionalidades.

¹¹ LACRUZ, M.L.: “Aventuras de la propiedad intelectual en el país de internet”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 2001, num.1, p. 11, disponible en:

<http://www.editorialreus.es/rglj/documentos/imprimeitem.php?ID=3133>

¹² Vid. http://elpais.com/elpais/2015/01/21/icon/1421848764_292649.html

¹³ El fenómeno del Big Data está siendo abordado desde un punto de vista económico como un recurso de aplicación a las economías mundiales para mejorar su productividad vid. “*Big Data* a la velocidad de la luz”, El País de 26 de octubre de 2014, disponible en http://economia.elpais.com/economia/2014/10/24/actualidad/1414168980_618761.html.

Pero el tratamiento de esa información existente en la red, básicamente con fines económicos, tiene también repercusiones a nivel de protección de datos y respeto al derecho a la intimidad de los usuarios, al respecto otro interesante artículo “El *big data* cambiará nuestras vidas, no nuestros principios”, en El País de 22 de octubre de 2014, disponible en:

http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2014/10/22/actualidad/1413985766_153822.html

¹⁴ Para obtener una cronología de los principales hitos en la evolución y consolidación de Internet vid.: ZAKON, R.: “Hobbes’ Internet Timeline”, en <http://www.zakon.org/robert/internet/timeline/>

¹⁵ RENGIFO GARCÍA, E.: “Computación en la nube”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2013,

1.2 Concepto y características.

Internet puede definirse siguiendo a GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ como “una red mundial de redes informáticas y ordenadores conectados entre sí, mediante un protocolo común de comunicaciones, el denominado TCP/IP¹⁶, que permite la comunicación y el intercambio de información entre usuarios situados en lugares distantes por medio de una máquina, normalmente un ordenador”¹⁷. Es un sistema global de redes y ordenadores conectados, en este sentido suele definirse también como “una red de redes”¹⁸ o “autopista de información”¹⁹, que se caracteriza por su

num.17, p. 224 apunta la amplitud de servicios que la nube ofrece hoy a sus usuarios y que excede las funciones de almacenaje y desarrolla todo un sistema de software deslocalizado y de acceso vía Internet: “Los servicios suministrados en este caso son recursos informáticos. La nube ofrece principalmente tres servicios, conocidos como: 1. Software como servicio (SaaS); 2. Plataforma como servicio (PaaS), y 3. Infraestructura como servicio (IaaS). Cuando la nube opera como software, el proveedor del servicio proporciona aplicaciones y software a cambio de un pago por el servicio. El usuario paga por los servicios que efectivamente va a utilizar, por ejemplo, correo electrónico, uso de aplicaciones, etc. El servicio de PaaS supone el uso de una plataforma tecnológica en internet, que incluye hardware, sistema operativo y middleware, entre otros, sin necesidad de comprar y administrar su propia plataforma, sino pagando el servicio prestado. Finalmente, y de mayor importancia para el presente estudio, se encuentra el uso de la infraestructura de la nube consistente en el acceso, bajo demanda y por vía remota, a servidores, subsistemas de almacenamiento y redes, o mejor, un almacenamiento remoto de contenidos o de archivos digitales”. Este autor señala que, al menos, desde la perspectiva de los servicios de *software* ofrecidos se puede contribuir a la lucha contra la piratería, ya que el código fuente del programa informático no se distribuye a los usuarios, sino que se accede al programa a través de Internet.

¹⁶ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 6 se define un protocolo como «el conjunto de normas de diseño electrónico y de programación que permiten abrir un canal de comunicación entre dos ordenadores hacer fluir por él la información y, posteriormente, cerrarlo un vez finalizada la transmisión».

¹⁷ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 5 y ss. En el mismo sentido definió el Consejo Federal de Redes (FNC), el 24 de octubre de 1995, tras consultas efectuadas a miembros de las comunidades de Internet y propiedad intelectual, definen Internet “como el sistema de información global que: (i) esta enlazado lógicamente a un espacio global de direcciones únicas basadas en el Protocolo de Internet (IP) o sus subsecuentes extensiones/añadidos; (ii) puede soportar la comunicación usando el conjunto Protocolo de control de transmisión/Protocolo de Internet (TCP/IP) o sus subsecuentes extensiones/añadido y otros protocolos compatibles con IP; y (iii) provee, usa o da accesibilidad, ya sea de manera pública o privada a servicios de alto nivel superpuestos en las comunicaciones y las infraestructuras relacionas ya descritas”. Vid. al respecto <http://www.internetsociety.org/es/breve-historia-de-internet>

¹⁸ OCHOA PEÑA, P. : *¿Cómo funciona Internet? Nodos críticos desde una perspectiva de los derechos. Guía para periodistas*, ed. ONG Derechos Digitales, p. 7, disponible en <http://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/Como-funciona-internet-ebook.pdf>

¹⁹ Este concepto fue acuñado por la administración del presidente de EEUU Clinton, en la consideración del desarrollo de Internet como uno de los objetivos principales en materia de política tecnológica de la administración Clinton, y de las políticas de desarrollo económico en la década de

interactividad, deslocalización, descentralización, y carácter digital de la información que se transmite²⁰.

Internet es, en primer lugar, una red interactiva, pues permite que todo usuario sea a la vez emisor y receptor de información. En este sentido, la tradicional distinción entre productores y consumidores tiende a desaparecer. Se diluye el papel del intermediario o profesional de la información, como se pone de manifiesto en las redes sociales, donde los usuarios reciben y transmiten contenidos informativos, e incluso los producen para su posterior difusión. Así, en estas redes sociales (Facebook, Instagram, Pinterest o Twitter, entre otras), los usuarios participan de un intercambio de información, en este sentido y como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ pone de manifiesto, los usuarios acuden directamente a las fuentes de información y se convierten en ellas²¹.

En segundo lugar, es una red internacional, o más bien global, ya que los elementos físicos entre los que se transmite la información están en diferentes países²², lo que hace que cuando se produce una infracción a los derechos de autor a

los 90. Para BERCOVITZ, A.: “Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas”, *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1996, p. 71 las autopistas o sociedades de la información “son el resultado de la confluencia de diversas tecnologías: la digitalización, los programas de ordenador y las redes de transmisión de banda ancha”.

²⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 7 y ss.

²¹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 7 y ss. Para METZNER-SZIGETH, A.: METZNER-SZIGETH, A.: “El movimiento y la matriz”- Internet y transformaciones socio-cultural, Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación, 2006, nº 7, <http://www.oei.es/revistactsi/numero7/articulo04.htm>.: “Internet vive de la sinergia entre el ordenador personal y la interconexión a la red, que produce un *espacio electrónico*, en el que, entre otras cosas, se pueden compartir los tiempos de computación, se pueden solucionar tareas de manera distribuida, se pueden usar administrar y ampliar bancos de datos interactivos, y se pueden preparar y poner a disposición programas de software para ser *bajados*, según las necesidades de uno, y ser almacenados en la memoria de trabajo para ser utilizados (p. ej.Java).

Además, Internet obtiene su dinámica a partir del hecho de que los usuarios se sientan y *están enganchados* a estos ordenadores y que gracias a sus ordenadores y a las conexiones pueden, por un lado, relacionarse con otros usuarios, y por otro lado – y esto no es menos importante- pueden interactuar con programas, siempre que estén presentes en la red en algún lugar, es decir con cualquier usuario humano o agente electrónico en cualquier sitio en el mundo si se está conectado”.

²² GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 8. De acuerdo con el Informe de la ITU (International Telecommunication Union) a fecha de 2014 existían ya 3.000

través de la red sea decisivo determinar cual será el ordenamiento jurídico aplicable, dada la deslocalización de la red y la inexistencia de una administración central y supranacional de Internet²³.

En tercer lugar, es una red descentralizada, desde un punto de vista técnico no existe un nodo central. El origen de Internet, vinculado a la Guerra Fría y a las necesidades de defensa ante un posible ataque nuclear, se basa en la necesidad de establecer una red segura de comunicación. Para conseguir dicho fin se substituyó un modelo de red de comunicación jerarquizado por otro modelo donde cada nodo no estuviera vinculado a un nodo central, susceptible de ataque y caída del sistema, sino a un número parecido de vecinos²⁴, de forma que la desaparición de uno de estos nodos no pusiera en peligro la red.

1.3 Estructura de Internet.

En este punto, y sin entrar en ninguna profundización técnica, esbozaremos una aproximación conceptual sobre la estructura de Internet, que nos permita comprender su funcionamiento, así como los principales problemas jurídicos que se plantean respecto al derecho de autor. Podemos distinguir una serie de elementos que van desde la infraestructura (entorno físico) necesario para que la información pueda transmitirse a través de los múltiples nodos de la red hasta los estándares que regulan el tráfico de información en la red.

millones de usuarios en todo el mundo, con un porcentaje de penetración de Internet a nivel mundial del 40%, situándose en el 78% en los países desarrollados y en el 32% en los países en vías desarrollo.

Vid. http://www.itu.int/net/pressoffice/press_releases/2014/23.aspx#.VMDCw8bPHIf

²³ Esta deslocalización de la red ha planteado desde el principio problemas en cuanto a la protección de los derechos de autor, en este sentido MASSAGUER, J. y SALELLES, J.R.: “El Derecho de la propiedad intelectual ante los desafíos del entorno digital. Perspectiva general y problemas particulares para las bibliotecas”, *Revista General de Derecho*, 1997, nº 636, p.10936 ponían de manifiesto que “la universalización e inmaterialidad del espacio que ocupa la sociedad de la información y en el que se producen los procesos de introducción, búsqueda (navegación), transmisión y recuperación de la información (obras y otras prestaciones protegidas mediante propiedad intelectual), exigen imperativamente una respuesta uniforme a escala internacional”.

²⁴ Sobre la construcción de Internet como una red descentralizada y su vinculación a las necesidades de defensa vid. SOLÉ, R.: *Redes complejas, Del genoma a Internet*, ed. Tusquets, Barcelona, 2009, p. 62 y ss.; BERCOVITZ, A.: “Riesgos de las nuevas tecnologías...”, *op.cit.*, p. 72.

Para que Internet pueda funcionar como una red de comunicación por la que se transporta la información es necesario contar con una infraestructura de telecomunicaciones. Se trataría del entorno físico de Internet, en definitiva las instalaciones materiales para que esa información pueda llegar del emisor al receptor, como líneas telefónicas, fibra óptica, satélites y otros medios de telecomunicación que serían los canales de conexión entre los múltiples emisores y receptores²⁵.

En este sentido, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en su Anexo II define una red de comunicaciones electrónicas como “los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos, incluidos los elementos que no son activos que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos con inclusión de las redes de satélites, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes, incluida Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada”. Y precisa que se considerará como una red pública de comunicaciones aquella “red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público y que soporta la transferencia de señales entre puntos de terminación de la red”.

En esta red se integran a nivel internacional una serie de operadores informáticos, o elementos que fijan la arquitectura de la red y permiten la transmisión de información, como los enrutadores (*hardware* de red que asigna a cada paquete de información la ruta más eficiente entre dos puntos de red), puentes (que unen redes locales), repetidores (amplifican la señal), *gateways* (que permiten interconectar redes con protocolos y arquitecturas diferentes, de forma que traduce la información de la red de origen a la de destino) y pasarelas. Todos estos elementos

²⁵ GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, op.cit., p. 19.

permiten almacenar, ordenar y transmitir la información. Además, para que la información circule por la red se necesitan unos agentes que participen de este proceso, por un lado un número indeterminado de anfitriones (*host*), que son aquellos ordenadores integrados o identificados en Internet que almacenan y suministran información, así como los ordenadores personales que se conectan de una manera individual.

En segundo lugar, para que esa infraestructura técnica sea accesible a los usuarios, y con ello Internet, una serie de empresas tanto públicas como privadas prestan servicios de acceso a Internet, estos agentes económicos son conocidos como prestadores de servicios en línea o PSL.

Y finalmente, la propia consideración de Internet como red de redes²⁶, nos lleva a plantear que Internet no es sólo una red única, sino más bien un conjunto de redes interconectadas. En este punto debemos precisar que existen también redes locales y corporativas de empresas, universidades y otras instituciones, denominadas intranet o LANS, a las que sólo se puede acceder desde una organización concreta, y no de forma universal.

1.4 Proceso de transmisión de la información en Internet.

Una vez hemos definido a grandes rasgos la estructura de Internet, procede exponer como funciona, esto es, como se efectúa la transmisión de información. Para que esa transmisión se produzca resulta fundamental por un lado, su conversión en lenguaje binario, de ceros y unos. Una vez convertida en este lenguaje, los datos se envían en paquetes, es decir, como pequeños bloques de datos, con información precisa sobre su origen y su destino. Para que esa información pueda circular por la

²⁶ VERMUT, R.: “File Caching on the Internet: Technical Infringement or Safeguard for Efficient Network Operation?”, *Journal of Intellectual Property Law*, 1997, v. 4, disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/ISP/cache1.html>: “The word *internet* is a relative term that is best described as a collection of interconnected networks. While one may think of the internet as the illustrious *information superhighway* or *cyberspace*, it may simply be referring to a network of LANs and/or WANs in an entirely different setting. On the other hand, what has become known world wide as the *internet* is a global connection of LANs, WANs, and other computing devices, privately and publicly owned”.

red a través de los *routers*, por el camino más eficaz, y llegar a su destino resulta fundamental la aplicación del estándar TCP/IP que permite la conexión de equipos, sin este protocolo no habría entendimiento entre los diferentes componentes de Internet²⁷. TCP/IP (*Transmission Control Protocol*) envía los mensajes de la forma más eficiente, administra la transmisión de información en pequeños paquetes o *bits* que son transmitidos por Internet y recibidos por TCP, que unifica los diferentes paquetes en que se dividió el mensaje original. Finalmente, IP (*Internet Protocol*) administra la dirección de cada paquete, para que llegue a su destino correcto, pues cada paquete puede ser ruteado de manera distinta, es decir, lanzado por una ruta diferente. El protocolo IP se encarga de que todos los paquetes de datos de un mismo mensaje, y con independencia de la ruta por la que se hayan transmitido, lleguen a su destino.

Además, hay que tener en cuenta que Internet ha evolucionado en su estructura. Aunque inicialmente respondía al modelo cliente-servidor, hoy en Internet la transmisión de la información se organiza también sin la necesidad de pasar por un servidor, a través de lo que se conoce como redes entre iguales (P2P o *peer-to-peer*). Estos nuevos modelos de transmisión, aunque reúnen ventajas técnicas comportan también otros riesgos ligados a la utilización de estos recursos de Internet, como la transmisión no autorizada de contenidos protegidos por el derecho de autor²⁸.

²⁷ Como bien señala VERMUT, R.: “File Caching on the Internet...”, *op.cit.*, no se trata de un lenguaje de programación sino de un estándar cuyo uso compartido permite la transmisión de información.

²⁸En *Como funciona Internet, Guía para diseñadores de políticas públicas*, European Digital Rights, p. 14 disponible en http://edri.org/files/paper03_20120725_02_esp.pdf se considera que estas redes entre iguales tienen como principales ventajas: que no tienen punto único de fallo como en una red cliente-servidor, si el servidor falla, el sistema se colapsa, mientras que en una red entre pares, si uno de los nodos falla, ese fallo no afecta al funcionamiento de la red. Además *pueden crecer fácilmente porque cada nuevo nodo añade más recursos* (capacidad de tráfico, almacenamiento, capacidad de procesamiento) a la red. Otra de las ventajas que se señala es que los recursos están descentralizados y tiende a haber un alto nivel de duplicación de recursos, y por último, que dan libertad a sus usuarios, estando dentro de esta filosofía P2P no sólo los dispositivos sino también los usuarios en igualdad de condiciones. Este último aspecto merece una seria reflexión en cómo es interpretada esa libertad por parte de los usuarios, y el significado que cabe dar a esos intercambios cuando se transfieren contenidos protegidos por el derecho de autor.

2. La explotación de contenidos protegidos por el Derecho de autor: la revolución digital. Desmaterialización del soporte y nuevas funcionalidades de la copia digital.

2.1 Características de los nuevos soportes digitales en la red.

Internet es una red digital, en ella la información, como hemos indicado, se transmite de forma binaria (bits), es decir, mediante códigos numéricos de 0 y 1. De un modo más técnico, como una secuencia organizada de presencias y ausencias de impulsos, que cambian de acuerdo con una señal de reloj estable, de forma que la transmisión no sufre degradaciones. Además, sistemas de compresión como (MP3 o MPEG) permiten disminuir el ancho de banda necesario para transmitir la información²⁹, que pueden ser textos, sonidos e imágenes³⁰, e incluso converger en un mismo formato digital, dando lugar al fenómeno multimedia³¹. Pero la aplicación

²⁹ SERENO RESTREPO, J.S.: “Regulación de las medidas tecnológicas en el Derecho Comparado. Especial referencia al caso de Estados Unidos, Reino Unido y Australia”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2009, nº 13, p. 153.

³⁰ LOPEZ MATA, S.: *Limites del derecho de reproducción en el entorno digital*, ed. Comares, Granada, 2009, p. 17.

³¹ GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, op.cit., p. 10. BOUZA, M.A. y CASTRO MARQUES, M.: “El caso Napster”, *Actas de Derecho Industrial*, 2000, tomo 21, p. 435. Estos dos últimos autores señalan que en 1987 “el Moving Picture Experts Group estableció en Ginebra el formato estándar para el almacenamiento de grabaciones digitales MPEG-3, designado abreviadamente como MP3. Este formato permite reducir hasta doce veces el tamaño de los archivos de música digital grabados en los discos compactos que ocupan entre 40 y 50 megabytes por canción. Con la adopción de este estándar se posibilitaba la rápida transmisión de archivos musicales a través de una red, superando así los problemas de lentitud derivados del gran tamaño de la música grabada en discos compactos”. Para GONZALEZ DE ALAIZA CARDONA, J.: “Napster: “Copias robadas”, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet”, *Revista Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2000, num.6 septiembre-diciembre, p. 65 y ss. estos sistemas de compresión han sido claves en el auge del mercado musical en Internet por “la posibilidad abierta a los particulares de descargar archivos de sonido en un tiempo razonable”. Y matiza este autor que esto “no se ha conseguido a través del aumento de la velocidad de las redes, sino gracias a la compresión de tales archivos por el MPEG Audio Layer-3, conocido popularmente como MP3. El MP3 es un algoritmo de codificación perceptual que permite la compresión de los archivos de sonido, reduciéndolos a entre una décima y doceava parte de su tamaño original (p. ej., 4 minutos de audio, que ocupan 40'3 Mb en formato Wme se convierten en 3'65 Mb al pasarlos a MP3). La aplicación del algoritmo no implica en la práctica pérdida de calidad de sonido, pues se limita a eliminar las frecuencias no perceptibles para el oído humano”. Para una mayor información sobre este punto consultarse la página del Fraunhofer Institute, creador del algoritmo: http://www.mp3-geschichte.de/de/was_ist_mp3_.html. Después vendrían otros sistemas de compresión como MPEG 1 que se desarrolló para contenidos de audio, MPEG 2 y MPEG 3 para contenidos audiovisuales, y

de la tecnología digital al entorno de Internet ha tenido unas consecuencias precisas no sólo en cuanto a que el modo de acceso a la cultura se ha modificado³², se accede a un bien cuyo soporte es intangible, sino que también ha incidido de manera decisiva en la protección de las creaciones intelectuales y los derechos que corresponden a los autores.

La primera consecuencia directa ha sido la facilidad de obtener copias idénticas al original, se borra, así, la frontera entre original y copia del entorno analógico, y se abren las puertas a fenómenos masivos de piratería digital en la red³³. Pues ésta se utiliza como cauce de distribución de las copias que, debido a la propia especificidad de la tecnología digital no observa diferencias ya de calidad, en cuanto a las sucesivas reproducciones efectuadas, ni siquiera respecto al original que ni se

MPEG 4 (para contenidos de audio y video), e incluso MPEG 7 (también para material audiovisual, permitiendo la búsqueda de estos contenidos y su indexación). Además, para imágenes uno de los compresores más extendidos es JPG. Todos ellos se basan en la misma idea de reducir el volumen de datos tratables para emplear la menor cantidad de espacio, y por tanto, de tiempo en la transmisión, eliminando la información redundante. Esta tecnología de *software* ha incidido de manera especial, junto al desarrollo del ancho de banda, en la transmisión masiva de archivos de video a través de esos estándares. En ellos se basan los *códecs* que permiten la codificación/decodificación de la información transmitida y entre los que podemos citar DviX, H.264, DTS, AC3, entre otros.

³² LÓPEZ GONZÁLEZ, J.: “La industria cultural en Internet...”, *op.cit.*, p. 115.

³³ Para CASAS VALLES, R.: “La lucha por el derecho en las redes *peer-to-peer*: el caso *Grokster* ante el Tribunal Supremo de las EEUU”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 15, p. 530: “La revolución digital ha extendido la tensión entre desarrollo tecnológico y propiedad intelectual, al permitir la realización de copias perfectas (*clones*) y su difusión instantánea a coste mínimo a través de redes”. DEAN, S., MARKS y BRUCE H.TURNBULL: “Las medidas tecnológicas de protección: el punto de encuentro de la tecnología, el derecho y las licencias comerciales”, documento OMPI en el Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado OMPI sobre derecho de autor (WCT) y el tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, Ginebra 6 y 7 de diciembre de 1999, p. 2, apuntan que la copia digital, a diferencia de la analógica, supone la “reproducción bit a bit. Esto significa que cada copia es perfecta, y que se pueden hacer copias perfectas a partir de otra copia y así hasta el infinito. Además, las copias digitales se pueden hacer con gran velocidad y sin sufrir ninguna pérdida de calidad”. Disponible en:

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_3.pdf

Para XALABARDER PLANTADA, R.: “Les llicències Creative Commons: una alternativa al Copyright?”, *Revista sobre la Societat del Coneiximent*, 2006, nº 2, disponible bajo registro en http://www.researchgate.net/publication/31890681_Les_llicències_Creative_Commons_una_alternativa_al_copyright_Presentaci_d'Ignasi_Labastida considera que esta revolución digital pivota entre dos ideas la posibilidad con esta tecnología de efectuar copias idénticas al original y de prescindir del “suport físicament tangible que conté l’obra”.

consume ni deteriora en el proceso de copiado³⁴. Además, se opera una extensión del concepto de “reproducción” en el entorno digital de forma que la copia no sólo es un contenido objeto de transmisión en la red sino también “el *modus operandi* de la misma”³⁵, es la esencia de su funcionamiento técnico.

Este entorno de transmisión de los contenidos protegidos por el derecho de autor, y la desmaterialización del soporte físico, su conversión en un archivo digital, conlleva que la propia creación intelectual se hace más manipulable. Su transformación o adaptación ya no requiere altos conocimientos técnicos, adquiere plasticidad³⁶ y se desarrolla en paralelo toda una oferta de *software* que permite transformar la creación original, e incluso atentar contra su integridad. Ante esta vulnerabilidad la tecnología ofrece su respuesta a través de las medidas tecnológicas de protección anticopia.

2.2 Desmaterialización del soporte: nuevos usos en la red.

Por otro lado, la desmaterialización del soporte físico exige replantear ciertos límites o excepciones clásicas al derecho de autor, como la copia para uso privado y su acomodo en un entorno digital. Sobre todo a la luz de fenómenos que utilizan el propio funcionamiento de la red y el intercambio de información, como las redes P2P o los servicios de hospedaje, para transmitir contenidos protegidos. Y se desarrolla, así, un mercado secundario de transmisión de copias no autorizadas, que plantea la necesaria delimitación de responsabilidad de todos los agentes que intervienen en este proceso.

³⁴ Como RAMÍREZ HINESTROZA, M.A.: “La responsabilidad de los ISP desde el punto de vista de los contenidos”, *Revista la Propiedad Inmaterial*, 2009, nº 13, p. 301 apunta: “La copia digital, a diferencia de la analógica, implica la *reproducción bit a bit*. Esto significa que cada copia es perfecta, y que se pueden hacer copias perfectas a partir de otra copia y así hasta el infinito. Además, las copias digitales se pueden hacer con gran velocidad y sin sufrir ninguna pérdida de calidad”. Vid. al respecto también PETERS, M.: “The challenge of copyright in the digital age”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2006, nº 9, p. 60.

³⁵ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 57.

³⁶ LOPEZ MATA, S.: *Limites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 17.

Pero junto a estos riesgos de piratería asociados a la propia tecnología digital y al impacto de Internet en nuestra sociedad, la revolución digital ha abierto nuevos cauces legales de explotación de las obras. De este modo, la creación intelectual puede ser puesta a disposición del público, sin previa distribución de ejemplares, de forma que el usuario de Internet pueda acceder a ella desde el lugar y en el momento que decida, en una nueva modalidad de explotación *online*, que a diferencia de los actos de comunicación audiovisual multicanal, se transmite punto a punto. Con ello se redefine, como veremos más adelante, el concepto de comunicación pública, así como el de público, con evidente trascendencia tanto desde el punto de vista de los derechos patrimoniales del autor, como de sus derechos morales. Al mismo tiempo, los nuevos modos de difusión y de puesta a disposición de las obras replantean no sólo aspectos concretos de su explotación patrimonial, sino que lleva a un cuestionamiento de todo el sistema Derecho de autor. Incluido, el régimen de transmisión de derechos, en sistemas aparentemente alternativos como el *Creative Commons*, que, a nuestro modo de ver, no son sino mecanismos de transmisión, más o menos laxos, pero dentro del propio sistema Derecho de autor, definidos también por sus propios límites irrenunciables.

En la explotación digital de obras en Internet se produce una permanente tensión entre los defensores de la mal llamada “cultura del compartir” (y digo mal llamada porque uno puede compartir aquello que legítimamente le pertenece, pero no el esfuerzo creador del autor), los propios autores y una emergente industria de explotación digital de obras *online*, que quizá, por la continua presión de la ciberpiratería no acaba de despegar. Tanto en un caso como en otro, resulta decisivo determinar los derechos afectados en la puesta a disposición *online* de contenidos protegidos. Pero como este punto será tratado con extensión en la tercera parte de este trabajo, realizaremos a modo introductorio, por tal de definir el escenario real de explotación de contenidos protegidos en Internet, un breve apunte sobre la ciberpiratería. Así como plantearemos la respuesta que desde la OMPI, EEUU y la Unión Europea se ha dado a este problema.

Finalmente, el impacto de estos desarrollos tecnológicos ha llevado a un sector social, pero también doctrinal, alineados en la llamada “cultura del compartir” a cuestionar el sistema derecho de autor. Con ello, se pretende desarrollar modelos de explotación flexibles en la red, que reducen la explotación lucrativa de la obra y la sustituyen por una puesta a disposición “libre de derechos” del autor, que nos exige replantear si estas nuevas fórmulas suponen una ruptura con el sistema Derecho de autor, o una aplicación del mismo.

***CAPÍTULO SEGUNDO.-* NUEVOS RIESGOS Y
REGÍMENES DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE
AUTOR**

1. Descargas y accesos ilegales en Internet: de la desaparición del soporte a la despatrimonialización del autor.

1.1 Redes P2P: de la copia privada ripeada al intercambio colectivo de archivos digitales con contenidos protegidos en la red.

A) La distinción entre explotación legal y utilización ilícita sin autorización.

La tecnología digital ha borrado en gran medida, al menos como se entendía en el mundo analógico, la distinción clásica entre original y copia, de modo que cada copia sucesiva no degrada su calidad respecto al original, y es tan perfecta como la primera. Esta tecnología permite una reproducción fácil, accesible y de calidad, lo que junto al desarrollo de las transmisiones telemáticas a través de Internet ha abierto las puertas a la ciberpiratería, al intercambio de archivos con contenidos protegidos entre internautas, y a su amplia expansión a nivel doméstico³⁷, favorecido por determinados avances tecnológicos, en especial, la compresión y el ancho de banda³⁸.

Ahora bien, cabe hacer una doble matización, ni todos los contenidos que se difunden en el entorno digital están protegidos por el Derecho de autor³⁹ ni todas las puestas a disposición de obras en Internet constituyen actos ilegítimos efectuados sin la autorización del autor o los titulares de los derechos de explotación. Pero lo

³⁷ En este sentido, y como CARBAJO CASCON, F.: “El pulso en torno a la copia privada”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2004, nº 16, p. 15 pone de manifiesto: “La piratería profesional daña gravemente los intereses de los titulares de la propiedad intelectual. Pero a esa piratería profesional se une ahora la reproducción y difusión masiva de creaciones y prestaciones protegidas entre particulares aprovechando las grandes posibilidades de copia y transmisión ofrecidas por la tecnología digital y las comunicaciones telemáticas: fenómeno éste que está generando una nueva manifestación socioeconómica (cuyo máximo exponente son los programas P2P) que provoca un progresivo y alarmante desvalor en el capital de la propiedad intelectual y que podría calificarse –desde una perspectiva sociológica- como *piratería doméstica*”.

³⁸ SERENO RESTREPO, J.S.: “Regulación de las medidas tecnológicas en el Derecho Comparado...”, *op.cit.*, p. 152 y ss señala el papel que en este punto ha desplegado el ADSL de alta velocidad, lo que de alguna manera ha hecho realidad la previsión que allá por el año 1999 hicieron DEAN, S., MARKS y BRUCE H.TURNBULL: “Las medidas tecnológicas de protección...”, *op.cit.*, p. 3, en cuanto al impacto que la extensión del ADSL tendría en el ancho de banda para facilitar la transmisión de obras en Internet con gran calidad.

³⁹ RAMÍREZ INESTROZA, M.A.: “La responsabilidad de los ISP...”, *op.cit.*, p. 283.

cierto es que se ha desarrollado una masiva piratería a través de Internet, que ha llevado incluso al desarrollo de discursos teóricos en torno a la libre apropiabilidad de las creaciones intelectuales en el ciberespacio, bajo la llamada “cultura del compartir”, y banderas dogmáticas como la libertad de expresión⁴⁰, o la consideración de las redes P2P como espacios privados o zonas de libre intercambio entre particulares.

Probablemente el desarrollo de las redes P2P, y sin perjuicio de la aparición de posteriores fenómenos de difusión de copias ilícitas y otras formas de ciberpiratería, fue determinante en la difusión por medio de la red de copias ilícitas de obras protegidas por el derecho de autor. Y marcó la hoja de ruta tanto al desarrollo de las redes P2P de segunda generación, como a otros sistemas, como los servicios de *hosting*, que reconducen en igual medida a la responsabilidad del intermediario por los hechos infractores de los internautas en relación a los contenidos albergados o compartidos.

B) NAPSTER: el origen de la polémica en torno a las redes P2P.

En 1999 se creó Napster como la primera gran red de intercambio de archivos musicales entre pares, a través de un programa informático que se podía descargar desde una web. Una vez descargado este programa de *software*, de forma automática la aplicación creaba en el disco duro una carpeta denominada *music*, de forma que cuando el usuario del programa la abría tenía acceso a los archivos de música de los usuarios conectados. De esta forma se ofrecía a los usuarios de Napster la posibilidad tanto de efectuar copias de sus archivos almacenados en un directorio de su disco duro, como grabar en su ordenador archivos MP3 ofrecidos por otros usuarios de Napster y disponibles a través de la carpeta *music*⁴¹. En este sentido y como CASAS VALLÉS apunta no hay un solo servidor que almacene y ofrezca todo el material,

⁴⁰ CARBAJO CASCON, F.: “El pulso en torno...”, *op.cit.*, p. 12, destaca entre los internautas este alegato demagógico de los principios constitucionales de libertad de expresión, así como la asimilación de las creaciones a información, la sacralización del derecho a la cultura, y el principio “pro consumatore”.

⁴¹ BOUZA, M.A. y CASTRO MARQUES, M.: “El caso Napster”, *op.cit.*, p. 436.

sino que aquello que busca el internauta “puede hallarse en cualquiera de los ordenadores conectados a la plataforma que, de este modo, actúan como *servidor y cliente a la vez*”⁴².

Napster facilitaba al usuario un listado completo del material disponible para el intercambio, en cierto sentido ofrecía la base de datos que permitía la búsqueda entre todos los ordenadores conectados⁴³, a través del buscador del programa se podían localizar los archivos musicales por título y autor. Una vez localizados los archivos buscados se dirigía la petición al servidor de Napster y éste indicaba al usuario en qué ordenador u ordenadores estaba disponible el archivo solicitado, de todos los que en ese momento estaban conectados a la plataforma⁴⁴, la aplicación indicaba además la velocidad de transmisión o descarga⁴⁵. Napster se basaba en la idea de crear una red informática entre iguales, y que no tuviera ordenadores clientes y servidores fijos, sino que, por el contrario, dispusieran de una serie de nodos que actuaran como clientes y servidores de los demás nodos de la red. Pero, a diferencia de las redes P2P de segunda generación que vendrían después, existía una intermediación por parte de Napster por cuanto facilitaba la conexión entre usuarios.

La permuta de archivos a través de Napster creció de manera significativa, dado el carácter gratuito del intercambio, y las compañías discográficas norteamericanas más importantes demandaron a Napster ante el Tribunal de Distrito del Norte de California por la violación de los derechos de *copyright*. En el curso del proceso se adoptaron medidas provisionales y se obligó a Napster a abstenerse de realizar, o de facilitar a terceros la reproducción, descarga, transmisión, o comunicación pública de composiciones musicales protegidas por el *copyright* sin el consentimiento expreso de sus titulares. La adopción de estas medidas

⁴² CASAS VALLES, R.: “La lucha por el derecho en las redes *peer-to-peer*...”, *op.cit.*, p. 530.

⁴³ CARBAJO CASCÓN, F.: “El pulso en torno...”, *op.cit.*, p. 47.

⁴⁴ CASAS VALLES, R.: “La lucha por el derecho en las redes *peer-to-peer*...”, *op.cit.*, p. 530 y ss.

⁴⁵ VIDAL PORTABALES, J.I.: “Algunos aspectos problemáticos de las redes P2P, especial referencia al caso francés (HADOPI)”, *Actas de Derecho Industrial*, 2008-2009, tomo 29, p. 602.

provisionales fue apelada por Napster ante el Tribunal de Apelación del Circuito Cinco, que confirmó y revocó en parte la resolución de primera instancia⁴⁶. En esta instancia se establecieron importantes conclusiones en cuanto a la responsabilidad de la empresa creadora y distribuidora del programa: en primer lugar, el rechazo de la excepción *fair use* implicaba que la actuación de los usuarios violaba el *copyright*; en segundo lugar, la idea de conocimiento efectivo por parte de Napster se convierte en el elemento determinante de imputación de responsabilidad por *vicarious infringement*. Se entendió que Napster tenía el derecho y la posibilidad de supervisar la actuación de los internautas que utilizaban su programa de descarga de archivos *peer-to-peer*⁴⁷, y que en la mayor parte de los casos, o al menos en un proporción muy significativa, utilizaban la plataforma para intercambiar archivos protegidos por el *copyright*. Aunque también, como CASAS VALLÉS pone de manifiesto, la empresa Napster era responsable de una infracción secundaria por contribución, *contributory infringement*, en el sentido que había existido una contribución material por parte de Napster a la infracción, por cuanto organizaba el tráfico del intercambio, proporcionando a los usuarios un sitio electrónico y los medios para efectuar el intercambio de archivos⁴⁸.

⁴⁶ BOUZA, M.A. y CASTRO MARQUES, M.: “El caso Napster”, *op.cit.*, p. 436.

⁴⁷ En este sentido y como BOUZA, M.A. y CASTRO MARQUES, M.: “El caso Napster”, *op.cit.*, p. 437 y ss. refiere el Tribunal de Apelación considera que “si un operador de un sistema informático como el de Napster sabe que en el mismo existe material ilícito y no lo *retira* de su sistema contribuye con el infractor. Por el contrario si el operador no tiene conocimiento de la existencia del material ilícito, éste no puede considerarse culpable por el simple hecho de que el sistema posibilite el intercambio de material protegido”. Y en cuanto a la responsabilidad *vicarious infringement* añade : “En el sistema norteamericano. una persona es responsable por las infracciones realizadas vicariamente por sus empleados, y también por las realizadas por terceros si se tiene el derecho y la posibilidad de supervisar sus actividades infractoras siempre que además se tenga un interés económico directo.

Pues bien, según el Tribunal de Apelación, Napster tiene el derecho y la posibilidad de supervisar la conducta de sus usuarios. Además, Napster tiene un interés económico en las actividades de éstos porque la existencia de canciones protegidas por la Ley actúa como estímulo para éstos, y porque la obtención de ganancias futuras por parte de Napster depende directamente del incremento del número de usuarios”.

⁴⁸ CASAS VALLES, R.: “La lucha por el derecho en las redes *peer-to-peer*...”, *op.cit.*, p. 532 y ss.

C) El caso NAPSTER como lección aprendida y la aparición de las redes P2P de segunda generación.

Los siguientes programas de intercambio, llamados de segunda generación, parten de un desarrollo tecnológico que buscará la descentralización del sistema de intercambio, para esquivar el principal problema legal al que se había enfrentado Napster, en cuanto a poner a disposición de los internautas los archivos protegidos a través de su propio servidor⁴⁹. Surgen así programas como Grokster, Kazaa, Morpheus, iMesh, eDonkey, emule o BitTorrent, en los que, al margen de sus diferencias tecnológicas⁵⁰, la conexión entre usuarios y el intercambio de archivos se produce sin la intervención de un servidor centralizado, sino que se trata de una red totalmente descentralizada en la que los usuarios se conectan directamente a un nodo u ordenador de otro usuario, de forma que cada ordenador es servidor y cliente a la vez. Desde el propio programa se trata de garantizar la disponibilidad de los recursos, de forma que cuantos más archivos ofrezca el usuario a la red mayor será su velocidad de descarga, realizando los usuarios dos acciones básicas en las que se sustenta la red de intercambio: la subida (*uploaded*) de archivos para compartir y la descarga (*download*) de archivos compartidos⁵¹.

Así, en la plataforma de Grokster el tráfico ya no se organiza por la empresa desarrolladora del programa, como en el caso de Napster, sino que algunos de los ordenadores conectados proporcionan al resto el listado del material disponible, este papel de supernodo puede ser cumplido por cualquiera de los ordenadores

⁴⁹ CARBAJO CASCÓN, F.: “El pulso en torno...”, *op.cit.*, p. 47 destaca que estos programas tienen una estructura diferente a Napster “ya que el sistema está deslocalizado, pues las búsquedas y los intercambios no se producen a través de un sitio web concreto que actúa como intermediario, sino que cada ordenador usuario actúa como sistema de búsqueda y descarga”.

⁵⁰ En este sentido y como CASAS VALLES, R.: “La lucha por el derecho en las redes *peer-to-peer*...”, *op.cit.*, p. 531 y APARICIO VAQUERO, J.P. : “El intercambio de archivos en redes de pares a la luz del derecho vigente”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2005 (BIB 2005/1127), p. 5 indican aunque estos programas se distribuyen de forma gratuita, Grokster se basa en tecnología propietaria de terceros, es una empresa licenciada que carece de acceso al código fuente, y por tanto no puede introducir modificaciones, Kazaa se basa en tecnología propietaria, y otros como Morpheus son programas que desarrollan Gnutella, un software abierto cuyo código fuente es de acceso abierto, lo mismo que ocurre en el caso de emule.

⁵¹ APARICIO VAQUERO, J.P. : “El intercambio de archivos en redes de pares...”, *op.cit.*, p. 4 y ss.

conectados en un momento dado, siempre que disponga de la potencia técnica necesaria⁵².

Nuevamente un grupo destacado de estudios cinematográficos y productores fonográficos acusan a Grokster y a StreamCast Networks (empresa que distribuye Morpheus) de responsabilidad indirecta en la masiva violación de derechos de autor por los usuarios de sus plataformas. Sorprende de nuevo, que las demandas por parte de la industria afectada no se dirigen contra los usuarios por infracción directa, sino que las demandas se fundan en la responsabilidad de las empresas desarrolladoras de estos programas por infracción indirecta. Lo que debe valorarse a la luz, por un lado del carácter masivo de las infracciones, de la dificultad de control de las comunicaciones e identificación de los infractores⁵³, y sobre todo por la necesidad de estos sectores industriales de poner freno a una tecnología que podía poner en riesgo la estabilidad de su propio negocio, al desarrollar, un mercado paralelo de transmisión *online* de copias ilegales.

Sin embargo, en este caso, los tribunales de Distrito y Apelación partieron de la doctrina Sony, según la cual el conocimiento de que un dispositivo puede usarse para cometer infracciones no puede determinar su ilicitud y la responsabilidad indirecta de su creador por infracciones que terceros puedan realizar con él. En la medida en que también se pueda prestar a utilizaciones lícitas, así como de las propias especificidades técnicas del funcionamiento de estas plataformas. En este sentido, quedó acreditado en el curso de estos procesos que Grokster y Morpheus eran aplicaciones que permitían el intercambio de todo tipo de material, protegido o no por el *copyright*. Y que precisamente esos usos lícitos imponía a la parte actora probar no sólo que Gokster y StreamCast habían tenido conocimiento de las infracciones, sino además que no hicieron nada para impedir las infracciones, una vez fueron notificados oportunamente de las mismas. Pero además se concluyó que

⁵² CASAS VALLES, R.: “La lucha por el derecho en las redes *peer-to-peer*...”, *op.cit.*, p. 531.

⁵³ LÓPEZ GONZÁLEZ, J.: “La industria cultural en Internet y las Entidades gestoras de derechos de autor”, *El canón digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico*, Dirs. PADROS REIG, C. y LÓPEZ SINTAS, J., ed. ATELIER, Barcelona, 2011, p. 111.

el segundo requisito de la responsabilidad por *contributory infringement*, esto es la contribución material a la infracción, no se daba puesto que ninguna de estas dos empresas eran proveedores de acceso, es decir, no podían cancelar las cuentas de los usuarios infractores. Y tampoco mantenían índices o listados de los que pudieran eliminar los archivos protegidos una vez advertida la infracción, por cuanto, estos archivos no se encontraban en sus ordenadores, sino en los de los usuarios.

Sin embargo, la Corte Suprema de EEUU casó la sentencia de instancia porque consideró que la doctrina Sony no se había interpretado de acuerdo con todos los matices que presentaba el caso. En este sentido matizó que la responsabilidad por *contributory infringement* debería abarcar también aquellos actos que contribuyan intencionadamente a inducir o alentar infracciones. Siguiendo a GONZALEZ DE ALAIZA CARDONA esta responsabilidad en el caso Grokster se apreció a partir de tres elementos, cuya suma determinó la responsabilidad del operador: a) una voluntad decidida por parte de estos nuevos operadores de P2P de ocupar el espacio que dejaba Napster, lo que se demostró a partir de correos internos, utilización de *software* dirigido a la captación de antiguos usuarios de Napster, redireccionamiento a su propia página, y hasta por la similitud en el nombre entre ambas compañías; b) una ausencia de iniciativas o proyectos para aplicar filtros u otros mecanismos que disminuyeran las transmisiones de obras protegidas; c) el interés en multiplicar el número de usuarios de ambas compañías lo que provocaba mayores beneficios económicos en concepto de publicidad⁵⁴.

Como este autor pone de manifiesto la Corte Suprema no se manifestó sobre la doctrina Sony, sino que la responsabilidad del intermediario derivó de las actuaciones que había desplegado para inducir a la infracción de derechos de autor⁵⁵.

⁵⁴ GONZALEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: “La sentencia de la Corte Suprema Estado-Unidense en el caso Grokster: la matizada condena de los operadores P2P”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2005, n° 20, p. 142 y ss.

⁵⁵ GONZALEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: “La sentencia de la Corte Suprema...”, *op.cit.*, p. 143, si bien como este autor apunta en el segundo voto particular que recoge la sentencia y cuyo ponente es el juez Breyer sí que hubo un cierto posicionamiento en torno a la doctrina Sony pues con este auto apunta los magistrados firmantes de este voto realizaron tres consideraciones importantes: “en primer

En nuestro país, y como IGLESIAS POSSE apunta, el caso Promusicae, Warner Music, Universal, EMI y Sony BMG contra Pablo Soto, creador del protocolo MP2P y las sociedades mercantiles que explotan varias aplicaciones, creadas a partir de este protocolo, es el equivalente español al caso GROKSTER⁵⁶. Este protocolo toma como modelo el esquema de Gnutella, y por lo tanto los programas P2P de segunda generación, totalmente descentralizados, sin que existiese un servidor central que administrara la red⁵⁷. La sentencia del Juzgado de lo mercantil nº4 de Madrid, de 25 de noviembre de 2011⁵⁸, aplica la doctrina Sony para liberar de responsabilidad al desarrollador del programa al entender que sólo se han creado unos programas informáticos cuya finalidad es el intercambio de archivos entre particulares, pero “no el intercambio de canciones de los demandantes”. Aunque como IGLESIAS POSSE apunta si en la sentencia se hubiera valorado el propio funcionamiento técnico del programa, en especial, el papel que jugaban las puertas de enlace y el *smart caching* en el funcionamiento de Blubster, Piolet y Manolito se hubiera reconocido la responsabilidad del intermediario, por cuanto la

lugar, la interpretación no estricta de la regla Sony ha contribuido al desarrollo tecnológico; en segundo lugar, una interpretación más estricta dificultaría a los promotores de nuevas tecnologías alcanzar el número mínimo de usos lícitos, y por tanto, la exoneración de responsabilidad; y, por último, resulta cuando menos dudoso que los posibles beneficios que una interpretación más estricta tendría para los titulares de derechos de autor compensasen los perjuicios en la producción y desarrollo de nuevas tecnologías. Por todo ello, en el segundo voto particular se defendió que la interpretación de la regla Sony continuase siendo laxa”.

⁵⁶ IGLESIAS POSSE, R.: “Licitud de la comercialización de aplicaciones informáticas diseñadas para intercambiar archivos a través de redes P2P (Comentario a la sentencia nº 244/2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, de 25 de noviembre)”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2012, nº 29, p. 459

⁵⁷ IGLESIAS POSSE, R.: “Licitud de la comercialización de aplicaciones informáticas...”, *ult.cit* expone el funcionamiento de este programa P2P del siguiente modo: “Las direcciones IP son recopiladas por cada una de las tres aplicaciones mediante un procedimiento técnico denominado *Smart caching* y que, básicamente, consiste en su captura en una memoria caché del computador del usuario que ejecuta el programa. Mediante algún procedimiento técnico automatizado, las aplicaciones transmiten esa información y, a partir de ella, las empresas explotadoras crean una base de datos de varios millones que, por una parte, es alojada en sus páginas web para dar soporte al sistema de puertas de enlace que ya conocemos, y por otro lado, se incluye en cada una de las tres aplicaciones en forma de archivo encriptado. Puesto que el acceso a una página web es más rápido que a una base de datos de ese tamaño, cuando es puesto en marcha por vez primera, el programa acude a la puerta de enlace correspondiente. Posteriormente, recurrirá a la memoria caché emplazada en el equipo del usuario, donde se habrá registrado las direcciones empleadas con éxito, cuyo acceso es aún más rápido y permite una conexión más ágil a la red”.

⁵⁸ Sentencia del Juzgado de lo mercantil nº 4 de Madrid de 25 de noviembre de 2011, *LA LEY 236215/2011*.

aplicación recopila las direcciones IP y genera con esta información una base de datos que da soporte a las puertas de enlace, y se incluye como una parte más en el programa de instalación⁵⁹.

1.2 Situación actual: coexistencia de las redes P2P con otros sistemas de puesta a disposición de contenidos protegidos.

A pesar de estos pronunciamientos judiciales en EEUU, y de la voluntad decidida por parte de la Unión Europea de limitar estos fenómenos a través de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, estos fenómenos no se han erradicado de una manera efectiva en la red. Estas prácticas coexisten con otros fenómenos, como los sitios web de alojamiento de archivos o que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas. Hasta el momento podemos decir que la transmisión no autorizada de contenidos protegidos se canaliza en la red a través de redes P2P, sitios web, unos con claras funciones de *hosting*, de alojamiento de archivos, y otros que proporcionan el enlace a dichos contenidos de forma directa, o a través de una red P2P cuyo enlace se ofrece en la propia página *web*. Pero sin que estos supuestos agoten todas las posibilidades que la tecnología ofrezca en un futuro como advierte GOMEZ TOMILLO⁶⁰.

Los servicios de alojamiento de contenidos alquilan o ceden espacio en sus servidores con la finalidad de que los usuarios alojen sus propios sitios web (*hosting*) pero también cualquier objeto que pueda ser almacenado de forma digital⁶¹. Este

⁵⁹ IGLESIAS POSSE, R.: “Licitud de la comercialización de aplicaciones informáticas...”, *op.cit.*, p. 461.

⁶⁰ GOMEZ TOMILLO, M.: “Megaupload y la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Al mismo tiempo, una propuesta político-criminal sobre los proveedores de enlaces”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2012, septiembre, p. 40.

⁶¹ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I: “Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P. Su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Intelectual”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2014, nº 16, p. 91, como este autor refiere el *housing* se diferencia del *hosting* en que incluye no sólo almacenamiento de *software*, sino también almacenamiento físico de elementos de *hardware*.

servicio debe diferenciarse del *housing* en el que una empresa alquila espacio físico en sus instalaciones para albergar servidores o equipos técnicos⁶². El caso emblemático, en cuanto a la potencialidad de efectuar transmisiones no autorizadas de contenidos protegidos por esta vía, es sin duda, el de Megaupload que llevó en 2012 a la intervención del FBI para dar cierre a un sitio web de servicio de alojamiento de archivos, donde se producían de forma sistemática infracciones de los derechos de autor. A diferencia de las redes P2P no existía un intercambio entre usuarios, sino que los contenidos protegidos se alojaban en el servidor de Megaupload por parte de un usuario, lo que generaba un enlace para que los demás usuarios pudieran acceder al archivo.

Obviamente, la argumentación de estos operadores iba en la misma línea que en el caso de las redes P2P, es decir, que almacenaban información no sujeta a propiedad intelectual y que no tenían la obligación de conocer el contenido de los archivos que subían los usuarios de sus servicios.

El problema, a nuestro juicio, no cesa con el cierre de este o aquel servicio de almacenamiento de datos, y las vías de infracción de derechos pueden discurrir a través de cauces menos visibles. Como a través de las nuevas formas de almacenamiento en la nube, como Dropbox o iCloud, y las posibilidades que ofrecen estos servicios de compartir archivos, pero cuyo control choca de modo frontal con el secreto de las comunicaciones de los particulares, y la privacidad con la que estos intercambios pueden llevarse a cabo.

Tampoco debemos perder de vista que el disfrute de contenidos culturales se produce más allá de las redes P2P y los servicios de almacenamiento de datos o enlaces a páginas de descarga o de visualización *in streaming*, a través de una sociedad en red que encuentra en cauces como Facebook, YouTube, MySpace o Twitter, y demás redes sociales, sus propios cauces de expresividad e interacción colectiva. Estas nuevas formas de interacción, en muchas ocasiones puede ser un

⁶² CONDE BUESO, I y DÍEZ-LÓPEZ, I.: “Comentario al art. 16” en *La Nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, dr. JAVIER CREMADES, ed. LA LEY, Madrid, 2003, p. 284.

cauce de expresividad propia, pero también en otros muchos nos plantea los límites entre esa expresividad y el respeto a los derechos de los titulares de contenidos protegidos⁶³, en un nuevo entorno global, deslocalizado, de intercambios y conexiones telemáticas transfronterizas que reclaman también una respuesta internacional.

2. Los tratados internacionales del derecho de autor auspiciados por la OMPI como respuesta al nuevo entorno tecnológico.

Con anterioridad a la aparición de Internet, se hizo necesario articular la protección jurídica del Derecho de autor no sólo a nivel nacional, sino también mediante instrumentos normativos de carácter internacional. Así, desde el siglo pasado la tutela jurídica del Derecho de autor se garantizó a través de tratados internacionales⁶⁴ de carácter multilateral⁶⁵, que ampliaron el ámbito de la protección de estos derechos más allá de las fronteras nacionales. Así, se suscribió, tras una serie de Conferencias⁶⁶, el Convenio de Berna el 10 de septiembre de 1886, al que en la actualidad se han adherido la mayor parte de estados de la comunidad internacional⁶⁷. Para alcanzar la protección supranacional del Derecho de autor la Convención de Berna se basa, como uno de sus principios básicos, en la asimilación del autor extranjero al nacional (art. 5), el denominado principio de trato nacional⁶⁸. Este principio asimilacionista ofrece al autor en virtud del convenio tres niveles

⁶³ LÓPEZ GONZÁLEZ, J.: “La industria cultural en Internet...”, *op.cit.*, p. 113.

⁶⁴ CAVIEDES, A.A.: “International Copyright Law: should the european union dictate its development?”, *Boston University International Law Journal*, 1998, v. 16, p. 169 apunta que el origen del reconocimiento internacional del Derecho de autor se sitúa en este momento, cuando algunos autores comienzan a alcanzar un reconocimiento en otros países distinto al de origen, y surge la necesidad de establecer una protección a nivel internacional.

⁶⁵ Como apunta CAVIEDES, A.A.: “International Copyright Law...”, *op.cit.*, p. 182 y ss. la regulación internacional del Derecho de autor puede abordarse a través de tratados bilaterales o multilaterales. La armonización a nivel bilateral hace que la protección quede en función de acuerdos políticos concretos, introduciendo resultados asimétricos o discriminatorios respecto a los acuerdos multilaterales, especialmente respecto a los países en vías de desarrollo.

⁶⁶ CAVIEDES, A.A.: “International Copyright Law...”, *op.cit.*, p. 170.

⁶⁷ Vid. http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=15

⁶⁸ Como señala CAVIEDES, A.A.: “International Copyright Law...”, *op.cit.*, p. 172 con algunas excepciones como el requisito formal de inscripción que no se aplica a otros estados.

acumulativos de protección: la otorgada por el Convenio de Berna, por su legislación nacional y por las legislaciones nacionales de los otros estados adheridos al Convenio de Berna. Este principio asimilacionista o de tratamiento nacional, se reconoce también en la Convención de Ginebra de 6 de septiembre de 1952, sobre los derechos de autor (art. II.3), un tratado menos relevante en cuanto a la protección del derecho de autor que el anterior⁶⁹, pero que abre el camino a la convergencia internacional del Derecho de autor a otros países de un nivel de industrialización inferior⁷⁰.

Con posterioridad se han adoptado diferentes acuerdos internacionales, como la Convención Internacional de Roma de 26 de octubre de 1961 sobre Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, que ofrece un marco internacional de protección a los titulares de estos derechos, que habían quedado fuera de los esquemas de protección de los dos convenios anteriores⁷¹. El Convenio de Estocolmo de 14 de julio de 1967 estableció la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, como un foro especializado en esta materia y dependiente de la ONU, que, entre otras funciones, administra tratados internacionales en materia de derecho de autor⁷². Con posterioridad se adoptaron diferentes tratados, como el Convenio de 29 de octubre de 1971 para la protección de

⁶⁹ CAVIEDES, A.A.: “International Copyright Law...”, *op.cit.*, p. 172.

⁷⁰ Como apunta DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur...*, *op.cit.*, p. 892 la Convención de Ginebra fue en cierto sentido una reacción internacional al Convenio de Berna, en el sentido de celebrar un acuerdo multilateral que sometiese el Derecho de autor a un nivel de protección inferior al establecido en el Convenio de Berna y permitiese atraer a estados en vías de desarrollo. En esta convención se prevé la posibilidad de una doble adhesión al Convenio de Berna y a la Convención Universal la norma de conflicto establecida en el art. XVII se decanta por dar prioridad a las disposiciones contenidas en el Convenio de Berna, en la medida que éste es el convenio que ofrece mayores garantías para la protección jurídica del Derecho de autor, vid. al respecto VICENT LÓPEZ, C.: *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, ed. Revista General de Derecho, Valencia, 1999, p. 19. En este sentido, y como CAVIEDES, A.A.: “International Copyright Law...”, *op.cit.*, p. 184 apunta se puso de manifiesto en las negociaciones internacionales sobre protecciones de Derecho de autor la existencia de intereses muy diferentes en este punto entre países desarrollados industrialmente, o con una industria cultural potente, y otros países en vías de alcanzar ese desarrollo, en el sentido que expresa este autor: “Therefore, a legitimate concern is whether greater intellectual property protection actually contributes to global welfare as whole or only to those industrialized and developing countries who are strong net exporters of intellectual property in particular”.

⁷¹ CAVIEDES, A.A.: “International Copyright Law...”, *op.cit.*, p. 175.

⁷² Vid. <http://www.wipo.int/wipolex/es/profile.jsp?code=WIPO>

los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, el Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite de 21 de mayo de 1974, y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados de 26 mayo de 1989, que figuran entre los más destacados del período anterior a la década de los noventa y la eclosión de las nuevas tecnologías de la información.

Pero la llegada de Internet obliga a afrontar un tratamiento más integral del Derecho de autor en el “mercado mundial de la información”⁷³ generado por las nuevas tecnologías asociadas a la informática e Internet. Se hace necesario ofrecer una marco jurídico global⁷⁴ respecto a un sector económico que se desarrolla con fuerza a nivel mundial⁷⁵, pero cuyo crecimiento corre paralelo a los nuevos riesgos de piratería asociados a la tecnología digital⁷⁶. Las diferencias nacionales en el régimen de protección de estos derechos aparecen como barreras en un nuevo marco comercial que se define por esencia en Internet como transnacional⁷⁷, en un

⁷³ BERCOVITZ, A.: “Riesgos de las nuevas tecnologías...”, *op.cit.*, p. 72.

⁷⁴ En este sentido, VATTIER FUENZALIDA, C.: “Incidencia de los Tratados de la OMPI en la Ley de Propiedad Intelectual”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2000, nº 4, p. 9 señala como la economía global ha llevado a la generalización del Derecho post-estatal como una nueva forma de regulación normativa: “Como es sabido, la actual globalización de la economía mundial ha dado lugar a un fenómeno normativo casi inédito que, a falta de mejor denominación, podemos llamar Derecho «post-estatal». Se trata del conjunto de normas uniformes elaborado por determinados organismos supranacionales, a menudo asediados por grandes grupos de presión, que los Estados incorporan luego a los ordenamientos nacionales, bien por la vía directa de la adhesión o bien por mediación de la Unión Europea, o por ambas vías a la vez como ha de ocurrir con seguridad en el caso que nos ocupa”. Vid. CAVIEDES, A.A.: “International Copyright Law...”, *op.cit.*, p. 184.

⁷⁵ GOMEZ SEGADE, J.A.: “Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la información”, *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Coord. ROGEL VIDE, ed. Reus, Madrid, 1999, p. 18 señala como la industria de la información podía convertirse “en el motor económico que arrastre al mundo desarrollado, y los servicios basados en el conocimiento y la formación se convertirán en uno de los activos más importantes, porque se podrán incluso *exportar* o *vender* sin necesidad de contacto personal directo”.

⁷⁶ CASAS VALLES, R.: “La lucha por el derecho en las redes *peer-to-peer*...”, *op.cit.*, p. 530; DEAN, S., MARKS y BRUCE H.TURNBULL: “Las medidas tecnológicas de protección: el punto de encuentro...”, *op.cit.*, p. 2; RAMÍREZ HINESTROZA, M.A.: “La responsabilidad de los ISP...”, *op.cit.*, p. 301; PETERS, M.: “The challenge of copyrigh...”, *op.cit.*, p. 60; GONG, J.Z.: “Defining and addressing virtual property in international treaties”, *Boston University Journal of Science & Technology Law*, 2011, v. 17, nº 1, p. 101 y ss.

⁷⁷ En este sentido el Acuerdo ADPIC, Anexo 1C del Convenio por el que se crea la OMC firmado en 1994, comienza el preámbulo con la manifestación de este propósito: “Deseosos de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad

momento en que la nueva economía global comienza a definirse⁷⁸, liderada por EEUU como principal exportador de productos tecnológicos, pero también de materiales protegidos con derechos de autor, lo que le lleva a asumir también ese liderazgo en la defensa de la protección internacional del *copyright*⁷⁹. Y se hace necesario introducir normas internacionales que ofrezcan un mayor control de estos derechos en Internet⁸⁰ pero, al mismo tiempo, permitan el desarrollo de un nuevo modelo de negocio basado en este medio y las transmisiones digitales de bienes culturales⁸¹. Se trata, en definitiva de establecer un marco mínimo legal que asegure la protección del derecho de autor y el desarrollo de este nuevo sector tecnológico.

de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo”, puede consultarse en la siguiente URL http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/t_agm0_s.htm

Sobre la vinculación entre armonización internacional y mercado global, vid. MACDONALD, K.E.: “Speed Bump on the Information Superhighway: Slowing Transmission of Digital Works to Protect Copyright Owners”, *Louisiana Law Review*, 2003, v. 63, nº 2, p. 427; CAVIEDES, A.A.: “International Copyright Law...”, *op.cit.*, p. 184.

⁷⁸ VATTIER FUENZALIDA, C.: “Incidencia de los Tratados de la OMPI...”, *op.cit.*, p. 9.

⁷⁹ DOANE, M.: “TRIPS and international intellectual property protection in an age of advancing technology”, *American University Journal of International Law and Policy*, 1994, v. 9, p. 465 y ss. En este sentido, también CAVIEDES, A.A.: “International Copyright Law...”, *op.cit.*, p. 179 y ss. señala como el déficit comercial de 1980 por la caída de las exportaciones en EEUU llevó a buscar explicaciones, entre las que se encontraba el insuficiente nivel de protección del *copyright* frente a la piratería, sobre todo en relación a productos informáticos. Para GOMEZ SEGAGE, J.A.: “Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos...”, *op.cit.*, p. 20 EEUU comprendió en este contexto la importancia “de consolidar la sociedad de la información para afirmar su liderazgo económico y político en el mundo”. ANTEZANA, M.E.: “The European Union Internet Copyright Directive as Even More Than it Envisions: Toward a Supra-EU Harmonization of Copyright Policy and Theory”, *Boston College International and Comparative Law Review*, 2003, v. 26, p. 440 y ss. señala como el comercio entre EEUU y Europa puso de manifiesto la necesidad de una armonización que permitiera operar de manera eficiente. Vid. al respecto WILLEM GROSHEIDE, F.: “Globalisation, Convergence and Divergence in International Copyright Law: A Question of Expediency or of Right?”, *New Directions in Copyright Law*, v. 2, ed. MACMILLAN, pub. Edward Elgar Publishing Limited, Massachusetts, 2006, p. 53.

⁸⁰ LARSON, S., SVENSSON, M., MEZEI, P. y DE KAMINSKI, M.: “The Digital Intellectual Property Challenge Revisited: File-sharing and Copyright Development in Hungary”, *The WIPO Journal*, 2014, v. 5, iss.2, p. 177. MACDONALD, K.E.: “Speed Bump on the Information...”, *op.cit.*, p. 428 señala como fueron los países económicamente desarrollados, de la UE y EEUU, quienes presionaron en cuanto a la necesidad en el nuevo entorno de aumentar las normas mínimas contenidas en el Convenio de Berna. Vid. también CAVIEDES, A.A.: “International Copyright Law...”, *op.cit.*, p. 179.

⁸¹ NETANEL, N.W.: “The Next Round: The Impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement”, *Virginia Journal of International Law Association*, 1997, v. 37, p. 442.

En este nuevo contexto mundial comienzan a definirse nuevos conceptos de propiedad intelectual más acordes para la nueva economía digital⁸².

El Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC), suscrito en Marrakech el 15 de abril de 1994, incluyó en su acta final el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC), junto a otros acuerdos multilaterales adoptados en la Ronda de Uruguay. Este acuerdo partió de la necesidad de incrementar en el nuevo entorno tecnológico de Internet la protección de los derechos de autor, por encima de los estándares de la CB. Asumió un enfoque más integral que ésta en cuanto a la inclusión no sólo del derecho de autor, sino también de esos otros derechos vecinos que en el nuevo entorno comienzan a adquirir importancia, dado el impacto de la tecnología digital en la industria del entretenimiento⁸³. Aunque omitió cuestiones como el agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta⁸⁴, las medidas tecnológicas de protección⁸⁵, o los derechos morales⁸⁶, ofreció en el nuevo escenario tecnológico de Internet el marco inicial para el desarrollo de un régimen de protección del Derecho de autor a escala internacional⁸⁷.

Así, este Acuerdo ADPIC, bajo los auspicios del GATT, influyó en la

⁸² REILING, R.: “Intellectual Property Regimes for the Information Age: Policies of the United States, the European Union and the World Intellectual Property Organization”, *Boston University Journal of Science & Technology Law*, 1997, v. 3, p. 1 y ss. Así, cabe citar una serie de informes y estudios impulsados por distintos gobiernos, que influirán en los posteriores tratados de la OMPI, como el informe elaborado en 1994 por la Comisión *Industries Culturelles et Nouvelles Techniques*, o el informe elaborado por la agencia de asuntos culturales de Japón en 1995 *A report on discussions by the working group of the subcommittee on multimedia copyright council*. Vid. GOMEZ SEGADE, J.A.: “Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos...”, *op.cit.*, p. 20.

⁸³ En este sentido CAVIEDES, A.A.: “International Copyright Law...”, *op.cit.*, p. 175 pone de manifiesto la tensión que sentían no sólo los autores, sino también los titulares de derechos vecinos respecto al desarrollo de la radiodifusión y la industria de fonogramas, lo que con el desarrollo de la tecnología digital incrementará el volumen de piratería.

⁸⁴ CAVIEDES, A.A.: “International Copyright Law...”, *op.cit.*, p. 197.

⁸⁵ NETANEL, N.W.: “The Next Round: The Impact...”, *op.cit.*, p. 493.

⁸⁶ OTTEN, A. y WAGER, H.: “Compliance with TRIPS: The Emerging World View”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1996, v. 29, *op.cit.*, p. 396.

⁸⁷ DOANE, M.: “TRIPS and international intellectual property...”, *op.cit.*, p. 467; OTTEN, A. y WAGER, H.: “Compliance with TRIPS...”, *op.cit.*, p. 394 y ss.

adopción por parte de la OMPI del Tratado sobre Derecho de autor (TDA), así como el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TIEF), ambos adoptados en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, si bien se intentó asumir una posición más equilibrada⁸⁸. Como en el propio preámbulo del Tratado sobre Derecho de autor se pone de manifiesto con esta norma se viene a dar respuesta a los “nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos” surgidos dado “el profundo impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación en la creación y utilización de las obras literarias y artísticas”, y la necesidad en este nuevo contexto de encontrar una solución de “equilibrio entre los derechos de autor y los intereses del público en general”.

De acuerdo con el art. 1 del TDA el tratado se incorpora como anexo al Convenio de Berna para las partes contratantes, lo que supone de un lado tal y como se reconoce en este precepto la pervivencia del Convenio de Berna, y, por otra, la integración de la nueva regulación en el esquema normativo de protección internacional del Derecho de autor del CB. En este sentido, el art. 3 del TDA efectúa una remisión normativa a los art. 2 a 6 del Convenio de Berna. Pero de acuerdo con el nuevo entorno tecnológico telemático se introduce una regulación específica para nuevos objetos de protección, como los programas de ordenador y las bases de datos (art. 4 y 5), en la línea de lo ya establecido en el acuerdo ADPIC. También se redefine el derecho de comunicación pública, con nuevos contenidos como la puesta a disposición del público, acordes con las nuevas formas de comunicación de contenidos en Internet, “de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija” (art. 8). La necesidad de abordar un enfoque normativo global, no solo desde un punto de vista territorial sino también material, como pone de manifiesto GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, choca con el reconocimiento en los convenios internacionales suscritos, de Berna y Roma, principalmente, de derechos patrimoniales específicos, pero no un genérico “derecho exclusivo a la explotación de la obra”, en la línea de lo

⁸⁸ NETANEL, N.W.: “The Next Round: The Impact...”, *op.cit.*, p. 442.

que el art. 17 de nuestro TRLPI establece⁸⁹. Por ello, en el TDA se incluye esta nueva forma de explotación de contenidos en Internet, dentro de los derechos ya reconocidos, lo que lleva a redefinir algunos de ellos, como el propio derecho de comunicación pública.

Además, en el TDA se faculta a los estados firmantes para establecer los límites necesarios para coordinar la protección de los derechos de autor con el interés general y el carácter libre y gratuito de Internet, dentro de un mínimo común denominador, de forma que las excepciones nacionales no atenten contra la explotación normal de la obra ni perjudiquen injustamente a los intereses de los autores (art. 10). En este nuevo entorno tecnológico se hace necesario también introducir una regulación para garantizar la protección efectiva contra las acciones de elusión de las medidas tecnológicas de protección, así como la información sobre gestión de derechos (art. 12), y dar un marco jurídico a la respuesta que la tecnología ofrece para la protección del Derecho de autor.

La importancia que en el nuevo entorno de Internet adquieren las obras musicales y audiovisuales, hace que la protección internacional del Derecho de autor se centre no sólo en los derechos de los autores, sino también en los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes y los productores, que reclaman también una protección especial. Así se hizo respecto a determinados titulares de derechos vecinos, en el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TIEF), que dejando a salvo la Convención de Roma, amplía la protección jurídica de estas prestaciones. Así se reconoce a favor de estos titulares de derechos afines, derechos morales básicos, que aseguren un adecuado consenso entre todos los sistemas de protección, como el derecho de paternidad intelectual y el derecho a la integridad de la obra, en la línea con el art. 6 bis del Convenio de Berna. En el ámbito de los derechos patrimoniales, se reconoce el derecho de puesta a disposición del público (art. 10), de forma que las prestaciones de estos titulares son protegidas en Internet. Y, por tanto, se deja claro que su utilización en este nuevo medio debe ser objeto de

⁸⁹ GARROTE FERNANDEZ- DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, op.cit., p. 175.

autorización previa.

Pero en la medida que este tratado no amplía la protección a los artistas, intérpretes o ejecutantes respecto a sus interpretaciones o ejecuciones en fijaciones audiovisuales, se hace necesario un nuevo Tratado para este tipo de interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, que finalmente se adoptó en Beijing el 24 de junio de 2012. Este tratado supuso el reconocimiento, bastante tardío, dada la ausencia de un consenso internacional en este punto, a estos artistas, intérpretes y ejecutantes de derechos morales (paternidad intelectual e integridad de la obra art. 5) y del derecho de puesta a disposición también respecto a sus prestaciones (art. 10).

3. La Digital Millenium Copyright Act.

La Digital Millenium Copyright Act, en adelante DMCA, supone una reforma integral en materia de *copyright*⁹⁰, así como una adaptación de la legislación norteamericana a los nuevos tratados de la OMPI (TDA y TIEF)⁹¹ impulsados por EEUU dado, como hemos visto, el interés en que sus productos gozaran de protección suficiente a nivel internacional. Ya con anterioridad al despegue de Internet, a finales de la década de los setenta, el informe CONTU puso de manifiesto que el desarrollo de la informática tenía un claro impacto en el *copyright*. En este sentido, no sólo generaba nuevos objetos de protección, como programas informáticos y bases de datos, sino que el derecho de reproducción quedaba ahora afectado por nuevos procesos mecánicos de obtención de copias, e incluso, los propios programas informáticos generaban copias mecánicas que debían ser calificadas desde el punto de vista del *copyright*⁹².

⁹⁰ BETTINGER, T. y FREYTAG, S.: “Civil law responsibility for links”, disponible en http://www.bettinger.de/fileadmin/mediapool/downloads/Civil_Law_Responsibility_for_Links.pdf

⁹¹ MACDONALD, K.E.: “Speed Bump on the Information...”, *op.cit.*, p. 422; GINSBURG, J. C.: “Copyright Legislation for the New Millennium”, *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts*, 1999, v. 23, p. 137 y ss.

⁹² Vid. Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyright Works, de 31 de julio de 1978, conocido como Informe CONTU.

Con la administración de Bill Clinton, tal y como prometió en su campaña presidencial, se impulsa el desarrollo de las autopistas de la información y la creación de la NII (Estructura Nacional de Información). Así en 1993 se difunde la *Agenda para la actuación en la infraestructura nacional de la información* y en 1994 se hace público el *Green Paper "A Preliminary Draft of the Report of the Working Group of Intellectual Property Rights"* que se estructura en cuatro partes dedicadas a analizar la legislación, la tecnología, la educación y propuestas concretas de actuación en estos sectores.

En el *Green Paper* se establecen una serie de conclusiones. En primer lugar, que la fijación de una obra en código binario constituye una posible forma de fijación. En segundo lugar, que la digitalización o los actos de *uploading*, y los actos de *downloading*, constituyen actos de reproducción que deben ser autorizados por los titulares del *copyright*. En tercer lugar, que las transmisiones digitales no deben ser consideradas como importaciones en el sentido de la *Copyright Act*, y se analiza la posibilidad de utilizar la tecnología para controlar el acceso a contenidos protegidos en Internet.

Como consecuencia de estas conclusiones se establece la necesidad de efectuar una serie de reformas legislativas. Así, se sugiere la reforma de la §106 (3) para incluir las transmisiones digitales dentro del derecho de distribución, la §602 para incluir dentro de la prohibición de importaciones paralelas a las transmisiones digitales y la §109 para precisar que la doctrina del agotamiento del derecho después de la primera venta no se aplica a los actos de disposición efectuados mediante transmisiones digitales en Internet.

La normativa norteamericana sobre medidas anti-elusión en el ámbito de las señales de satélite codificadas, supusieron también una respuesta de la legislación en materia de *copyright* al nuevo entorno tecnológico⁹³, y la cuestión de las transmisiones digitales fue abordada de manera específica para los fonogramas por la *Digital Performance Right in Sound Recordings Act de 1995*. Esta norma supuso una

⁹³ MACDONALD, K.E.: "Speed Bump on the Information...", *op.cit.*, p. 423.

reacción temprana para dar a los titulares de *copyright* el control sobre sus fonogramas en la red, de forma que se reconoció el derecho de distribución digital y un derecho de ejecución pública para los productores de fonogramas, de forma que las transmisiones digitales de fonogramas en Internet debían ser autorizadas por sus titulares y se estableció un sistema de licencias obligatorias y opcionales⁹⁴.

A partir de estos precedentes el *White Paper*, cuyas recomendaciones influyeron no sólo en la DMCA sino también en los tratados de la OMPI, abordó el tema de las transmisiones digitales desde un planteamiento próximo al *Green Paper*, en la línea de la doctrina neoclásica o más purista en la defensa del *copyright* en la red. Como veremos con más extensión en la tercera parte de este estudio, no sólo defendió un concepto amplio de copia, sino que también recomendó aplicar el derecho de distribución a los actos de explotación de obras protegidas en Internet. Aunque finalmente la calificación jurídica de estas transmisiones digitales no fue objeto de un tratamiento específico en la DMCA, la reforma del *copyright* y su adaptación al nuevo entorno de Internet descansa sobre la regulación de dos cuestiones básicas. En primer lugar, con la incorporación del régimen de prohibición de la elusión de las medidas tecnológicas de protección previsto en el TDA y TIEF (§ 1201), quedaba claro que los usos de obras protegidas en Internet quedaban dentro del *copyright*⁹⁵, sin necesidad de acudir a su calificación como actos de distribución. En segundo lugar, con el establecimiento de un régimen especial de responsabilidad para los proveedores de servicios en línea [§ 512 c)].

⁹⁴ GARROTE FERNÁNDEZ- DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 190 y ss. Vid. también KROEGER, D.M.: “Applicability of the Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995”, *UCLA Entertainment Law Review*, 1998, v. 6, p. 100.

⁹⁵ JEANNERET, C.: “The Digital Millennium Copyright Act: Preserving the Traditional Copyright Balance”, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2001, v. 12, p. 159 y ss. quien considera que el “uso” de material protegido adquiere en Internet un nuevo significado, de forma que las medidas tecnológicas de protección vienen a controlar ese uso, para dejar estos productos fuera del intercambio libre. En el mismo sentido, KROEGER, D.M.: “Applicability of the Digital Performance Right...”, *op.cit.*, p. 78 vincula el acceso generalizado a material digital que se produce en Internet, con la necesidad de controlar ese uso a través de la DMCA.

4. Implementación de los tratados internacionales y respuesta europea.

4.1 Libros Verdes y documentos previos en materia de derechos de autor y sociedad de la información.

La CEE en 1988, como reacción conjunta al nuevo escenario tecnológico y a la necesidad de armonización comunitaria en materia de derecho de autor, en coherencia con el *Libro Blanco sobre el Mercado Interior (COM(85) 310)* y como se había puesto de manifiesto en el asunto *Emi Electrola GmgH v. Patricia Im Und Export y otros*⁹⁶, elabora el *Libro Verde sobre los derechos de autor y el desafío tecnológico: problemas de derecho de autor que requieren una acción inmediata (COM(88) 172 final)*. En este documento se vio la necesidad de armonizar la legislación de los Estados miembros en materia de derecho de autor⁹⁷ en un nuevo contexto digital que como apunta GÓMEZ SEGADE “implicaba de facto la abolición de las fronteras nacionales, y convertía en obsoleta la aplicación puramente nacional de la legislación sobre derechos de autor”⁹⁸.

Tras el lanzamiento de este Libro Verde la Comisión en 1991 adoptó un programa de trabajo que incluía un programa de reformas legislativas (DOC COM (90)584 final). Y como resultado se adoptaron cuatro directivas comunitarias: la Directiva 91/250/CEE sobre la protección de los programas de ordenador, la Directiva 92/100/CEE sobre derechos de alquiler y préstamo y ciertos derechos

⁹⁶ *Emi Electrola GmgH v. Patricia Im Und Export y otros* en sentencia de 24 de enero de 1989 (asunto 341/87).

⁹⁷ BROWNE, K.R.: “Council Decision Calling on EC Member States to Ratify International Conventions on Copyright”, *Boston College International and Comparative Law Review*, 1993, v. 16, p. 132 apreciaba en el año de la publicación del artículo las siguientes divergencias relevantes: “This non-uniformity is strongly evident in the Member States' national laws. For example, protection for authors is extended seventy years in Germany, sixty years in Spain, and fifty years in most of the other Member States. The neighboring rights protections are also inconsistent: Luxembourg offers twenty-year protection, and Germany twenty-five. The United Kingdom, Ireland, Denmark, Portugal, and France offer fifty-year protection for neighboring rights, while this protection is only optional in Italy. Furthermore, no protection of neighboring rights is available in Belgium, the Netherlands, or Greece”.

⁹⁸ GÓMEZ SEGADE, J.A.: “Respuestas de los sistemas de propiedad intelectual al reto tecnológico. El Derecho europeo continental y el Derecho anglosajón del Copyright”, *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1996, p. 143.

afines de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, la Directiva 93/83/CEE sobre derechos de autor y derechos afines en la radiodifusión por satélite y la retransmisión por cable y la Directiva 93/98/CEE sobre la armonización de los plazos de duración del derecho de autor y los derechos afines⁹⁹.

Con posterioridad el informe *Europe and the global information society. Recommendations to the European Council*, preparado por el *High –Level Group on the Information Society*, conocido como *informe Bangemann* señaló la necesidad de revisar la normativa en materia derechos de autor para adaptarla al nuevo entorno. A partir de este informe la Comisión publicó en julio de 1994 la Comunicación *Europe's Way to the Information Society* sobre el programa de trabajo para acometer esas reformas normativas, y anunció un nuevo Libro Verde.

El *Libro Verde sobre los derechos del autor y los derechos afines en la Sociedad de la información (COM(95) 382 final) en 1995* aborda el debate sobre estas reformas de adaptación del Derecho de autor a un nuevo escenario tecnológico. En este contexto surgen nuevas estructuras de mercado y se aprecia que la existencia de divergencias normativas entre los Estados miembros puede llevar a una fragmentación del mercado interior. En este documento se parte de la diferencia entre bienes y servicios, para evitar que los derechos de autor se agoten en las autopistas de la información¹⁰⁰. Se reconoce que en el nuevo entorno digital el derecho de reproducción resulta más complicado que en el entorno analógico, en la medida que la reproducción se hace imperceptible¹⁰¹. También se admite el posible control del uso de la copia digital mediante las medidas tecnológicas de protección.

⁹⁹ En este sentido GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: “Respuestas de los sistemas de propiedad intelectual...”, *op.cit.*, p. 144 considera la Directiva 91/250/CEE sobre la protección de los programas de ordenador como una pieza clave en las autopistas de la información pues “los programas son la herramienta que permiten digitalizar y almacenar la información”. Y PEREZ DE CASTRO, N.: “La propuesta de Directiva relativa a la armonización del período de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines”, *La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea*, ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1993, p. 86, señala como fue la necesidad de armonizar las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a plazo de protección del derecho de autor sobre programas informáticos una de las razones que impulsó la adopción de la Directiva 93/98/CEE sobre la armonización de los plazos de duración del derecho de autor y los derechos afines.

¹⁰⁰ DOC COM(95) 382 final, p. 45.

¹⁰¹ DOC COM(95) 382 final, p. 50.

Y se remite la definición del derecho de reproducción al concepto de la Directiva 91/250/CEE sobre la protección de los programas de ordenador. Se establece que la carga en memoria y las acciones de digitalización son actos de reproducción que deben ser autorizados por los titulares del *copyright*. Respecto a la calificación de las transmisiones, reconoce que todavía no se ha definido este derecho y que la noción de público choca respecto a su inclusión dentro del derecho de comunicación pública. Y sugiere que el derecho de alquiler podría ser aplicable por extensión a las transmisiones digitales realizadas con fines comerciales¹⁰².

Tras las contribuciones realizadas para la elaboración del Libro Verde por parte de todos los sectores afectados¹⁰³, la Comisión fijó su postura en la *Comunicación de Seguimiento al Libro Verde*. En ella se definieron los temas que serían abordados en la DDASI (el derecho de reproducción, el derecho de comunicación al público, las medidas tecnológicas de protección y el derecho de distribución), así como aquellas otras que quedarían pospuestas (el derecho de radiodifusión, el derecho aplicable, los derechos morales y la gestión de derechos).

4.2 El régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: Directiva 2000/31/CE.

Como hemos podido ver, a través de algunos casos emblemáticos tratados en los apartados anteriores, especialmente Napster, Grokster y Megaupload, el intercambio o puesta a disposición de contenidos protegidos sin la autorización de sus autores, pone en escena no sólo a los internautas, que proceden al disfrute ilícito de obras protegidas, sino también a otros sujetos que prestan servicios que, si bien pueden no estar diseñados para estos fines, son utilizados por sus usuarios para vulnerar derechos de autor.

¹⁰² DOC COM(95) 382 final, p. 59.

¹⁰³ Fundamentalmente representantes de las industrias culturales, proveedores de contenidos y prestadores de servicios en línea. Vid. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, op.cit., p. 218.

Por ello, la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, aborda la participación de los prestadores de servicios en la posible infracción de derechos de autor, y establece un régimen de responsabilidad, que fue incorporado a nuestro ordenamiento por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y Comercio Electrónico.

Si bien, cabe señalar que la norma española amplió el ámbito de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad información, también hacia los proveedores de enlaces en páginas web. Lo que supone una novedad respecto a la regulación comunitaria, como una respuesta del legislador nacional a nuevas realidades en la transmisión de obras no autorizadas. Si bien con las cautelas que señala GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, y que hoy cobran especial sentido a partir del desarrollo y arraigo cada vez mayor de las redes sociales, en cuanto a que “la World Wide Web funciona en la práctica gracias a los *links*, por lo que los creadores de enlaces deben de tener garantías respecto a que no se les va a hacer responsables de las actividades ilegales que se llevan a cabo en las páginas web enlazadas o vinculadas”¹⁰⁴.

Aunque compartimos esta visión general o punto de enfoque, esta posición pro *link* debe matizarse en casos concretos, como el de páginas que ofrecen servicios de *streaming* a través de enlaces ensamblados (*embedded links*), que permiten visualizar en la web películas alojadas en servidores externos. Sobre todo porque estos operadores obtienen ingresos por medio de la publicidad directa que colocan en sus *webs*, o bien a través del correo electrónico facilitado en los datos de registro para acceder a sus servicios¹⁰⁵.

¹⁰⁴GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, I.: “Prestadores de servicios de intermediación...”, *op.cit.*, p. 100.

¹⁰⁵ PEGUERA POCH, M.: “Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporciona enlaces a obras y prestaciones protegidas”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2012, nº 42, p. 34.

El régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de almacenamiento y enlace de contenidos protegidos se establece en la Ley 34/2002, de 1 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y Comercio Electrónico, cuyos artículos 16 y 17 pasan a delimitar la responsabilidad por un lado de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (art. 16) y de otro, de los prestadores de servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (art. 17). En ambos casos se establece un régimen de responsabilidad similar, en donde la responsabilidad del prestador de este servicio requiere que exista un conocimiento efectivo por parte del prestador de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, salvo que, aún teniendo ese conocimiento efectivo, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

A efectos de la ley se entiende que el prestador tiene conocimiento efectivo “cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”, como el nuevo de régimen de notificación que establece el art.158 ter del TRLPI. En ningún caso existirá exoneración de responsabilidad por parte del prestador cuando el destinatario de esos datos lesivos actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador. En este caso se entenderá que existe conocimiento efectivo por parte del prestador, y control sobre los contenidos, de forma que ni siquiera su acción de reparación y cesación bastará para eliminar su responsabilidad.

Podemos decir que el sistema de responsabilidad del prestador de servicios de almacenamiento de datos o enlaces a contenidos o buscadores se establece de forma negativa en esta norma, delimitando los dos supuestos de exoneración de responsabilidad del prestador. En primer lugar, cuando el prestador no tiene conocimiento efectivo sobre la ilicitud o el carácter lesivo de los datos almacenados

o enlazados. A estos efectos sólo existirá conocimiento efectivo cuando: a) ese carácter lesivo de dichos contenidos haya sido declarado por resolución del órgano competente, que ha ordenado su retirada o la adopción de medidas que imposibiliten su acceso, y b) el prestador de los servicios de almacenamiento o enlace de estos datos, conoce dicha resolución. En segundo lugar, el prestador de estos servicios quedará exonerado, cuando aún teniendo ese conocimiento sobre la lesividad de estos datos, procede a su retirada o imposibilite su acceso.

4.3 La armonización del derecho de autor en el nuevo escenario de Internet: Directiva 2001/29/CE (DDASI).

La segunda directiva que abordó la regulación de los derechos de autor en el nuevo entorno digital es la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información¹⁰⁶. En esta directiva la Unión Europea pretende crear un marco jurídico armonizado en materia de derechos de autor. Y de esta forma, por un lado, evite distorsiones en el mercado interior derivadas de diferentes regulaciones normativas, y por otro, de respuesta a la nueva realidad económica, a los nuevos negocios que surgen en Internet. Pero sin que se vea necesario definir nuevos conceptos, sino más bien redefinir los ya existentes, adaptándolos a nuevas formas de explotación patrimonial que el desarrollo tecnológico permite, así como dar respuesta a utilizaciones no consentidas de obras protegidas en el nuevo entorno digital¹⁰⁷. Así, redefine los

¹⁰⁶ Desde la década de los 90 la Unión Europea empieza a fijar su atención en la nueva explotación de contenidos protegidos por el derecho de autor en Internet, en este sentido y como precedente de esta directiva debe citarse el Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la información publicado en julio de 1995, se abrió un proceso de consultas al respecto entre instituciones, Estados miembros, industrias culturales, titulares de derechos, usuarios y demás partes interesadas, que concluyó con una conferencia organizada por la Comisión en Florencia en junio de 1996, vid. PLAZA PENADES, J.: “La propuesta de directiva de derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la información”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, nº 4, p. 90.

¹⁰⁷ PLAZA PENADES, J.: “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2006, nº 12 (BIB 2006/1317), p. 5; PLAZA PENADES, J.: “La propuesta de directiva de derechos de autor...”, *op.cit.*, p. 88. Aunque como este autor advirtió en este último trabajo citado, anterior a la aprobación de la directiva, el escenario de explotación *online* distaba mucho en aquel tiempo del actual pues: “Las aplicaciones llamadas «fuera de línea»

derechos de explotación patrimonial de los autores, para dar entrada a nuevas modalidades de explotación de las obras en Internet, que deben caer dentro de su monopolio de autorización, en especial, los derechos de reproducción y comunicación pública¹⁰⁸.

Respecto al derecho de reproducción, se acogen las nuevas formas de fijación ligadas al proceso tecnológico, como la reproducción remota. De esta forma, el lugar donde está protegida la obra y donde se produce la reproducción ya no coinciden¹⁰⁹. La reproducción al dejar de estar ligada a un soporte material, adquiere un carácter más temporal¹¹⁰. En el ámbito de la comunicación de la obra, surgen nuevas formas de transmisión *online*, como ese nuevo derecho de puesta a disposición de la obra para su acceso *on demand*¹¹¹, es decir, la posibilidad de acceder a la creación cuando quiera el usuario¹¹². Y se reexamina el ámbito de las excepciones que no requieren autorización del autor, unas construidas como obligatorias¹¹³, ligadas al propio

(«offline»), tales como CD audio, VHS, CD-ROM, CD interactivos, etc., son actualmente las que acaparan la mayor parte de este nuevo mercado, especialmente en lo relativo a actividades de recreo, de información y educación, de transacciones financieras y de comunicación, puesto que las redes aún no pueden transmitir una enorme cantidad de datos con una calidad y velocidad adecuadas (si bien, como ya es sabido, ello se corregirá en un futuro inmediato)”.

¹⁰⁸ Sobre esta redefinición del contenido de los derechos de explotación patrimonial tradicionales, GOTZEN, F.: “Vers une harmonisation du droit d’auteur dans la Société de l’Information”, *RIDA*, 2004, octubre, nº 202, p. 6, en un contexto tecnológico nuevo en el que se exige “peser et de repenser le système entier des droits d’exploitation qu’ils confèrent tant aux auteurs qu’aux titulaires de droits voisins”.

¹⁰⁹ SALELLES, J.P. : “La armonización comunitaria proyectada del régimen de excepciones del derecho de autor y otros derechos afines en la Sociedad de la información”, *Revista General de Derecho*, 2000, p. 15112.

¹¹⁰ PLAZA PENADES, J.: “La propuesta de directiva de derechos de autor...”, *op. cit.*, p. 93.

¹¹¹ PLAZA PENADES, J.: “La propuesta de directiva de derechos de autor...”, *op. cit.*, p. 89 define estos servicios interactivos o a la carta que “se caracterizan por el hecho de que los usuarios pueden permanentemente acudir a una obra u otro trabajo afín almacenado en formato digital, lo que permite que a través de una base de datos se pueda seleccionar, por ejemplo, una pieza de música o la película que se desee. A continuación, la obra seleccionada se transmite en forma de señales digitales al ordenador, a través de Internet u otra red de alta velocidad, para su visualización o descarga, dependiendo de la licencia aplicable”.

¹¹² Aunque como PLAZA PENADES, J.: “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva...”, *op. cit.*, p. 2 apunta la Directiva “comprende también su explotación fuera de línea, a través de soportes actuales y futuros, tanto de tecnología analógica como de tecnología digital”.

¹¹³ Como apunta GOTZEN, F.: “Vers une harmonisation...”, *op. cit.*, p. 6 que el resto de excepciones se haya configurado como potestativa para los Estados Miembros no deja de provocar el peligro de

proceso tecnológico, el de las copias efímeras, generadas en la propia transmisión en línea de contenidos en el entorno informático, que incluye las copias *cachés* o de navegación¹¹⁴. Otras ya presentes, pero que en el nuevo entorno digital precisan ser redefinidas, como la copia privada para uso privado, en un nuevo entorno donde esa copia es ya inmaterial y técnicamente transmisible, para compaginar la protección de los derechos de autor con otros intereses¹¹⁵, así como obtener un tratamiento uniforme en el mercado interior¹¹⁶. Lo que llevará a definir que se debe entender por uso privado en una sociedad en red¹¹⁷. Y finalmente ofrece una respuesta tecnológica

una cierta distorsión en el mercado interior por cuanto: “certains États inspirés par la formulation des exceptions nouvelles qu’ils ne connaissent pas auparavant, diminuant de coup la protection du droit d’auteur. Ensuite, vu son caractère essentiellement optionnel, la liste risque d’être transposée en ordre dispensé par les divers législateurs”.

¹¹⁴ PLAZA PENADES, J.: “La propuesta de directiva de derechos de autor...”, *op.cit.*, p. 103, sin perjuicio de que para este autor se deba aplicar también la prueba de las tres fases a estas copias que define como: “reproducciones efímeras, subordinadas al uso final de una obra, que se producirán en la mayor parte de los actos de explotación del material protegido, y que normalmente presentará carácter transaccional. Por ejemplo, cuando se transmite un *video a la carta* desde una base de datos situada en Alemania a un ordenador doméstico en España (o viceversa), esta recuperación implicará una copia del vídeo, en primer lugar, en la base de datos y, posteriormente, y por término medio, hacia un mínimo de cien actos de almacenamiento, a menudo efímeros, a lo largo de la transmisión a España”. Y explica el verdadero sentido que esta excepción cobra en la finalidad armonizadora de la directiva: “Si la situación divergiera sustancialmente en los distintos Estados miembros, dándose el caso de que algunos exigiesen autorización para tales actos subordinados, existiría un riesgo importante de obstaculización de la libre circulación de obras y servicios y, en particular, de los servicios en línea que incluyeran objetos protegidos”

¹¹⁵ En especial, como SALELLES, J.P. : “La armonización comunitaria proyectada...”, *op.cit.*, p. 15109 y ss., en ese momento uno de los sectores más interesados en este régimen de excepciones eran las entidades de archivo y documentación, como las bibliotecas y entidades de radiodifusión respecto a la digitalización de sus fondos. Aunque como apunta PLAZA PENADES, J.: “La propuesta de directiva de derechos de autor...”, *op.cit.*, p. 101: “El problema de la digitalización por las bibliotecas de las obras existentes en sus fondos no plantea problemas de admisión en el Derecho español vigente, pero sí su puesta a disposición al público. Si se hace *offline* puede considerarse un préstamo del art. 37.2 del TRLPI. Pero si el acceso es *online* se necesita el consentimiento del titular de los derechos de propiedad intelectual para realizar la reproducción de la obra que la haga accesible a los usuarios, salvo que el fin fuese de investigación (art. 37.1 del TRLPI) y también se requiere el consentimiento para la posterior comunicación pública, incluido el nuevo derecho de puesta a disposición al público, salvo, claro está, que la obra esté en el dominio público (art. 41 TRLPI)”.

¹¹⁶ SALELLES, J.P. : “La armonización comunitaria proyectada...”, *op.cit.*, p. 15109

¹¹⁷ Para SALELLES, J.P. : “La armonización comunitaria proyectada...”, *op.cit.*, p. 15118 el aspecto fundamental de la armonización del régimen de excepciones radica en la delimitación de dos conceptos uso privado y uso colectivo, en el sentido que “el nivel de armonización que pueda alcanzarse en este caso, vaya a depender, en definitiva, de la lectura que de la línea de separación entre estos ámbitos se pueda realizar por la legislación y los tribunales nacionales, sin que pueda desconocerse entonces las cautelas que en su caso pudieran establecerse para evitar los perjuicios resultantes de una explotación colectiva de las diferentes obras y prestaciones protegidas”.

a la ciberpiratería y la copia digital no autorizada y puesta a disposición de terceros a través de las medidas tecnológicas y su encuadre en el sistema de Derechos de Autor.

Esta directiva fue transpuesta, como PLAZA PENADES apunta, con una excesiva demora por parte de nuestro país, a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril¹¹⁸.

4.4 Directivas posteriores a la DDASI en el ámbito de la sociedad de la información.

Aunque todas las directivas comunitarias inciden en los contenidos protegidos, desde el momento, que son susceptibles de explotación en línea, la DDASI y la DOCE abrieron el camino hacia la creación de un marco normativo específico para las transmisiones en línea, como hemos visto, en dos direcciones. La DDASI armonizando y adaptando la legislación de los Estados miembros en materia de derechos de autor, y la DOCE creando un régimen de responsabilidad específico para los prestadores de servicios en línea. A pesar del ámbito generalista de la DDASI, como se puso de manifiesto en el *Libro Verde sobre los derechos del autor y los derechos afines en la Sociedad de la información (COM(95) 382 final)*, algunas cuestiones, como la gestión colectiva de los derechos en línea, no fueron abordadas.

Así, la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 20 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y a la concesión de licencias multiterritoriales de obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior, aborda esta cuestión decisiva para la consecución de un mercado digital europeo, si bien sólo en el ámbito de las obras musicales. En primer

¹¹⁸ PLAZA PENADES, J.: “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva...”, *op.cit.*, p. 10, apunta que “ese retraso de casi cuatro años motivó la adopción de medidas por parte de la Comisión Europea a través de la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de abril de 2005, asunto C-31, que condena a España por el incumplimiento de las obligaciones que se derivan de la aludida directiva, aparte de permitir la aplicación sobre la responsabilidad de la Administración Pública por no haber incorporado a tiempo la Directiva”.

lugar, reconoce la libertad de elección de entidad de gestión por parte de los titulares de los derechos de autor, si bien con ciertas condiciones. Pues, limita esa libertad, en la medida de encontrar un equilibrio entre esa potestad y la gestión efectiva por parte de la entidad de gestión. Lo que no deja de ser chocante, por cuanto la autonomía de la voluntad de estos titulares queda supeditada a la necesidad de consolidar el mercado digital europeo. Y para ello no sólo se limita la libertad de los titulares de derechos de autor, sino también se alienta la libre competencia entre las entidades de gestión en la UE. Éstas adquieren una proyección transfronteriza y se establecen mecanismos de colaboración entre ellas mediante dos instrumentos: las licencias multiterritoriales de derechos sobre la obra musical, de modo que se permita su utilización en línea en toda la UE y un sistema integrado de información en una base de datos europea, que recoja a los titulares de derechos objeto de las licencias multiterritoriales. Considero que si bien esta Directiva resulta criticable en muchos aspectos, como veremos en la primera parte de este trabajo, marca el inicio de una armonización comunitarias en materia de derecho contractual de autor, y del régimen de cesión y explotación de derechos, al menos, en el ámbito de la obra musical.

5. Las reformas del TRLPI y los sucesivos intentos de adaptación de la “vieja” ley al nuevo escenario de Internet.

Tras la incorporación a nuestro ordenamiento de la DDASI, se han aprobado dos reformas legislativas del TRLPI, para adecuar esta regulación normativa al entorno de Internet. En primer lugar, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, denominada popularmente como Ley Sinde, modificó tanto la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de Comercio Electrónico, como el TRLPI. En realidad estas modificaciones no fueron sino una disposición final en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, que, en realidad, como ley paraguas, regulaba en un contexto de crisis diferentes sectores económicos, a fin de hacerlos más competitivos.

En el ámbito de la Ley 34/2002, de 11 de julio, se añadió al art. 8.1 el apartado e) que incluía la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual

como uno de los supuestos posibles de interrupción de un servicio de la Sociedad de la información. Esta norma avanzaba en el camino marcado por la directiva europea, al establecer un régimen de identificación de los prestadores de servicios, con cesión de datos por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, a fin de asegurar su comparecencia en el procedimiento, y que este no estuviera viciado de nulidad por indefensión.

En el ámbito del TRLPI, la Ley 23/2006, de 7 de julio, procedió a asignar un órgano administrativo, la Comisión de Propiedad Intelectual, la anteriormente denominada Comisión Mediadora de Propiedad Intelectual, la competencia para declarar la lesividad de los datos almacenados o enlazados e instruir los procedimientos administrativos que declararan la responsabilidad de los sujetos responsables de estas infracciones, inclusive de los intermediarios que permitían estas infracciones.

La segunda reforma se ha realizado recientemente a través de Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI. Esta reforma se presenta como una solución provisional, ante una futura y prometida reforma de carácter general del TRLPI, quizá una nueva ley de propiedad intelectual. A pesar de ser una reforma parcial, que incide sólo en algunos aspectos de la regulación normativa del derecho de autor, y de las múltiples objeciones que pueden hacerse en cuanto a determinadas soluciones, continúa con el espíritu de la ley Sinde. Así, insiste en la necesidad del control administrativo del derecho de autor en la red, y empieza a dejar de poner el acento en la copia privada y la capacidad reproductiva o de clonación de los dispositivos, para empezar a incidir en otras formas de disfrute *in streaming*¹¹⁹.

Esta reciente reforma del TRLPI incide en cuatro aspectos del régimen jurídico del derecho de autor contenido en esta norma. En primer lugar, los límites del derecho de autor, y el monopolio establecido a favor de sus titulares. Así se

¹¹⁹ De acuerdo con LEDESMA IBÁÑEZ, J.: *Piratería digital en la propiedad intelectual*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, p. 45 “los actos de streaming ilícito conviven con varios modelos de negocio basados en este sistema (por todos, Spotify) que realizan la puesta a disposición del público de contenidos protegidos con base en licencias acordadas con los titulares de derechos”.

modifica el art. 25, en cuanto a la copia privada, para dar una solución a la compensación equitativa por copia privada después de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarara la no conformidad a la Directiva 2001/29 del canon digital del art. 25 del TRLPI en su redacción anterior. Además se modifica el apartado 2 del art. 32, y se adicionan unos nuevos apartados 3 a 5, donde se aborda la ilustración con fines científicos y académicos, y se introduce una tasa para compensar al editor u otros titulares de derechos de autor, conocida como a la polémica “tasa Google”, pero que paradójicamente ha supuesto la desaparición en nuestro país de Google News. Se crea, así, un nuevo derecho de simple remuneración compensatoria, a favor de los editores de noticias por el supuesto perjuicio que los agregadores de contenidos, o más en concreto, empresas de *press-clipping*, provocan en estos editores por “fragmentos no significativos” de contenidos previamente divulgados en publicaciones periódicas o en sitios *web* de actualización periódica. Este derecho de simple remuneración se ha venido a conocer popularmente como “tasa Google”, quizá por la influencia de este operador y el peso específico de Google News, aunque afecta a otros agregadores y buscadores de noticias en Internet¹²⁰, quizá menos, conocidos y con menor volumen de negocio. También a estos pequeños operadores les es aplicable el pago de este derecho, e incluso, a los futuros operadores que quieran entrar en el mercado, como veremos una de los

¹²⁰ La agregación de noticias en Internet puede realizarse por medio de portales de Internet como el caso emblemático de Google News, pero también otros portales web que utilizan formatos como RSS. Es decir, permiten al usuario suscribirse a fuentes de noticias, que son filtradas y actualizadas por estos portales gracias al lenguaje de importación de perfil de atención del usuario, como pueden ser MyYahoo o Netvibes. Además, existen servicios de agregación de contenidos prestados de modo automatizado a través de aplicaciones como Flipboard o Pocket, entre otras, que vinculan al perfil del usuario información de sus redes sociales, así como a blogs y periódicos. Además existen también sitios web, que constituyen una red social de agregación de contenidos, como Menéame, se basan en la participación de los usuarios registrados que envían contenidos al resto de usuarios que los votan, mediante la aplicación de un algoritmo que por medio de diferentes parámetros arroja un valor numérico, denominado karma, que coloca los contenidos más votados en la portada. Este sistema se basa en la promoción de noticias por parte del usuario y en que las funciones de editor pasan a ser asumidas por la comunidad de usuarios.

principales objeciones que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia efectuó a esta polémica tasa¹²¹.

En este punto, cabe destacar que la reforma del art. 25 del TRLPI responde a la necesidad de dar una respuesta al tema de la compensación equitativa por copia privada, tras la sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010 en el caso PADAWAN. En esta sentencia se consideró el sistema español de remuneración por copia privada como contrario a la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Sin perjuicio, de que este tema de la copia privada se abordará con extensión en la última parte de nuestro estudio, debemos apuntar ya nuestro desacuerdo con la regulación propuesta, por cuanto se hace recaer dicha compensación con carácter general en todos los ciudadanos, como una solución, quizá de última hora. Parece que se trata, más bien, de una subvención encubierta, pero que no tiene una finalidad de fomento, sino de compensación por una actividad social lesiva para los editores, productores y artistas. En este sentido, trata de compensar los supuestos perjuicios que “presuntamente cualquier ciudadano” puede originarles con la tecnología digital a su alcance. Esta regulación coloca a todos los ciudadanos en el papel de “sujetos potencialmente peligrosos de infringir derechos de autor”, como en el caso de la anterior regulación se colocaba a los fabricantes de dispositivos “potencialmente aptos” para vulnerar con su tecnología los derechos de autor. Se carga sobre unos presupuestos esquilados, y con abundantes recortes sociales, esta especie de indemnización comunitaria por el derecho de copia privada, como límite al monopolio de explotación patrimonial del autor o sus titulares. En concreto de un derecho de reproducción que, en un ámbito de explotación digital y *online* de contenidos protegidos, sigue teniendo como veremos un papel nuclear. Además, la percepción del derecho por parte de sus titulares se somete al principio de

¹²¹ PRO/CNMC/0002/14 Propuesta referente a la modificación del artículo 32.2 del proyecto de ley que modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 16 de mayo de 2014, disponible en:

http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_sobre_normativa/2014/140516_PRO_CNMC_0002_14_tasa_google_.pdf

disponibilidad presupuestaria, razón por la que el TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en Auto de 10 de septiembre de 2014 plantea dos cuestiones prejudiciales al TJUE por violación de la DDASI (art. 5.2 b), en el sentido de que no sólo pagan los usuarios de copias privadas sino también el resto de ciudadanos que no las obtienen, y además por cuanto la cantidad a pagar los titulares del derecho de reproducción debe ser equitativa, mientras que en este caso no queda determinada, al quedar sometida a los límites presupuestarios de cada ejercicio.

En segundo lugar, esta reforma incide en la regulación de las entidades de gestión (se modifican los art. 151, 153, 154, 155, 156 157, y se adiciona un nuevo art. 157 bis) a la luz de determinados escándalos financieros de la SGAE¹²², se incrementan los controles. En especial, sus obligaciones de contabilidad y auditoría, así como se regula de modo más transparente su funcionamiento, en sintonía con la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 20 de febrero de 2014, sin perjuicio de que esta directiva deba ser transpuesta en el futuro a nuestro ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, se avanza en la lucha contra la piratería digital y la salvaguarda de los derechos de autor en el entorno digital, incidiendo en los procedimientos de identificación del prestador de servicios de la sociedad de la información, imponiendo una obligación *ope legis* de facilitar una dirección electrónica de contacto (art. 158 ter 3). Y se implica a otros servicios de intermediación, que no son proveedores de contenido, como los servicios de pagos de electrónicos y publicidad (art. 158 ter 5), en una obligación de colaboración que exige la suspensión de los servicios prestados al infractor ante el requerimiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, y de la que puede derivar responsabilidad en caso de que dicha colaboración no se preste. Y por último, se establece un régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, en la línea de lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la

¹²²http://cultura.elpais.com/cultura/2011/07/01/actualidad/1309471204_850215.html

sociedad de la información, pero con algunos conceptos jurídicos indeterminados en cuanto a la valoración de la conducta infractora (art. 158 ter).

Finalmente, se aprovecha esta reforma para transponer dos directivas: Directiva 2011/77/UE, que amplía la protección a 70 años de los derechos de propiedad intelectual sobre fonogramas de artistas y ejecutantes, y la Directiva 2012/28/UE, que se refiere al tratamiento de obras huérfanas.

6. Sobre la supuesta crisis del Derecho de autor en el nuevo entorno digital. Aproximaciones teóricas.

Internet es una tecnología decisiva en la era de la información¹²³, con un claro impacto social, económico, político y cultural, hasta el punto que se ha llegado a considerar como generadora de una nueva estructura social, la denominada Sociedad Red¹²⁴. A través de la tecnología el usuario adquiere una mayor autonomía frente a los medios de comunicación de masas tradicionales, pues la comunicación ya no es multicanal sino punto a punto, y las personas utilizan esta tecnología para reorganizar sus relaciones sociales a través de las redes telemáticas, que crean nuevos mecanismos de participación política y promoción del cambio¹²⁵. En una nueva economía global basada en el conocimiento¹²⁶, donde los intercambios comerciales se plantean a escala mundial y respecto a bienes intangibles que escapan

¹²³ CASTELLS, M.: “El impacto de internet en la sociedad: una perspectiva global”, vid. <https://www.bbvaopenmind.com/articulo/el-impacto-de-internet-en-la-sociedad-una-perspectiva-global/?fullscreen=true>

¹²⁴ CASTELLS, M.: “El impacto de internet en la sociedad: una perspectiva global”, vid. <https://www.bbvaopenmind.com/articulo/el-impacto-de-internet-en-la-sociedad-una-perspectiva-global/?fullscreen=true>

¹²⁵ Como pueden ser movimientos de promoción de firma colectiva como Change.org, y también la incidencia que en la primavera árabe ha tenido la tecnología y las redes sociales, en cuanto medios de movilización de masas, vid. “La era de la interconexión”, en El País, publicado el 24 de diciembre de 2011, http://elpais.com/diario/2011/12/25/eps/1324798013_850215.html. Asimismo también puede destacarse que la nueva cultura del compartir ha generado incluso iniciativas políticas como el Partido Pirata vid. <http://partidopirata.es>, o propuestas religiosas basadas en el derecho de copia en Internet como “kopimism”, vid. “Copiar en Internet es bueno y sagrado”, publicado en El País, el 16 de febrero de 2012, http://cultura.elpais.com/cultura/2012/01/16/actualidad/1326742043_539339.html

¹²⁶ DOANE, M.: “TRIPS and international intellectual property...”, *op.cit.*, p. 469.

a los controles fronterizos¹²⁷. Se trata por tanto, de una tecnología transversal, global y decisiva que supone una reorganización completa de la sociedad¹²⁸, y que incide, por supuesto, en el Derecho de autor.

Así, Internet introduce, como hemos visto, nuevas formas de utilización y explotación digital de los contenidos protegidos, “nuevos usos”, e influye de manera decisiva en el sistema de protección jurídica de los bienes culturales. Del mismo modo que, como vimos en la parte introductoria de este trabajo, la invención de la imprenta sacó a la luz el valor de la obra por encima del manuscrito, y forzó la necesidad de proteger ese bien inmaterial, primero en favor del inversor, y luego del autor, la aparición de Internet y su incidencia en el esquema de explotación de los bienes culturales, produce tensiones y distorsiones en el sistema Derecho de autor convencional. Pues este sistema jurídico fue construido en función de un entorno predigital, analógico y material, lo que ha llevado a algunos autores a plantear el tema de la crisis del Derecho de autor y la vigencia de este modelo de protección en el nuevo entorno de Internet.

En este sentido se han desarrollado diferentes posturas doctrinales, que oscilan entre el minimalismo de la doctrina libertaria que se adhieren a la “nueva cultura del compartir”, defendiendo un derecho al uso colectivo de los bienes culturales como bienes públicos, a los planteamientos maximalistas de las posturas neoclásicas, que asimilan el derecho de autor a una propiedad absoluta. Entre ambos extremos y desde la aparición de Internet se han situado también otras posturas eclécticas, a medio camino entre ambas posiciones teóricas, que tratan de establecer puentes entre ambos extremos, y que defienden la subsistencia del modelo Derecho de autor como régimen jurídico aplicable a las creaciones intelectuales, también en

¹²⁷ GEORGINI, G.: “International digital publishing and territorial copyright: is the european union letting infringers slip through its 'nets?'”, *Brooklyn Journal of International Law*, 1995-1996, v. 21, p. 259.

¹²⁸ Para SADABA, I.: *Propiedad Intelectual ¿Bienes públicos o mercancías privadas?*, ed. Catarata, Madrid, 2008, p. 60 y ss. la nueva economía no se basa en recursos naturales ni en capacidades industriales, sino más bien en el conocimiento, en este sentido “el impulso financiero al orden globalizador no se hubiera mantenido el mismo sin los valores tecnológicos ni el conocimiento”.

los nuevos entornos digitales de Internet¹²⁹.

De acuerdo con los planteamientos neoclásicos, imbuidos por una construcción claramente neoliberal y de génesis norteamericana, el derecho de autor se explica en términos de análisis económico. De este modo, es el mercado el que justifica su protección, y la atribución al autor de un derecho de propiedad absoluto sobre su creación¹³⁰. La obra es para esta doctrina una mercancía, un bien o fuente de riqueza¹³¹ y a partir de este presupuesto teórico se construye su discurso¹³².

Desde el punto de vista jurídico, la teoría neoclásica vuelve a los planteamientos de LOCKE, se atribuye un derecho de propiedad de contenido monopolístico y casi ilimitado. Un paradigma o esquema de protección que resulta adecuado para el nuevo entorno tecnológico de Internet¹³³, de modo que las

¹²⁹ La clasificación entre libertarios y neoclásicos dentro de los dos grandes esquemas de construcción teórica del *copyright* se recoge por GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 66 y ss. En este sentido, MORT, S.A.: “The WTO, WIPO & the Internet: Confounding the Borders of Copyright and Neighboring Rights”, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 1997, v. 8, iss. 1, p. 187 prefiere hablar del enfrentamiento entre las posiciones de los puristas del *copyright* y los innovadores.

¹³⁰ Vid. al respecto la posición manifestada en términos rotundos por TROTTER HARDY, I.: “Property (and Copyright) in Cyberspace”, *University of Chicago Legal Forum of 1996*, p. 218 y ss., disponible en <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/189> : “Since the topic of this Article is property in cyberspace, not copyright in cyberspace, the Article analyzes several issues from a perspective broader than copyright alone. Copyright is only one of several incentives that encourage the production of informational works in general, and digital works in particular. Other incentives include technical restrictions on copying, such as satellite-signal *scrambling*.” Vid. al respecto también NETANEL, N.: “*Copyright and a Democratic Civil Society*”, *Yale Law Journal*, v. 106, 1996, p. 314 y ss.

¹³¹ NETANEL, N.: “*Copyright and a Democratic...*”, *op.cit.*, p. 314 y ss considera que la doctrina neoclásica insiste en la idea de valor económico de las propiedades intelectuales y su apropiabilidad: “As a general rule, therefore, neoclassicism strongly favors a regime in which all economic value is subject to rights of private property”.

¹³² GORDON, W.: “Assertive Modesty: An Economics of intangibles”, *Columbia Law Review*, nº 94, 1994, p. 2587.

¹³³ Vid. TROTTER HARDY, I.: “Property (and Copyright)...”, *op.cit.*, p. 237 para quien la protección de las creaciones intelectuales a través del derecho de propiedad adquiere una mayor sentido en un entorno cibernético: “Consequently, cyberspace should be at least as much, if not a more hospitable environment for transacting over property rights than “real” space, making a reliance on property rights even more suitable”. Las ideas o categorías subyacentes de los bienes raíces inspira también gran parte de la nomenclatura asociada a la arquitectura de Internet para este autor, vid. TROTTER HARDY, I.: “The Ancient Doctrine of Trespass to Web Sites”, *Journal of Online Law*, 1996, october,

excepciones sólo se admiten en aquellos casos que el mercado no puede solucionar por sí mismo los problemas subyacentes, es decir, en casos de fallos o imperfecciones del mercado¹³⁴.

A partir de este planteamiento estos autores consideran que el régimen jurídico aplicable al Derecho de autor en Internet debe basarse en la autonomía de la voluntad como forma exclusiva de regulación jurídica¹³⁵ y la utilización de medidas tecnológicas de protección¹³⁶. Desde el punto de vista práctico, y como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ pone de manifiesto, se traduce en una serie de consecuencias importantes. En primer lugar, “una férrea oposición a las licencias obligatorias”. En segundo lugar, una reducción amplia de las excepciones o usos lícitos, en un sistema abierto como el norteamericano, basado en la doctrina del *fair use*¹³⁷. Y en tercer lugar, los derechos morales, que caracterizan otros sistemas de protección, se ven

p. 3 y ss. entre los argumentos que le llevan a admitir la noción de propiedad sobre las páginas *webs* está la posibilidad que los propietarios de las mismas tienen de limitar el acceso a los visitantes.

¹³⁴ Sobre este concepto desde la teoría neoclásica vid. COHEN, J.: “*Lochner* in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of *Rights Management*”, *Michigan Law Review*, v. 97, 1998, p. 9, n. 25, <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/811> para quien “market failure” se refiere a “circunstancias en las que el intercambio voluntario de mercado no puede lograr la asignación socialmente óptima de los recursos”. En el mismo sentido, justifica esta excepción o límite a la aplicación del *copyright* en la medida que SHIH RAY KU, R.: “Consumers and creative destruction: *fair use* beyond market failure”, *Berkeley Technology Law Journal*, 2003, Iss.18-2, disponible en <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol18/Ku.stripped.pdf> considera que: “Under this approach, fair use is an exception to the otherwise exclusive rights of copyright justified by the presence of market barriers such as high transaction costs, externalities, non-monetizable benefits, or anti-dissemination motives”.

¹³⁵ COHEN, J.: “*Lochner* in Cyberspace: The New Economic...”, *op.cit.* vid. <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/811>. Sobre la aplicación de la autorregulación al ámbito del *fair use*, vid. BELL, T.W.: “Fair use vs. fared use: the impact of automated rights management on copyright's fair use doctrine”, *North Carolina Law Review*, 1998, v. 76, p. 614 y ss.

¹³⁶ MERCHANT, M.J.: “Establishing the Boundaries of First Amendment Protection for Speech in the Cyberspace Frontier: *Reno v. ACLU*”, *Howard Law Journal*, v. 39, 1996, p. 445, n. 97, aunque desde un planteamiento más amplio del derecho de autor, vinculado al control de contenidos en Internet respecto a menores.

¹³⁷ COHEN, J.: “*Lochner* in Cyberspace: The New Economic...”, *op.cit.*, p. 9 y ss, vid. <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/811>. BELL, T.W.: “Fair use vs. fared use...”, *op.cit.*, p. 618 y ss. sostiene la sustitución del *fair use* por una licencia cuasi-obligatoria, bajo la perspectiva netamente neoclásica de que incluso esos usos entrañan costos y deben quedar dentro de la órbita del derecho de autor.

como un obstáculo al libre tráfico comercial de las obras¹³⁸. Como consecuencia, la doctrina neoclásica del derecho de autor, conduce a una defensa expansiva o maximalista del Derecho de autor en el nuevo entorno en línea. Si bien parte de la concepción utilitarista típica del derecho de autor en el sistema *copyright*, por cuanto es un medio de promocionar el progreso de las ciencias y las artes, introduce una preocupante y distorsionante asimilación de este tipo de bienes intangibles a la propiedad en su sentido más material y decimonónico, lo que parece poco acorde con el nuevo entorno. Además de las posiciones doctrinales expuestas, esta doctrina ha tenido algunas manifestaciones jurisprudenciales como la doctrina MAI, ha sido defendida por sectores de la industria cultural¹³⁹ e incluso, por el gobierno norteamericano en el *White Paper*, que influyó en el *Libre Verde* de la Unión Europea, así como en el seno de la OMPI. Algunos de sus postulados se trasladan a los dos tratados internacionales adoptados en 1996 para adaptar el sistema de Derecho de autor al nuevo entorno tecnológico de Internet, como en la regulación de las medidas tecnológicas de protección y el triunfo del control propietario sobre el régimen de excepciones (art. 6.4 de la DDASI).

En el extremo opuesto se sitúa la doctrina libertaria, que amplía los estrechos límites del discurso neoclásico, ya no contempla la cuestión de los contenidos protegidos desde la perspectiva única del propietario, sino que introduce el derecho de uso de esos contenidos por parte de la colectividad¹⁴⁰. En este sentido, se considera que en Internet el Derecho de autor es un sistema obsoleto, ya que este modelo jurídico se construyó para un entorno de bienes culturales en soportes materiales. En este entorno predigital, se justifica la atribución de derechos de

¹³⁸ NETANEL, N.: “*Copyright and a Democratic...*”, *op.cit.*, p. 321, explica como en el paradigma neoclásico el derecho de propiedad intelectual se basa en su universalidad, atribución a un solo titular, exclusividad y transferibilidad. Dentro de esta última nota se desarrolla una oposición frontal a los derechos morales como barreras al libre comercio de las creaciones, y en consecuencia a su libre circulación en el mercado como fuentes de riqueza.

¹³⁹ En este sentido GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 67 n. 58 señala que la *American Society of Composers, Authors and Publishers* (ASCAP) ha defendido desde su creación la necesidad de pagar de forma independiente por cada uso que se hace de una obra protegida.

¹⁴⁰ GROSHEIDE, F.W.: “Copyright Law from a User’s Perspective: Acces Right for Users”, *E.I.P.R.*, 2001, p. 321.

propiedad, en la medida que se incorporaban a objetos físicos y eran aprehensibles. Pero este argumento resulta ineficaz respecto a obras desmaterializadas, traducidas en una secuencia de bits que circulan en la red junto a otros contenidos informacionales¹⁴¹. Para estos autores, la remuneración del autor debe venir no tanto del disfrute de contenidos digitales, como de nuevos formatos que permiten un conocimiento de la obra (como actuaciones en directo), y otras formas de promoción¹⁴². Critican el supuesto “imperio del autor”, en la medida que este modelo parte de una idea romántica y en la mayor parte de los casos, irreal. Se trata de un régimen de protección basado en el autor-individuo, cuando en realidad el sistema protege más que a éste a sus derechohabientes, que son generalmente grandes corporaciones o multinacionales que someten a fuertes monopolios a la industria cultural¹⁴³. Además, surgen nuevos modos de creación colectiva, e incluso la percepción por parte del autor que su obra no es una propiedad exclusiva sino una contribución al progreso y desarrollo colectivo. La idea colaborativa en el disfrute y producción de bienes culturales sirve para cuestionar también el Derecho de autor como un modelo adecuado y flexible que permita al autor-usuario ofrecer de modo libre sus creaciones a la colectividad. Estas obras ya no necesitan para ser divulgadas al público un intermediario clásico que introduzca la obra en el mercado, sino más bien un intermediario de tipo técnico que permita el ingreso del archivo digital en la red para su disfrute por parte de los cibernautas.

Desde la doctrina libertaria no falta tampoco un enfoque político o constitucionalista, así se invoca la libertad de expresión para defender el libre intercambio de archivos con contenidos protegidos, como una de las conquistas de la sociedad red que pone a disposición de sus usuarios estos bienes culturales, nacidos

¹⁴¹ Vid. en este sentido PERRY BARLOW, J.: “A Declaration of the Independence of Cyberspace”, disponible en <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>.

¹⁴² En contra, DREIER, T.K.: “Copyright digitized: philosophical impacts and practical implications for information exchange in digital networks”, WIPO Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighbouring Rights, Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 1993, p. 25 que defiende la necesidad en el nuevo entorno de que los autores sigan participando en los beneficios de la explotación de sus obras.

¹⁴³ PARANT, V.: “Copyright Harmonization in the European Union: The Digital Alibi”, *Entertainment & Sports Lawyer*, 1998, p. 33.

con una inherente vocación pública. En este sentido, y dentro de la corriente del denominado “minimalismo democrático”, el problema se plantea en términos de conflicto entre el derecho a la información y el derecho de autor¹⁴⁴.

Respecto a ambas construcciones doctrinales se han esgrimido diversas críticas. Frente a los neoclásicos, y su defensa de un concepto absoluto de propiedad, se ha invocado que Internet y la tecnología digital ha producido un fuerte impacto no sólo en la puesta a disposición de contenidos digitales sin la autorización de sus titulares (atentados al concepto propietario del derecho de autor), sino también en los modos de producción o generación de estos bienes¹⁴⁵, así como en la manera de concebir el derecho de autor¹⁴⁶. Así, estos nuevos modos de creación se ponen de manifiesto en la aparición de nuevas obras digitales en colaboración como la obra multimedia, o la creación participativa en nuevos entornos *wikis*. El propio concepto romántico de autor, como una persona individual que crea en la soledad, y que inspiró la idea francesa de la “huella personal del autor”, como sello de originalidad de la obra y justificación del monopolio sobre la misma, queda también alterado por

¹⁴⁴ Vid. al respecto ELKIN-KOREN, N.: “Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, v. 14, 1996, p. 277 y ss. Vid. también al respecto LITMAN, J.: “Reforming Information Law in Copyright’s Image”, *University of Dayton Law Review*, 1997, v. 22 p. 589 y ss, para quien la armonización entre ambos derechos vendría a través de los propios límites y excepciones del derecho de autor, aunque esa armonía podría romperse a través de las medidas tecnológicas de protección y la protección de las copias RAM. Paradójicamente la irrupción de las nuevas tecnologías ha producido un reforzamiento de ambos derechos, tanto el derecho a la información como el derecho de autor. Para CARBAJO CASCÓN, F.: “El pulso en torno a la copia...”, *op.cit.*, p. 13 y ss. no puede utilizarse este argumento para eludir el respeto a la propiedad intelectual, porque ello sería socavar las bases mismas de la sociedad democrática, así como algunos de sus fundamentos incuestionables, como la función social de la propiedad desde el entendimiento de la sociedad del conocimiento como la “Sociedad del capitalismo cultural”. NETANEL, N.W.: “The Next Round: The Impact...”, *op.cit.*, p. 475 y ss. advertía sobre el peligro de realizar una interpretación maximalista del acuerdo ADPIC, al considerarlo como un claro atentado de la libertad de expresión. Para este autor después de la Conferencia de Ginebra no debería abordarse el *copyright* sólo desde un punto de vista comercial. Sobre la implicación de la libertad de expresión en el nuevo entorno digital, vid. también DOMMERING, E.J.: “Copyright Being Whased Away through the Electronic Sieve: Some Thoughts on the Impending Copyright Crisis”, *The future of copyright in a digital environment*, ed. Kluwer Law International, The Hague, 1996, p. 11.

¹⁴⁵ CHON, M.: “New Wine Bursting From Old Bottles: Collaborative Internet Art, Joint Works, and Entrepreneurship”, *Oregon Law Review*, 1996, 75, p. 263.

¹⁴⁶ FRASER, S.: “The Copyright Battle: Emerging International Rules and Roadblocks on the Global Information Infrastructure”, *Journal of Computer & Information*, 1997, v. 15, iss. 4, p. 816.

nuevas formas participativas de creación en red. En estos entornos *wikis*, donde el conocimiento colectivo se pone al servicio de la red para crear repositorios de información (aunque sólo en ocasiones, obras protegidas) permanentemente actualizables por la interacción de un nuevo concepto de autor-usuario¹⁴⁷.

Contra los libertarios y la supuesta muerte del Derecho de autor en Internet, se ha invocado la propia adaptabilidad histórica del derecho de autor a las nuevas tecnologías. Desde la invención de la imprenta a nuestros días se han sucedido una serie de invenciones que han transformado el disfrute de esta clase de bienes, que han llevado a diferentes adaptaciones pero sin hacer necesario un cambio en el modelo jurídico de protección¹⁴⁸. En cuanto a la supuesta colisión entre el derecho de autor y la libertad de expresión, se confunden contenidos informacionales con contenidos protegidos¹⁴⁹ por el derecho de autor, y se colocan todos en un mismo paquete digital para quedar amparados bajo el paraguas dogmático de la libertad de expresión. Cuando, en realidad, lo que se transmite no es sólo información sino contenidos protegidos cuya titularidad corresponde a un autor, y que por tanto, se somete a un régimen jurídico diferente.

Entre ambas posiciones teóricas extremas, se sitúa una tercera vía, la tesis ecléctica o revisionista. Para estos autores el derecho de autor es una parte de un nuevo derecho más amplio que surge en Internet y permite controlar el acceso y uso de la información¹⁵⁰. Por ello, defienden la creación de un derecho *ex novo* para

¹⁴⁷ CHON, M.: “New Wine Bursting From Old Bottles...”, *op.cit.*, p. 263: “The models of authorship that frequently appear in the networked environment are at odds with the idea of the solitary genius. They are often, perhaps mostly, collaborative or interactive. Although the trend toward interactive programming is increasing, early stand-alone computer programs relied primarily on a division between creator (author) and user (reader)”.

¹⁴⁸ GENDREAU, Y.: “Le droit de reproduction et l’Internet”, *RIDA*, 1998, nº 178, p. 2 y ss.

¹⁴⁹ En este sentido DREIER, T.K.: “Copyright digitized: philosophical...”, *op.cit.*, p. 6 considera que el concepto de obra se aproxima a un conjunto de bits como cualquier otro contenido informacional. Para AOKI, K.: “(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes Toward a Cultural Geography of Authorship”, *Stanford Law Review*, 1996, v. 48, p. 1311, n. 62, esta confusión entre contenidos protegidos y contenidos meramente informativos dificulta el análisis del derecho de autor en Internet.

¹⁵⁰ NIMMER, R. y KRAUTHAUS, P. : “Copyright on the Information Superhighway Requiem for a Middleweight”, *Stanford Law & Policy Review*, nº 6, 1994, p. 26.

regular adecuadamente el derecho de autor en las transmisiones digitales¹⁵¹. Pues, los derechos de explotación atribuidos al autor provocan en su traslación a Internet un cierto solapamiento de derechos¹⁵². En la medida que las transmisiones telemáticas son actos complejos que no pueden ser definidos de acuerdo con los derechos patrimoniales existentes como un solo acto de explotación, y que existen reproducciones técnicas en el propio proceso de transmisión telemática de la información. Por ello, desde un sector doctrinal se ha postulado la necesidad de crear un nuevo derecho de explotación digital de las obras en Internet, que incida no tanto en los derechos patrimoniales afectados, sino en el control genérico del acceso y uso de los contenidos producidos.

Una vez expuestos estos posicionamientos dogmáticos, podemos decir que resulta indudable que el disfrute de los contenidos protegidos por el Derecho de autor en Internet ha generado un nuevo entorno más vulnerable, dadas las posibilidades de copia que los formatos digitales permiten y los intercambios de información a través de la red cada vez con mayor ancho de banda y capacidad. En este nuevo entorno la obra como objeto del Derecho de autor también se transforma, queda desmaterializada, desprovista de un soporte físico, pasa a quedar fijada en un archivo digital, intangible y transmisible de modo libre en la red a velocidades de transmisión cada vez más elevadas, y permitiendo su disfrute sonoro o visual, incluso sin necesidad de descarga. Desde nuestro punto de vista, estos impactos que Internet ha producido en el sistema de Derecho de autor como modelo de protección de las creaciones intelectuales, no puede justificar un rechazo del sistema, sino más bien una modulación del mismo, para adaptarlo a las nuevas formas y peculiaridades del disfrute de este tipo de bienes en Internet, en definitiva al nuevo modelo productivo que se desarrolla. El reconocimiento de un derecho sobre la obra en favor de los autores se inscribe, como hemos visto, en el proceso de construcción del Estado liberal y el desarrollo de la Ilustración, y constituyó un incentivo para la creación al

¹⁵¹ LEMLEY, M.A.: “Dealing with Overlapping Copyrights on the Internet”, *University of Dayton Law Review*, v. 22, 1997, p. 45.

¹⁵² LEMLEY, M.A.: “Dealing with Overlapping Copyrights...”, *ul.cit.*

proporcionar a los autores unos rendimientos económicos derivados de su obra, con los que asegurar su capacidad de creación en el futuro. Este bienestar económico de los autores contribuyó al desarrollo de la cultura, en cuanto a generación de un mayor número de bienes culturales.

Este fundamento del sistema de protección, no debería olvidarse cuando desde posiciones extremas se exhibe la bandera de la falsa cultura de compartir o el dogma de la libertad de expresión, tratando a los contenidos protegidos como meros contenidos informacionales, para despatrimonializar al autor. Y pasar a ofrecer sus creaciones de modo libre por quien no es su legítimo titular ni ostenta el poder de decisión sobre el destino de la obra. Ahora bien, tampoco puede ofrecerse un planteamiento neoclásico, de considerar a los bienes culturales como meras mercancías, y defender el derecho de autor según un modelo decimonónico de propiedad, que no toma en consideración la complejidad de Internet ni los nuevos usos y formas de creación que han surgido en este nuevo entorno tecnológico. Aunque, a nuestro modo de ver, debería cuestionarse si la adaptación del Derecho de autor se ha realizado de una manera adecuada, o si hubiera sido conveniente un planteamiento más arriesgado en la línea de la doctrina revisionista, y la necesidad de consagrar normativamente el derecho a controlar el uso en Internet, cuestión que abordaremos en la tercera parte de este trabajo.

Tras esta introducción en la que hemos tratado de ofrecer una visión panorámica sobre el derecho de autor, mostrando su evolución y realidad actual en el nuevo entorno de Internet, procedemos a un análisis más específico de la explotación digital de contenidos protegidos en línea. Partiremos de una estructura clásica de derecho subjetivo, sujetos, objeto, contenido y límites, para abordar el alcance que el derecho de autor adquiere en este nuevo entorno tecnológico.

***CAPÍTULO TERCERO.- LAS MEDIDAS
TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y LA
PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN PARA LA
GESTIÓN DE DERECHOS***

1. Una primera aproximación conceptual y técnica.

1.1 Las medidas tecnológicas de protección destinadas a controlar el acceso y uso de la obra.

En esta primera aproximación a lo que es una medida tecnológica, con la advertencia de su carácter provisional, ya que el concepto relevante es el normativo de la legislación aplicable al caso concreto, utilizaremos la definición que ofrece GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. En ella se integra de modo híbrido parte del contenido del art. 6.3 de la Directiva 2001/29/CE y del &1201(2) (b) de la *Copyright Act* de los Estados Unidos. Así, define este autor una medida tecnológica de protección como “toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a prevenir o impedir la violación de los derechos de autor o los derechos afines, el acceso a una obra, o el uso de la misma sin autorización de los derechohabientes o de la ley”¹⁵³. La medida tecnológica tiene, así, un carácter preventivo, evita que la infracción de los derechos de autor se produzca, y con ello el daño derivado de esta vulneración¹⁵⁴. Es, por tanto, una reacción de la tecnología frente a los riesgos que ella misma puede generar, y la amenaza que para la protección de los derechos de autor ha representado determinados avances tecnológicos, en especial, la copia digital, el ancho de banda y las conexiones en

¹⁵³GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 505. GAUBIAC, Y.: “Medidas tecnológicas e inoperabilidad en el derecho de autor y derechos vecinos”, *e-Copyright Bulletin*, 2007, abril-junio, p. 2, la define como. “Una medida tecnológica protegida comprende toda técnica, dispositivo o componente que en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de un derecho vecino al derecho de autor sobre una obra, una interpretación, un fonograma, un videograma o un programa”. Disponible en:

http://portal.unesco.org/culture/es/files/34712/11958183661mesures_techniques_gaubiac_sp.pdf/mesures_techniques_gaubiac_sp.pdf

Para SERENO RESTREPO, J.S.: “Regulación de las medidas tecnológicas...”, *op.cit.*, p. 158, “la medida sólo se puede concretar en cualquier objeto de carácter electrónico, digital o similar, que cumpla una función de control sobre la obra y las acciones humanas que interactúan con ella”.

¹⁵⁴PABON CADAVID, J.A.: “Los riesgos de la tecnología...”, *op.cit.*, p. 128.

red¹⁵⁵. Como CLARK afirma en un entorno cada vez más cibernético, de crecimiento exponencial de la tecnología y su aplicación a los contenidos protegidos por el derecho de autor, “la respuesta a la máquina está en la máquina”¹⁵⁶, en el sentido apuntado por GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ de lo “que una máquina es capaz de hacer, otra lo deshace”¹⁵⁷.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que no todas las medidas de protección de los derechos de autor tienen carácter preventivo, sino que la tecnología ha desarrollado también otras medidas que actúan *a posteriori* cuando la infracción ya se ha producido. Entre estas medidas se encuentran los “programas araña” o *bots* que, si bien nacen para facilitar la indexación de nuevas *webs*, incorporan un rastreador que permite localizar en Internet *webs* que pongan a disposición del público contenidos que infrinjan los derechos de autor¹⁵⁸. No obstante, la regulación normativa de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor sólo ha incidido en las primeras, es decir, las generadas con una finalidad de prevención de

¹⁵⁵ SERENO RESTREPO, J.S.: “Regulación de las medidas tecnológicas...”, *op.cit.*, p. 152 y ss.

¹⁵⁶ CLARK, C.: “The Answer to the Machine is in the Machine”, disponible en <http://copyright-debate.co.uk/?p=641> reflexiona en este sentido sobre la necesidad de la tecnología para la protección de los derechos de autor en un entorno cada vez más cibernético: “But how can we make copyright work in an environment where to make perfect copies and to republish content of any kind is so simple that we can all do it? “The answer to the machine is in the machine.” As we move into a machine-to-machine environment, the business of managing copyright must become a machine-mediated process, in which the complexity of copyright is completely hidden from the individual user, as it always has been in the past”.

¹⁵⁷ GARROTE FERNÁNDEZ-GIL, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 503.

¹⁵⁸ Sobre los programas agente puede consultarse el informe “Managing Acces to Digital Information” del Cross-Industry Working Team de los EEUU, <http://www.xiwt.org/documents/ManagAccess.html> que concreta la capacidad de estos programas en estos términos: “Briefly, software agents are computer programs that may be mobile in a network environment and can act as intermediaries providing information about rights and permissions. Agents can be used to control the distribution of material, discover infringements of rights and interests in intellectual property, and negotiate licenses in a network environment. They can be more than mere transport mechanisms for connection purposes. For example, they can also combine, filter, index, rearrange, interpret, and transform digital information. They could serve as a researcher's assistant - reading the works of others, and then rearranging and reinterpreting them, rather than merely reporting and regurgitating the works verbatim”.

la infracción, y más en concreto, en las actividades que conducen a su elusión y supresión, para infringir los derechos de autor¹⁵⁹.

Dentro de este tipo de medidas preventivas, se encuentran las que otorgan a la obra una funcionalidad limitada. Así, se ofrece, un fragmento de la obra a modo de muestra¹⁶⁰, o bien con una fecha de caducidad de disfrute¹⁶¹. También se encuentran los dispositivos anticopia que impiden o limitan la reproducción del contenido protegido (SCMS para CD, CSS para DVD, y AACS para *blu-ray*, entre otros), los códigos de acceso (como en las emisiones de televisión por cable o satélite con acceso condicionado), las contraseñas (como las utilizadas para acceder a las *webs*), los sobres digitales que encriptan el contenido, bien de forma simétrica (con clave única para encriptar y desencriptar) o asimétrica (con clave pública a la que se accede mediante una clave personal), los sistemas de autenticación que permiten comprobar la identidad del usuario, y controlar si el acceso en línea está o no autorizado. Además, existen otras medidas tecnológicas diseñadas para evitar la copia cuando los contenidos protegidos circulan por los sistemas de conexión entre aparatos de reproducción digitales, como cables HDMI, como el HDPC (*High-Bandwith Digital Content Protection*). Y cabe también apuntar, como medidas que impiden usos no autorizados de los contenidos protegidos, la tecnología desarrollada por Apple, basados en la interacción del programa iTunes con los reproductores iPod, y la necesaria sincronización entre ambos para reproducir los contenidos musicales comprados. O incluso, los más recientes desarrollos de iPhone que introducen un sensor de huella personal como mecanismo de acceso a contenidos

¹⁵⁹ Como GAUBIAC, Y.: “Medidas tecnológicas e interoperabilidad...”, *op.cit.*, p. 2, pone de manifiesto: “No obstante, no existe ninguna disposición que imponga la obligación de implementar tales medidas para proteger la explotación de las obras y de otras prestaciones. Los titulares de derechos tienen toda la libertad a ese respecto. Si el titular de derechos recurre a ellas, las medidas deben estar protegidas tal como lo están las obras y las otras prestaciones, todo ello en el marco del derecho de autor o los derechos conexos”. Disponible en:

http://portal.unesco.org/culture/es/files/34712/11958183661mesures_techniques_gaubiac_sp.pdf/mesures_techniques_gaubiac_sp.pdf

¹⁶⁰ Como los fragmentos a los que puede acceder de modo gratuito el usuario en su Kindle respecto a las obras ofertadas en el catálogo de Amazon.

¹⁶¹ Así por ejemplo, en determinados programas antivirus que sólo se pueden disfrutar de modo gratuito durante un tiempo, o en las demos de determinados video-juegos.

protegidos¹⁶². En este sentido, también cabe destacar los sistemas anticopia desarrollados en páginas como Google video o YouTube que impiden la descarga en el disco duro del ordenador, permitiendo únicamente un disfrute *in streaming*¹⁶³.

Por último, cabe apuntar que la doctrina ha establecido otras clasificaciones de medidas tecnológicas de protección, como la que distingue entre medidas que controlan el acceso a la obra y medidas que impiden la posterior reproducción o comunicación al público¹⁶⁴. Así como una segunda clasificación que, atendiendo a la finalidad de la medida, diferencia entre medidas tecnológicas destinadas a identificar y proteger la obra, medidas encaminadas a controlar el acceso a la obra, medidas destinadas a controlar el uso de la obra y medidas que permiten medir el acceso o uso de la información¹⁶⁵. En nuestra exposición, hemos preferido utilizar la distinción que la Directiva 2001/29/CE establece en su Capítulo III entre las medidas tecnológicas “*stricto sensu*”, y medidas que incorporan al paquete digital información para la gestión de derechos.

1.2 Medidas que incorporan información para la gestión de derechos.

En primer lugar, debemos distinguir este tipo de medidas de las anteriores, por cuanto en este caso, lo que se protege no es sólo la obra contenida en el archivo o soporte, sino también la información para la gestión de derechos que mediante diferentes técnicas se ha colocado en el paquete digital. De modo, que su elusión y borrado, deja a la obra sin la información que la identifica e impide conocer las condiciones de utilización. Es importante también diferenciar este tipo de medidas tecnológicas de protección respecto a los sistemas para la gestión de los derechos de

¹⁶² Vid. http://pogue.blogs.nytimes.com/2013/09/17/yes-theres-a-new-iphone-but-thats-not-the-big-news/?_r=1

¹⁶³ Vid. al respecto GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, ed. Comares, Granada, 2010, p.100.

¹⁶⁴ DE WERRA, J.: “Le regime juridique des mesures techniques de protection des oeuvres selon les Traités de l’OMPI, le Digital Millenium Copyright Act, les Directives européennes et d’autres législations (Japon, Australie)”, *RIDA*, nº 189, 2001, p. 86.

¹⁶⁵ KOELMAN K. y HELBERGER, N.: “Protection of Technological Measures”, Institute for Information Law, Amsterdam, 1998, p. 2 disponible en:

<http://www.ivir.nl/publicaties/koelman/technical.pdf>

autor (*Electronic Copyright Management System o ECMS*). Un concepto más amplio, que incluye una serie de sistemas que hacen posible en Internet la explotación patrimonial de contenidos protegidos, y la percepción de la cantidad económica vinculada a cada uso o acceso a la obra¹⁶⁶.

Para GERVAIS estos sistemas tienen dos módulos esenciales, el primero de ellos es el que identifica la obra, mientras que el segundo se encarga de permitir la licencia en línea de la obra. Cumplen seis funciones esenciales: aseguran el carácter confidencial de la transacción, verifican la identidad de las partes, identifican la obra, aseguran su integridad, comprueban que la transacción se ha efectuado y permiten a los titulares de derechos el rastreo de su obra en el mercado, para controlar y medir los accesos o usos de la misma que se han efectuado¹⁶⁷.

Entre estos sistemas destacan los certificados digitales, las cajas negras que bloquean la transmisión de contenidos protegidos sin autorización, los sobres de gestión, que recoge los accesos y usos en una base de datos a partir del que se calcula la remuneración del autor, los contadores electrónicos instalados en el hardware, los procedimientos de marcado al agua o *watermarking* que insertan en el paquete digital metadatos con información sobre los contenidos protegidos, los DRM (*Digital Rights Management*) que identifican la obra y su titular, cifran contenidos, informan sobre los términos y condiciones de explotación¹⁶⁸, e incorporan también funciones de

¹⁶⁶ COHEN, J.: “Some Reflections on Copyright Management Systems and the Law Designed to Protect Them”, *Berkeley Journal of Law and Technology*, 1997, v. 12, p. 161, disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol12/iss1/7>

¹⁶⁷ GERVAIS, D.: “Electronic Rights Management and Digital Identifier Systems”, ponencia presentada al Advisory Committee on Management of Copyright and Related Rights in Global Information Networks, Ginebra, 14 y 15 de diciembre de 1998, Documento OMPI, p. 5 y ss. disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/acmc_1/acmc_1_1-main1.pdf

Para este autor muchos de los llamados ECMS actúan como simples procesamiento de funciones de concesión de licencias.

¹⁶⁸ Para SERENO RESTREPO, J.S.: “Regulación de las medidas tecnológicas...”, *op.cit.*, p. 161, se pretende con ello una doble finalidad, “por un lado, poner a disposición del público información confiable sobre la obra y la forma en que puede ser explotada; por otro lado, crear incentivos a los autores y titulares para que pongan a disposición sus obras en forma digital. En términos generales, la drm está jurídicamente protegida mediante la sanción a quien altere o remueva la información vinculada a la obra”.

Se ha desatado el valor estratégico con el que los DRM han surgido en la industria musical, y un

rastreo, y también lenguajes de marcado. En este sentido los lenguajes de representación de derechos son lenguajes formales que describen derechos de propiedad intelectual, como el XrML y ODRL, suponen una evolución de los DRMS hacia una mayor interoperabilidad de esta medida tecnológica de protección¹⁶⁹.

2. Régimen jurídico aplicable.

2.1 El Tratado de la OMPI de derecho de autor y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas.

Estos tratados nacen auspiciados por la Conferencia celebrada por la OMPI en diciembre de 1996, tras un reconocimiento de la necesidad de una regulación internacional en la materia por parte de EEUU y la UE¹⁷⁰, se concretó, como hemos visto, en el Tratado de derecho de autor y el Tratado sobre interpretación o ejecución y fonogramas, ambos adoptados en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

Sin embargo, esta materia ya contaba con antecedentes normativos en diferentes legislaciones. En este sentido puede citarse la sección 296 del *Copyright, Designs and Patents Act de 1988* que prohibía la elusión de mecanismos anticopia en obras con formato electrónico. En el ámbito de la Unión Europea, la protección se

desarrollo tecnológico para sostener la oferta musical en línea frente a las amenazas de la piratería, que se enfrenta de un lado a la necesidad de interoperabilidad y a la amenaza de los monopolios, vid. al respecto FARCHY, J. y RANAIVOSON, H.: “Drms: a new strategic stake for contents industries: the case of the online music market”, *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 2005, v. 2 (2), p. 69 y ss.

Para JIMENEZ SERRANÍA, V.: “Reflexiones en torno a la distribución en línea de contenidos digitales”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2010, nº 23, (Bib 2010/1144), p. 1 y ss. el comercio electrónico de contenidos protegidos bajo licencia “se hace posible gracias a sistemas digitales de gestión de derechos (Digital Rights Systems), que permiten controlar el acceso, la copia, identifican los contenidos, los titulares de derechos, las condiciones de acceso y uso de la información, proporcionan un entorno seguro para la selección y el pago de los mismos por parte de los usuarios, protegen los datos personales y permiten un seguimiento de las copias proporcionadas para evitar usos ilícitos”.

¹⁶⁹ PAVON CADAVID, J.A.: “Los riesgos de la tecnología...”, *op.cit.*, p. 121.

¹⁷⁰ GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 515. Vid. al respecto SMITH, N. y SMITH, A.V.: “Technical Protection Devices and Copyright Law”, *Boston University Journal of Science & Technology Law*, 1997, abril 10, p. 8

centró en los programas de ordenador y la Directiva del Consejo de 14 de mayo de 1991 sobre la protección jurídica de programas de ordenador (91/250/CEE) prohibió la elusión de medidas anticopia que se hubieran instalado sobre estos programas. En EEUU la *Audio Home Recording Act* de 1992 obligó a los fabricantes de dispositivos reproductores de audio a incluir en sus equipos una medida tecnológica la *serial copy management system* (SCMS), que evita la realización de copias sucesivas a partir de la primera copia, y la jurisprudencia norteamericana ya se pronunciaba, como en el caso *Sega Enterprises, Ltd. V. Maphia*, sobre la proscripción de los dispositivos de elusión¹⁷¹.

El art. 11 del Tratado de la OMPI sobre derechos de autor establece que: “Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley”.

Como SERENO RESTREPO señala esta regulación parte de la premisa de que la medida contemplada debe ser aplicada a un bien protegido por el derecho de autor, aunque puede que no recaiga sobre la obra sino sobre un elemento externo, como el *hardware* de un ordenador¹⁷². Pero además de su existencia física, el art. 11 exige en primer lugar para la protección jurídica de la medida que sea efectiva, en el sentido de que no basta con que persiga una mera finalidad de prevención de la infracción a los derechos de autor o el control de acceso a la obra¹⁷³, sino que ésta

¹⁷¹ Vid. SAMUELSON, P. : “Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised”, p. 8, que se puede consultar en la siguiente web: <http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/dmcapaper.pdf>

¹⁷² SERENO RESTREPO, J.S.: “Regulación de las medidas tecnológicas...”, *op.cit.*, p. 160 y ss.

¹⁷³ Sobre lo que deba entenderse por control de acceso en este ámbito vid. SERENO RESTREPO, J.S.: “Regulación de las medidas tecnológicas...”, *op.cit.*, p. 169, citando el caso paradigmático de *Lexmark International, Inc v. Static Control Components*, donde la Corte del Sexto Circuito entendió que el acceso consiste en “la posibilidad de hacer uso de la obra”, precisando que ese uso debe recaer sobre el material expresivo que contiene la obra, y no sobre otras posibles funcionalidades, en el caso que se planteaba, una medida tecnológica instalada en unos cartuchos para evitar que se pudieran recargar, se consideró que la operación desplegada por la impresora no era uno uso de contenido

debe darse. Y además su elusión debe requerir un acto consciente, de modo que no se protegerían las medidas que puedan ser eludidas de manera accidental¹⁷⁴.

En segundo lugar, se exige que la medida haya sido implantada por los autores, o al menos autorizado su implantación técnica, por lo que las medidas implantadas por terceros podrán ser eludidas, sin régimen de responsabilidad en el ámbito WIPO. En tercer lugar, estas medidas deben ser utilizadas en relación a la salvaguarda de los derechos reconocidos a los autores en el Tratado de derechos de autor o del Convenio de Berna.

Se plantea en este punto el tema de determinar si el art. 11 de este tratado excluye de su ámbito de protección los actos individuales de elusión de medidas de acceso a las obras. Lo que para algunos autores como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ quedaría fuera del ámbito del tratado por cuanto no se configura en este tratado ni en el Convenio de Berna un derecho exclusivo al control individual del acceso a la obra¹⁷⁵. Es difícil imaginar un supuesto en el que un sujeto eludiera una medida tecnológica para acceder a la obra, a no ser que sea para el ejercicio de alguna excepción del derecho de autor, como pueda ser la copia privada, parece que la propia determinación normativa excluiría, al menos, una responsabilidad por parte del usuario que ha efectuado la elusión con la finalidad de un acceso individual, pero sin puesta a disposición de terceros.

Finalmente, y por lo que respecta a las consecuencias jurídicas de la elusión, el Tratado de derechos de autor de la OMPI requiere a las partes signatarias a que provean una protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas. Sin embargo, algunos aspectos fundamentales de esa protección, quedan dentro de un margen discrecional para los

expresivo, y se rechazó la protección a través del cauce normativo de las medidas de protección de derechos de autor.

¹⁷⁴ En este sentido KOELMAN K. y HELBERGER, N.: *Protection of Technological Measures*. op. cit, p. 8, <http://www.ivir.nl/publicaties/koelman/technical.pdf> consideran que: “Possibly, it has been inserted to clarify that only measures that actually require intentional acts of circumvention are protected. If a measure can be circumvented *by accident* it is clearly not effective”.

¹⁷⁵ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, op.cit., p. 521.

estados signatarios, como es la elección de la vía penal o civil, para conformar esa protección jurídica de las medidas tecnológicas.

En el art. 12.1 del Tratado de derecho de autor se regula también la protección de la información sobre la gestión de derechos, en los siguientes términos: “Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna: (i) suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos; (ii) distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización”. Por tanto las conductas que darán lugar a responsabilidad pueden ser tanto la alteración de la información, sin difusión, (parece que aquí no entraría el juego de los posible límites del derecho de autor respecto al control de acceso) y la difusión de la obra, *a sabiendas*, de dicha alteración.

Y concreta este precepto que por información sobre la gestión de derechos se entenderá “la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de la obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra”, comunicación que debe entenderse en el sentido de “puesta a disposición de obras en Internet”. Respecto al objeto de la protección, la información relevante tutelada, es la propiamente identificativa de la obra, de la autoría, así como del régimen de utilización, sin alcanzar otros componentes del sistema de gestión de derechos de autor, sino únicamente el contenido podemos decir identificativo e informativo referido. Y cabe destacar que dentro del objeto de protección por la norma se encontraría también la propia medida tecnológica de marcaje (número o código que

representa la información).

Finalmente, cabe destacar que esta protección no sólo se brinda a los autores, sino que también hay una extensión de la misma hacia los artistas, ejecutantes, intérpretes y productores de fonogramas, en el ámbito de estos derechos vecinos, operada en virtud del Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de la OMPI (art. 19). No obstante, y a pesar de que en este tratado se otorga también esta protección a los productores de fonogramas, el Tratado de Derecho Autor, parece partir de la premisa de que las medidas tecnológicas deben de ser utilizadas por sus autores. Pero también debe extenderse a aquellos casos en que la medida es instalada por un derechohabiente, como puede ser un cesionario, por cuanto incluso en este caso la medida es utilizada por el autor en relación con el ejercicio de sus derechos, que no sólo comprende los derechos patrimoniales sino también los morales.

2.2 Su regulación y armonización comunitaria en la DDASI.

A) Ámbito de aplicación.

En esta directiva que aborda, como hemos visto diferentes aspectos, del derecho de autor en un nuevo entorno digital, se aborda también la regulación de las medidas tecnológicas, o de modo más preciso, las actividades dirigidas a eludir la medida tecnológica, y la infracción del deber de abstención que la misma comporta. En el marco comunitario, y para asegurar el buen funcionamiento del mercado interior, se trata también de que dicha protección jurídica esté armonizada en los diferentes Estados miembros. Dicha regulación parte de la consciencia expresada en su considerando (47) del “riesgo de que se lleven a cabo actividades ilegales para permitir o facilitar la elusión de la protección técnica que supone la medida”. Pero sin que esta regulación suponga una obligación de conformar los dispositivos, productos, componentes o servicios de acuerdo con estas medidas, siempre que estos dispositivos o componentes no entren dentro de alguna de las prohibiciones

establecida en su art. 6¹⁷⁶.

Respecto al ámbito de aplicación de esta Directiva hay que tener en cuenta, que la misma no afecta a la Directiva 2009/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. De esta forma la DDASI no se aplica a la protección de medidas tecnológicas para proteger programas informáticos, porque éstas ya están reguladas en la Directiva 2009/24/CE (art. 7.1 c). En este sentido, y como señalaba GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, respecto a la anterior Directiva 91/250/CEE hay que reconducir el régimen de elusión de una medida tecnológica consistente en un programa de ordenador “protector” de otro programa de ordenador “principal” al régimen de la hoy Directiva 2009/24/CE sobre protección jurídica de los programas de ordenador. Mientras que si el programa actúa como medida protectora de otro tipos de obras, o incluso si se trata de prestaciones protegidas en el entorno informático como las bases de datos en formato electrónico¹⁷⁷, se someterán al régimen de la DDASI¹⁷⁸. También quedará fuera del ámbito de esta directiva cualquier medio, aunque no sea un programa de ordenador, “cuyo único propósito sea facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se hubiere utilizado para proteger un programa de ordenador”. En esta regulación de las medidas tecnológicas de protección aplicables a los programas de ordenador, destaca que no se condiciona la protección a la efectividad de la medida, como ocurre en el régimen de la DDASI.

B) El concepto normativo de medida tecnológica de protección.

En la DDASI, en la misma línea que el Tratado de Derecho de autor de la OMPI y la *Digital Millenium Copyright Act* de 1998, se condiciona la protección

¹⁷⁶ No obstante, como MARKS, D.S. y TURNBULL, B.H.: “Las medidas tecnológicas de protección: el punto de encuentro de la tecnología.., *op.cit.*, p. 5, apuntan el momento idóneo para poner en marcha una nueva medida de protección tecnológica es cuando se introducen nuevos formatos, como ocurrió en el caso del DVD, o sistemas de disfrute de las obras, como ocurrió en el caso de las emisiones digitales”.

¹⁷⁷ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 573.

¹⁷⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 556.

jurídica de la medida tecnológica y la sanción de los actos de elusión a que se trate de una “medida tecnológica eficaz” en el sentido que la propia DDASI establece. En el art. 6.3 de la directiva se ofrece un concepto normativo de la misma como “toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho *sui generis* previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE. Las medidas tecnológicas se considerarán «eficaces» cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección”.

En la DDASI se establece un concepto complejo de medida tecnológica de protección, quizá por intentar ofrecer una definición lo suficientemente abierta, como para poder adaptarse a la evolución de la tecnología, y los propios desarrollos futuros de las medidas tecnológicas de protección. Por ello, debemos proceder a una análisis individualizado de los distintos elementos que integran el concepto.

En primer lugar, se prescinde del carácter físico de la medida, lo que parece coherente con el entorno digital para el que nace, al considerar como tal no sólo los dispositivos también las técnicas o componentes. Este concepto amplio de medida tecnológica ha permitido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2014, as. C-355/12 incluir dentro de él una medida tecnológica implementada por Nintendo que se instalaba tanto en el videojuego (obra tutelada por el derecho de autor) como en el *hardware* de la consola. Ambos elementos estaban sincronizados, de modo que se introducía una información codificada, y se producía un reconocimiento mutuo entre ambos. Por cuanto el objetivo de esta técnica era impedir o restringir actos lesivos para los derechos de autor¹⁷⁹ se considera como una

¹⁷⁹ Nintendo comercializa dos tipos de dispositivos para sus videojuegos, unos sistemas portátiles, las consolas DS y otros de consola fija, Wi, en ambos utiliza unas medidas tecnológicas que consisten en

medida tecnológica de protección. En dicha sentencia se califican como acto de elusión de dicha medida los dispositivos comercializados por PC Box, que a través de un *software* complementario, desactivaba el dispositivo de Nintendo.

En segundo lugar, se exige que esa medida persiga una finalidad concreta en su “funcionamiento normal”, de modo que la protección no se logre de manera accidental, sino que forme parte de su diseño¹⁸⁰. En este sentido, la medida debe estar destinada a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas por el derecho de autor¹⁸¹. Pero no todo tipo de actos en relación a estas obras o prestaciones, sino aquellos que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines, o incluso del derecho *sui generis* reconocido a los fabricantes de base de datos en el Capítulo III de la Directiva

un sistema de reconocimiento instalado en el hardware, es decir en las propias consolas, y un código encriptado en el soporte físico de los videojuegos. Estas medidas cumplen una doble finalidad, por un lado impiden el uso de copias ilegales en los dispositivos comercializados, y por otro, impiden usar productos que no procedan de Nintendo. En esta sentencia se reconoce por parte del TJUE como medida tecnológica de protección dentro del ámbito de la DDASI también aquellas que una instalación sobre el *hardware*. No obstante, debemos apuntar que en realidad esta medida no sólo impide la reproducción no autorizada de sus juegos, sino también asegura que el software para esos dispositivos sería suministrado sólo por Nintendo, en cierto sentido como sostenía la parte contraria, aumentar sus ventas buscando una finalidad no protegida por la Directiva.

Vid. al respecto MARIN LÓPEZ, J.J.: La protección de las medidas tecnológicas implementadas por Nintendo en sus consolas y videojuegos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2014, as. C-355/12), p. 2, disponible en:

<http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/noticias/item/1346-la-protección-de-las-medidas-tecnológicas-implementadas-por-nintendo-en-sus-consolas-y-videojuegos-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-uniión-europea-de-23-de-enero-de-2014-as-c-355-12>

¹⁸⁰ Por tal entendemos con GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 559 que la medida ha debido ser diseñada con la finalidad de proteger la obra o prestación, y sin que se pueda admitir una protección accidental.

¹⁸¹ MARIN LÓPEZ, J.J.: *La protección de las medidas tecnológicas implementadas...*, *op.cit.*, p. 3, refiere entre las pautas que el TJUE establece para que los tribunales nacionales puedan ponderar la finalidad de la medida: “la prueba del uso que efectivamente les den los terceros va a resultar, en función de las circunstancias del caso, especialmente pertinente. En particular, el tribunal remitente puede examinar la frecuencia con la que efectivamente se usan los aparatos de PC Box para poder utilizar en las consolas Nintendo copias no autorizadas de juegos Nintendo y bajo licencia de Nintendo y la frecuencia con la que se utilizan estos aparatos para fines que no violen los derechos de autor sobre los juegos Nintendo y bajo licencia de Nintendo”. Disponible en:

<http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/noticias/item/1346-la-protección-de-las-medidas-tecnológicas-implementadas-por-nintendo-en-sus-consolas-y-videojuegos-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-uniión-europea-de-23-de-enero-de-2014-as-c-355-12>,

96/9/CE, sobre protección jurídica de las bases de datos. Se incluyen además de las medidas que impiden o previenen de modo total los actos no autorizados sobre las obras o prestaciones protegidas, aquéllos que sin evitarlos de modo absoluto, los limitan, de forma que restringe las posibilidades de actuación del usuario sobre la medida, y disminuye, con ello, los daños ocasionados al titular de la obra o prestación protegida. Lo que permite dar cobertura en el ámbito DDASI a los sistemas anticopia que limitan la posibilidad de copia a una sola por ejemplar en aquellos casos en que la obra se digitaliza en un soporte físico digital, como ocurre, por ejemplo, con los DVD y el sistema CSS, pero también respecto a otros sistemas anticopia de contenidos digitales intangibles.

En tercer lugar, no basta con esta finalidad, sino que además la medida ha de ser eficaz en el sentido establecido por la DDASI, es decir, será eficaz cuando el uso de la obra o prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección que logre ese objetivo. Como pueden ser, a título de ejemplo, la codificación, aleatorización o mecanismos de control de copiado. En última instancia, corresponderá al juez determinar cuando una medida tecnológica es eficaz en el sentido de la DDASI, como ya ocurrió en el caso *Universal City Studios vs. Reimerdes* en la jurisprudencia norteamericana, y como recientemente se ha abordado respecto a la DDASI en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2014, as. C-355/12.

Respecto a los sistemas de seguimiento en línea que controlan el uso de la obra o *monitoring*, sin perjuicio que la DDASI no ha querido afrontar este asunto de manera expresa, sólo será una medida tecnológica tutelable en la medida que limite el uso de la obra o prestación mediante un control de acceso, y no se limite al mero seguimiento de la obra para detectar las violaciones de derechos de autor. Así como garantice el derecho a la intimidad de los usuarios, y su funcionamiento se produzca de un modo lícito, sin vulneración de otros derechos de los usuarios.

C) Medidas tecnológicas y excepciones al derecho de autor.

En último lugar, la medida tecnológica como hemos dicho tiene como finalidad evitar actos referidos a obras o prestaciones no autorizados por el autor. A diferencia de la *Digital Millenium Copyright Act* de 1998, que prevé una serie de excepciones a la elusión de la medida, en la DDASI sólo el titular de los derechos puede autorizar el acceso. Por tanto, la única voluntad que puede enervar el régimen de protección de la medida es la de los titulares de los derechos protegidos¹⁸². La deliberada omisión de los accesos o actos autorizados por la ley excluye en bloque el régimen de excepciones al derecho de autor, de modo que dichos límites no puedan ser utilizados como excusa para la elusión generalizada de las medidas tecnológicas. La garantía de estos límites, a través de lo que ERDOZAIN califica como contramedidas¹⁸³, y KEREVER considera como una conversión de simples actos tolerados en un derecho a la excepción¹⁸⁴, sólo se deja al acuerdo entre los interesados. Aunque se prevé una intervención residual de los Estados miembros en aquellos casos que los titulares de derechos no adopten medidas para garantizar estos

¹⁸² Sin perjuicio de que como XALABARDER, R.: “Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act”, *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet* (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001), disponible <http://www.uoc.edu/in3/dt/20060/>, apunta “la Directiva no prevé (al menos en su articulado) casos en que sea lícita la elusión de una medida tecnológica, pero algunos considerandos hacen salvedades similares a las previstas en la DMCA: Considerando 48 (investigación sobre criptografía), Considerando 50 (*reverse engineering* por parte del usuario legítimo del programa de ordenador), Considerando 57 (garantías para el respeto de la intimidad). En general, el Considerando 48 dice: "Dicha protección jurídica debe respetar el principio de proporcionalidad y no debe prohibir aquellos dispositivos o actividades cuyo empleo o finalidad comercial principal persiga objetivos distintos de la elusión de la protección técnica”.

¹⁸³ ERDOZAIN, J.C.: *Derechos de autor y la propiedad intelectual en Internet*, ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 156.

¹⁸⁴ KEREVER, A.: “La directive européenne d’harmonisation de certains aspects des droits d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information”, *Bulletin du Droit d’Auteur*, 2001, volumen XXXV, nº 1, enero-marzo, p. 18.

límites¹⁸⁵, que actúan por vía de excepción en el régimen tuitivo de la DDASI respecto a las medidas tecnológicas¹⁸⁶.

Al margen de la efectividad perseguida en esta regulación, fortalecer las medidas tecnológicas en un entorno digital, y con ello la protección del derecho de autor, no parece que encaje demasiado bien en nuestro sistema, ya que la propia regulación de las excepciones del derecho de autor, a diferencia de lo que ocurre en el sistema del *copyright*, no se basa en un principio general de derecho, como el *fair use*, sino en una regulación pormenorizada de excepciones tasadas. En este punto parece que ambos sistemas actúan con ópticas inversas, y así si bien se regulan de modo tasado las excepciones al derecho de autor, las excepciones respecto a la elusión de la medida para permitir el ejercicio de los derechos por parte de los beneficiarios de esas excepciones o límites al derecho de autor, descansa en la propia voluntad de los titulares de los derechos de autor, así como en posibles mecanismos de autorregulación, o incluso en el contrato o licencia de uso, como en el caso de las obras puestas a disposición del público a la carta, para su disfrute *online*, “del tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ellas mismas hayan elegido” (art. 6.4 de la DDASI).

Atendiendo a esta disposición contractual de la medida por parte del titular de la obra o prestación protegida en el entorno *online*, algunos autores se han llegado a plantear si el art. 6.3 de la DDASI establece un nuevo derecho patrimonial, el derecho del titular de los derechos sobre la obra o prestación protegida a autorizar el uso o acceso digital de la obra¹⁸⁷. La propia regulación normativa de la DDASI

¹⁸⁵ Como DEAN, S., MARKS y BRUCE H. TURNBULL: “Las medidas tecnológicas de protección: el punto de encuentro de la tecnología...”, *op.cit.*, p. 9 observan será el propio autor el primer interesado de asegurar el consumo público amplio de su obra, y por tanto, procedera a determinar las condiciones de disfrute de la obra en régimen de excepción.

¹⁸⁶ Lo que también puede introducir distorsiones en el mercado interior, por cuanto el régimen de las contramedidas puede ser diverso en un estado miembro u otro, y con ello también distinta las consecuencias jurídicas de la elusión de la medida en basea una excepción del dercho de autor, vid. ERDOZAIN, J.C.: *Derechos de autor y la propiedad intelectual...*, *op.cit.*, p. 156 y ss.

¹⁸⁷ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 563, para XALABARDER PLANTADA, R.: “Les llicències Creative Commons...”, *op.cit.*, p. 5, considera que las modificaciones normativas operadas en este ámbito han hecho posible “que el règim de la propietat intel.lectual passi de ser un monopoli d’exploració a ser un monopoli per controlar-ne l’ús”.

parece apuntar en esta dirección, lo que puede tener cierta incidencia práctica respecto a la cesión de los derechos patrimoniales del autor, en cuanto a determinar la legitimación para actuar frente a los actos de elusión. Si bien, a nuestro modo de ver, y con independencia de la reivindicación del derecho de acceso como un derecho patrimonial nuevo, se trataría de un derecho que supondría, en la mayor parte de los casos, el ejercicio de un derecho de explotación patrimonial, como el derecho de puesta a disposición o el derecho de reproducción. Pero que comportaría también otra facultad, la de decidir sobre el establecimiento de la propia medida tecnológica de protección y el establecimiento de un mecanismo de control de acceso digital, así como el otorgamiento a su titular de un régimen jurídico propio de protección frente a la elusión de la medida.

D) Actos de elusión prohibidos de las medidas tecnológicas de protección.

Respecto a los actos de elusión prohibidos por la DDASI hay que distinguir, por un lado, las conductas de acceso o uso no autorizado individuales de los usuarios, y por otro, las actividades comerciales dirigidas a la elusión de una medida tecnológica.

En primer lugar, respecto a la elusión de la medida por parte del usuario para acceder o usar la obra o prestación protegida, se exige una acción efectuada a sabiendas, lo que parece exigir en dicha actuación dolo o negligencia por parte del usuario. Ésta última bastante atenuada por la presunción añadida, o se tenga “motivos razonables para saber que persigue ese objetivo”. Esa consciencia del efecto de la actuación del usuario, excluiría su responsabilidad cuando bien por casualidad, o persiguiendo otra finalidad distinta a la propia elusión de la medida, el usuario consigue el acceso o uso no autorizado de la obra.

En segundo lugar, y respecto a las actividades comerciales dirigidas a la

Para DE WERRA, J.: “Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright: in search of a new global policy for on-line information licensing transactions. A comparative analysis between U.S. law and European law”, *Columbia Journal of Law & the Arts*, v. 25, 2001-2002, p. 348 para quien la pregunta clave en el entorno digital es la cuestión del control de acceso.

elusión de una medida tecnológica, se establece una protección jurídica adecuada frente a una serie de operaciones comerciales, como son la “fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales”, respecto a dispositivos, productos, componentes o prestación de servicios que pueden eludir una medida tecnológica cuando: a) sean objeto de una promoción, de una publicidad o comercialización con el fin de eludir la protección (es decir aunque admita otros usos o fines legales pero se introduce e identifica en el mercado como un producto claramente de elusión de una medida tecnológica); o b) su finalidad o uso comercial queda limitado a la elusión de la medida tecnológica (son dispositivos, productos o servicios que no desarrollan o permiten otros usos lícitos) o; se conciben, producen, adaptan o realizan con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la medida de protección eficaz.

E) La capacidad normativa de los Estados miembros.

La directiva europea deja en manos de los Estados miembros la capacidad de determinar el régimen de protección de las medidas tecnológicas de protección, en cuanto a concretar el tipo de responsabilidad del infractor, por cuanto parece quedar dentro de la capacidad legislativa de los mismos determinar qué tipo de responsabilidad, civil o penal¹⁸⁸, originan estos actos de elusión, lo que puede ocasionar regímenes normativos dispares en una directiva cuya finalidad es precisamente armonizar el régimen de las medidas tecnológicas en el mercado interior.

F) Información para la gestión de derechos.

Finalmente, y por lo respecta a la protección de la información para la gestión de derechos, que se regula en el art. 7 de la DDASI, se reproduce el esquema del artículo anterior. En cuanto a que, de un lado se tipifican una serie de conductas

¹⁸⁸ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 522. Por el contrario KEREVER, A.: “La directive européenne d’harmonisation de certains aspects...”, *op.cit.*, p. 16 considera que: “Aunque la Directiva no precisa la índole de la «protección jurídica», la redacción indica que esa protección consiste en tipificar como infracción penal los actos de «elusión» o destrucción (o falsificación) de las informaciones”.

prohibidas, y de otro, ofrece un concepto normativo de lo que debe entenderse como “información para la gestión de derechos”. Respecto a la primera cuestión, destaca, a diferencia del régimen de las medidas tecnológicas, que esta actuación “a sabiendas”, o teniendo motivos razonables para conocer las consecuencias lesivas de la supresión o alteración de la información protegida, se predica no sólo respecto al usuario sino también al conjunto de operaciones descritas en el apartado b). Esto es, la distribución, importación para distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas, tanto de la presente directiva, como de la Directiva 2009/24/CE¹⁸⁹, en las que se haya suprimido o alterado sin autorización esa información, sabiendo que con ello o teniendo motivos razonables para saberlo, añade el precepto, inducen, permiten, facilitan o encubren una violación de los derechos protegidos.

Como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ apunta esta extensión del régimen de conocimiento efectivo del usuario al comercializador, responde a la necesidad de eludir una responsabilidad objetiva de los intermediarios en el comercio electrónico de obras y prestaciones digitales¹⁹⁰. Hay que tener en cuenta que esta información puede desfasarse con el paso del tiempo, por ejemplo, cuando la titularidad de los derechos cambia, las acciones correctoras que puedan efectuarse en su comercialización podrían llevar a pensar si existe responsabilidad por parte de este sujeto. Hay que tener en cuenta que no basta con la manipulación de la información, sino que además esa acción debe conectarse a una violación de los derechos de autor. Por otro lado, cuando el comercializador constate que esa información digital no se corresponde a la realidad, la *bona fides* exigirá que, antes de su puesta en el mercado, se dirija al titular de los derechos a fin de que proceda a actualizar o corregir esa información, antes que realizar una acción de *motu proprio*, que puede llevarle a infringir derechos de autor. Por último, debe destacarse que en el régimen de la DDASI lo que se prohíbe son los actos individuales de supresión o alteración de una

¹⁸⁹ Hay que tener en cuenta que este régimen de protección de la información para los derechos sí que resulta aplicable a los programas de ordenador.

¹⁹⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 595.

obra con información para la gestión de derechos, así como actos posteriores de explotación, con esta información suprimida o alterada, pero no la fabricación y comercialización de dispositivos que puedan servir para la supresión o alteración de este tipo de información. Esto supone un cierto guiño, no demasiado razonable, a la industria tecnológica, por cuanto, debería haberse recogido un régimen similar al establecido en el art. 6 de la DDASI, o al menos, haber prohibido la fabricación o comercialización de dispositivos, componentes o prestaciones que ofrezcan esta funcionalidad.

En cuanto a lo que debe entenderse por información para la gestión de derechos el artículo 7 establece que se entenderá como tal toda información facilitada por los titulares de los derechos que: a) identifique la obra o prestación protegida, b) identifique al autor o cualquier otro derechohabiente, c) se refiera a las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, d) así como los propios números o códigos que representen dicha información.

La forma en que esta información se presente resulta irrelevante, no es necesario que sea perceptible por el usuario, así puede consistir como hemos visto en un marcaje de agua o tatuaje electrónico. Ahora bien cabe recordar que esta información no se protege de modo autónomo, sino en la medida que va asociada a una copia, desplegando respecto a ella una función identificativa. Precisamente en virtud de esta función su alteración o supresión puede afectar no sólo a los derechos de explotación patrimonial sobre la obra, sino también a sus derechos morales, en especial, el derecho a la paternidad intelectual, así como a la integridad de la obra. Y todo ello, sin perjuicio de que el tratamiento de esta información, en la medida que pueda arrojar hábitos de consumo sobre comportamientos en línea, quede sujeto a lo establecido en las directivas europeas sobre protección de datos¹⁹¹.

¹⁹¹ ERDOZAIN, J.C.: *Derechos de autor...*, *op.cit.*, p. 158. Vid. al respecto Directiva 95/46/CE del parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, así como a la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las

2.3 Incorporación al ordenamiento jurídico español de la DDASI en el TRLPI.

A) Consideraciones generales.

La ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, incorporó la DDASI a nuestro ordenamiento jurídico, y en lo que aquí respecta el régimen contenido en ella sobre las medidas tecnológicas de protección, introduciendo en sus art. 160 a 162 dicha regulación. Aunque prácticamente reproduce el contenido de la directiva, cabe destacar que el legislador haya abordado el tema más espinoso, la coexistencia del régimen de protección de estas medidas con el respeto a los límites o excepciones del derecho de autor a favor de sus beneficiarios.

En este sentido, se establece en su art. 161 que los titulares de derechos deberán facilitar a los beneficiarios de estos límites modos para disfrutar de los mismos, siempre que haya existido un acceso legal, según la finalidad del límite en concreto. Se trata de una obligación legal de modo que su incumplimiento por parte del titular de los derechos de autor legitima al beneficiario del límite o excepción al derecho, o a las entidades que representan los intereses de los consumidores y usuarios afectados, para acudir a la jurisdicción civil y solicitar la adopción de las medidas necesarias para el disfrute de la excepción que la medida tecnológica impide o restringe.

Respecto a las medidas tecnológicas protegidas por el TRLPI (art. 161.3) son

comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) modificada por la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y Consejo de 25 de noviembre, así como la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y Consejo de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

tanto las adoptadas por los titulares de los derechos protegidos, como las derivadas de acuerdos con otros interesados¹⁹², y las que se establezcan en la resolución judicial.

En cuanto a los límites cuyo disfrute se garantiza a favor del beneficiario, cabe resaltar que en el art. 161 del TRLPI no se prevén todos los límites o excepciones al derecho de autor contenidos en el Capítulo II del TRLPI, sino sólo los que el legislador ha considerado relevantes por distintas razones y con carácter taxativo¹⁹³. En unos casos por su impacto generalizado, como en el caso de la copia privada (art. 31.2 del TRLPI). En otros, por la trascendencia de los intereses generales en juego, o la protección de necesidades especiales de determinados colectivos, como en los siguientes casos: a) el límite relativo a fines de seguridad pública, procedimientos oficiales o en beneficio de personas con discapacidad en los términos previstos en el artículo 31 bis; b) el límite relativo a la ilustración de la enseñanza en los términos previstos en el artículo 32.2; c) el límite relativo a la ilustración de la enseñanza o de investigación científica o para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial, todo ello en relación con las bases de datos y en los términos previstos en el artículo 34.2.b) y c); c) el límite relativo a las reproducciones de obras con fines de investigación o conservación realizadas por determinadas instituciones en los términos previstos en el artículo 37.1. Se contempla también el límite previsto respecto al registro de obras por entidades radiodifusoras en los términos establecidos en el artículo 36.3 y respecto a las bases de datos, también las protegidas por un derecho “sui generis”, el límite relativo a la extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica de una parte sustancial del contenido de una base de datos y de una extracción o una reutilización para fines de seguridad pública o a los efectos de un

¹⁹² GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: “La tensa relación entre las medidas tecnológicas de protección y los límites a la propiedad intelectual”, *Revista Pe.i de propiedad intelectual*, 2011, nº Extra, 1, p. 75, critica esta alusión por innecesaria ya que las partes siempre son libres de celebrar los acuerdos que consideren oportunos, y “deja abierta la cuestión decisiva, que es definir cómo puede establecerse un sistema voluntario de garantía de los límites entre las partes sin debilitar la eficacia de la medida tecnológica utilizada”.

¹⁹³ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: “La tensa relación entre las medidas tecnológicas...”, *op.cit.*, p. 74, para quien esta lista de límites privilegiados tiene carácter de *numerus clausus*.

procedimiento administrativo o judicial del contenido de una base de datos protegida por el derecho "sui géneris" en los términos previstos en el artículo 135.1.b) y c).

B) En especial, sobre algunas excepciones.

Respecto a la copia privada el art. 161.4 del TRLPI concreta que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones pueden limitar el número de reproducciones que el beneficiario de la excepción de copia privada puede obtener. Y en este sentido, puede establecer soluciones tecnológicas, e incluso medidas tecnológicas de protección, que limiten el número de copias privadas posibles, sin que el beneficiario de la excepción pueda solicitar la obtención de un número mayor. En la medida que no se concreta el número mínimo exigible para satisfacer el cumplimiento de la excepción, podrían quedar amparadas soluciones o medidas tecnológicas que limitaran a una sola copia privada la posibilidad de reproducción por parte del beneficiario¹⁹⁴. Finalmente cabe apuntar que la norma en este punto adopta un enfoque sólo cuantitativo, por lo que no aborda si una medida tecnológica que proporciona una "copia degradada" cumple con lo dispuesto en el art. 161 del TRLPI, lo que a nuestro juicio, dependerá de si dicha copia satisface la finalidad para la que se estableció la excepción.

Finalmente, destaca que a pesar de la presencia de intereses generales o culturales, no se ha querido incluir dentro de estos límites privilegiados, en especial, el derecho de cita con carácter general, y la excepción de la parodia, posiblemente dado su carácter genérico para evitar un abuso o uso generalizado.

2.4 Otras regulaciones de Derecho Comparado, en especial la *Digital Millenium Copyright Act* de 1998.

En EEUU antes de la *Digital Millenium Copyright Act* de 1998, como hemos visto, la *Audio Home Recording Act* de 1992 exigió la adopción de medidas tecnológicas respecto a los archivos de audio, en especial, *serial copy management*

¹⁹⁴ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: "La tensa relación entre las medidas tecnológicas...", *op.cit.*, p. 78.

system (SCMS) para frenar en un entorno digital emergente los procesos de copiado masivo de archivos musicales. Y en 1996 en el caso *Sega vs. MAPHIA*, se declaró la responsabilidad por la elusión de las medidas tecnológicas que protegían los videojuegos *Sega*¹⁹⁵. Dos años después se introducía la regulación de las medidas tecnológicas en la *Digital Millenium Copyright Act* de 1998¹⁹⁶, que obviamente, dada la idiosincrasia del *copyright*, están destinadas a proteger los derechos patrimoniales, pero no sus derechos morales, a diferencia de lo que ocurre en los tratados de la OMPI y en la Directiva 2001/29/CE.

Esta norma aborda la regulación de las medidas tecnológicas en la &1201y contempla dos conductas que infringen el deber de abstención que la regulación normativa de estas medidas impone. En primer lugar, establece que ninguna persona podrá eludir una medida tecnológica que efectivamente controle el acceso a una obra protegida, con lo que se sanciona el acto individual de elusión¹⁹⁷. En segundo lugar, se prohíbe la introducción en el mercado, mediante una serie de operaciones, de cualquier producto o servicio, destinado a la elusión de la medida tecnológica que controla el acceso¹⁹⁸. Se exige para dispensar el régimen de protección de la DMCA,

¹⁹⁵ Vid. SAMUELSON, P. : “Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised”, *Berkeley Technology Law Journal*, 1999, 14 p. 8, que se puede consultar en la siguiente web:

<http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/dmcapaper.pdf>

¹⁹⁶ Vid. SAMUELSON, P. : “Intellectual Property and the Digital Economy...”, op.cit., p. 2 y ss., que se puede consultar en la siguiente web:

<http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/dmcapaper.pdf>

¹⁹⁷ La &1201 (a) (1) (A) de la DMCA establece: “No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title”. Aunque como XALABARDER, R.: “Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act”, *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet* (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001), disponible <http://www.uoc.edu/in3/dt/20060/>, apunta en el ámbito de la DMCA: “la elusión de medidas tecnológicas anticopia no es ilícita –o cuanto menos, digamos que la elusión de medidas anticopia por parte de los usuarios no queda prohibida por la DMCA”, aunque sí fabricar y vender mecanismos o prestar servicios para hacer posible la elusión de tales medidas anticopias.

¹⁹⁸ La &1201 (a) (2) de la DCMA establece: “No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that— (A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; (B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; or (C) is marketed by that person or

y de responsabilidad previsto en la misma, que la medida eludida sea efectiva en el sentido que la propia DMCA concreta si controla efectivamente el acceso a una obra. De forma que para acceder a la obra el usuario debe interactuar, mediante un tratamiento o proceso, con dicha medida¹⁹⁹, y lo mismo se establece para aquellos casos en que la medida tecnológica se destine a la protección de los derechos de sus titulares, es decir, controlen el uso de la obra²⁰⁰.

Las principales críticas que se han dirigido contra la DMCA radican en que supone una cierta ruptura con el sistema del *fair use*, en que se basan las excepciones del *copyright*, como clausula abierta de permisión, a diferencia de las excepciones tasadas del derecho de autor continental. En este sentido, para un sector de la doctrina, debería haberse introducido una excepción genérica que permitiera eludir la medida para un propósito legítimo, en sintonía, con la filosofía *fair use*, en lugar de introducir un sistema de excepciones tasadas²⁰¹. Por último y respecto a las medidas de protección de la integridad de la información para la gestión de derechos de autor recogida en la &1202 (b) se prohíbe suministrar información falsa, así como la retirada o alteración de esta información sin el permiso de los titulares o la ley. Cabe destacar que en la propia norma se concreta que dentro de lo que debe entenderse por información no protegida no figurará ninguna información personal sobre el usuario.

another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title".

¹⁹⁹La & 1201 (a) (3) (B) establece: "a technological measure *effectively controls access to a work* if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work". En el mismo sentido, &1201 (b) (2) (B) para el control del uso de la obra.

²⁰⁰El tema de la efectividad de la medida se planteó en el caso *Universal City Studios vs. Reimerdes*. Una revista electrónica 2600, donde la comunidad hacker publica sus noticias y contendios, introduce el DeCSS que permitía la elusión de la medida tecnológica CSS, sistema anticopia para el DVD, aunque por parte de los demandados se alegó que el CSS no era efectivo, sin embargo el juz consideró que la medida controlaba de manera efectiva el acceso. Disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/openlaw/DVD/NY/trial/op.html>

²⁰¹En este sentido, SAMUELSON, P. : "Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised", Berkeley Technology Law Journal, 1999, v. 14, Iss.2, p. 16 y ss. Como afirma SERENO RESTREPO, J.S.: "Regulación de las medidas tecnológicas...", *op.cit.*, p. 167: "Uno de los elementos que distinguen el sistema de copyright del sistema de derecho de autor es que en él las potestades que se le reconocen al titular de la obra son señaladas expresamente por la ley. Esto implica que los actos que no estén comprendidos dentro las atribuciones señaladas en la ley pueden ser llevados a cabo sin autorización del titular y, por tanto, su libre realización no constituye una violación al copyright".

Con ello se ha querido zanjar la polémica en cuanto a la inclusión o no dentro del ámbito de las medidas protegidas, de aquéllas que proporcionan a los titulares de los derechos de autor medios de seguimiento o rastreo en línea de sus obras, técnicas de *monitoring*²⁰², por su afectación al derecho a la intimidad de los usuarios, y sobre las que la Directiva DDASI, en cambio, no se ha querido pronunciar.

2.5 Valoración crítica de las medidas tecnológicas de protección y su encaje en el sistema de Derecho de autor.

Aunque las medidas tecnológicas de protección se han llegado a presentar, desde alguna posición maximalista, como una alternativa al Derecho de autor. Hay que ser conscientes de que se trata de una respuesta tecnológica, que no resuelve el conflicto de intereses subyacente en torno al deseo de disfrute de las obras o prestaciones protegidas, ni tampoco se presenta como una medida adecuada al disfrute de las obras en formatos que no son electrónicos. Y que además como respuesta técnica plantea su propia problemática jurídica, en unos casos más o menos regulada, como la necesidad de garantizar el disfrute de los límites o excepciones a sus beneficiarios, pero en otros, como en el acceso del retorno de la obra al dominio público, la interoperabilidad o la obsolescencia, las dudas y problemas que el futuro de esta medidas pueden plantear son cada vez más preocupantes.

²⁰²La &1202 (c) establece el siguiente concepto de información protegida: “any of the following information conveyed in connection with copies or phonorecords of a work or performances or displays of a work, including in digital form, except that such term does not include any personally identifying information about a user of a work or of a copy, phonorecord, performance, or display of a work: (1) The title and other information identifying the work, including the information set forth on a notice of copyright. (2) The name of, and other identifying information about, the author of a work. (3) The name of, and other identifying information about, the copyright owner of the work, including the information set forth in a notice of copyright. (4) With the exception of public performances of works by radio and television broadcast stations, the name of, and other identifying information about, a performer whose performance is fixed in a work other than an audiovisual work. (5) With the exception of public performances of works by radio and television broadcast stations, in the case of an audiovisual work, the name of, and other identifying information about, a writer, performer, or director who is credited in the audiovisual work. (6) Terms and conditions for use of the work. (7) Identifying numbers or symbols referring to such information or links to such information. (8) Such other information as the Register of Copyrights may prescribe by regulation, except that the Register of Copyrights may not require the provision of any information concerning the user of a copyrighted work.

La medida tecnológica de protección no sólo puede ser un obstáculo para el disfrute de un límite o excepción al derecho de autor, sino que puede ser también una barrera para la propia pervivencia de la obra en el futuro. Tanto cuando ésta entra en el dominio público, y puede ser disfrutada, en principio, con libertad por parte de los usuarios, e incluso cuando aún esa obsolescencia se produce durante la vigencia de esos derechos como en el ámbito de los videojuegos se ha puesto de manifiesto, lo que plantea la legitimidad de la ingeniería inversa y sus desarrollos²⁰³. Aunque si la obra ha entrado en el dominio público, esos derechos patrimoniales de autor han desaparecido, en principio la acción de elusión no sería ilícita, siempre que no afecte a sus derechos morales. Pero el problema se centra en la pervivencia de la tecnología que permita la utilización de la obra. La obsolescencia tecnológica es un tema preocupante desde el punto de vista del mantenimiento de nuestro acervo cultural, y

²⁰³ En este sentido se han desarrollado unos emuladores, productos de *software* que permiten utilizar en ordenadores personales videojuegos antiguos, no soportados por la tecnología actual, por cuanto requerirían un *hardware* que ya no se fabrica. La jurisprudencia norteamericana ha amparado estos productos dentro del *fair use*, en los Sony contra Connectix (*Sony Computer Entertainment Inc v. Connectix*, 203 F.3d 596, 9th Cir.2000), vid http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/203_F3d_596.htm y Sony contra Bleem (*Sony Computer Entertainment Inc v. Bleem LLC*, 214 F.3d 1022, 9th Cir.2000), vid. <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/214/214.F3d.1022.99-17137.html>

En ambos casos se plantea si la creación de estos emuladores de videojuegos del sistema Sony Playstation infringían el *copyright* de sus creadores. En el caso Connectix esta empresa creó y vendió un *software* emulador llamado Virtual Game Station, aunque no utilizó ningún código de Sony, aunque sí lo descompiló para construir el emulador. La legalidad de los emuladores se confirmó por la jurisprudencia norteamericana en el caso posterior de Bleem.

FARRAND, B.: “La emulación es la forma de adulación más sincera: Videjuegos retro, distribución del ROM y derechos de autor”, *Revista d’Internet, Dret i Política*, 2012, nº 14, mayo, p. 26 se plantea la posible solución del tema de los emuladores en la Unión Europea, y en este sentido considera que: “puede deducirse de la lectura de la de Programas de Ordenador que, en condiciones similares, los emuladores creados mediante ingeniería inversa también serían considerados legales. La Directiva de Programas de Ordenador declara en el artículo 6 que la descompilación con el objetivo de conseguir la interoperabilidad de un programa informático creado independientemente con otros programas será permitida siempre y cuando sea indispensable para obtener la información necesaria para conseguir esa interoperabilidad. De acuerdo con el artículo 6(1), eso se permitirá solo si la descompilación la lleva a cabo alguien que posee la licencia para utilizar una copia del programa, la información requerida no está ya disponible fácilmente y las acciones de descompilación se limitan a las partes del programa original que son necesarias para conseguir la interoperabilidad”. Aunque este autor sostiene que como una cuestión problemática que la Directiva solo cubra la emulación de *software* a *software*, y no funciones de interoperabilidad de *hardware* a *software*, con STJUE de 23 de enero de 2014, Sala Cuarta, C-355/12, *Nintendo Co. Ltd, Nintendo of America Inc., Nintendo of Europe GmbH y PC Box Srl, 9Net Srl, LA LEY 94/2014*, que ofrece protección jurídica a las medidas tecnológicas instaladas en el *hardware*, deberemos acudir hasta un pronunciamiento específico en este sentido del TJUE, a lo que haya previsto cada legislación nacional.

que exigirá a bibliotecarios y documentalistas, una labor cada vez más tecnológica en la gestión de nuestro patrimonio digital.

Otra de las cuestiones que plantean las medidas tecnológicas de protección es la necesidad de asegurar su interoperabilidad, de modo que no planteen problemas desde el punto de vista del Derecho de la Competencia y los derechos de los consumidores²⁰⁴. En el sentido de que la regulación normativa debería proteger aquellas medidas tecnológicas de protección que favorezcan esos niveles de interoperabilidad, sin disminuir sus estándares de seguridad. En la medida que estas medidas deben proteger los derechos de autor, y no ser utilizadas para asegurar, mediante monopolios, cuotas amplias de mercado.

²⁰⁴ Como FARCHY, J. y RANAIVOSON, H.: “Drms: a new strategic...”, *op.cit.*, p. 56 la interoperabilidad exige establecer una conexión entre cuatro mundos, el de los contenidos, el de los distribuidores, el de los terminales y el de los usuarios: “They make it possible to establish a connection between four worlds (see fig. 1):

- the world of content (cinema, music, games, . . .) and their owners.
- the world of distributors. They have to encode content and to manage the distribution platform.
- the world of terminals; hardware manufacturers and jukebox software producers make it possible to store and to read dematerialized musical content on terminals (such as PCs, cell phones, TVs, games consoles, ...)
- the world of users”.

PRIMERA PARTE

***SUJETOS EN LA EXPLOTACIÓN EN
LÍNEA DE OBRAS Y PRESTACIONES
PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE
AUTOR EN INTERNET***

PREÁMBULO

Desde la perspectiva de derecho subjetivo que preside nuestro estudio, comenzamos por abordar los sujetos que intervienen en la explotación de obras y prestaciones protegidas en la red. En el nuevo entorno tecnológico de Internet la explotación de obras y prestaciones protegidas adquiere nuevos matices: ya no se concibe como un binomio autor-explotador sino como una relación más compleja. Como consecuencia de la interactividad del nuevo entorno el usuario asume una posición más proactiva, asume también un rol de autor²⁰⁵, y la interacción entre los distintos usuarios de la red introduce nuevos esquemas colaborativos que rompen con el modelo personalista de autoría. Pues, en la medida que la explotación adquiere una nueva significación tecnológica, intervienen otros sujetos que proveen la tecnología que permite la transmisión de la información en la red. Por ello, esta primera parte se estructura en dos capítulos. En el primer capítulo abordamos los sujetos que tradicionalmente han intervenido en la explotación de obras o prestaciones protegidas, y en el segundo capítulo los nuevos sujetos que aparecen en el entorno de explotación en línea de contenidos protegidos.

Hemos considerado necesario incluir ese primer capítulo, por cuanto existen determinadas categorías como la autoría y los negocios de cesión o licencia, que si bien sufren modulaciones en el nuevo entorno, siguen siendo conceptos básicos para entender las nuevas formas de explotación en Internet. Del mismo modo, y dada la naturaleza de los contenidos protegidos que son objeto de explotación *online* en Internet, en gran medida fonogramas y contenidos audiovisuales, en este capítulo abordamos los titulares de derechos vecinos pues, como hemos visto, sus prestaciones son también objeto de protección en el nuevo entorno. Así, como el papel que las entidades de gestión están llamadas a realizar en el nuevo entorno de explotación.

En el capítulo segundo, y desde esta perspectiva compleja que ofrece la red,

²⁰⁵ CHON, M.: “New Wine Bursting From Old Bottles...”, *op.cit.*, p. 263.

abordamos el estudio de los nuevos sujetos que la propia estructura de Internet introduce en la explotación de contenidos protegidos. Abordamos en primer lugar la distinción entre proveedores de contenidos protegidos y agregadores de los mismos, dado que el enlace a la información es una pieza clave en la WWW, éstos últimos están llamados a cumplir una función esencial en el proceso de transmisión de dicho contenidos en el red, y por tanto, se plantea determinar su incidencia en la explotación de los mismos. En segundo lugar, la propia esencia tecnológica del nuevo entorno nos lleva a plantear el régimen de responsabilidad que corresponde otorgar a una serie de operadores que intervienen en el proceso de transmisión de la información, de una forma más o menos técnica. Es decir, tanto de los prestadores de un servicio de la sociedad de la información como de los prestadores de los servicios de intermediación de la sociedad de la información, en especial, respecto a las utilizaciones no autorizadas de contenidos protegidos. Precisamente, la proliferación de esos usos no autorizados en la red ha llevado a algún legislador, como el español, a la necesidad de introducir un procedimiento de tutela en vía administrativa de estos contenidos y a la creación de un órgano administrativo, la Comisión de Propiedad Intelectual, para velar por el cumplimiento de la legalidad en este nuevo entorno. Finalmente, no podemos cerrar este capítulo sin hacer referencia al destinatario de los contenidos protegidos y a su nueva condición de cesionario o licenciatario, como usuario legítimo, de los contenidos protegidos ofrecidos en línea

***CAPÍTULO PRIMERO.- SUJETOS TRADICIONALES
DEL DERECHO DE AUTOR: DE LA DOGMÁTICA
CLÁSICA SOBRE LA AUTORÍA A LOS NUEVOS
MODELOS DEL ENTORNO DIGITAL***

1. El autor: de la noción de huella personal a la idea del esfuerzo creador colectivo.

1.1 La creación como hecho jurídico de atribución de la condición de autor.

El acto por el cual una persona crea una obra es considerado en el art. 1 del TRLPI como un modo de adquirir la propiedad sobre el resultado creativo de dicho esfuerzo intelectual²⁰⁶. Y en consecuencia, el “hecho generador” que determina la adquisición de la propiedad sobre la obra, y la titularidad originaria del conjunto de facultades morales y patrimoniales que integran el contenido del derecho de autor (art. 2 del TRLPI)²⁰⁷, siendo su redacción muy similar al art. L 111-1 del Code de la Propriété Intellectuelle. Este precepto establece que el autor “por el sólo hecho de su creación” goza sobre ésta de un derecho de propiedad incorporal exclusivo y oponible a todos.

En este sentido, basta con el hecho material de la creación de una obra para adquirir la condición de autor sobre ella, sin que sea necesaria su publicación ni tampoco el cumplimiento de ningún requisito formal, como la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual o el cumplimiento de cualquier otra formalidad administrativa, suponiendo la LPI de 1987 un punto de ruptura respecto a la

²⁰⁶ CARRASCO PERERA, A.: “Comentario al art. 5”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 105.

²⁰⁷ En este sentido BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 1”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 27 razona que la creación de la obra constituye una forma de adquisición originaria de la propiedad intelectual sobre ella “por la propia naturaleza de las cosas: no puede haber previo derecho sobre algo que todavía no existe”. En el mismo sentido RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 1 LPI”, *Comentarios a la LPI*, 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia, Ed. Civitas, 2009, p. 17. Aunque la creación determinaría el nacimiento de una relación jurídica, que ligaría al autor con el objeto creado, y determinaría el nacimiento a su favor de una serie de derechos patrimoniales y morales, como con carácter general explica MONTES PENADES, V.: “El patrimonio y los elementos patrimoniales”, Lección decimocuarta, *Derecho Civil Parte General*, coords. MONTES, V.L. y LÓPEZ, A., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

legislación anterior²⁰⁸. Y hasta tal punto la cualidad de autor se vincula al hecho de la creación que surge *ex natura*²⁰⁹, y determina que el art. 6 del TRLPI considere sólo “autor presunto” a “quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique”.

La titularidad de los derechos patrimoniales, y también de aquellos otros que tienen un contenido moral, como sin duda ocurre con el derecho de divulgación respecto a la obra inédita, determina la capacidad para celebrar cualquier negociación sobre la obra, bien como titular originario o derivado. La consideración de la creación como un hecho por el propio legislador, determina que basta que la obra sea creada, pues con ella surge el derecho de propiedad intelectual de su autor, sin que sea necesaria la capacidad de obrar del autor²¹⁰. El hecho de la creación es el único modo de adquisición pleno de la propiedad intelectual, es decir, de los derechos morales y patrimoniales que la integran²¹¹. La vinculación de la condición de autor a la persona natural que ha creado la obra en el art. 5 del TRLPI, supone la consideración de la creación como un “hecho humano”. No obstante la irrupción de la tecnología también en el campo de la creación hace que ese necesario origen humano deba ser valorado en algunos tipos de obras tradicionales, como las obras

²⁰⁸ Como BAYLOS CORROZA, H.: “Acotaciones al Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1986, núm.2, p. 528, apuntaba en su comentario al Proyecto de la LPI de 1987 “El Proyecto termina, por tanto, con el sistema actual, en que la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual - con la única excepción de las obras plásticas - es un requisito necesario para la protección jurídica”.

²⁰⁹ ROGEL VIDE, C.: *Autores, coautores y propiedad intelectual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 49.

²¹⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 1”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad...*, *op.cit.* p. 27; PLAZA PENADES, J.: *El derecho de autor y su protección en el art. 20.1...*, *op.cit.*, p. 285 para quien “se protege por igual la creación de un niño de cinco años que la de un autor de sesenta, la de un autor que crea bajo los efectos de drogas o alcohol que la del autor que en el momento de crear estaba enajenado mental”, aunque matiza este autor que cuestión distinta serán los actos de disposición de los derechos sobre su creación y los complementos de capacidad que se requieran en su caso. En el mismo sentido, SAIZ GARCIA, C.: *Obras audiovisuales y Derecho de autor*, ed. Aranzadi, Cizur-Menor, 2002, p. 71 si bien esta autora añade el requisito de originalidad de la obra creada.

²¹¹ PLAZA PENADES, J.: *El derecho de autor y su protección...*, *op.cit.*, p. 287.

musicales y plásticas, en resultados con apariencia artística provenientes de la naturaleza, animales, o incluso, de máquinas o programas de ordenador²¹².

1.2 Paternidad intelectual y decisión personal sobre la divulgación de la obra en Internet.

La explotación digital de una obra inédita en Internet no sólo tiene una repercusión económica como acto de explotación patrimonial, sino que también este tránsito de la creación, ámbito personal, a su explotación comercial afecta a los derechos morales del autor. En especial, debemos realizar en este punto algunas consideraciones sobre la afectación del derecho de divulgación, como derecho moral del autor, tal y como se formula en el art. 14 apartado 1º del TRLPI comprendiendo el derecho que ostenta el autor a decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, lo que exige un cierta aproximación al concepto de divulgación en el sentido del TRLPI, dada la incidencia de este derecho moral tanto en la esfera personal como patrimonial del autor, en especial en el ámbito de Internet.

La divulgación de una obra queda definida en el art. 4 del TRLPI como “toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma; y por publicación, la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma”. La divulgación, como acto que hace accesible al

²¹² En este sentido, DE ROMÁN PÉREZ, R.: *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Ed. AISGE, Madrid, 2003, respecto a la obra musical señala que se excluyen “las obras que proceden de los animales (canto de un pájaro), las que fortuitamente se producen en la naturaleza o en cualquier otro ambiente (sonido del aire o del tráfico en las calles) y aquellas generadas totalmente por las máquinas (películas de cámaras de vigilancia)”. En el ámbito de la creación plástica la aplicación de técnicas informáticas en el arte fractal, puede suscitar también la duda de hasta qué punto la obra es el resultado de una acción humana, o de un determinismo mecánico. Respecto a la creación literaria parece que está reducida por cuanto el lenguaje como medio de expresión es un atributo esencialmente humano. No obstante, en el año 2008 una editorial rusa Astrel-SPb lanzó al mercado la primera novela “Amor Verdadero” escrita por un programa de ordenador denominado PC Writer 2008, creada a partir de material de diferentes novelas (Puede verse la referencia del artículo publicado en ABC de 23 de enero de 2008 en su Hemeroteca http://www.abc.es/hemeroteca/historico-23-01-2008/abc/Tecnologia/el-programa-informatico-ruso-pc-writer-2008-escribe-su-primera-novela_1641580102676.html)

público la obra, produce como destaca ESPIN CANOVAS, entre otros efectos, “el de introducir la obra en el comercio, adquiriendo la dimensión patrimonial de la propiedad intelectual”²¹³. Pero la divulgación no sólo posee consecuencias patrimoniales, por cuanto saca la obra de la esfera íntima y personal de su autor, y la inserta en el comercio jurídico, sino que por ese mismo motivo, de transferencia al público de una obra nacida en la esfera personal e íntima del autor, se construye en nuestro ordenamiento como un derecho primario²¹⁴. Y es así la base de los restantes derechos de carácter personal. Como señala PLAZA PENADES la divulgación de la obra sin la autorización del creador puede suponer una intromisión ilegítima al derecho a la intimidad del autor²¹⁵, y por tanto un acto ilícito²¹⁶.

Precisamente el art. 14.1 del TRLPI atribuye como primer derecho moral del autor es la facultad de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, lo que para GONZÁLEZ LÓPEZ supone que corresponde al autor resolver el modo y las

²¹³ ESPIN CANOVAS, D.: *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 68; y sobre la conexión entre divulgación y derechos patrimoniales puede verse en la doctrina francesa COLOMBET, C.: *Propriété littéraire et droits voisins*, París, 1986, p. 159: “Le droit de divulgation conditionne, dans son exercice, la naissance du droit patrimonial; car c’est seulement en prenant la décision de livrer l’oeuvre au public que son auteur investit de droits patrimoniaux avant la divulgation, elle devient un bien patrimonial: des droits pécuniaires naissent à partir de ce moment”. De esta forma la doctrina construye el derecho de divulgación como presupuesto para la explotación patrimonial de la obra, pues como sostiene DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur...*, *op.cit.*, p. 428: “C’est en exerçant le droit de divulgation, le premier des attributs du droit moral selon l’ordre chronologique, que l’auteur investit son oeuvre d’un droit patrimonial dans la mesure nécessaire à l’exploitation qu’il permet”.

No obstante, en algunas legislaciones como la ley italiana de 22 de abril de 1941, el derecho de divulgación no se configura como una facultad moral del autor, sino como un derecho patrimonial. En este sentido, el art. 12 de la ley italiana se ubica en la Sección I del Capítulo III, que regula la protección del derecho de utilización económica de la obra, establece: “L’autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l’opera [...]”. *Il diritto di pubblicazione* no se integra, por tanto, dentro del derecho moral de autor, regulado en la Sección II del Capítulo III, sin embargo por parte de la doctrina se defiende la consideración del *diritto di pubblicazione* como un derecho de la personalidad, vid. al respecto FERRI, G.: “Creazione intellettuali e beni immateriali”, *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, t.II, ed. Giuffrè, Milan, 1969, p. 631; GRECO, P. Y VERCELLONE, P.: *I diritti...*, *op.cit.*, p. 124 y ss. En contra, se posicionan VANZETTI, A.: “Il diritto di inedito”, *Riv.Dir.Civ.*, 1966, I, p. 428 y ss.; DE SANCTIS, V.: Voz “Autore (diritto di)”, *Enciclopedia del diritto*, t.IV, ed. Giuffrè, Milan, 1959, p. 392 y ss.

²¹⁴ ESPIN CANOVAS, D.: *Las facultades del derecho moral...*, *op.cit.*, p. 67; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al art. 14”, en *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 222;

²¹⁵ PLAZA PENADES, J.: *El derecho de autor y su protección...*, *op.cit.*, p. 325.

²¹⁶ ESPIN CANOVAS, D.: *Las facultades del derecho moral...*, *op.cit.*, p. 68.

condiciones en que su obra ha de comunicarse al público²¹⁷. Por ello el autor debe decidir no sólo si la obra se divulga o no, sino también la forma de divulgación²¹⁸. Este derecho moral primario enlaza con el espíritu de la LPI y la regulación del derecho moral como reconocimiento de “la soberanía del autor sobre la obra que ha creado”²¹⁹. Si bien por la doctrina se ha matizado que ese acceso o salida de la esfera personal del autor, debe ser significativo, considerando como público el conocimiento de la obra por un número de personas lo suficientemente amplio como para entender que “la obra ha salido del circuito privado del autor”²²⁰. Las nuevas modalidades de explotación digital en Internet de contenidos protegidos, y su puesta a disposición en formato digital en Internet, nos obliga a replantear si ese concepto de divulgación sigue siendo válido en Internet.

El TRLPI no da una definición de “público”, se limita a definir el concepto de divulgación, y a integrar en dicha definición este elemento. Como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ pone de manifiesto esta noción ha sufrido una evolución a lo largo del tiempo, al hilo de los diferentes cambios tecnológicos²²¹. La propia amplitud con que el legislador ha construido el derecho de comunicación pública, la

²¹⁷ GONZALEZ LÓPEZ, M.: *El derecho moral...*, op.cit., p. 154.

²¹⁸ MARTÍNEZ ESPÍN, P. : “Comentario al art. 14”, op.cit., p. 223. Por el contrario, RAMS ALBESA, J.: “Comentario al artículo 14 LPI”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t.V., v. 4ªA, EDERSA, Madrid, 1994, p. 308 considera que la forma de divulgación no integra el contenido del derecho moral, sino que se halla más próximo a una facultad patrimonial. MARTÍNEZ ESPÍN rechaza este argumento, por cuanto “supone confundir el concepto de *forma* como soporte o exteriorización de la creación y *forma* como modo o condición de comunicación primera de la obra”.

²¹⁹ BAYLOS CORROZA, H.: “Acotaciones al nuevo proyecto...”, op.cit., p. 531. En el mismo sentido MARTÍNEZ ESPÍN, P. : “Comentario al art. 14”, en *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 223 afirma que: “El *derecho de inédito* expresa el señorío absoluto que tiene el autor sobre su obra, durante el período anterior a su divulgación”.

²²⁰ GONZALEZ LÓPEZ, M.: *El derecho moral...*, op.cit., p. 153; PLAZA PENADES, J.: *El derecho de autor y su protección...*, op.cit., p. 325.

²²¹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, op.cit., p. 259, este autor sintetiza de este modo la evolución de la noción de público marcada por la irrupción de nuevas tecnologías de la comunicación del siguiente modo: “Originariamente, el concepto se vincula a la concurrencia física y simultánea de varias personas en el lugar donde se realizaba el acto de comunicación pública. Debido a la aparición de la radio y la televisión, se entiende que no es necesaria la presencia física del público en un mismo lugar, sino que basta con que la obra pueda percibirse por una pluralidad de personas ajenas al círculo doméstico a través de la actividad de la entidad difusora, aunque cada una de ellas se encuentre en un lugar distinto”.

superación jurisprudencial del requisito de simultaneidad en el acceso²²², así como la consideración de la “puesta a disposición” como dato relevante en las transmisiones en línea, han hecho que para este autor el único requisito relevante de esa noción de público es que entre las personas que forman parte del mismo no existan relaciones personales, elemento que dado el carácter descentralizado de Internet, sin duda, concurre²²³.

Por tanto, el acto relevante para entender divulgada la obra es el hecho “de hacer una oferta permanente a un público indeterminado”, sin que se exija la necesidad de un acto de recepción formal de la obra por sus destinatarios, y admitiendo como divulgada la mera colocación de la obra a la carta en una página web que permite a los usuarios de Internet su disfrute²²⁴. Aunque algunos autores se manifiestan más escépticos en cuanto a lo que debe entenderse como una obra pública o divulgada en Internet²²⁵, consideramos que el TRLPI y la amplitud con que se construyen los derechos de explotación patrimonial, permiten adaptar el concepto de divulgación a las nuevas tecnologías, en especial a la difusión de las obras en Internet. En este sentido, como veremos en la tercera parte de este estudio, al abordar el derecho de puesta a disposición del público, el TJUE ha redefinido la noción de público, a partir de la jurisprudencia en establecimientos hoteleros, y ha dejado clara su aplicación en el entorno de Internet.

Por tanto, en la medida, en que no se haya producido ese acceso de la obra al público, su explotación digital no es un acto de trascendencia puramente patrimonial, sino que afecta a la esfera personal del autor. El carácter inédito de la obra tendrá especial incidencia como veremos a continuación, en aquellos casos que bien por la ausencia de capacidad de obrar, bien por la propia concurrencia con otros autores a la

²²² En este sentido, fue decisiva la STS de 11 de marzo de 1996, *R.A. 2413*, en relación a las televisiones instaladas en las habitaciones de hotel, procedió a una interpretación del derecho de comunicación pública más integradora de los contradictorios pronunciamientos en instancias inferiores, en el sentido de que bastaba con la posibilidad de que los clientes de un hotel pudieran encender los aparatos receptores de televisión para que hubiera comunicación pública.

²²³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 261.

²²⁴ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 259 y ss.

²²⁵ En este sentido, GARCIA SANZ, R.M.: *El Derecho de autor en Internet*, ed. Colex, Madrid, 2005.

hora de crear la obra, esta no sea, al menos en principio, sólo una decisión estrictamente personal.

1.3 La persona jurídica: excepción a la obra protegida como expresión de una personalidad creadora.

Precisamente en tanto que la creación es un hecho humano, en principio sólo la persona natural podría ser considerada autor, pero el art. 5 del TRLPI en su apartado segundo establece un matiz al apartado primero, una vez establece que se considera autor a la persona natural, añade que no obstante lo anterior “de la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella”.

La noción de la obra colectiva es de origen francés, y como RODRIGUEZ TAPIA pone de manifiesto surge ante la necesidad de calificar al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, y dotarlo de un estatuto jurídico propio²²⁶, surge pues ante una innovación didáctica ligada a la Ilustración. Los diccionarios junto a los diarios integrados por diferentes artículos periodísticos²²⁷, han sido los dos ejemplos clásicos de obra colectiva, sin perjuicio de que se haya procedido a una cierta aplicación extensiva de un supuesto que por su referencia expresa a la “edición” debería limitarse, en principio, a las obras que admiten esta modalidad de explotación²²⁸.

²²⁶ RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 8”, en Comentarios a la LPI, dir. RODRIGUEZ TAPIA, J.M., p. 109, en este sentido comenta el citado autor “los creadores de las distintas voces, a instancia de la Institución, sus comisiones y sus directores, crean un cuerpo de definiciones -más o menos originales, dígame por otra parte- que se funden en un todo común resultante, y sobre el cual, no es posible atribuir separadamente a cada uno de los intervinientes, ni una cuota parte sobre el todo, ni un derecho moral sobre el conjunto”. En este sentido LUCAS, A. y LUCAS, H.J.: *Traité de la propriété...*, op,cit., p. 183, consideran que esta categoría se introduce por el legislador de 1957 para resolver el tema del diccionario de la Academia Francesa y las enciclopedias.

²²⁷ Sobre la configuración del diario como obra colectiva, vid. RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 8”, Comentarios a la LPI, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, p. 150. Así como la SAP de Madrid, de 2 de diciembre de 2012, *EDJ 2011/ 294615*.

²²⁸ No obstante la SAP de Barcelona, de 28 de marzo de 2006, *EDJ 2006/267175* en el caso GAUDI admitió la posible aplicación de la obra colectiva, realizando una interpretación amplia del art. 8 del TRLPI, a los proyectos arquitectónicos, en concreto, a los continuadores de la obra inacabada por

Este tipo de obras surgen bajo la iniciativa y coordinación de una persona natural o jurídica que integra una serie de contribuciones para formar la obra colectiva, y que luego la edita y divulga bajo su nombre, y sin que los autores de las contribuciones ostenten derechos sobre el conjunto²²⁹. La nota que permite diferenciar a la obra colectiva es, pues, la jerarquización en la toma de decisiones para conformar el contenido de la obra colectiva. Esto deriva de que no todos los partícipes se sitúan en pie de igualdad sino que existe una cierta subordinación a las directrices de la persona que ha impulsado su creación y coordina su realización material. Precisamente esta situación de subordinación impide a los autores de las aportaciones ostentar un derecho sobre la obra resultante, e incluso, decidir sobre la incorporación o no de su aportación, decisión que corresponde al coordinador²³⁰.

La obra colectiva se define, por tanto, por una serie de notas que se plasman en la regulación normativa contenida en el art. 8 del TRLPI. En primer lugar, dicha regulación pivota sobre la existencia de una persona natural o jurídica, que toma la iniciativa de reunir y coordinar las aportaciones de diferentes autores, no como producto del azar o el capricho, sino porque dichas aportaciones son necesarias en el proyecto rector del coordinador. En definitiva, integran su proyecto empresarial²³¹. Esa selección o plan previo es como RODRIGUEZ TAPIA pone de manifiesto una labor creativa²³², y justificaría en última instancia su atribución de derechos sobre la obra, así como su posición directriz respecto al resto de partícipes, y la subordinación de estos respecto al coordinador. En segundo lugar, las aportaciones de los partícipes se funden en una “creación única y autónoma” que resulta de los trabajos de coordinación. En tercer lugar, y quizá sea esta la nota distintiva que marca una mayor

Gaudí, al entender que estos “no se limitan a la mera ejecución de ésta sino que interpretan aquella idea” (FD8º).

²²⁹ LUCAS, A. y LUCAS, H.J.: *Traité de la propriété...*, *op.cit.*, p. 176.

²³⁰ RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 8”, en *Comentarios a la LPI*, dir. RODRIGUEZ TAPIA, J.M., p. 111.

²³¹ LUCAS, A. y LUCAS, H.J.: *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Ed. Litec, Paris, 2001, p. 182 y ss.

²³² RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 8”, *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, p. 149.

separación respecto a la obra en colaboración, en la obra colectiva los autores de las aportaciones no ostentan ningún derecho sobre la obra.

En este sentido y como BERTRAND pone de manifiesto no sería obra colectiva la obra creada por un solo asalariado, la que surge bajo la iniciativa de los autores, ni tampoco la obra ejecutada por los partícipes sin ningún control ni dirección²³³. No obstante se trataría de una cuestión de hecho que debería ser probada, sin perjuicio de que la presunción establecida en el art. 5 del TRLPI, pudiera desplegar su eficacia o ser destruida mediante prueba en contrario, aunque como el TS ha sostenido esta cuestión no admitiría control casacional²³⁴. Tampoco sería un criterio delimitador la necesaria inseparabilidad de las aportaciones, esta podría darse, pero no se exigiría con carácter necesario, pues de lo contrario se restringiría de manera excesiva el concepto legal de obra colectiva²³⁵.

Respecto a la edición de la obra colectiva, el art. 8 del TRLPI parece encomendar esa divulgación a la persona bajo cuya iniciativa y coordinación se ha creado. Podría pensarse que no constituye una obligación, sino más bien una potestad dentro del señorío de la persona que la ha impulsado como autor, éste podría decidir publicar la obra, pero también mantenerla inédita, sobre todo cuando el resultado no se adecúe a sus expectativas. Pero, sin perjuicio de las consecuencias que esta negativa a la divulgación de la obra pueda tener en el marco de las relaciones contractuales, laborales o de otro tipo, que hayan ligado a los partícipes con el proyecto del coordinador, la decisión de no divulgar la obra colectiva sustrae a ésta del ámbito de protección del TRLPI, al configurar la divulgación y edición como presupuestos fácticos a los que se liga su protección.

²³³ BERTRAND, A.: *Le droit d'auteur...*, *op.cit.*, p. 295 y ss.

²³⁴ STS de 29 de marzo de 2001 (Ref.2001/5526).

²³⁵ RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 8”, Comentarios a la LPI, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, p. 150 considera que “si cada aportación singular se funde en la conjunta colectiva de manera inseparable, estaríamos ante muy pocos supuestos de obra colectiva; quizá, únicamente los mapas, cuyas carreteras, lagos, y demás signos gráficos son inseparables del conjunto con el que están fundidos” y añade: “Creo que las voces de una enciclopedia o del diccionario de la academia francesa de la lengua- que dio origen a la figura de la obra colectiva-, también son aportaciones a obra colectiva o las distintas creaciones que integran un periódico lo son, aunque sean separables o estén firmadas (no así los diccionarios de la lengua)”.

Aunque la obra colectiva puede crearse bajo la iniciativa de una persona física, tal y como contempla el art. 8 del TRLPI, lo más normal es que esta se inserte dentro del proyecto de una empresa, y en este sentido se cree bajo el impulso y dirección de una persona jurídica. Una de las cuestiones más discutidas por la doctrina ha sido precisamente el reconocimiento de la persona jurídica como autora en la obra colectiva, sobre todo dentro de la construcción personalista del derecho de autor por la doctrina francesa clásica.

Por tanto la admisión de la persona jurídica como autora no ha sido pacífica ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia ni tampoco por parte del legislador. Como se manifiesta en esa omisión de su calificación expresa como autora en el art. 8 del TRPLI. Mientras que para un sector de la doctrina la consideración de la persona jurídica no ofrece duda, dado su reconocimiento legal en especial en relación a la obra colectiva²³⁶, para otros autores sólo la persona física puede ser considerada autora, siendo las personas jurídicas, incluso en el caso de la obra colectiva, meras beneficiarias de los derechos que otorga la ley²³⁷.

La interpretación sistemática de los art. 5 y 8 del TRLPI encierra ciertas incoherencias, por cuanto si bien el art. 5 del TRLPI parece situar a la persona jurídica como un mero beneficiario de la protección dispensada a los autores, pero sin otorgar la condición de autor, el art. 8 del TRLPI a la hora de configurar la obra colectiva, contempla la posibilidad de que la obra haya sido creada bajo la iniciativa y coordinación de una persona jurídica, y por tanto la aproxima al estatuto de creador. Por otro lado, y fuera del marco de nuestra legislación de propiedad intelectual, la evolución del derecho de autor queda marcada por una cierta tendencia

²³⁶ LUCAS, A. y LUCAS, H.J.: *Traité de la propriété...*, *op.cit.*, p. 177 y ss. En este sentido PLAZA PENADES, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información (Tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad Civil en la Red)*, ed. Aranzdi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 72, para este autor resulta claro que las personas jurídicas son autores y tienen derechos morales como creadoras.

²³⁷ BATALLER RUIZ, E.: *La obra colectiva*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 56 y ss.

a abandonar la base personalista del derecho de autor²³⁸, de acuerdo con la cual, sólo la persona física podría ser considerada en puridad autora. A nuestro modo de ver, esta discusión ha sido en cierta medida resuelta por el legislador dando reconocimiento expreso como autora a las personas jurídicas que crean programas informáticos. A nivel general, en el marco del derecho de autor, por tanto, no ofrece duda que la persona jurídica puede gozar de la condición de autora.

Ahora bien, en el ámbito de la obra colectiva deberíamos distinguir los derechos de los autores sobre sus aportaciones y el derecho de autor de la persona jurídica sobre la obra colectiva. Los partícipes mantienen sus derechos económicos y morales respecto a sus aportaciones, en el sentido de que los derechos del coordinador no surgen en virtud de una cesión por parte de los partícipes, sino de un modo originario *ex novo*. Por tanto, corresponden al coordinador sobre la obra colectiva no sólo los derechos económicos, como mero beneficiario, sino también los derechos morales, lo que desde el punto de vista tuitivo puede resultar más eficaz, al admitir que no existiría una falta de legitimación activa cuando en los casos de plagio la demanda no se formulara por todas las personas físicas que han creado la obra²³⁹. Y al considerar que los derechos morales de los partícipes no podrían impedir la divulgación de la obra colectiva, prevista como destino natural de este tipo de obras, en coherencia con el proyecto empresarial que le da origen, en el art. 8 del TRLPI.

1.4 La autoría múltiple: la obra en colaboración.

Cuando intervienen varios sujetos en la creación de la obra, debemos, en primer lugar, discernir el grado de participación en que se concreta la autoría. Ya que pueden existir otro tipo de intervenciones o actos de ejecución material de la obra

²³⁸ A ello ha contribuido la importancia creciente de determinadas creaciones que exigen una alta tecnología y trabajo en equipo, como los programas informáticos y la obra multimedia.

²³⁹ PLAZA PENADES, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 72 sustenta esta tesis en el reconocimiento a las personas jurídicas de derechos de la personalidad desde la STC 37/1995, de 7 de febrero “es cierto que existen creaciones que por sus condiciones de creación, como los programas de ordenador (artículo.97 TRLPI) o bases de datos (originales y “sui generis”), iguales o similares a las de la obra colectiva, pueden ser titularidad de las personas jurídicas, y en tal caso deben corresponder tanto los derechos patrimoniales como, si los hay, los derechos morales”.

que no atribuyen paternidad intelectual, como ocurre respecto a obras complejas cuya ejecución requiere la asistencia de ayudantes o técnicos, que no ostentan la condición de autor. Pero también es posible que la creación no sea un acto individual sino plural, en el que concurra varios autores de cuyo esfuerzo creativo conjunto surge la creación, y quedando sometida la misma a un régimen especial, completado en lo no previsto en el TRLPI, por las normas que regulan la comunidad de bienes, dada la cláusula supletoria prevista en el art. 7.4 del TRLPI.

La pluralidad de autores concurrentes sobre la creación, y la ruptura del esquema conceptual del autor individual tendrá consecuencias inmediatas respecto al poder de disposición sobre la creación, a la capacidad de los autores para celebrar contratos de cesión de derechos con terceros, y que se verá, dada la especificidad de su objeto, condicionado por el contenido moral de algunos derechos de los autores sobre su creación.

Aunque el supuesto sobre el que se edificó toda la construcción personalista del derecho de autor era el de una persona que creaba una obra, como estricta huella de su personalidad individual y creadora, y de su esfuerzo personal, el derecho de autor clásico contempla también otros supuestos en los que en el acto de creación de la obra participan una pluralidad de autores. Y sin que pueda atribuirse la autoría individual a ninguno de ellos.

La creación como resultado de la actividad de una pluralidad de personas, es hoy un fenómeno frecuente. No sólo en el ámbito de creaciones que exigen un desarrollo técnico más o menos complejo, y se han consolidado con los años, como las creaciones cinematográficas, audiovisuales o los programas informáticos, también en otros ámbitos ligados a Internet, más novedosos, vinculados a esa misma evolución tecnológica, que aun no tienen un régimen jurídico propio, como la obra multimedia o las páginas *webs*, que exige contribuciones de muy diferente naturaleza, y que surge como “resultado de la multiplicidad de obras en una sola”²⁴⁰.

²⁴⁰ ESTEVE PARDO, M^aA: *La obra multimedia en la legislación española*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 31.

En el ámbito de la obra literaria la concurrencia de autores suele ser frecuente en la obra científica, así como en algún tipo de obras como diccionarios o enciclopedias, en los que la complejidad y envergadura de la empresa impone sumar esfuerzos y contribuciones, para lograr un mejor resultado. De modo que, incluso, respecto a estas obras la consideración del acto creativo como el resultado del esfuerzo conjunto de una pluralidad de autores no es tan excepcional como pudiera parecer. Incluso, dentro del ámbito de la creación más pura, en el sentido tradicional del derecho de autor, como huella personal de su creador, esto es, el de la ficción, existen obras que reclaman esa colaboración, como los comics, o la tan frecuente obra ilustrada, no faltando ejemplos de autores que acometieron la realización de una obra literaria desde la deliberada fusión de sus personalidades creadores, y la imposibilidad por parte del lector de distinguir la contribución de uno u otro dentro de la creación²⁴¹. Además, como veremos, el desarrollo de la web 2.0 y los modelos wiki que se asocian a ella, ha generalizado una nueva forma de crear y compartir información de forma colaborativa.

En todos estos supuestos la obra surge como una “creación común”, y por tanto ninguno de los coautores puede disponer sobre ella de modo independiente, sino que exige integrar, como veremos, la voluntad de todos los autores o partícipes, a la hora de explotar la obra en Internet. Se establece pues, una distinción básica respecto a la obra colectiva, donde se da una relación jerárquica entre los colaboradores y el promotor, y un poder de disposición sobre la obra que corresponde a este último.

²⁴¹ En este sentido podemos encontrar ejemplos en la literatura que han escrito obras literarias en un perfecto régimen de condominio, como los hermanos Arkadi y Borís Strugatski, o el caso de Borges y Bioy Casares, que escribieron cuentos, traducciones, guiones cinematográficos, crónicas paródicas, antologías, una casi-novela y hasta algún folleto de propaganda. Así escribieron una serie de obras con pseudónimos *Seis problemas para don Isidro Parodi* (con el seudónimo H. Bustos Domecq), Buenos Aires, Sur, 1942. *Dos fantasías memorables* (con el seudónimo H. Bustos Domecq), Buenos Aires, Oportet y Haereses, 1946. *Un modelo para la muerte* (con el seudónimo de B. Suárez Lynch), Buenos Aires, Oportet y Haereses, 1946. Y con sus propios nombres, *Los orilleros. El paraíso de los creyentes*, Buenos Aires, Losada, 1967. *Nuevos cuentos de Bustos Domecq*, Buenos Aires, Librería La Ciudad, 1977, como relata M^a Teresa Gramuglio en *Bioy, Borges y “Sur”: diálogos y duelos*, en http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/bioy-borges-y-sur/html/67f1b085-0677-4179-b10a-e7cacf2b760_4.html

A) El concepto de obra en colaboración.

Como ya hemos advertido, la concurrencia de una pluralidad de sujetos en el acto creativo, no determina por sí misma un régimen de coautoría, por cuanto los partícipes pueden haber concurrido como auxiliares o ayudantes, y desplegar una labor de tipo técnico²⁴², sin que puedan ostentar ningún derecho sobre la creación. Como la jurisprudencia y la doctrina tuvieron ocasión de pronunciarse en el caso BARCELÓ se trata de discernir entre quién asume la dirección del proceso creativo, tomando “las decisiones relevantes en la fase realmente creativa del proceso”, y quién realiza una labor técnica e instrumental supeditada a la dirección del autor, sin gozar de esta condición²⁴³, lo que exigirá analizar la intención de las partes²⁴⁴, pero

²⁴² En este sentido se pronuncia DE SANCTIS, V.: *Contratto di Edizione, Contratti di rappresentazione e di esecuzione*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, CICU-MESSINEO, ed. Guiffre Editore, Milán, 1965, p. 39, para quien la obra en colaboración exige determinar si los participantes han desempeñado una labor creativa, o sólo de tipo técnico.

²⁴³ En este caso se planteó una reclamación de coautoría respecto a 47 obras plásticas por parte de un artista, Ginard, que había colaborado con Barceló en su producción. La AP de Baleares, Sec. 5ª, de 22 de enero de 2008, (ref. EDJ 2008/57128), se basa en la idea del control sobre la obra para rechazar la reclamación de paternidad intelectual sobre las 47 piezas del demandante, en estos términos: “En conclusión, el control superior de todo el proceso lo lleva el demandado, lo cual es compatible con que la fase de preparación previa de las bases con el torno y darle una forma determinada de vasija, plato, "alfabía", etc., así como la de cocción sea obra exclusiva del actor, bajo la superior supervisión del demandado”. Y continúa la sentencia razonando: “Por tanto, quedan desacreditadas las alegaciones del recurrente de que en el resultado final de las obras se "vislumbre el alma, la mano o la creatividad" del demandante, o de una "simbiosis artística" entre los dos autores”. La sentencia delimita en el plano conceptual de forma precisa la labor del autor y del ayudante: “Como punto de partida no se pone en duda de que el trabajo del actor exige una especial pericia técnica, pero en atención a la aludida prueba pericial, debe calificarse como más relevante la fase del moldeado definitivo y el pintado de la masa de cerámica, en la cual radica su originalidad conforme a la doctrina antedicha, atendido el hecho de que dicho trabajo artesano exige una pericia técnica que es predicable en principio de cualquier ceramista con profundo conocimiento de su "lex artis"; pero el moldeado definitiva y aplicación de la pintura es exclusivo del pintor demandado, que lleva su impronta y personalidad artística, de modo que únicamente puede ser realizado por dicha persona, en lo que el perito denomina "rasgos propios del universo de Barceló", y en tal fase se halla la creación de la obra artística según el artículo 5.1 de la LPI”.

CASAS VALLES, R.: “La condición de autor: los casos Barceló y Boadella”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, nº 28, enero-abril, 2008, en relación al conflicto Ginard-Barceló sobre la autoría de esta serie de obras plásticas, siguiendo los razonamientos de la sentencia comentada, considera que “Ginard manejaba el torno, dosificaba pigmentos y controlaba el cocido del barro: simples tareas mecánicas. Lo de Barceló, en cambio, era una auténtica explosión de creatividad”. Esa idea del poder de control sobre el acto de creación lleva a NARD, C.A., BARNES, D.W. y MADISON, M.J.: *The Law of Intellectual Property*, Aspen Publishers, New York, 2006, p. 425 en el caso *Aalmuhammed v. Lee* [202 F.3d 1227 (9th Cir.2000) a considerar que Aalmuhammed fue un mero asesor documentalista en materia islámica que permitió una mejor ambientación de la película

también el resto de circunstancias concurrentes tanto intrínsecas al propio acto de creación, como exteriores que caracterizan el trabajo y la trayectoria de los partícipes. Estos elementos pueden constituir pruebas de paternidad en cuanto al resultado creativo, pues, a nuestro modo de ver la intención de los partícipes sólo sería determinante cuando concurriese a la formación de una voluntad común de crear una obra en colaboración, y no cuando fuera un mero estado volitivo o aspiración personal. Sin perjuicio de que en aquellos casos en que la participación del colaborador sea tan determinante en el resultado creativo que éste hubiera dejado su huella en la obra, debería reconocerse la paternidad compartida de la misma, con independencia de la voluntad de los partícipes. En los demás casos, se trataría de una actividad instrumental, preparatoria o técnica, en este sentido la simple ayuda material no puede convertir al ayudante en autor, ni la simple recogida de materiales, bibliografía u otro tipo de datos puede otorgar la condición de coautor al ayudante²⁴⁵, salvo que el objeto de la obra sea dicha recogida de datos.

Una vez sentada esta precisión en cuanto que no todas las personas que participan en el acto de la creación pueden ser considerados autores, y por tanto cabe diferenciar la coautoría de otros supuestos de participación o concurrencia instrumental en el acto creativo, podemos proceder a una delimitación conceptual de la obra en colaboración, como el supuesto indiscutible de autoría plural. La doctrina ha perfilado este tipo de obra o supuesto de autoría, según se aborde desde la perspectiva del objeto o del sujeto, desde tres presupuestos: el resultado unitario, el carácter diferenciable o no de la aportación, y el carácter coetáneo de las aportaciones.

A nuestro modo de ver sólo el primero de los requisitos, es un presupuesto legal que deriva de la propia definición dada en el TRLPI, por cuanto el art. 7 del

Malcolm X, de Spike Lee, pero sin que esa contribución pueda determinar su autoría en régimen de “joint work”.

²⁴⁴ RAULT, J.: *Le contrat d'édition en droit française*, París, 1927, p. 19.

²⁴⁵ VAZQUEZ LEPINETTE, T.: *La cotitularidad de los bienes inmateriales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 130.

TRLPI vincula la colaboración a un resultado unitario en el que se concreta la obra surgida de dicha colaboración. Como veremos más adelante este precepto y la regulación de la obra en colaboración que contiene, es continuista respecto a las legislaciones europeas anteriores. En especial, de la alemana, en cuanto a las exigencias de la buena fe que exige el ejercicio de determinadas facultades morales de los coautores que afectan a la divulgación de la obra (art. 8 de la Ley alemana), pero también marca una cierta ruptura respecto a ellas. Por cuanto de un lado, acoge un régimen, incluso más permisivo a la explotación separada de la aportación por el coautor que la legislación francesa, y de otro, a diferencia de la italiana y alemana no exige de modo expreso la inseparabilidad de las aportaciones para someter a la creación al estatuto jurídico de la obra en colaboración, con lo que amplía su ámbito de aplicación.

La necesaria consideración de la obra en colaboración como el resultado unitario de la colaboración de varios autores, determina que sobre la creación exista una cierta confusión de derechos, tal y como apunta CARRASCO PERERA, en el sentido de los art. 381 y 382 del CC²⁴⁶. Debemos determinar si también se exige una cierta voluntad común de crear la obra por parte de los coautores. Dada la dicción legal del art. 7 del TRLPI parece que el momento relevante no es el punto de partida, esto es cuando la obra no ha pasado de la fase previa de ideación y es un mero proyecto, en el que se situaría de manera ideal esa “concertation” de la que habla la doctrina francesa²⁴⁷, sino más bien en el punto de llegada. Es decir, cuando la obra ya existe para el mundo jurídico porque ha sido revestida de una forma externa. En este sentido se halla finalizada por parte de los coautores, resultando así sus aportaciones

²⁴⁶ CARRASCO PERERA, A.: “Comentario al art. 7”, en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual., coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 131

²⁴⁷ LUCAS, A. y LUCAS, H.J.: *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op.cit., p. 163; VIVANT, M y BRUGUIERE, J.M.: *Droit d’auteur*, op.cit., p. 232 que siguen en líneas generales la doctrina clásica representada por DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur en France*, Dalloz, Toulouse, 1966, p. 140 cuando afirma que las partes que componen una obra en colaboración: “ont été conçues et exécutées en vue d’une fin commune, pour prendre place dans un ensemble”. En el mismo sentido VAZQUEZ LEPINETTE, T.: *La cotitularidad...*, op.cit., p. 131, considera que: “La única forma de saber si hay un resultado unitario es averiguar si el trabajo de cada uno de los autores se ha realizado con la finalidad de obtener un resultado común y si cada una de las aportaciones se ha efectuado en contemplación de las demás”.

integradas en ese “resultado común” que es la obra en colaboración surgida en esa “intimidad espiritual” entre los coautores²⁴⁸. Pero esa intimidad espiritual de los autores que marca ese carácter unitario de la obra no exige, a nuestro modo de ver, y desde la óptica del TRLPI, un acto de creación concurrente en el espacio, ni tampoco coetáneo. Ese resultado unitario puede surgir de diferentes formas, bien mediante un acto creativo en el que todos los coautores concurren en unidad de tiempo y espacio, bien en otras circunstancias diversas, que pueden revelar el carácter anterior o posterior de algunas de las aportaciones, por lo que esta categoría de obras resulta plenamente aplicable a las creaciones en línea²⁴⁹.

La construcción de la obra en colaboración como un resultado unitario, remite a la idea de unidad de explotación, en este sentido, resulta irrelevante que la voluntad de los autores haya sido posterior o coetánea al acto creativo, en cierto sentido, esa voluntad como pone de manifiesto ALVAREZ DE BENITO es “algo puramente metodológico o funcional”²⁵⁰. Ese fin común no constituye el elemento determinante para el nacimiento de la obra, sino más bien, ésta surge de la puesta a disposición común de las aportaciones. Sin perjuicio de que la realización de una obra en colaboración pueda ser objeto de algún tipo de negociación, y sin que como SAIZ GARCIA apunta pueda pactarse la adscripción de la obra a este régimen jurídico. Puesto que la aplicación del régimen establecido en el art. 7 del TRLPI resulta del

²⁴⁸ VIVANT, M y BRUGUIERE, J.M.: *Droit d’auteur...*, *op.cit.*, p. 232.

²⁴⁹ En este sentido HUGUET, A.: *L’ordre public et les contrats d’exploitation du droit d’auteur*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1961, p. 89 afirma que: “l’élaboration de l’oeuvre commune suppose la simultanité dans la création des diverses contributions, ou tout au moins, si une oeuvre préexistante est utilisée dans l’oeuvre commune nouvelle, que l’auteur de la première participe à l’élaboration de l’oeuvre nouvelle. C’est ce qui différencie l’oeuvre de collaboration de l’oeuvre composite”. Por el contrario, SAIZ GARCIA, C.: *Las obras de una pluralidad de autores: las obras audiovisuales*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 1998, dir. PRATS ALVENTOSA, L., p. 138 considera que: “La colaboración debe producirse durante el proceso de gestación de la obra final y no en un momento posterior, cuando ésta ya está concluida”.

²⁵⁰ ALVAREZ DE BENITO, P. : *Las obligaciones del autor en el contrato de edición*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 30.

hecho creativo generador de la obra en colaboración, y es materia de orden público²⁵¹.

En conclusión, la voluntad común de los coautores no resulta un elemento configurador de la obra en colaboración, sino un presupuesto para que surja la autoría plural sobre la obra, la colaboración necesaria para que se origine un resultado unitario, y por tanto la obra regulada en el art. 7 del TRLPI, lo que resultará determinante es que la aportación del coautor resulte esencial al resultado final. Y en este sentido incorpore una suficiente impronta personal del coautor tanto en la parte aportada como en el todo, resultando irrelevante si su contribución es separable o queda incorporada de forma inescindible a la obra. El carácter inescindible puede alcanzar un grado máximo, siendo imposible concretar sobre qué parte recae la autoría de cada autor, en los casos de una novela escrita por dos autores, o puede ser distinguible en cuanto a la autoría pero no admitir una explotación separada²⁵², en los casos de una novela cuya autoría corresponde cada capítulo a un autor, o como en el ejemplo de CARRASCO PERERA cuando en un cómic un autor dibuja los personajes y otro escribe los textos²⁵³, y en este sentido las aportaciones pertenecen a géneros distintos, como en el caso del autor del libreto y la música en una ópera.

En nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que ocurre en la ley alemana (art. 8) e italiana (art. 10), el art. 7 del TRLPI no exige la inseparabilidad de las aportaciones. Con ello se amplía los supuestos de la colaboración también a aquellos casos en los que a pesar de existir un resultado unitario éste no se confunde con las aportaciones o partes que lo integran, sino que éstas admiten una explotación independiente como obras autónomas desligadas de la creación madre de donde proceden, lo que tiene dos consecuencias inmediatas. Por un lado, se amplía el ámbito de aplicación de la obra en colaboración, y por otro, se amplía también el

²⁵¹ SAIZ GARCIA,C.: *Las obras de una pluralidad de autores: las obras audiovisuales*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 1998, dir. PRATS ALVENTOSA, L., p. 140.

²⁵² RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 7” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. RODRIGUEZ TAPIA, J.M., ed. Aranzadi, Madrid, 2009, p 106.

²⁵³ CARRASCO PERERA, A.: “Comentario al art. 7” en *Comentarios a la LPI...*, *op.cit.*, p. 127.

ámbito de explotación concurrente entre la obra en colaboración y la aportación separable por parte de sus coautores.

B) El régimen de explotación de la obra en colaboración en el art. 7 del TRLPI.

La explotación de la obra en participación es una decisión que corresponde en igual medida a todos los autores. En cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los coautores de la obra en colaboración establece el art. 7 del TRLPI un doble régimen según se trate de una obra inédita o ya divulgada. La afectación que la obra inédita provoca respecto a los derechos morales de los coautores implica que el art. 7 del TRLPI exija la unanimidad para proceder a su divulgación. Cabría pensar que los coautores han podido prestar su consentimiento a la divulgación de la obra, e incluso, que dicho consentimiento se halla implícito en su voluntad común, en la colaboración desplegada y que dará como resultado la obra. En este sentido, ninguna objeción podría existir a que una vez los coautores han consentido su divulgación, el negocio de explotación pueda concertarse sólo con uno o algunos de los coautores.

Sin embargo, la regla de la unanimidad en la prestación del consentimiento por parte de los coautores parece imponerse en todos aquellos casos en que la obra es inédita. En primer lugar, porque aplicando el régimen supletorio de la comunidad de bienes, el negocio de cesión se incardina dentro del ámbito de los actos de disposición²⁵⁴. En segundo lugar, y desde la óptica de la comunidad de bienes, por la propia consideración de régimen *pro indiviso* en el que se concretan los derechos de los coautores²⁵⁵, si bien sólo en el caso de las aportaciones inescindibles. Y en tercer

²⁵⁴ La distinción entre actos de administración y de disposición, dada la especificidad del objeto sobre el que recae esa comunidad, puede plantear ciertas dudas cuando la cesión de derechos no tenga carácter exclusivo, pero que en cualquier caso como negocio de cesión debe reputarse como dispositivo, en el sentido que establece DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, op.cit.*, p. 79 y ss., como aquellos actos o negocios por medio de los cuales un derecho subjetivo actualmente existente es inmediatamente transformado, modificado o extinguido (todo ello sin asumir este autor la manida contraposición entre actos de administración y actos de disposición).

²⁵⁵ No obstante y como GRECO, P. y VERCELLONE, P.: *I diritti sulle opere dell'ingegno, op.cit.*, p. 227, los coautores a pesar de no poder disponer sobre la obra, dada la situación de *pro indiviso* que dimana de la comunidad, pueden transferir su cuota, aunque como estos autores puntualizan ello no supone una transferencia de los derechos morales que seguirán perteneciendo, dado su carácter

lugar, desde un estricto análisis de sus facultades morales, respecto a las obras inéditas el derecho de divulgación que corresponde a cada coautor, tal y como se formula en el art. 14 apartado 1º del TRLPI, comprende el derecho a decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.

Esta doble dimensión del derecho moral de divulgación, comporta una doble vertiente, que encuentra en el derecho de divulgación y el derecho de inédito, la cara y la cruz, en su doble ejercicio positivo o negativo, de un mismo derecho²⁵⁶. Sentada la regla de la unanimidad en los casos en que la obra en colaboración aún no se haya divulgado, surge el problema cuando no existe acuerdo entre todos los coautores respecto a su divulgación, o incluso, respecto a la forma en que debe producirse ese

personal, al coautor. En el mismo sentido se pronuncia CARRASCO PERERA, A.: “Comentario al art. 7º”, en *Comentarios a la LPI...*, *op.cit.*, p. 146: “es imposible que un autor pueda ceder su posición en la comunidad sin que esta cesión comportara una cesión de derechos de explotación de la cuota”. Mucho más rotundo se manifiesta RAULT, J.: *Le contrat d'édition...*, *op.cit.*, p. 19. para quien el colaborador no es considerado como autor de ninguna parte de la obra, sino de una cuota de parte indivisa de la obra, tesis que a nuestro modo de ver sólo será aplicable respecto a aquellas obras en las que las aportaciones de los coautores resulten más que inescindibles, indistinguibles en la percepción de la obra. Para este autor el colaborador es, en suma, un titular de un derecho indiviso, por lo que resulta indispensable para la validez del contrato de edición contar con el consentimiento de todos los colaboradores.

En cualquier caso, y como BONDIA ROMAN, F.: *Propiedad Intelectual, su significado en la sociedad de la información*, Ed. Trivium, Madrid, 1988, p. 172, apunta esta comunidad “que se da en el derecho de propiedad intelectual es de un tipo especial que se aproxima a la romana, donde cada uno tiene una cuota participativa en beneficios, pero donde, a semejanza de la germánica, no existe la *actio communi dividendo*”, para este autor la asimilación a la comunidad de bienes debe hacerse con cautela, dada la peculiaridad del objeto, citando a pie de página, en la nota 78 la STS de 25 de octubre de 1941 donde se establece “no es acertado asimilar totalmente la situación jurídica en que respecto de una obra literaria-musical se encuentran los autores de la letra o la música, con la existente en cualquier relación de dominio entre los diversos propietarios de la cosa o derecho común”. En el mismo sentido se pronuncian ROGEL VIDE, C.: “Comentario al art. 7 de la LPI” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALABALADEJO Y DIAZ ALABART, Madrid, 1994, p. 172 y ss y CARRASCO PERERA, A.: “Comentario al art. 7º”, en *Comentarios a la LPI...*, *op.cit.*, p. 146, para quien resulta evidente que la disolución de la sociedad en la que se haya basado la colaboración “nunca comportará una división del objeto como cosa ideal, aunque el autor de la letra y de la música pongan fin a su sociedad, nunca dejará de existir la canción como obra común; y el fin de la sociedad no significa que los terceros queden libres para explotarla sin autorización”. Para ALVAREZ DE BENITO, P.: *Las obligaciones del autor...*, *op.cit.*, p. 33 esta especialidad del objeto sobre el que recae esta comunidad determina que: “Dado que la propiedad intelectual no es una propiedad material, no se podrán aplicar las reglas que presupongan esta naturaleza sino, más bien, las que rigen una comunidad de derechos”.

²⁵⁶ En este sentido MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al art. 14”, en *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 222 considera que el derecho de divulgación se manifiesta en dos vertientes “la negativa o derecho a no divulgar la obra (derecho de inédito) y la positiva o derecho a la comunicación pública de la obra por primera vez”.

primer conocimiento público de la obra. Por otra parte, en la medida que el derecho de divulgación comprende también la facultad de los coautores de determinar en qué forma se divulga, como por ejemplo, elegir para la obra creada en común, una puesta a disposición del público en Internet, no debe resultar una cuestión menor, sino decisiva a la hora de considerar necesario el consentimiento de todos los coautores. Pues esa divulgación marcará el nacimiento de la explotación patrimonial de la obra y privará de la condición de inédita a la obra, lo que podrá tener consecuencias precisas respecto a su sucesiva explotación económica. Con la precisión necesaria que nos brinda MARTÍNEZ ESPÍN en cuanto a que sólo constituye divulgación a los efectos del art. 14.1 del TRLPI “la comunicación primera de la obra en una modalidad determinada”, por lo que todas las comunicaciones posteriores de la obra en esa misma modalidad no constituyen infracción del derecho moral, sino posible infracción contractual de los derechos patrimoniales del autor²⁵⁷.

En el caso más grave de falta de acuerdo en cuanto a la propia divulgación de la obra, este conflicto de intereses podría analizarse desde la óptica del derecho de inédito y su titular, entre quien desea mantener la obra en su esfera personal y quien desea explotar económicamente la obra. Pero no creo que ésta se la perspectiva adecuada, ni de la que parte el legislador español cuando en su art. 7 determina que en caso de desacuerdo deberá decidir el juez. La intervención judicial se basa en la existencia de una colisión entre los derechos morales de los coautores, que unos ejercen de modo negativo, amparándose en el derecho de inédito, y otros de manera positiva. Se trata, por tanto, de un mismo bien jurídico protegido, el derecho moral de los coautores, a decidir si la obra se divulga o permanece inédita. La consideración del derecho moral como derecho subjetivo, nos sitúa en la necesidad de que ese control jurisdiccional, tenga en cuenta los límites del ejercicio de

²⁵⁷ MARTÍNEZ ESPÍN, P. : “Comentario al art. 14”, en Comentarios a la LPI, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 222 pues razona este autor: “Y ello es así porque, según el artículo 4 de la LPI, la comunicación pública ha de realizarse por vez primera como un acto único e irrepetible, lo que significa que una vez ejercido este derecho, se extingue, por lo que no existen segundas o terceras divulgaciones de una misma obra en una modalidad determinada, sino actos de comunicación pública o de publicación (segundas o terceras ediciones). La divulgación es un hecho único e irreversible, por lo que sólo cabe una divulgación en sentido técnico, que es aquella en la cual la obra se presenta a conocimiento público por vez primera en cualquier modalidad”.

derechos, en especial, la buena fe²⁵⁸, la doctrina de los actos propios²⁵⁹ y la prohibición del abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo²⁶⁰. Límites que

²⁵⁸ En este sentido DIEZ- PICAZO, L.: *La doctrina de los actos propios*, ed. Bosch., Barcelona, 1963, p. 141, considera que: “El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando no se utiliza para la finalidad objetiva o función económica o social para la cual ha sido atribuido a su titular, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone en el tráfico jurídico”.

²⁵⁹ WIEACKER, F.: *El principio general de buena fe*, Ed.Civitas, Madrid, 1982, p. 60 así como DIEZ- PICAZO, L. en el prólogo de esta misma obra, p. 21, ponen de manifiesto la íntima conexión entre el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios en el ejercicio de derechos subjetivos. DIEZ- PICAZO, L.: *La doctrina de los actos..., op.cit., p.* en esta obra fundamental, después de delimitar esta figura respecto a otras, más o menos afines, como los actos concluyentes y la renuncia de derechos, considera que en el *venire contra factum* “el efecto se produce de un modo objetivo, en el cual para nada se tiene en cuenta la verdadera voluntad del autor de los actos. Se protege la confianza que estos actos suscitan en los terceros, porque venir contra ellos constituiría objetivamente un ataque a la buena fe”. Para WIEACKER, F.: *El principio general..., op.cit., p.* 61: “La inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa se basa en la misma exigencia de *fides* que fundamentalmente impone el mantenimiento de la palabra, el *pacta sunt servanda*, y la restricción del deber de prestación inicua a través del principio de buena fe, fue llevada a cabo por el antiguo concepto romano de la *fides* a través del elemental entendimiento de que la concepción textual del vínculo debía ser sustituida por una concepción leal del mismo. Dicho más concisamente: en lugar de la letra, el espíritu de la obligación”. La doctrina de los actos propios ha sido objeto de una importante construcción jurisprudencial por parte del TS recogía, entre otras, por la siguientes sentencias: STS de 25 de septiembre de 1984, *R.A. 3246*, STS de 5 de octubre de 1984, *R.A. 4758*, STS de 25 de enero de 1989, *R.A. 123*, STS de 4 de mayo de 1989, *R.A. 3585*, STS de 10 de mayo de 1989, *R.A. 3752*, STS de febrero de 1990, *R.A. 705*, STS 12 de julio de 1990, *R.A. 5856*, STS de 22 de mayo de 1989, *R.A. 3874*, STS de 22 de septiembre de 1988, *R.A. 6850*, STS 16 de octubre de de 1987, *R.A. 7292*, STS 3 de octubre de 1987, *R.A. 6711*, STS 12 de diciembre de 1985, *R.A. 6436*, STS de 9 de 3 octubre de 1981, *R.A. 3591*. En la STS de 25 de enero de 1989, *R.A. 123*, considerando que los actos propios han de interpretarse en el ámbito de la declaración de voluntad, como en el caso de que se inicien negociaciones previas pero sin llegarse a crear o modificar ninguna situación jurídica, por falta de aceptación.

²⁶⁰ El art. 7 del CC después de sentar en su párrafo primero que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe establece que: “La Ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del mismo”. Como la STS de 11 de mayo de 1990, *R.A. 3702*, considera la prohibición del abuso de derecho viene impuesta por la exigencia de una conducta ética en el ejercicio de los derechos, requiriéndose que la intención en el ejercicio del derecho sea sólo causar daño a otro interés jurídico y que no resulte provecho para el titular del derecho ejercitado, vid. en este sentido STS 18 de enero de 1964, *R.A. 205*, STS 7 de julio de 1980, *R.A. 3301*, STS de 30 de junio de 1986, *R.A. 3832*, STS de 17 de septiembre de 1987, *R.A. 6063*, STS 27 de febrero de 1990, *R.A. 723*, y la STS de 4 de febrero de 1991, *R.A. 704*. Además el abuso de derecho ha de resultar manifiesto, por las circunstancias subjetivas en cuanto a la intención de perjudicar o ausencia de una finalidad seria, y objetivas de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho, vid en este sentido STS de 2 de junio de 1981, *R.A. 2491*, STS 14 de julio de 1984, *R.A. 3808*, STS 5 de abril de 1986, *R.A. 1794*, STS de 8 de julio de 1987, *R.A. 5188* y STS 22 de abril de 1983, *R.A. 2119*. En cuanto al abuso de derecho y su aplicación al ámbito del derecho de autor vid. STS de 14 de enero de 2013, *LA LEY 1983/2013*, en relación al abuso de la excepción de cita respecto a imágenes de Telecinco emitidas por La Sexta; STS de 10 de mayo de 2003, *LA LEY 1912/2003*,

actuarían en aquellos casos en que el coautor que ejercite su derecho de inédito lo haga con el único propósito de reaccionar frente a unas condiciones económicas desventajosas, movido por un fin patrimonial y no personal. También en aquellos casos que la propia conducta del autor haya evidenciado su intención de divulgar la obra, como su participación en tratos preliminares respecto a la celebración del negocio de cesión o su aquiescencia a las actuaciones preparatorias efectuadas por algún coautor²⁶¹, lo que desde la doctrina de los actos propios, podría ser considerado como una actuación que contraviene la legítima confianza que la misma ha suscitado en el resto de autores, y por tanto, supondría una quiebra al principio general de buena fe, sin perjuicio de que pudiera entenderse la existencia de un mandato tácito²⁶².

La aplicación de la doctrina de los actos propios en el momento previo de la creación de la obra, bajo la premisa de que su colaboración desata dicha confianza de explotación patrimonial por parte del resto de coautores²⁶³, resulta más arriesgada. Por cuanto se trataría de actuaciones más o menos relevantes respecto a un derecho inexistente, pues los derechos de autor sólo nacen al mundo jurídico cuando la obra se ha creado como resultado de la colaboración de todos los coautores y sus aportaciones. Por este mismo motivo, entendemos que una vez la obra se ha creado, el coautor que se opone a la divulgación de la obra podría autorizar la explotación sin

sobre emisiones televisivas en hoteles; STS 21 de junio de 2007, *LA LEY 72164/2007*; STS 22 de junio de 2007, *LA LEY 60927/2007*; STS 14 de octubre de 1983, *LA LEY 8204/JF-0000*.

Sobre el ejercicio antisocial del derecho de autor, vid. STS 8 de junio de 2007, *LA LEY 60944/2007*; STS 16 de marzo de 2000, *LA LEY 60016/2000*.

²⁶¹ MARTÍNEZ ESPÍN, P. : “Comentario al art. 14”, en *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 221 admite que la decisión de divulgación pueda efectuarse “de modo expreso o tácito (por un acto positivo que demuestre intención inequívoca de divulgar)”.

²⁶² Para PAITEL, G.: *Du contrat d’édition...*, *op.cit.*, p. 74 si no hay manifestación expresa en contra de los colaboradores se considera que las gestiones realizadas por uno, serían en virtud de un mandato tácito y la convención será válida. En el mismo sentido, RUDELLE, P. : *Des rapports juridiques...*, *op.cit.*, p. 63.

²⁶³ En este sentido DUPPONT-ROUGIER, P. : *Du contrat d’édition*, París, 1907, p. 50 respecto al rechazo a la publicación de un colaborador considera que debe presumirse en la medida que varias personas trabajan en una obra que ellos tienen la intención de publicarla. Por el contrario, LARDEUR, G.: *Du contrat d’édition...*, *op.cit.*, p. 74 considera que si un colaborador a pesar del rechazo de los otros lo publica contraviene los derechos de autor.

su indicación como autor²⁶⁴. Pero sin que ello suponga la renuncia a su paternidad intelectual sobre la obra en colaboración, dado el carácter irrenunciable de los derechos morales. En el caso de aportaciones escindibles podría plantearse la sustitución del colaborador disidente por otro, o, incluso, la sustitución de su aportación, lo que determinaría, a nuestro modo de ver, el nacimiento de una nueva obra.

El art. 7 del TRLPI regula también el ejercicio del derecho de modificación de la obra al establecer que: “Para divulgar y modificar la obra se requiere el consentimiento de todos los coautores”. El empleo del término “modificar” conecta el art. 7 del TRLPI en este punto con el art.14.5 de dicha norma. El derecho a la modificación de la obra otorga al autor la posibilidad de incorporar a la obra ya creada su progresiva evolución estética, ideológica, personal, profesional o intelectual, como cuando en una obra científica algunos planteamientos han sido actualizados o revisados²⁶⁵, dentro de los límites establecidos en el referido precepto: el respeto de los derechos adquiridos por terceros y la exigencia de protección de bienes de interés cultural. En cualquier caso dicha modificación debe afectar a la substancia o contenido de la obra, y no a la forma en que se exterioriza la obra²⁶⁶. En este último caso, no estaríamos ante el ejercicio de un derecho moral sino patrimonial por parte del autor, y ante el surgimiento de una nueva obra transformada protegida por el derecho de autor (art. 21 del TRLPI)²⁶⁷, como cuando respecto a una determinada obra literaria escrita en un idioma concreto se procede a su traducción. La doctrina se halla dividida en cuanto a si dicha modificación debe afectar de modo substancial o no a la obra²⁶⁸, resultando indispensable que la obra conserve su

²⁶⁴ RUDELLE, P. : *Des rapports juridiques...*, *op.cit.*, p. 62.

²⁶⁵ GONZÁLEZ LÓPEZ, M.: *El derecho moral del autor...*, *op.cit.*, p. 205.

²⁶⁶ GONZÁLEZ LÓPEZ, M.: *El derecho moral del autor...*, *ult.cit.*

²⁶⁷ Para MARTÍNEZ ESPÍN, P. : “Comentario al art. 14”, *Comentarios a la LPI, op.cit.*, p. 235 “La modificación supone un cambio de contenido y de los rasgos esenciales de la obra: cambio de los personajes, de la estructura de la obra, de los diálogos, ritmos, etc., mientras que la transformación se refiere a una alteración accidental de la forma, sin variación de los elementos sustanciales y definitorios de la obra.

²⁶⁸ A favor del carácter substancial de la modificación se postulan GONZÁLEZ LÓPEZ, M.: *El derecho moral del autor...*, *op.cit.*, p. 205; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al art. 14”,

identidad originaria, pues como PLAZA PENADES pone de manifiesto “cuando el cúmulo de modificaciones sea tal que la obra modificada sea distinta a la originaria, habrá nacido una nueva obra intelectual y un nuevo derecho sobre la misma”²⁶⁹.

Respecto a si las modificaciones de la obra en colaboración en el art. 7.2 deben ser sustanciales o no, si bien consideramos que dichas modificaciones no sustanciales podrían quedar amparadas por el art.14 del TRLPI, en el ámbito de la obra en colaboración y el régimen establecido en el art. 7.2 de esta norma, se debe entender que únicamente se trata de modificaciones sustanciales. La regla de la unanimidad se exige en el art. 7.2 del TRLPI, sin distinción, por lo que en principio resulta irrelevante el carácter inescindible o no de la aportación, en todos aquellos casos que uno de los coautores planteara la necesidad de una modificación sustancial de la obra, debería contar con el consentimiento del resto de coautores. Por lo que *a sensu contrario* respecto a la obra divulgada la pretensión de uno de los coautores de modificar de forma sustancial el contenido de la obra divulgada no impide al resto de autores explotar dicho contenido inicial no modificado. Si bien la negativa del autor disidente podría plantear problemas en cuanto a la prestación del consentimiento en el negocio de cesión o licencia, y por tanto, en el contrato de explotación de la obra originaria.

Aunque el legislador español en el art. 7.2 del TRLPI sólo ha tenido en cuenta el derecho de modificación de los coautores, existe otro derecho moral que podría

Comentarios a la LPI, op.cit., p. 235, CAFFARENA LAPORTA, J.: “Comentario al artículo 14”, en *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 286 y ss., hasta tal punto que para CAFFARENA LAPORTA cuando el autor ha cedido sus derechos de explotación con carácter exclusivo y pretende la introducción de una modificación no sustancial, considera que en este supuesto el autor no puede proceder a la explotación de la versión modificada, pues se ofrecería al autor la posibilidad de concurrir con el cesionario en la explotación patrimonial de la obra, a través de una segunda versión de la misma, y dejando con ello sin efecto la facultad transmitida al cesionario en exclusiva. A nuestro modo de ver, este planteamiento no es asumible por cuanto si la modificación no es sustancial nunca podría dar lugar a una obra nueva que pudiera concurrir con la original Por el contrario PLAZA PENADES, J.: *El derecho de autor y su protección en el artículo 20,1, b) de la Constitución*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 332 considera que dentro del art. 14.5 caben todo tipo de modificaciones sustanciales o no, lo cual nos parece coherente con la consideración del derecho constitucional a la libertad de creación.

²⁶⁹ PLAZA PENADES, J.: *El derecho de autor y su protección...*, *op.cit.*, p. 332. En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESPÍN, P. : “Comentario al art. 14”, *Comentarios a la LPI, op.cit.*, p. 234, en cuanto a la necesidad de respetar la esencia de la obra.

situarnos en un conflicto similar o, incluso, más grave como es en el caso de que alguno de los coautores decidieran ejercitar el derecho moral de retirada de la obra del comercio. El art. 14.6 del TRLPI reconoce el derecho moral del autor a retirar la obra del comercio “por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de los derechos de explotación”. Este derecho moral se encuentra íntimamente ligado al anterior por cuanto ambos derechos se fundan en la protección a la personalidad creadora del autor, si bien el derecho de retirada, es un derecho de cierre, que como el de inédito, manifestarían la esencia de la protección del derecho moral, el señorío del autor sobre su obra. A diferencia del derecho de modificación y la amplitud de razones que pueden fundar su ejercicio, en el derecho de retirada se exige que el arrepentimiento del autor en cuanto a la explotación económica de la obra se base en la causa legalmente prevista “cambio de sus convicciones intelectuales y morales”²⁷⁰. Se trata, en definitiva, de una facultad que permite al autor poner fin a la explotación de la obra que ya no refleja sus convicciones personales²⁷¹. A esta motivación moral se condiciona el ejercicio de dicha facultad en casi todas las legislaciones sobre derechos de autor²⁷², cuya oportunidad no podría valorarse en el orden jurisdiccional, por la incidencia del

²⁷⁰ GONZÁLEZ LÓPEZ, M.: *El derecho moral...*, *op.cit.*, p. 217 y ss., sistematiza los supuestos de cambios de convicciones intelectuales o morales en: a) Cambio de las convicciones ideológicas, políticas o religiosas; b) Cuando el autor considera su obra como impropia a su capacidad intelectual actual; c) Los hechos o consideraciones en los que se basa la obra han sido superados o desmentidos; d) Cuando el autor de una obra plástica considera que el destino de su obra se ha desnaturalizado.

²⁷¹ MARTÍNEZ ESPÍN, P. : “Comentario al art. 14”, *Comentarios a la LPI, op.cit.*, p. 237 considera que el autor “tiene derecho de arrepentimiento cuando la obra ya no alcanza el grado de perfección deseado, o cuando por motivos de orden intelectual o moral decide no continuar con la divulgación de la misma...como consecuencia de la autocrítica que realiza el propio autor. El carácter moral de este derecho permite al autor, en contra del principio *pacta sunt servanda*, retirar la obra del comercio y resolver el contrato de cesión alegando motivos de orden moral o intelectual que los jueces no podrán valorar sino tan sólo constatar su presencia”. Por el contrario BONDIA ROMAN, F.: *Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 211 y ss. considera que más que una derogación de la fuerza obligatoria de los contratos se trataría de un simple incumplimiento contractual que tendría como consecuencia la aplicación del art. 1101 del CC.

²⁷² El art. 142 de la Ley italiana de 22 de abril de 1942 exige que el autor tenga graves razones morales para retirar la obra del comercio, en el mismo sentido el art. 42.1 de la Ley alemana sobre el derecho de autor de 9 de septiembre de 1965 condiciona el posible ejercicio de la facultad de retirada a que la obra ya no refleje sus puntos de vista y sus convicciones personales; la ley portuguesa (art. 62) permite al autor retirar la obra del comercio cuando tenga “razones morales atendibles”, móviles que la ley francesa en cambio no especifica, aunque pueden sobreentenderse al conceder al autor el llamado *droit de repentir ou de retrait* (art. 32).

art. 16.2 de la CE²⁷³. Si bien el ejercicio del derecho queda atemperado por la concurrencia para su legítimo ejercicio no sólo de la motivación psicológica referida sino también por el cumplimiento de un requisito material o de contenido económico, la previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

Aunque, como hemos dicho el legislador no ha previsto este supuesto, la regla de la unanimidad aplicada por el art. 7.2 del TRLPI para el ejercicio del derecho de modificación debería aplicarse por vía analógica respecto al derecho de retirada. Y en cuanto ésta resulta más gravosa para el resto de coautores que la propia modificación que permite la continuidad de la explotación comercial de la obra. No obstante, debería distinguirse entre aportaciones escindibles y no separables, respecto a las primeras debería optarse por una aplicación del art. 14.6 y admitir el derecho de retirada del coautor previa indemnización de daños y perjuicios al resto de coautores, como titulares de derechos de explotación, y siendo válido por tanto el negocio de cesión celebrado por el resto de coautores, siempre y cuando la retirada de la aportación del coautor arrepentido no prive a la obra de su identidad esencial, en cuyo caso estaríamos ante una transformación, y en su caso una obra nueva derivada de la anterior (art. 11 del TRLPI).

Finalmente, sólo nos queda plantear el supuesto en el que el objeto de la explotación no sea la obra en colaboración, sino la aportación de uno de los coautores, que de acuerdo con el art. 7.3 del TRLPI podría ser explotada de forma separada por su autor, si bien con un doble límite. En primer lugar, que pueda ser escindida, pues en caso contrario podrían resultar lesionados tanto los derechos patrimoniales como morales del resto de coautores (art. 14.4 TRLPI). En segundo lugar, que no cause perjuicio a la explotación común, sin perjuicio de los pactos a que puedan haber llegado los coautores.

²⁷³ PLAZA PENADES, J.: *El derecho de autor y su protección...*, *op.cit.*, p. 334; MARTÍNEZ ESPIN, P. : “Comentario al art. 14”, en *Comentarios a la LPI*, *op.cit.*, p. 237; GONZÁLEZ LÓPEZ, M.: *El derecho moral...*, *op.cit.*, p. 218.

1.5 Nuevas formas emergentes de producir y compartir la información de forma colectiva: entornos *wikis*, programas de código abierto y otras formas de participación en línea.

Con el desarrollo de Internet han surgido nuevas formas de producir, gestionar y compartir la información y el conocimiento. Así, se ha desarrollado un *software* colaborativo tipo Web 2.0, conocido como *wiki*, y del que quizás su manifestación más conocida sea la Wikipedia. Esta tecnología ha permitido que gran cantidad de sujetos creen contenidos sobre un mismo documento de forma global²⁷⁴, transformando el concepto clásico o romántico de autoría²⁷⁵, en la medida que las obras se producen en colaboración con otros sujetos, a veces, incluso de forma anónima. Y en muchas ocasiones, según NAVAS NAVARRO, “no crean de la nada, antes bien, combinan y recombinan materiales ya existentes”²⁷⁶.

Aunque Wikipedia sea quizá el proyecto colaborativo más extendido, existen otros desarrollos de wikis auspiciados por la fundación Wikimedia como Wikiviajes (como guía de viaje interactiva que reúne las colaboraciones de los wikiviajeros), o Wikibook (un conjunto de textos libres que sus autores comparten con los usuarios de la wiki), sólo por citar algunos ejemplos hermanos del proyecto generalista enciclopédico de Wikipedia. La filosofía en alza en Internet, la llamada nueva cultura de compartir, en la que el usuario se convierte en creador de contenidos, así como el desarrollo de una tecnología sencilla que permite la creación y edición de páginas webs en un editor basado en HTML y una vinculación de elementos internos (disponibles en la propia wiki) y externos en otras direcciones de Internet mediante links, ha contribuido a su expansión.

²⁷⁴ SERENO RESTREPO, J.S.: “Contenido generado por usuarios (UGC), wikies y derecho de autor”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2010, nº 14, p. 209.

²⁷⁵ XALABARDER PLANTADA, R.: “Les llicències Creative Commons...”, *op.cit.*, p. 9.

²⁷⁶ NAVAS NAVARRO, S.: “Dominio público, diseminación *online* de las obras del ingenio y cesiones Creative Commons (Necesidad de un nuevo modelo de Propiedad Intelectual), ADI, 2011-2012, tomo 32.

Los entornos wikis son formas de edición *online*, donde el propio editor físicamente desaparece, aunque mantiene su función de control, y sin que, como sostiene SERENO RESTREPO, sea sustituido por el “ambiente de texto del navegador del usuario”²⁷⁷. Ya que a nuestro modo de ver realiza una labor de filtrado y tratamiento de los contenidos suministrados por los usuarios. Aunque ofrece a estos la tecnología y soporte necesario para que los usuarios puedan autoeditar sus contenidos o modificar los existentes, una vez superan los filtros de la organización. Puesto que la filosofía *wiki* pretende que los usuarios de sus páginas se conviertan también en generadores de contenidos. El proceso técnico que permite adicionar contenidos en estas *webs* se consigue mediante el uso de dos protocolos, uno para solicitar leer contenido (GET), y otro para escribir texto (POST), la página se le envía en texto fuente para que pueda editarla. Una vez editada por él y guardados los cambios de la entrada se devuelve al servidor, y una vez verificados determinados filtros de contenido, se substituye el nuevo contenido por el antiguo en la base de datos²⁷⁸.

La estructura de la *wiki* se basa en una serie de páginas *web* interconectadas y un repositorio de información en el que es posible distinguir tres niveles. En primer lugar, una página principal o entrada. En segundo lugar, una serie de herramientas de gestión de la *wiki*, como el “café”, que pretende mediante foros la interacción entre los usuarios y realizar un seguimiento de su labor individual en la *wiki*, así como un sistema que permite controlar los cambios introducidos y las acciones vandálicas, y en tercer lugar, las entradas individuales y las herramientas que permiten al usuario la edición de las mismas. La página que visualiza cada entrada posee, a su vez, tres

²⁷⁷ SERENO RESTREPO, J.J.: “Contenido generado por usuarios...”, *op.cit.*, p. 212. LEUF, B. Y CUNNINGHAM, W.: *The wiki way. Quick collaboration on the web*, pub. Addison Wesley, 1ª ed., 2001, 9ª impresión, enero, 2008, p. 96.

²⁷⁸ LEUF, B. Y CUNNINGHAM, W.: *The wiki way...*, *op.cit.*, p. 96 explican este proceso: “the “editor” for a wiki is a very primitive affair-it is your Web browser’s text-in-a-form environment. Using the server protocol get (request to read content) and post (request to write content), you receive the current page (the source text) in a form, make your edits, and submit the changed page back to the server. The server then replaces the page content in the database”.

herramientas: edición de la entrada, discusión y seguimiento histórico de las modificaciones y de quienes las han efectuado.

Como hemos dicho en las *wikis* no existe un editor en el sentido clásico o tradicional del mismo como un profesional que actúa como intermediario entre los autores y el mercado, sino que en esa labor de edición intervienen los usuarios de la *wiki* en un entorno participativo. Ahora bien, el administrador de la *wiki* no sólo provee el *software* colaborativo, así como algunos servicios automatizados que permiten a los propios usuarios administrar los contenidos, sino que ejerce una función de control previo de contenidos antes de su inserción en la Wikipedia. De este modo realiza una importante labor de filtrado. Sin perjuicio de que también preste a los usuarios determinados servicios para que éstos colaboren en la administración de contenidos, como búsqueda de páginas huérfanas, actualizaciones masivas, administración de espacios de discusión, y vigilancia y denuncia por parte de los propios usuarios de acciones vandálicas o *spam*, como introducción de contenidos publicitarios no informativos.

Una de las cuestiones que ha planteado la *wiki* ha sido su encuadramiento jurídico en las categorías convencionales de obras protegidas y regímenes de autoría o participación múltiple regulados en el Derecho de autor. Una primera aproximación, dada la propia novedad en cuanto a la forma de producción de contenidos, desde el punto de vista de la autoría, nos lleva a considerar si se puede asimilar a la obra colectiva o en participación.

Debemos partir de considerar que en estos entornos wikis se generan por parte de los usuarios determinados contenidos generalista como en Wikipedia, pero también otros de carácter más específico. En definitiva, se trataría de una versión moderna de las tradicionales enciclopedias o diccionarios, pero concebidas desde un planteamiento más participativo y global, caracterizada por su permanente actuación en línea de forma interactiva. De esta forma sus contenidos no están definidos ni cerrados, sino que se van creando a partir de la interacción de los usuarios, y la suma del conjunto de entradas individuales que gozan de un carácter

esencialmente cambiante o mudable a partir de la acción del resto de usuarios sobre un tema concreto, de ese “estado temporal de un tema *wiki*”²⁷⁹ que los propios usuarios actualizan o cambian constantemente.

Esta participación colectiva nos lleva a plantear en primer lugar, su posible calificación como obra colectiva. En este sentido, debemos determinar si el administrador de la *wiki* es un mero colaborador de tipo técnico o puede asimilarse al rol de coordinador en la obra colectiva, y a las funciones de iniciativa, control y dirección del proceso creativo que le atribuye el art. 8 del TRLPI.

En el caso de la Wikipedia, así como los diferentes proyectos wikis que administra la Fundación Wikimedia²⁸⁰, está claro que estos proyectos en línea parten de un plan preconcebido que coincide con la misión de la organización que los sustenta, en este sentido, no surgen de manera espontánea. Si bien se abre a la participación colectiva y otorga a los usuarios la libertad de aportar contenidos, que serán debidamente filtrados por los revisores, que actúan bajo la dependencia de Wikimedia, y en este sentido realizan labores de edición sobre los mismos. Lo que refuerza la idea de que Wikimedia no sólo provee a los usuarios de los medios técnicos para gestionar la base de datos, sino que realiza una auténtica función de control y dirección de contenidos, bajo su iniciativa y plan previo. Por lo que actúa en la producción como coordinador del resultado unitario, a partir de las aportaciones de los usuarios, es decir, asume el rol de coordinación propio de la autor de la obra colectiva. Además, sostiene el proyecto de la fundación con los medios financieros y humanos que obtiene a partir de donaciones anónimas, que le permiten desplegar sus funciones de impulso y coordinación respecto a sus proyectos wikis.

Precisamente estas consideraciones nos llevan a encajar los resultados creativos generados por Wikimedia dentro del régimen jurídico propio de la obra colectiva, lo que despliega consecuencias específicas respecto al régimen de

²⁷⁹ SERENO RESTREPO, J.J.: “Contenido generado por usuarios...”, *op.cit.*, p. 222.

²⁸⁰ Vid. http://es.wikipedia.org/wiki/Fundación_Wikimedia

legitimación en caso de lesión, así como concreta que la titularidad de derechos de autor que, en su caso, puedan corresponder a Wikimedia, y no a los colaboradores que han participado en la generación de las entradas.

Ahora bien, debe precisarse que si bien la asimilación al régimen de la obra colectiva resulta aplicable a los entornos wikis generados por Wikimedia u otras entidades que asumen una posición jerárquica en la producción colectiva de contenidos, otros entornos wikis más pequeños, específicos y descentralizados, generados de forma más espontánea por los usuarios merecen un tratamiento jurídico diferenciado. Pues en estos casos, el entorno wiki es un mero recurso colaborativo que se ofrece en Internet, pero sin que se realice un control de contenidos de forma jerárquica, bien porque no existe una entidad que sostiene el proyecto participativo o porque el administrador se limite a ofrecer un mero soporte técnico. En la medida que generen objetos protegidos por el derecho de autor, desde el punto de vista de la autoría deberán asimilarse al régimen de la obra en colaboración.

2. Los derechohabientes del autor en actos *inter vivos*: cesionarios y licenciatarios.

2.1 La transmisión de derechos de explotación por el autor: consideraciones previas.

Bajo la denominación derechohabientes del autor se engloban todas aquellas personas que han adquirido la titularidad de derechos de autor en virtud de un negocio de cesión *inter vivos* o de transmisión *mortis causa*²⁸¹. Así en algunos contratos de cesión de derechos patrimoniales regulados en el TRLPI, se hace una alusión expresa al derechohabiente del autor²⁸². A diferencia de lo que ocurre respecto a los derechos morales, que se definen como irrenunciables e inalienables

²⁸¹ ALVAREZ DE BENITO, P.: *Las obligaciones del autor...*, *op.cit.*, p. 18; GOMEZ LAPLAZA, C.: “Comentario al art. 58”, en *Comentarios a la LPI*, dr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, 1997, p. 932.

²⁸² GOMEZ LAPLAZA, C.: “Comentario al art. 58”, *op.cit.*, p. 930, recalcando esta autora la diferencia respecto a otras legislaciones como la de Italia, Portugal o Suecia.

en el art. 14 del TRLPI, el autor puede disponer de sus derechos patrimoniales, celebrar negocios de cesión, que por el juego del art. 43 del TRLPI, que regula la transmisión *inter vivos* de derechos, tendrá siempre un carácter limitado “al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determine”, extremos cuya omisión previene el legislador estableciendo un ámbito temporal, territorial y material supletorio en el art. 43.2 del TRLPI. Ahora bien, para poder transmitir estos derechos y que el negocio de cesión o la licencia sea válido, el autor ha de tener capacidad para contratar.

Al margen de la explotación comercial de la obra por su autor, y en la medida que aquella trasciende la vida de éste, el art. 42 del TRLPI establece que los derechos de explotación de la obra se transmiten *mortis causa* por cualquiera de los medios admitidos en derecho. En este sentido, los derechohabientes pueden continuar los contratos celebrados por el autor o concluir otros nuevos²⁸³. De esta forma, tanto unos como otros, como titulares de los derechos de explotación que se transmiten, podrán prestar su consentimiento a la explotación digital de la obra, sin embargo la posición jurídica de cada uno de ellos en virtud de la distinta naturaleza del acto transmisivo, exige que realicemos un tratamiento diferenciado.

2.2 La capacidad del autor para transmitir derechos de explotación digital o facultades de uso digital de la obra en Internet.

Aunque respecto al acto creativo, y para ostentar la condición de autor no se exige la capacidad de obrar, por cuanto no es un acto jurídico, sino más bien un acto humano al que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento del derecho de autor, dicha capacidad de obrar será exigible al autor respecto a la cesión de sus derechos de explotación o la licencia de uso digital de la obra. La doctrina clásica que abordó los contratos típicos de transmisión de derechos patrimoniales para la explotación de la obra, solía incluir a la hora de abordar el sujeto de estos contratos, un cierto

²⁸³ RATZENBERGER, M.: *Du contrat d'édition en matière littéraire*, Lausanne, 1908, p. 61.

tratamiento de la capacidad del autor para contratar²⁸⁴. Al considerar que para suscribir un contrato de explotación de la obra es necesario disponer de los derechos o facultades que se pretenden ceder y tener capacidad para contratar²⁸⁵. Dado el contenido específico de la propiedad intelectual, las reglas de capacidad serían distintas según se considerase como un derecho puramente patrimonial o de la personalidad²⁸⁶. La distinta naturaleza del derecho moral y los derechos de explotación que integran el contenido de la propiedad intelectual, y la posible implicación en el contrato no sólo de los derechos de contenido económico sino también de ese haz de derechos morales que entroncan con los derechos de la personalidad del autor, tamiza el tratamiento que las reglas generales de capacidad para contratar del autor.

Respecto al autor menor de edad, éste, si bien posee desde el nacimiento capacidad jurídica, durante sus primeros años de vida carece de capacidad de obrar, razón por la que se establece unas medidas especiales de protección, de forma que con la asistencia de sus representantes legales, titulares de la patria potestad y tutela, podrá actuar en el tráfico jurídico²⁸⁷. Por ello, el consentimiento en el contrato de explotación digital debe ser prestado por el autor asistido por el progenitor que ostenta la patria potestad, o en el caso de los menores sometidos a tutela, por su tutor. Como RODRIGUEZ TAPIA pone de manifiesto el menor puede celebrar el contrato con asistencia de sus padres o tutores, pero será parte de la relación obligatoria el propio menor, lo que permitirá a éste asumir de modo pleno su posición de cedente en el contrato de cesión o licenciatario, así como la responsabilidad derivada del

²⁸⁴ Vid. DUPPONT-ROUGIER, P. : *Du contrat d'édition, op. cit.*, p. 65 y ss.; LARDEUR, G.: *Du contrat d'édition...*, *op.cit.*, p. 94 y ss.; PAITEL, G.: *Du contrat d'édition, Etude des rapports entre éditeurs et auteurs*, Burdeos, 1898, p.68 y ss.; RATZENBERGER, M.: *Du contrat d'édition...*, *op.cit.*, p. 58 y ss.; RAULT, J.: *Le contrat d'édition...*, *op.cit.*, p. 131 y ss.; RUDELLE, P. : *Des rapports juridiques...*, *op.cit.*, p. 40 y ss.; STRIFFLING, R.: *Le contrat d'édition...*, *op.cit.*, p. 32 y ss.

²⁸⁵ PAITEL, G.: *Du contrat d'édition...*, *op.cit.*, p. 68; RATZENBERGER, M.: *Du contrat d'édition...*, *op.cit.*, p. 58.

²⁸⁶ RAULT, J.: *Le contrat d'édition...*, *op.cit.*, p. 131.

²⁸⁷ PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 170.

mismo, cuando alcance su emancipación²⁸⁸. No necesariamente ésta es la solución más tuitiva para el autor, ello dependerá del éxito de su obra o de la consolidación de su carrera profesional. Pero, en principio, parece la solución más afín al mantenimiento de la fuerza vinculante del contrato, lo que puede jugar a favor o en contra de cada una de las partes del contrato según como se desenvuelva en el tiempo la explotación comercial de la obra.

En cualquier caso, la aplicación de la teoría general del contrato, llevará a entender que el contrato celebrado por el menor, en la medida que tenga capacidad de entender y de querer, y no por el progenitor que ostente la patria potestad o, en su defecto, su tutor, será ineficaz, pudiendo solicitar su anulación únicamente el menor que prestó su consentimiento a la celebración del contrato, no el editor. Por otro lado desde la órbita del art. 154 del CC resulta obvio que el contrato de explotación digital afecta a sus intereses patrimoniales, pero la primera duda que suscita es determinar si el contrato de explotación digital es un acto de administración o de disposición, si entendemos que este contrato como negocio de cesión de derechos patrimoniales, parece que se aproxima más a los actos de disposición lo que reconduciría la régimen del art. 166 del CC y la autorización judicial, sobre todo si en virtud de él se opera una cesión exclusiva²⁸⁹, no obstante debe tenerse en cuenta lo que establece la

²⁸⁸ RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 44”, en *Comentarios a la LPI*, dir. RODRIGUEZ TAPIA, ed. Aranzadi, Cizur-Menor, 2007, p. 363, no obstante matiza este autor: “Lo que no quiere decir que, por medio del defensor judicial o al llegar a la mayoría de edad puedan pedir cuentas a sus padres o tutores por los contratos firmados de su nombre e interés durante la minoría o tutela (art. 168 CC)”.

²⁸⁹ En este sentido es importante acoger la distinción establecida por RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 44”, en *Comentarios a la LPI*, dir. RODRIGUEZ TAPIA, op.cit., p. 362 y ss entre cesión exclusiva y cesión no exclusiva reconducidas a las categorías de actos de administración y disposición del siguiente modo: “La cesión de derechos de explotación si no tiene carácter exclusivo o es de corta duración (los cinco años del art. 43.2 podrán establecer un listón de referencia), puede calificarse de acto de *administración*, por lo que para celebrarlas bastaría la capacidad para obligarse: se administran derechos porque, en efecto, no se transmiten ni se dispone de ellos, de forma que el cedente no se ve impedido de seguir explotando la obra en concurrencia con el cesionario.

Frente a ello, la cesión en exclusiva de derechos o aquellas que tengan una duración dilatada, que impiden otorgar cesiones incompatibles durante ese plazo, se *acercan* más bien a un acto de *disposición* de los derechos, con independencia de la naturaleza traslativa u obligatoria que se quiera dar al acto de la cesión de derechos, de manera semejante a los arrendamientos. Aunque no hubiera verdadera transmisión del derecho al cesionario, al exclusivista se le otorga un *ius prohibendi* que excluye también al cedente (la semejanza con el usufructo o el arrendamiento oponible a terceros es evidente)”.

doctrina clásica en cuanto que habría que indagar sobre el fin económico perseguido por las partes y las repercusiones del acto sobre el patrimonio del menor²⁹⁰.

En el caso de que el menor viva de forma independiente el art. 44 del TRLPI establece un régimen especial que afecta a su capacidad para suscribir el contrato de explotación digital. Este precepto dispone que: “Los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tengan a su cargo, tienen plena capacidad para ceder derechos de explotación”. Por lo que en este caso no será necesario ningún complemento de capacidad para la eficacia del negocio de cesión o licencia, siendo, como DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS pone de manifiesto, un régimen especial aplicable al menor que vive de forma independiente, presupuesto de hecho del precepto, aunque no al menor emancipado, que tendría para este autor una menor capacidad de obrar respecto al menor que simplemente hace vida independiente²⁹¹.

Sin perjuicio, a nuestro modo de ver, de la necesaria aplicación directa de lo dispuesto en el art. 323 del CC al menor emancipado que únicamente restringiría la capacidad de éste en el caso de que la obra cuya explotación digital se pretende pudiera ser considerada “una obra de extraordinario valor”. Por tanto, el art. 44 del TRLPI, y tal y como resulta de su tramitación parlamentaria, flexibilizaría la capacidad de contratar del menor no emancipado pero que hace vida independiente, lo que resulta coherente con el grado de madurez demostrado no sólo con su capacidad creadora sino también con su *modus vivendi*, pudiéndose plantear una aplicación analógica de art. 323 del CC, en aquellos casos muy excepcionales en los

²⁹⁰ RAULT, J.: *Le contrat d'édition...*, op.cit., p. 140. Por el contrario para LARDEUR, G.: *Du contrat d'édition...*, op.cit., p. 97 el contrato de edición es un acto de administración.

²⁹¹ DIAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M.: “Comentario al art. 44”, en *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 44 considera respecto al autor emancipado que: “A éste no se le sería de aplicación el art. 44, pero sí el 323 del CC, con la consiguiente exigencia de complemento de capacidad para una obra de extraordinario valor. Así pues causa sorpresa la menor capacidad que tiene el autor emancipado respecto de la reconocida al menor que simplemente hace vida independiente, que no estaría sometido a tal limitación”.

que el extraordinario valor de la obra pueda requerir una protección reforzada de su patrimonio²⁹².

Por otro lado, y trascendiendo la dimensión puramente patrimonial de la creación, respecto a la obra inédita se plantea la posible afectación a los derechos morales del menor. La capacidad creativa de un menor queda fuera de duda prácticamente en todos los ámbitos del arte. Como hemos visto la creación no se construye en nuestro ordenamiento como un acto jurídico, sino como un hecho humano, incluso precoz, del que puede derivar el nacimiento del derecho de autor. Sin embargo, la explotación patrimonial de la obra exige la realización de una serie de contratos o negocios jurídicos respecto a los cuales rigen las normas generales sobre capacidad para contratar. Como hemos visto el menor no emancipado debe ser representado por el progenitor que ostente la patria potestad, o en su defecto, por el tutor, pues les corresponde por mandato legal la administración de sus bienes.

Ahora bien debemos distinguir entre si la obra ha sido divulgada o aún es inédita, en definitiva, si este es un acto de trascendencia sólo patrimonial, o también de incidencia en la esfera personal del autor. En el caso de que la obra sea inédita, la explotación digital de la obra afecta tanto a los derechos patrimoniales como morales del autor, por lo que habría que entender necesario el consentimiento del menor, en la medida que tuviera capacidad de entender y de querer, en virtud del derecho moral de autor²⁹³, pero también del propio art. 162 del CC de acuerdo con el cual se exceptúa del régimen general de representación legal de los padres respecto a los actos del menor, aquellos relativos a los actos de la personalidad u otros que el hijo

²⁹² A semejante interpretación analógica con cautelas llega DIAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M.: “Comentario al art. 44”, *op.cit.*, p. 777 al establecer que: “Si se trata de una obra de extraordinario valor, tendrá lugar la restricción del artículo 323, que exige el complemento de capacidad que, en cambio, será innecesario para cualquier modalidad de transmisión de los derechos de explotación sobre la misma obra. Semejante disparidad de tratamiento no parece que pueda ser resuelta sino a base de una extensión analógica (no exenta de dificultades) del artículo 44 LPI”.

²⁹³ DUPPONT-ROUGIER, P. : *Du contrat d'édition...*, *op.cit.*, p. 66; STRIFFLING, R.: *Le contrat d'édition*, *op.cit.*, p. 32 incluso exige el consentimiento del menor para la renovación del contrato. Vid. también PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor...*, *op.cit.*, p. 171 y ss. haciendo referencia a la Ley portuguesa de 1985 cuyo artículo 69 establece que la capacidad del autor para el ejercicio de los derechos morales se comprende desde que tenga entendimiento natural.

de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo²⁹⁴. Un precepto imbuido del espíritu de la regulación de la patria potestad en el Código Civil (art. 154), y la necesidad de que el menor sea oído respecto a aquellos actos que le afecten. Además, debe tenerse en cuenta que el art. 8.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor establece que el derecho a la libertad de expresión del menor se extiende a la publicación y difusión de sus opiniones, teniendo como límites la protección a la intimidad y la imagen del propio menor, quedando su ejercicio sometido a las restricciones que prevea la Ley para garantizar el respeto a los derechos de los demás o la protección de la seguridad, salud, moral u orden público.

Por otro lado, la persona que ostente la patria potestad o la tutela podrían oponerse a la divulgación de la obra amparándose en el posible perjuicio moral al menor, a su fama o reputación. No obstante en caso de conflicto con la voluntad del menor debería resolverse por vía judicial, a la luz del interés del menor y el desarrollo libre de su personalidad. Y en cualquier caso debería tener en cuenta los propios límites que conforman el contenido del derecho a la libertad de expresión del menor en el art. 8.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Finalmente, el menor, dentro del ámbito de sus derechos morales, debe pronunciarse no sólo sobre si divulga o no su obra, sino también sobre la forma de divulgación elegida para que el público acceda por primera vez a ella, la modalidad de explotación patrimonial elegida, así como sobre las condiciones de la cesión de los derechos de explotación patrimonial. Así como sobre otros extremos relevantes respecto ala explotación. En especial, la personalidad del explotador, la marca comercial que saque su obra a la luz, o bien la opción de ofrecer de forma gratuita la

²⁹⁴ RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 44”, en *Comentarios a la LPI*, dir. RODRIGUEZ TAPIA, *op.cit.*, p. 362.

obra en Internet, remuneración y demás circunstancias que puedan afectar a sus intereses económicos, pero también a sus derechos morales²⁹⁵.

Aunque la doctrina clásica sobre la capacidad de contratar del autor, trasladó las mismas consideraciones aplicables al menor al incapaz, consideramos que en la actualidad los autores afectados por algún trastorno mental merecen un tratamiento diferenciado. La condición de autor no depende de la salud mental de éste, por eso, cabe que una creación efectuada por una persona afectada por un trastorno mental, incluso manifestada en ese momento creativo, en la medida que no resulte invalidante de la autonomía de la persona, y permita a éste acometer el acto de la creación, pueda ser protegida por el derecho de autor.

En principio, la enfermedad mental no supone en abstracto la incapacidad ni para crear ni tampoco para declarar la propia voluntad respecto a los negocios de explotación y cesión de derechos patrimoniales sobre la obra creada, siempre que dicha voluntad no haya sido anulada por el trastorno psíquico²⁹⁶. En aquellos casos en que la enfermedad impida al autor gobernarse por sí mismo, será la sentencia de incapacitación la que determine respecto a qué tipo de actuaciones se le priva de su capacidad de obrar. Pero en la medida que el acto de la creación le otorga sobre la obra no sólo una serie de derechos patrimoniales, también morales, nos enfrentamos a las mismas dudas e incertidumbres que respecto al autor menor en aquellos casos en que la obra creada todavía no se haya divulgado. Aunque con un importante matiz, si bien la edad determina la capacidad de obrar en nuestro ordenamiento, el trastorno mental, en principio no priva, de dicha capacidad salvo que invalide la voluntad en el momento de prestación del consentimiento o determine la incapacitación por la afectación global de la enfermedad al gobierno de su persona.

²⁹⁵ RAULT, J.: *Le contrat d'édition...*, *op.cit.*, p. 133 y ss., para quien las condiciones de la cesión pueden afectar gravemente al derecho moral del autor: "La cession à vil prix du droit de reproduction peut, indépendamment du prejudice matériel, porter une atteinte sérieuse à sa reputation".

²⁹⁶ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho...*, *op.cit.*, p. 146 admite este autor que si el ordenamiento protege al incapacitado otorgándole una acción de anulación: "En cambio, en los contratos de los enfermos mentales y de los disminuidos psíquicos no incapacitados, la acción tiene que fundarse en la falta de discernimiento y en la falta de voluntad. Por consiguiente, el actor tendrá que probar la incidencia de su enfermedad o anomalía en relación con tales factores y en relación también con el tipo contractual debatido".

En este sentido, considero que en contra de lo que tradicionalmente consideró la doctrina clásica²⁹⁷, el autor enfermo mental podrá celebrar el contrato de explotación digital, siempre que dicho trastorno en el momento de la prestación de su consentimiento no anule su voluntad. Podrá también ejercer sus derechos morales, en especial sus derechos de divulgación y de inédito²⁹⁸, así como el posterior de retirada de la obra del comercio, salvo cuando el trastorno mental invalide su voluntad o bien, haya determinado por el grado de afectación o virulencia su incapacitación judicial²⁹⁹.

Finalmente, y por lo que respecta al autor ausente, habrá que discernir si la obra que se pretende explotar ha sido divulgada o no. En el primer caso, la explotación de la obra sería una facultad que el representante del ausente podría acometer dentro de la administración de su patrimonio, y la obligación de obtener de sus bienes “los rendimientos normales de que fueran susceptibles”³⁰⁰. En el segundo caso, tratándose de una obra inédita, la afectación a los derechos morales del autor, no permitirían entender este acto como de mera administración, asumible por parte de su representante, salvo que el propio autor antes de su desaparición haya manifestado su voluntad de divulgar la obra³⁰¹, como ocurriría en el caso de que hubiera autorizado un disfrute colectivo y gratuito de la obra en Internet. Dado el propio carácter transitorio de la declaración de ausencia, a la espera de la aparición

²⁹⁷ DUPPONT-ROUGIER, P.: *Du contrat d'édition...*, op.cit., p. 68; LARDEUR, G.: *Du contrat d'édition...*, op.cit., p. 98.

²⁹⁸ Incluso dentro de la doctrina clásica la afectación de la edición de la obra inédita a los derechos morales del autor se ha considerado que no podría ser suplida por el tutor, en este sentido, RUDELLE, P.: *Des rapports juridiques...*, op.cit., p. 47, para quien respecto al autor incapacitado judicialmente la divulgación de la obra exigiría siempre la aparición de un intervalo lúcido.

²⁹⁹ En este último caso deberá atenderse a la irrupción de un intervalo lucido para interpretar la voluntad real del autor, a los efectos de que pueda ser ejecutada por su tutor, en última instancia, y ante la ausencia de dicha lucidez por parte del autor, la retirada de la obra exigiría la necesaria intervención judicial para valorar los intereses en conflicto.

³⁰⁰ PAITEL, G.: *Du contrat d'édition...*, op.cit., p. 79.

³⁰¹ DUPPONT-ROUGIER, P.: *Du contrat d'édition...*, op.cit., p. 71 para quien antes de la declaración de ausencia la publicación sólo se permitirá si el autor manifestó formalmente su intención de publicarla. Mucho más contundente se muestra PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor: la facultad...*, op.cit., p. 184, quien incluso afirma que el respeto al derecho moral del ausente llevaría a la imposibilidad de percibir derechos de alimentos respecto a dichas obra inéditas.

del desaparecido o la declaración de fallecimiento, la celebración del contrato o negocio de explotación digital respecto a una obra inédita, que afecta a los intereses morales del autor, debería reservarse al ausente reaparecido o a sus herederos en caso de que se haya declarado fallecido³⁰².

Por otro lado, puede ocurrir que a pesar de tener el autor capacidad de obrar no pueda prestar su consentimiento al contrato de explotación digital, porque carezca de los derechos de explotación patrimonial sobre la obra, bien porque los haya cedido el propio autor a un tercero, bien porque se hayan cedido por la ley de forma presunta. En este último caso, *work made for hire*, nos encontramos ante un autor que ostenta la paternidad intelectual sobre la obra, pero al que no corresponden los derechos de explotación. Como ocurre en el caso de la obra creada en virtud de una relación de trabajo donde, salvo pacto en contra³⁰³, opera una cesión presunta de derechos de explotación patrimonial al empresario³⁰⁴. De este modo, el art. 51 del TRLPI excepciona el régimen general de cesión de derechos de explotación, en el sentido de que se presume la exclusividad cuando de acuerdo con el art. 48 del TRLPI la cesión exclusiva debe efectuarse de forma expresa. Este régimen especial de cesión responde a una cierta lógica económica³⁰⁵, así como a la posición de dependencia que liga al trabajador con el empresario. Esa relación se traslada al propio ámbito material de la cesión, en el sentido, de que la falta de mención sobre las modalidades de explotación no se integra con la regla interpretativa del art. 43.2, sino con la prevista en el art. 51 del TRLPI. De este modo los derechos se entienden cedidos “en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad

³⁰² PAITEL, G.: *Du contrat d'édition...*, *op.cit.*, p. 79; DUPPONT-ROUGIER, P. : *Du contrat d'édition...*, *op.cit.*, p. 71; RATZENBERGER, M.: *Du contrat d'édition...*, *op.cit.*, p. 62 y ss.

³⁰³ Como RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 51”, en Comentarios a la LPI, ed. Aranzadi, Madrid, 2007, p. 383 esa cesión expresa del trabajador al empresario tanto podría producirse en virtud del contrato como del convenio colectivo, señalando que en el gremio periodístico esa cesión suele hacerse de forma habitual por convenio.

³⁰⁴ Como acertadamente señala VALDES ALONSO, A.: *Propiedad Intelectual y Relación de Trabajo*, ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 105 “los frutos o utilidad patrimonial extraíble de la obra creada” nacen originariamente en el patrimonio del autor, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 1 del TRLPI.

³⁰⁵ LUCAS, A. y LUCAS, H.J.: *Traité de la propriété...*, *op.cit.*, p. 156.

habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral”.

Como RODRIGUEZ TAPIA matiza la especialidad de esta norma radica en el plano objetivo, y no subjetivo³⁰⁶, en el sentido de que se aplica a las obras creadas en el marco de una relación laboral que tiene por objeto la creación de obras intelectuales, y que deben concordar con la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra. Deben responder al objeto del contrato o a las instrucciones dadas por el empleador dentro de lo que constituye su “actividad habitual”, incluso cuando la ha efectuado sin una instrucción u orden previa, sino bajo su iniciativa³⁰⁷. Pero no se aplica respecto a las obras que el trabajador cree fuera de dicho ámbito objetivo de la relación laboral que le vincula al empresario. Esas creaciones quedarían dentro de la esfera del autor. La determinación del ámbito material de esta cesión resulta fundamental a la hora de establecer qué parte del contrato, el empleado o el empleador, ostenta la titularidad de los derechos de explotación, y puede prestar, en consecuencia, su consentimiento a la cesión de derechos de explotación digital o a la autorización de su uso en Internet.

La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en este ámbito sobre la edición digital de la explotación de fotografías en ediciones digitales de periódicos, y considera que la cesión incluye no sólo los derechos de explotación para la edición en papel sino también para la versión digital, al entender que en el momento de producirse la cesión ya era habitual la actividad de edición y publicación digital³⁰⁸.

Por otro lado la referencia al momento de la entrega de la obra, que no debe entenderse en sentido material, como tradición, sino más bien como punto en el que

³⁰⁶ RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 51”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 840.

³⁰⁷ CARBAJO CASCON, F.: “Régimen General de la Transmisión de derechos de propiedad intelectual”, en *Propiedad Intelectual*, coord. ESTEVE PARDO, A., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 325.

³⁰⁸ CARBAJO CASCON, F.: “Régimen General de la Transmisión...”, *op.cit.*, p. 328.

se entiende acabada la obra, pospone el momento relevante del alcance de la cesión no al de la suscripción del contrato sino al de la realización del objeto de la prestación laboral³⁰⁹. En cualquier caso se trata de una cesión temporal, limitada a la duración de la relación laboral, y a la del pacto de no concurrencia establecido en el art. 21 del ET, que deja siempre en el círculo rector del trabajador los derechos morales sobre la obra³¹⁰.

No obstante, y respecto a la obra inédita, se vuelve a plantear la incidencia de los derechos morales en la explotación, y en especial, del derecho de divulgación del autor asalariado. Resulta necesaria la autorización de la divulgación por parte del autor³¹¹, sin la cual el empresario no podría disponer de la obra. En este sentido, y como VALDES ALONSO pone de manifiesto resulta difícil defender el derecho de inédito del trabajador cuando ya prestó su consentimiento al contrato de trabajo, pues “estaría incumpliendo la prestación básica para la que fue contratado”, debiendo, en consecuencia, indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a su empleador³¹².

En cualquier caso, y dada la incidencia que la prestación laboral puede tener en los derechos morales del trabajador, debería contemplarse este supuesto en el contrato o convenio laboral, en especial, la delimitación de la prestación laboral de modo claro y preciso, pues en el contrato laboral el trabajador no podría renunciar a su derecho de inédito sobre la obra por dos razones. En primer lugar, porque este derecho de acuerdo con el art. 14.1 del TRLPI es irrenunciable, y en segundo lugar, porque no se puede renunciar ni modular el ejercicio de un derecho que no ha nacido porque la obra aún no ha sido creada en el momento de celebrar el contrato laboral. No obstante, la delimitación de la prestación laboral puede contribuir a hacer más satisfactoria la obra tanto desde el punto de vista del empleado como del empresario. Se entiende que la puesta a disposición del trabajador en el cuadro organizativo de la

³⁰⁹ RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 51”, en Comentarios a la LPI, ed. Aranzadi, Madrid, 2007, p. 385.

³¹⁰ VALDES ALONSO, A.: *Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, Madrid, 2001, p. 108.

³¹¹ VALDES ALONSO, A.: *Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 175.

³¹² VALDES ALONSO, A.: *Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 175 y ss.

empresa, presupone que su trabajo intelectual se dirija a la explotación comercial de la obra por parte del empresario. El ejercicio del derecho de inédito por parte del autor o la negativa a publicar la obra por parte del empresario, revela siempre un desacuerdo entre ambas partes respecto a la delimitación o ejecución de la prestación laboral, con incidencia no sólo respecto a la explotación de la obra, sino también en el marco de la relación laboral como posible falta de sumisión al poder del empresario.

Respecto a la posible aplicación analógica de la cesión presunta establecida en el art. 51 del TRLPI, exigirá la existencia de una identidad de razón, lo que ocurrirá no sólo cuando se den unas instrucciones o encargo de funciones al autor, sino también cuando exista una relación de jerarquía o subordinación, como en el caso de las obras creadas en virtud de una relación funcional, consecuencia del servicio público que presta el funcionario³¹³. Pero sin que pueda extenderse esta presunción al simple encargo³¹⁴ ni tampoco al contrato de mandato, sin perjuicio de lo que establezca el art. 1258 CC, por entender que uno de los elementos que

³¹³ En este sentido se manifiesta RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 51”, en Comentarios a la LPI..., Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, *op.cit.*, p. 841. Para este autor la identidad de razón entre los supuestos análogos y el contemplado en el art. 51 del TRLPI se da cuando: “además de unas instrucciones o encargo de funciones, se dé una relación de jerarquía o subordinación de tal entidad que determine la enajenación de los resultados de trabajo”. Desde nuestro punto de vista lo que realmente determina la aplicación analógica del art. 51 del TRLPI a la relación funcional es la posición de jerarquía del funcionario respecto a su empleador, o de modo más preciso la relación de especial sujeción en la que se halla, así como la existencia de unas previas instrucciones o encargo por parte de la Administración dentro del ámbito del servicio público, y sea realizado en el ejercicio de sus funciones públicas. El tercer elemento “enajenación de los resultados del trabajo”, puede darse cuando la Administración cobre un precio público, pero puede no existir porque se ofrezca dicho resultado con carácter gratuito a los ciudadanos. Sobre la aplicación analógica del art. 51 del TRLPI a la relación funcional se manifiesta también ROGEL VIDE, C.: *Autores, coautores...*, *op.cit.*, p. 78 y ss. Aunque viene siendo habitual que de esta aplicación analógica se sustraiga a los profesores universitarios respecto a las clases impartidas vid. en este sentido ROGEL VIDE, C.: *Autores, coautores...*, *op.cit.*, p. 77 y ss., BERTRAND, A.: *Le droit d'auteur...*, *op.cit.*, p. 287. Respecto al resto de funcionarios operaría esta cesión presunta únicamente respecto a las obras creadas en el ejercicio de sus funciones públicas asignadas por la relación de puestos de trabajo de la Administración correspondiente.

³¹⁴ CASAS VALLES, R.: “Comentarios a los art. 428-429”, en Comentarios al Código Civil, Tomo III, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, R., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 3477. BERTRAND, A.: *Le droit d'auteur...*, *op.cit.*, p. 289 expone que si bien en un principio el art. 201 de la *Copyright Act* equipara las obras creadas por autores asalariados a las creadas en virtud de un contrato de servicios, refiere también una línea jurisprudencial norteamericana que aplica el art. 201 de la *Copyright Act* únicamente a las obras creadas por asalariados.

singularizan la relación laboral, la posición jerárquica del empleador respecto al empleado no se da en este otro tipo de relaciones contractuales. Porque el art. 51 del TRLPI es una excepción al régimen general de transmisión de derechos de explotación patrimonial *inter vivos* que establece el art. 42 del TRLPI, por lo que como excepción a dicho régimen general, de marcado carácter tuitivo, debe interpretarse de forma restrictiva³¹⁵.

A modo de recapitulación podemos decir que cuando el autor sea un individuo, y la creación en este sentido, sea producto exclusivo del esfuerzo intelectual de una persona, en principio se aplicarán respecto a él las reglas de capacidad y prestación del consentimiento, de acuerdo con la teoría general del contrato, acordes con su situación personal, y moduladas por la incidencia de sus derechos morales. Pues estos derechos de carácter personal, marcan un vínculo que ni siquiera la minoría de edad ni la incapacidad o ausencia del autor pueden romper, ya que no puede ser suplido en su ejercicio por un tercero. Del mismo modo que dichos derechos morales subsisten cuando la obra es creada por el autor no en virtud de su libre iniciativa, sino como resultado de un encargo en el marco de una relación de dependencia o sujeción, laboral o funcionarial. No obstante la cesión presunta de derechos patrimoniales al empresario convierte a éste en explotador de la obra, y por tanto, en la persona titular de los derechos patrimoniales que puede prestar su consentimiento respecto a los negocios de cesión o licencia.

2.3 La transmisión de derechos de explotación digital o facultades de uso en Internet por el autor a terceros. Negocios de cesión y regímenes de licencias.

A) El régimen previsto en el TRLPI.

El art. 43 del TRLPI establece que los derechos de explotación patrimonial pueden transmitirse por actos *inter vivos*. Si bien, como ya hemos apuntado, no se exige capacidad de obrar para ostentar la paternidad intelectual sobre una obra, pero

³¹⁵ Por el contrario, RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 51”, en Comentarios a la LPI..., Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, *op.cit.*, p. 841 y ss., considera aplicable el régimen del art. 51 del TRLPI incluso al contrato de mandato.

sí para disponer de los derechos de explotación patrimonial sobre la obra. Por lo que nos remitimos en este punto a las anteriores consideraciones efectuadas en cuanto a la capacidad de obrar del autor.

La LPI de 1987 supuso una ruptura respecto al régimen de transmisión de la propiedad intelectual contenido en la Ley de 10 de enero de 1879 sobre Propiedad Intelectual. Parece hoy unánime en la doctrina que la LPI de 1987 supuso la erradicación de la venta de dicha propiedad intelectual en nuestro Derecho³¹⁶, en el sentido de transmisión con carácter perpetuo y definitivo de los derechos que el autor ostenta sobre su obra. Hasta tal punto que la propia hipoteca y el embargo sobre los derechos de explotación patrimonial que contempla el art. 53 del TRLPI se considera por RODRIGUEZ TAPIA como negocios que “no conducen exactamente a una venta por subasta, sino más bien a una cesión forzosa de los derechos con un límite temporal, espacial y material”³¹⁷. En definitiva, se aplican los límites propios de todo negocio de cesión establecidos en primer lugar en el propio negocio en cuanto al alcance material (derechos cedidos y modalidades de explotación previstas), al tiempo y al ámbito territorial que se haya determinado, y en su defecto integrado por los límites supletorios establecidos en el art. 43 TRLPI en cuanto al contenido mínimo material de la cesión. Pues, como CASAS VALLES señala, la cesión de los derechos patrimoniales de autor está sometida al principio de independencia proclamado en el art. 23 del TRLPI³¹⁸, a una duración máxima de cinco años y al ámbito territorial del país en el que se haya realizado la cesión, rigiendo siempre un principio de interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la cesión³¹⁹. En cualquier caso se trata de una cesión contractual referida a la transmisión del

³¹⁶ GETE ALONSO Y CALERA, M.C.: “Comentario al art. 43”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 747.

³¹⁷ RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 17 LPI”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2009, p. 176.

³¹⁸ CASAS VALLES, R.: “Comentario a los art. 428 a 429”, *op.cit.*, p. 3477.

³¹⁹ RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 43 LPI”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Aranzadi, 2007, p. 359 para quien: “En materia de cesión de derechos prima un principio de interpretación restrictiva: el cesionario «adquiere» lo que expresamente se desprende de la cesión, quedando el cedente con todos los demás derechos. Este principio es opuesto al de la venta de bienes o derechos, de interpretación extensiva: se entiende que el comprador adquiere todos los derechos que no se reserva expresamente el vendedor”.

contenido económico del derecho de propiedad intelectual³²⁰. Dada la indisponibilidad proclamada en el art. 14 del TRLPI respecto a los derechos morales. Esta transmisión no comporta la adquisición de ningún derecho real, sino más bien un derecho personal que faculta a su titular para explotar la obra dentro del marco y de los límites establecidos en el propio negocio de cesión o para utilizar la obra en las condiciones establecidas en la licencia de uso³²¹. Por tanto, deja en poder del autor los derechos patrimoniales y modalidades de explotación no expresamente cedidos, el derecho de colección (art. 22 TRLPI), el derecho de los coautores respecto a su aportación cuando el negocio de cesión tenga por objeto la obra en colaboración. Y en todo caso, quedan fuera del negocio de transmisión los derechos morales del autor.

Respecto a los derechos morales del autor, cabe apuntar que la cesión de derechos patrimoniales efectuada a un tercero respecto a una obra inédita, no constituye un acto de divulgación, ni autoriza a éste para proceder a su divulgación, salvo que tal voluntad del autor se infiera del negocio de cesión o se haya autorizado por éste. La transmisión por parte del autor del derecho de explotación digital otorga al derechohabiente el poder de explotación digital de la obra, cuyo alcance quedará delimitado en función del carácter exclusivo o no de la cesión que de los derechos y modalidades de explotación haya efectuado el autor.

³²⁰ Para CARBAJO CASCON, F.: “Régimen General de la Transmisión de derechos de propiedad intelectual”, en *Propiedad Intelectual*, coord.. ESTEVE PARDO, A., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 298 considera que en estos negocios el autor cede el ejercicio pero no el derecho que permanece en la esfera del autor, tratándose más bien de un negocio parecido a la concesión, autorización o licencia, en el sentido de que no hay “una subrogación jurídico-real en la titularidad del derecho cedido”, sino una autorización para explotar los derechos o modalidades transmitidos en un territorio y durante un tiempo determinado. Para este autor en lugar de cedente y cesionario como titular originario y derivado de los derechos de explotación, sería más correcto pensar en ellos como licenciante (titular) y licenciatario (usuario) de derechos de explotación sobre la obra.

³²¹ GETE ALONSO Y CALERA, M.C.: “Comentario al art. 43”, *op.cit.*, p. 749.

a) El cesionario en exclusiva de los derechos de explotación digital de la obra en Internet.

La cesión en exclusiva de los derechos patrimoniales otorga al cesionario un cierto monopolio de explotación respecto al derecho transmitido y/o modalidades de explotación cedidas, de modo que ni siquiera el autor podrá concurrir en la explotación de la obra dentro del ejercicio del derecho transmitido o de la modalidad de explotación cedida³²². No obstante, y dado los propios límites *ex lege* de la cesión, cabe sostener que el autor no transfiere sus derechos patrimoniales al cesionario exclusivo en su integridad material ni territorial. Pues, como hemos dicho, quedarán en su poder las modalidades de explotación no transmitidas expresamente o que se deduzcan del propio contrato, o sean indispensables para cumplir su finalidad, y la explotación respecto a aquellos países a los que no se extienda el ámbito expreso de la cesión.

Por lo tanto, y a pesar de que el cesionario ostente los derechos patrimoniales necesarios para la explotación digital de la obra, porque esta modalidad de explotación haya sido objeto de la cesión exclusiva deberá tolerar la cesión que el autor pueda efectuar a otro explotador³²³. Una de las cuestiones más polémicas que suscita la explotación en línea de contenidos protegidos es si la cesión del derecho de comunicación pública comporta la transmisión al explotador del derecho de puesta a disposición del público. En este punto debemos tener en cuenta también lo dispuesto en el art. 43.5 del TRLPI en cuanto a que la transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión

³²² En este sentido RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 49”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. RODRIGUEZ TAPIA, ed. Aranzadi, Cizur-Menor, 2007, p. 373 considera que: “el cesionario en exclusiva dispone, pues, de un *ius prohibendi*, que excluye al propio cedente y que se refiere a una obra concreta, unos derechos y formas de explotación concretos, durante un tiempo cierto y un ámbito territorial delimitados por el pacto o, supletoriamente, por el artículo 43, con algunas excepciones (normas especiales para la edición y representación)”.

³²³ RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 49”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. RODRIGUEZ TAPIA, *op.cit.*, p. 374 para quien de la necesidad “de identificar modalidades, tiempo y espacio de la exclusiva, se desprende la posibilidad de que puedan coexistir de forma simultánea muchos cesionarios en exclusiva de una misma obra: basta que tengan derechos, espacios o tiempos distintos para no ser incompatibles”.

inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión. La propia alusión a las “modalidades de explotación inexistentes o desconocidas al tiempo de la cesión” en este precepto nos sitúa en la necesidad de excluir la cesión de las modalidades de explotación digital en aquellos negocios de cesión anteriores a la propia aparición de Internet.

La consideración del cesionario en exclusiva como derechohabiente del autor, exige tomar en consideración el art. 49 del TRLPI. De esta forma el cesionario en exclusiva puede transmitir a otro ese derecho o derechos ligados a la explotación digital en Internet de la obra. Aunque para ello este precepto exija el consentimiento expreso del autor, al tratarse de un negocio que de acuerdo con CAVANILLAS MUGICA admite una doble calificación como cesión de contrato y como cesión de derechos³²⁴, pero también al estar imbuido de un cierto o atenuado *intuitus personae*, al considerar la creación como producto del espíritu, que adquiere un reflejo normativo mayor en la regulación de algunos contratos típicos como el contrato de edición.

En el primer caso, la cesión del contrato de cesión de derechos patrimoniales con carácter exclusivo puede definirse como aquel negocio, en virtud del cual el cesionario transmite una relación contractual, o más exactamente, la cualidad de parte, entendido como un centro de imputación de intereses diversos, de créditos y deudas, pero también otros efectos derivados del contrato³²⁵.

En el segundo caso, se trataría de un negocio en virtud del cual se transmitiría “el componente activo de la primera cesión (derechos de explotación)”, pero no “los

³²⁴ CAVANILLAS MUGICA, S.: “Comentario al art. 49”, en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 830.

³²⁵ En este sentido VICENT LOPEZ, C: “Cesión de contrato: su aceptación por el contratante cedido”, *Revista General de Derecho*, Octubre-Noviembre, nº 661-662, 1999, p. 12520, para quien: “Precisamente, atendiendo al objeto de la cesión, podemos diferenciar la cesión de contrato de la cesión de créditos o deudas, en la medida que el objeto de la transmisión no es el crédito o la deuda nacida de la relación contractual, sino ésta misma, contemplada en su unicidad, en la totalidad de efectos desplegados por el sinalagma, lo que se pone en circulación a través de la cesión de contrato”.

pasivos (la remuneración y la correcta explotación de la obra siguen corriendo a cargo del primer cesionario, puesto que no hay asunción de deuda)³²⁶.

Respecto al consentimiento expreso del autor exigido en el art. 49 del TRLPI, dicho consentimiento no será necesario cuando nos hallemos ante el supuesto de cesión de contrato contemplado en el párrafo tercero del art. 49. Es decir, cuando la transmisión se lleve a cabo como la consecuencia de la disolución o del cambio de titularidad de la empresa cesionaria, precepto obviamente sólo aplicable a los cesionarios que sean personas jurídicas. CAVANILLAS MUGICA pone de manifiesto, con ello se protegen dos grupos de intereses: “a) los acreedores de la empresa cesionaria (incluidos los trabajadores), en caso de crisis de la misma, y b) los intereses de la política económica que aconsejan fomentar o facilitar la venta y el tráfico de empresas editoriales”³²⁷.

Tampoco será necesario el consentimiento del autor, en aquellos casos que el cesionario en exclusiva de los derechos patrimoniales otorgue una licencia de uso, en concurrencia con otros cesionarios e incluso con el propio autor, y ello porque entiendo aplicable en este caso el régimen general de otorgamiento de autorizaciones

³²⁶ CAVANILLAS MUGICA, S.: “Comentario al art. 49”, *op.cit.*, p. 831.

³²⁷ CAVANILLAS MUGICA, S.: “Comentario al art. 49”, *op.cit.*, p. 834 este autor transcribe la explicación ofrecida en la Comisión de Educación y Cultura del Congreso de los Diputados, por el congresista CLOTAS CIERCO, del Grupo Parlamentario Socialista, que en defensa de esta excepción a la intrasmisibilidad del derecho del cesionario en exclusiva comenta «mantenemos porque, de lo contrario, lo que ocurriría es que las empresas, sobre todo las editoriales, en el momento de cambio de titularidad o disolución quedarían sin el fondo. Es decir, que lo que constituye el fondo más importante de las empresas editoriales es este tipo de derechos precisamente los contratos. Si a una empresa en un momento se le van esos contratos se queda sin fondo, lo cual sería una distorsión enorme en el tráfico de empresas editoriales y no redundaría beneficio de los autores, sino en perjuicio de las empresas editoriales, muchas veces no de las más boyantes o importantes. Por eso consideramos que debemos mantener el texto de la ley. No hemos encontrado ninguna otra manera de paliar el efecto, si se quiere no deseado, de este párrafo de la ley; efecto no deseado —no tengo inconveniente en reconocerlo aquí— que sería que en el caso de disolución un autor determinado pudiera sufrir algún perjuicio en sus intereses. Me parece que este defecto, aun siendo muy lamentable, no lo será tanto como los intereses colectivos que se podrían perjudicar si nosotros cambiáramos el artículo en el sentido que desea la oposición e hiciéramos que estas empresas en el momento de la venta, cambio de titularidad o disolución, cuando evidentemente hay que negociar y atender una serie de intereses legítimos, quedarán sin el fondo, es decir, insolventes”.

establecido en el art. 48 del TRLPI. Además como titular de los derechos patrimoniales transmitidos por el autor goza de legitimación para perseguir las violaciones de estos derechos (art. 48 del TRLPI).

Por último, y en cuanto al poder de transmisión que ostenta el cesionario exclusivo, se ha planteado por la doctrina, si estos derechos pueden ser objeto de disposición *mortis causa* por parte del cesionario, y en este sentido si estos derechohabientes del cesionario podrían ser parte del contrato de explotación digital. En principio, con el contenido y alcance material del negocio de cesión, el cesionario podría disponer de sus derechos exclusivos sobre la obra, pero la plena subrogación del sucesor exigiría el consentimiento expreso del autor, al que en principio esa sucesión no le sería oponible.

A modo de recapitulación, y por tal de definir la posición jurídica del cesionario en exclusiva que obtiene del autor la titularidad de los derechos patrimoniales para la explotación digital de la obra, podemos decir: a) ostenta la titularidad de derechos patrimoniales y modalidades de explotación fijados en el contrato de cesión; b) como titular de esos derechos puede transmitir su titularidad, en este caso requerirá el consentimiento del autor, y puede autorizar libremente el uso digital de la obra en Internet; c) en la medida que obtiene del autor el derecho a explotar la obra en exclusiva, su régimen de explotación se basa en un monopolio, de forma que excluye a otros explotadores, incluso al propio autor; d) como titular de los derechos posee legitimación para perseguir las violaciones del derecho de autor.

b) El titular de una licencia de uso digital de la obra en Internet.

El cesionario no exclusivo no ostenta la titularidad de los derechos patrimoniales, en toda su extensión, o respecto a modalidades de explotación concretas, sino que de acuerdo con el art. 50 del TRLPI queda “facultado para utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión”. De modo que recibe del cedente una mera autorización y, por tanto, su derecho es intransmisible, salvo en los supuestos de disolución o cambio de titularidad de la empresa cesionaria. En el sistema tradicional de derecho de autor, y los contratos de explotación regulados en

el TRLPI, el régimen habitual de transmisión de derechos de explotación patrimonial solía ser la cesión con carácter exclusivo al intermediario, de forma que éste obtenía, así, un monopolio de explotación que aseguraba la eliminación de la competencia, incluso la del autor. En la explotación digital de contenidos protegidos en Internet, al desaparecer en gran medida el intermediario profesional o incluso cuando este existe³²⁸, se está generalizando que el autor licencie su obra directamente. Así, se faculta el uso digital de la misma en la red, bien de forma gratuita o previa remuneración, pero sin ceder la titularidad de los derechos. Por lo que, en principio, estas licencias no impedirían que el titular de los derechos de explotación pueda cederlos sin exclusividad en virtud de un negocio de cesión.

El régimen de licencias está conformando la explotación de contenidos protegidos en la red, de forma que el monopolio del autor se concreta en un poder de controlar el acceso, por medio de dos instrumentos: las licencias en línea y las medidas tecnológicas de protección. Hasta el punto que se ha generalizado en la red un sistema de autorizaciones para el disfrute de contenidos protegidos, denominado *Creative Commons*, aunque como veremos existen otros modelos de licencias, también basados en el uso libre, que pasamos a abordar a continuación.

B) Nuevas licencias que favorecen la utilización colectiva y libre de la obra: *Creative Commons*.

Aunque se ha querido presentar este sistema como una especie de alternativa al Derecho de autor, en realidad no es más que una aplicación del régimen de transmisión de derechos y facultades de explotación patrimonial de la obra, con especial incidencia y desarrollo en el entorno digital de Internet³²⁹. La concesión de

³²⁸ LE CROSNIER, H.: “Repensar los derechos de autor. Defensa socializada frente a los nuevos peajes de la cultura”, *Archipiélago: Cuadernos de crítica de la cultura*, 2003, nº 55, p. 12.

³²⁹ XALABARDER PLANTADA, R.: “Les llicencies Creative Commons...”, *op.cit.*, p. 6 para esta autora: “Amb la llicència CC, l'autor autoritza l'ús de la seva obra, però l'obra continua estant protegida no entra pas en el domini públic. Una altra cosa és que, segons l'amplitud de la llicència que hagi triat l'autor, els usuaris puguin utilitzar l'obra «com si» es trobés en el domini públic”. Lo que para NAVAS NAVARRO, S.: “Dominio público, disseminación *online*...”, *op.cit.*, p. 243, produce *de facto* una ampliación de dominio público a través de la regulación de las obras huérfanas, el *software* libre, *copyleft* y *Creative Commons*. La vinculación entre ambos conceptos desarrollo de *Creative*

estas licencias pueden llegar a dar presunción de titularidad de la obra, de acuerdo con el art. 5 del TRLPI, pero no equivale a una inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, porque no es la finalidad de *Creative Commons* registrar la obra sino ponerla en circulación. Con ello, queremos despejar algunas dudas, suscitadas por quienes defienden este sistema como alternativa al modelo Derecho de autor.

Se trata de una forma de gestionar las licencias sobre estos contenidos bajo un nuevo modelo de disfrute y producción de los bienes culturales, en el que la creatividad empieza a entenderse de un modo más participativo, menos individualista³³⁰. Se produce también un cambio del modelo clásico en el que el autor necesitaba de un intermediario profesional (editor, productor...) para llevar su obra al mercado³³¹, Internet ofrece herramientas para que el propio autor se relacione de un modo directo con el público, ofrezca su obra de modo inmediato, gestione las condiciones de utilización colectiva de la misma y recurra a otro tipo de intermediarios más de tipo técnico, los llamados servicios de la sociedad de la información, para que pueda llevarse a cabo el acceso público de la obra en Internet³³².

Commons y ampliación de dominio público se traduce en el propio origen de Creative Commons, de lo que XALABARDER da cuenta en su trabajo, por cuanto dos cambios normativos en EEUU ligados a una reducción importante del ámbito del dominio público llevaría a idear un sistema de gestión flexible de derechos y licencias, que prácticamente llevará al autor a permitir su uso libre. Estas reformas legislativas fueron: de un lado, la renuncia de las formalidades de *notice* y de registro como requisitos de protección de las obras; y de otro, el alargamiento de la duración del *copyright* en 1998 de 50 años a 70 años, en sintonía con el plazo de duración de los derechos de autor en Europa.

³³⁰ En 2007 Wikipedia inicia un proceso de migración hacia la licencia de *Creative Commons* en su versión 3.0 BY.SA atribución-compartir igual, hasta ese momento utilizaba la licencia GNU FDL, vid. SERENO RESTREPO, J.J.: “Contenidos generados por usuarios...”, *op.cit.*, p. 251 y 254.

³³¹ LESSIG, L.: “Building a Digital Commons”, *The Berkman Center's*, 20 de mayo de 1999, disponible en: <http://cyber.law.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/opencode.session.pdf>

³³² En este sentido y como BLONDEAU, O.: “Genesis y subversión del capitalismo informacional”, *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*, BLONDEAU, O. y otros, ed. Traficante de sueños, 2004, Madrid, p. 35 apunta el proceso de desmaterialización de los medios de producción que se opera en Internet invierte la lógica tradicional de la relación salarial, “de fuerza de trabajo abstracta e intercambiable, el asalariado se torna en co-detentador, ya que no copropietario de este conjunto de herramientas”.

Podemos decir que se produce un cambio de paradigma, o quizá de nueva óptica respecto a las creaciones intelectuales, de la línea privatista del derecho de autor como dominio y el “todos los derechos reservados”, a un modelo más flexible y participativo de “algunos derechos reservados”³³³. Y ello unido a la consideración del usuario de Internet como un sujeto proactivo y generador de contenidos. Lo que se traduce de manera inmediata en un crecimiento exponencial de la oferta de productos culturales, que, en cierto sentido, como RODRIGUEZ MORO apunta, “ha contribuido a mudar la consideración de los productos culturales de *bienes escasos* a *bienes abundantes*”³³⁴.

Creative Commons es una organización sin ánimo de lucro que se funda en 2001 por LAWRENCE LESSIG y cuya finalidad es promover tipos de licencias flexibles que permitan un adecuado disfrute de las creaciones intelectuales en el sentido expuesto³³⁵. Se trata de ofrecer una serie de modelos de licencia lo más amplios posibles³³⁶, aprovechando la dispositividad de gran parte de las normas que regulan el régimen transmisivo de derechos y facultades patrimoniales, y respetando en todo caso la paternidad de la obra, como una exigencia de mínimos³³⁷, en todos los tipos de licencias ofrecidos. Además *Creative Commons* facilita a los autores no sólo la autorización del uso público de la obra por medio de sus licencias, a fin de

³³³ RODRÍGUEZ MORO, L.: “Creative Commons: un nuevo entendimiento de la cultura y la adecuación de sus licencias a la normativa española”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2012, nº 28, p. 70; SERENO RESTREPO, J.J.: “Contenido generado por usuarios...”, *op.cit.*, p. 253 señala que el principio rector de estas licencias es que todos los derechos son permitidos salvo los específicamente reservados.

³³⁴ En este sentido, NAVAS NAVARRO, S.: “Dominio público, diseminación online...”, *op.cit.*, p. 247 apunta a que este proceso transforma la creación en un bien de consumo que queda sometido al Derecho de consumo y a los contratos de adhesión que respresentan las licencias *Creative Commons*.

³³⁵ PIÑEROS DURAN, S.: “Los nuevos modelos: una solución equilibrada a la problemática del P2P”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2013, num.17, p. 14; DAVIS, L.: “Should the logic of open source be applied to digital cultural goods? An exploratory essay”, *Copyrigh and Other Fairy Tales, Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity*, ed. Helle Porsdam, Great Britain, 2006, p. 134.

³³⁶ Como apunta PIÑEROS DURAN, S.: “Los nuevos modelos: una solución equilibrada...”, *op.cit.*, p. 14 que se adaptan a la legislación particular de derecho de autor del país donde se lleva a cabo la licencia.

³³⁷ RODRÍGUEZ MORO, L.: “Creative Commons: un nuevo entendimiento...”, *op.cit.*, p. 74.

reducir costos de transacción, sino que permite a través de sus contenedores o repositorios la localización y acceso por parte del público, lo que incentiva el acceso y circulación de las obras³³⁸. En este sentido cuando un autor quiere poner su creación a disposición de los demás, sin una finalidad lucrativa, sino más bien de difusión pública de la misma³³⁹, elige el tipo de licencia que *Creative Commons* le ofrece y más se ajusta a sus necesidades, y la sube a Internet.

Todas las licencias *Creative Commons* expresan tres niveles de lectura. En primer lugar, el *commons deed*, un primer nivel de reconocimiento iconográfico y visual de los términos de la licencia, son los símbolos que aparecen en la obra, normalmente al final de la misma si es un texto. En segundo lugar, el *legal code* es la licencia en términos jurídicos, el documento legal que contiene de forma detallada, aunque estandarizada, las condiciones de utilización de la obra, normalmente expresa las facultades que se ha reservado el autor³⁴⁰. Y en tercer lugar, el *digital code* que incorpora un nivel de lectura tecnológica que por medio de metadatos permite la localización de las obras licenciadas con *Creative Commons* en los motores de búsqueda.

En la medida que los términos de las licencias están predeterminados, y no son negociables, salvo la capacidad que tiene el autor para elegir un modelo más o menos amplio de utilización pública, se trata como apunta NAVAS NAVARRO de una forma de “contrato de adhesión redactado en clave de condiciones generales y que se celebra en serie o en masa”³⁴¹, y que pone de relieve hasta qué punto se transforma la obra intelectual en bien de consumo. Podemos distinguir seis tipos de

³³⁸ SERENIO RESTREPO, J.J.: “Contenido generado por usuarios...”, *op.cit.*, p. 252.

³³⁹ Sobre las diferentes motivaciones que llevan a los autores a poner sus obras a disposición del público de un modo libre y gratuito AZZI, T.: “La cession à titre gratuit du droit d’auteur”, *RIDA*, 2013, nº 237, julio, p. 91 distingue entre los autores que utilizan la red para promocionar su trabajo antes de poder vender sus obras, esperando alcanzar notoriedad de ese conocimiento público, y otras que simplemente las ofrecen dentro de un espíritu o cultura de compartir, sin esperar nada a cambio, dentro de estos último podemos incluir a los wikipedistas, aunque en algunos casos se ha llegado a destacar una cierta motivación en el arraigo y consideración por parte de la comunidad wiki.

³⁴⁰ Vid. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/legalcode.es>

³⁴¹ NAVAS NAVARRO, S.: “Dominio público, disseminación online...”, *op.cit.*, p. 247.

licencias *Creative Commons*. En todas ellas se exige la condición de Atribución o de reconocimiento de autoría, y se mueven entre dos límites, “casi ningún derecho reservado”, como ocurre en el caso de la licencia **Atribución (CC BY)** hasta el “casi todos los derechos reservados” de la licencia **Atribución- No comercial-No obra derivada (CC BY-NC-ND)** respecto a la que el usuario no podrá utilizar la obra con fines comerciales ni tampoco transformarla, con lo que el usuario no podrá realizar obras derivadas, aunque sí que podrá realizar otros usos, como compartir la obra en redes P2P, siempre respetando el reconocimiento. Entre ambos extremos se sitúan las otras cuatro: a) **Atribución-Compartir Igual (CC BY-SA)**, que se denomina licencia *copyleft* permite todo uso comercial y no comercial de la obra, así como la transformación de la obra, pero la obra derivada se sujetará a las mismas condiciones de utilización que la obra origen, y en este sentido soportará usos comerciales y no comerciales, son, por ejemplo, las que se dan en las *wikis* que permiten la actualización permanente de las entradas; b) **Atribución-No derivada (CC BY-ND)**, permite todo uso comercial y no comercial de la obra, pero no su transformación; c) **Atribución-No comercial (CC BY-NC)** permite sólo usos no comerciales, pero no autoriza su transformación; d) **Atribución-No comercial-Compartir igual (CC BY-NC-SA)**, permite usos no comerciales pero autoriza la transformación de la obra y la realización de obras derivadas por los usuarios, si bien se autoriza respecto a ellas sólo un uso no comercial como la obra de la que derivan.

Estas son las licencias *Creative Commons* más generalizadas pero junto a ellas, existen otras, como *Sampling Licenses* que permiten el uso sólo de fragmentos de la obra para refundirlos en otra obra nueva, *Music Sharing License* para obras musicales cuya finalidad es permitir la explotación en redes P2P, *Developing Nations* para países en vías de desarrollo, *Public Domain* que como XALABARDER apunta está ideada para EEUU³⁴², y permite al autor ingresar de modo voluntario su obra en el dominio público, renunciando al plazo de protección del derecho de autor que le reconoce la ley; o *founders copyright*, que es una modalidad de la anterior, por

³⁴² XALABARDER PLANTADA, R.: “Les llicencies Creative Commons...”, *op.cit.*, p. 6, en este artículo esta autora realiza un interesante repaso por los diferentes tipos de licencias *Creative Commons*.

cuanto la obra no entra directamente en el dominio público sino en un plazo de tiempo que oscila entre los catorce y los veintiocho años desde su publicación, y que puede interpretarse como una renuncia parcial al plazo de duración total de los derechos de autor o un anticipo de la entrada en el dominio público.

Todas estas licencias evidencian la idea apuntada por NAVAS NAVARRO en el sentido de que *Creative Commons* está produciendo *de facto* una ampliación del ámbito material del dominio público³⁴³. En realidad, entre la licencia más básica o menos restrictiva de *Creative Commons* Atribución y la licencia *Public Domain* existen pocas diferencias. Por cuanto estas autorizaciones de uso se producen a perpetuidad, lo que no sólo privará de sus derechos patrimoniales al autor, sino también a sus herederos dentro del plazo máximo legal.

Precisamente es éste uno de los aspectos más controvertidos del sistema de licencias de *Creative Commons*. Pues, las facultades de utilización de la obra se ceden a los usuarios con carácter perpetuo. Para algunos autores, como NAVAS NAVARRO, está cláusula choca tanto con el art. 43.2 del TRLPI que establece, en caso de falta de mención del tiempo en el negocio de cesión, con carácter supletorio, una duración de cinco años, como con el art. 1583 del CC que proscribe que alguien pueda vincularse indefinidamente³⁴⁴. Coincido con la autora en que esa perpetuidad equivale a la omisión de plazo de duración, por cuanto no concreta un límite temporal de utilización libre, sino que equivale a una desposesión del contenido económico de la obra para el autor. Esto nos sitúa en el debate de entender si el autor puede o no renunciar a sus derechos económicos sobre la obra, dado que esa irrenunciabilidad sólo se postula respecto a sus facultades morales. Desde la perspectiva del contenido económico del derecho de autor, y las facultades patrimoniales que el autor ostenta sobre su obra, el TRLPI admite la cesión a título gratuito por parte del autor, de modo implícito, al regular en su art. 46 la cesión otorgada a título oneroso. Esta posibilidad lleva a pensar, como hemos visto, que el

³⁴³ NAVAS NAVARRO, S.: “Dominio público, disseminación *online*...”, *op.cit.*, p. 243

³⁴⁴ NAVAS NAVARRO, S.: “Dominio público, disseminación *online*...”, *op.cit.*, p. 248.

legislador no exige o impone el carácter oneroso de la cesión³⁴⁵. El ejemplo ya visto de Wikipedia, y el que veremos de Linux en relación a los programas de código abierto, son ejemplos claros de que en Internet este tipo de cesiones o autorizaciones no alcanza un valor sólo residual. Además, en la medida que autorizan determinados usos o transmiten determinadas facultades sin carácter exclusivo, permite al propio autor realizar en paralelo una explotación a cambio de una remuneración si algún explotador se interesa en la misma y decide pagar a cambio una remuneración.

Pero hay que tener en cuenta que este régimen de licencia y su supuesto carácter perpetuo choca, al menos en el sistema continental del Derecho de autor, también con la facultad de retirada de la obra del comercio (art. 14.6 del TRLPI). Si consideramos que esa cesión de uso se produce a perpetuidad el autor nunca podría arrepentirse de su creación, lo que supondría una supremacía de la voluntad colectiva frente a los intereses personales del autor, lo que implica una cierta quiebra del sistema de Derecho de autor, al menos, como lo entendemos en el Derecho Continental.

Esa cesión a perpetuidad que amparan las licencias *Creative Commons* tienen como objetivo impulsar la cultura del compartir y la utilización de Internet como medio de disfrute o difusión de esas creaciones. Pero a largo plazo puede provocar situaciones de desprotección similares a las que motivaron el nacimiento del Derecho de autor. Podemos pensar en el autor que, en aras de notoriedad, brinda su obra a un disfrute colectivo y libre en los términos más amplios que permite *Creative Commons*, pensemos en una licencia Atribución. Al ser una cesión gratuita a perpetuidad, pero no exclusiva, el autor podría usar comercialmente la obra y beneficiarse de los rendimientos económicos de su creación. Pero al haber autorizado

³⁴⁵ AZZI, T.: “La cession à titre gratuit...”, *op.cit.*, p. 103 y ss, da cuenta de diferentes pronunciamientos de la jurisprudencia francesa que han llevado a la admisión de ese carácter gratuito de la cesión, si bien cita la sentencia de la Corte de Apelación de Versalles de 20 de febrero de 1987. El caso que esta sentencia plantea puede resumirse del siguiente modo, en relación a la película *À bout de souffle* de Jean-Luc Godard, el tribunal asimila la cesión gratuita o renuncia que el director efectuó respecto los derechos ligados al escenario de la película a la Sociedad Sonimage. El tribunal asimila este negocio a una donación, y considera que el negocio debía haberse formalizado en un acto auténtico, interpretación forzada que no deja de ser algo “insólita” en la época que se dicta.

los usos comerciales, podrá ver como otros en Internet o fuera de ella³⁴⁶, la explotan comercialmente y se llevan sus beneficios, o pensemos en una obra literaria que autoriza el *copyleft* a partir de la que se realiza una obra cinematográfica que se convierte en un éxito comercial. El autor podrá explotar la obra, pero sin aquello que precisamente le da valor económico a la obra, su utilización exclusiva. En cualquier caso, y con independencia del sistema de protección de estas creaciones, *Copyright* o Derecho de autor, parece que podrá invocarse también los límites del derecho subjetivo, en especial, el abuso de derecho y la buena fe no tanto frente al conjunto de los usuarios, sino al usuario concreto que realiza un uso comercial “abusivo” de la misma. Sin perjuicio, de la resolución del negocio de cesión por incumplimiento.

Pero en el sistema de licencias *Creative Commons* no sólo el tiempo de utilización de la obra es ilimitado, sino también el ámbito espacial, por cuanto estas obras se ceden con carácter mundial. Posibilidad implícitamente admitida en el art. 43.1 que sólo limita el ámbito geográfico al país donde se efectúa la cesión en aquellos casos en que las partes no hayan establecido un ámbito geográfico de la cesión específico.

Como vemos, este sistema de licencias, no supone una ruptura del Derecho de autor, sino al contrario nacen en su seno. En especial, en los amplios márgenes de dispositividad de los regímenes normativos de transmisión de los derechos o facultades de explotación patrimonial, en aras de un disfrute colectivo y libre de las creaciones. De esta forma se faculta al autor para reducir a su mínima expresión ese señorío clásico, al modo en que se entendió tradicionalmente el derecho de autor. Es decir, aumenta el poder de disposición del autor sobre su obra con un régimen de licencias flexibles que favorece la utilización colectiva de la obra. Pero que debería limitarse, en cuanto a su duración temporal, para conseguir un resultado más equitativo para los autores. Y también para evitar que el sistema *Creative Commons* dé lugar a determinados fallos o imperfecciones del mercado o disfrute en la red. En

³⁴⁶ XALABARDER PLANTADA, R.: “Les llicències Creative Commons...”, *op.cit.*, p. 9 apunta como estas licencias autorizan usos y actos de explotación no sólo en Internet, “sinó també en el món real (edicions en paper, en CD i DVD, radiodifusió, etc)”.

este sentido, debería limitarse la duración de estas licencias, sin que una cesión con carácter *pertuo*, durante toda la vigencia de los derechos de propiedad intelectual pueda considerarse como un mecanismo de transmisión protector de los derechos de autor.

Finalmente, y por lo que respecta al requisito de formalización escrita establecido en el art. 45 del TRLPI, se da cumplimiento al mismo por cuanto estas licencias cuentan con el *legal code* como hemos dicho, y su contratación se efectuará por medios electrónicos, por lo que de acuerdo con el art. 23.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico, el requisito de la forma escrita se entenderá cumplido cuando el contrato o la información se contenga en un soporte electrónico.

C) Otros sistemas o entornos abiertos de utilización libre de contenidos protegidos: *Open Source*, *Software libre* o de código abierto, *Open Acces* y *Open Data*.

La idea de permitir una utilización colectiva y libre de las obras, que redunden en beneficio de la colectividad, se va abriendo paso con el desarrollo de Internet y de diferentes productos de *software* de los creadores informáticos que desean contribuir al desarrollo de la sociedad en red con sus aportaciones y romper con el monopolio de Microsoft³⁴⁷. En este sentido, cabe destacar el movimiento de *software* libre y *Open Source*³⁴⁸. El *software* libre permite su utilización libre y gratuita, como puede ser el proyecto GNU ideado por Richard Stallman, primer

³⁴⁷ Como BLONDEAU, O.: “Genésis y subversión del capitalismo...”, *op.cit.*, p. 38 y ss., apunta Microsoft se ha erigido en líder mundial de la microinformática, lo que ha propiciado el establecimiento de un monopolio de los productos Microsoft, y a través de *drivers* específicos obligaba a los fabricantes de componentes electrónicos a sólo reconocer dichos productos, y cercenando así el desarrollo de la competencia.

³⁴⁸ DAVIS, L.: “Should the logic of open source be applied to digital cultural...”, *op.cit.*, p. 130, para quien: “In the open source approach, technological development is driven by the mutual and open exchange of technical know-how, ideas and source codes within a virtual community of software innovators, whose contributions are coordinated and integrated over the Internet. GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 252, para quien los términos de *software* libre y *copyleft* “aparecen en los años setenta, en los EE.UU., en el marco suministrado por la cultura *hacker* (como alternativa a la industria informática que empieza a crecer)”.

proyecto de envergadura en esta línea iniciado por la Free Software Foundation, con el objetivo de crear un sistema operativo libre. El *Open Source*, además de ofrecer estos productos de forma libre o gratuita, facilitan al usuario el código fuente, es decir el programa se ofrece en su versión fuente, de forma que éstos pueden revisarlo y modificarlo. Este modelo responde a un sistema de licencias *copyleft*³⁴⁹. Algunos ejemplos de estos productos de *software* son Linux³⁵⁰, Navigator o Darwin, se basan en la idea de que este código abierto permitirá un desarrollo más rápido de estos productos sin las presiones financieras de la industria por agotar comercialmente un producto antes de continuar con desarrollos posteriores.

La expansión del *software* libre de código abierto, así denominado por su contraposición al *software* propietario de programas de uso restringido o autorizado³⁵¹, ha llevado a la constitución de una comunidad de millones de usuarios, de desarrolladores y colaboradores voluntarios, que participan en la evolución del producto sin recibir una compensación económica por ello³⁵².

Open acces es un sistema o movimiento de acceso inmediato a los contenidos digitales, fundamentalmente educativos, divulgativos o de investigación, que trata de

³⁴⁹ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 252, para quien esta expresión jurídica surge en paralelo al concepto de *software* libre. Para KYROU, A.: “Elogio del plagio. El sampling como juego o acto artístico”, *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*, BLONDEAU, O. y otros, ed. Traficante de sueños, 2004, Madrid, p. 85 con el *copyleft* se acaba “la separación entre los creadores y los espectadores, entre los autores y los lectores”.

³⁵⁰ BLONDEAU, O.: “Genésis y subversión del capitalismo...”, *op.cit.*, p. 38 considera que este sistema operativo está amenazando de forma seria el liderazgo de Microsoft.

³⁵¹ ARGUDO CARPIO, E.: “Los derechos de propiedad intelectual y la protección del software. el software libre: significado, desafíos y oportunidades. ¿Es una alternativa viable como herramienta de apoyo a los desarrollos informáticos de las oficinas de propiedad intelectual?”, en Reunión regional de directores de oficinas de propiedad industrial y de oficinas de propiedad industrial y de oficinas de derecho de autor de América Latina, organizado por la OMPI, en cooperación con el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial (IMPI) y el Instituto Nacional del Derecho de autor (INDAUTOR) de Mexico, Guadalajara (México), 23 a 25 de marzo de 2004, p. 6, disponible en

http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDQQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.wipo.int%2Fedocs%2Fmdocs%2Fflac%2Fes%2Fompi_jpi_jda_gdl_04%2Fompi_jpi_jda_gdl_04_t3_m.doc&ei=HPoJVNBfIZPaasa7gtgP&usq=AFQjCNE0RqnBKdhMcpNNFSa4hA NOYAXKkQ&sig2=o4ao74GivkBJIVxn3_xwQ&bvm=bv.74649129,d.d2s

³⁵² BLONDEAU, O.: “Genésis y subversión del capitalismo...”, *op.cit.*, p. 40.

asegurar la accesibilidad a las publicaciones científicas y académicas, y que normalmente asocia el acceso a estos contenidos a licencias de uso *Creative Commons*³⁵³. Los principios que inspiran el movimiento *Open Access* fueron recogidos por la Declaración de Budapest de 2002³⁵⁴. Como en esta declaración se pone de manifiesto el *Open Acces* responde al “deseo de los científicos y académicos por publicar los frutos de su investigación en revistas académicas sin tener que pagar por ello, tan solo por el gusto de indagar y por el conocimiento”.

Por acceso abierto a esta literatura se entiende “su disponibilidad gratuita en Internet público, permitiendo a cualquier usuario leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir, buscar o usarlos con cualquier propósito legal, sin ninguna barrera financiera, legal o técnica, fuera de las que son inseparables de las que implica acceder a Internet mismo. La única limitación en cuanto a reproducción y distribución y el único rol del *copyright* en este dominio, deberá ser dar a los autores el control sobre la integridad de sus trabajos y el derecho de ser adecuadamente reconocidos y citados”.

Después vinieron las declaraciones de Bethesda de 2003³⁵⁵ y la de Berlín de 2003. En ellas se recoge la invitación a gobiernos, universidades, bibliotecas, editores de publicaciones periódicas, fundaciones, asociaciones profesionales, clubes y académicos e investigadores a que compartan la visión de acceso abierto, de modo que el conocimiento pueda fluir sin trabas. De acuerdo con esta idea de compartir el

³⁵³ GUILLEM CARRAU, J.: “Open innovation y biotecnología: salto cualitativo de licencias convencionales a licencias abiertas”, *Actas de Derecho Industrial*, 2011-2012, tomo 32, p. 133 a 145. Como en la propia Declaración de Budapest de 2002 se pone de manifiesto esta red del [Instituto para un Sociedad Abierta](#) (*Open Society Institute* OSI), fue fundada por George Soros, y pretende “extender y promover el auto-archivo institucional, el lanzamiento de publicaciones de acceso abierto y para ayudar a que un sistema de publicaciones de acceso abierto llegue a ser auto-sustentable”.

³⁵⁴ Vid. <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/translations/spanish-translation>

³⁵⁵ Vid. http://ictlogy.net/articles/bethesda_es.html donde se define a la investigación científica y sus objetivos como “un proceso interdependiente donde cada experimento es informado por el resultado de otros. Los científicos que hacen investigación y las sociedades profesionales que los representan tienen un gran interés en asegurarse que los resultados de las investigaciones son difundidas lo más inmediata, amplia y efectivamente posible. Las publicaciones electrónicas de resultados de investigación ofrecen la oportunidad y la obligación de compartir resultados de investigación, ideas y descubrimientos libremente con la comunidad científica y el público”.

conocimiento, la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación en su art. 37 establece que “los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación impulsarán el desarrollo de repositorios, propios o compartidos, de acceso abierto a las publicaciones de su personal de investigación, y establecerán sistemas que permitan conectarlos con iniciativas similares de ámbito nacional e internacional”.

Con ello el gobierno español realiza no sólo una apuesta o incentivo decisivo por el acceso abierto en las publicaciones científicas, sino que va más allá de esta declaración de principios y establece la obligación que corresponde “al personal de investigación cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado” de hacer pública “una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación en publicaciones de investigación seriadas o periódicas, tan pronto como resulte posible, pero no más tarde de doce meses después de la fecha oficial de publicación”.

La Ley española de ciencia trata de salvaguardar los intereses comerciales de los editores durante un plazo razonable de explotación de un año, pero haciendo que estas investigaciones financiadas con fondos públicos reviertan a todos mediante un sistema de acceso libre. Y establece en su apartado tercero que “la versión electrónica se hará pública en repositorios de acceso abierto reconocidos en el campo de conocimiento en el que se ha desarrollado la investigación, o en repositorios institucionales de acceso abierto”, garantizando en su apartado quinto también la conexión con otras iniciativas nacionales e internacionales, lo que reconduce al movimiento internacional de *Open Acces*. Aunque, por supuesto, se deja fuera del acceso abierto aquellos resultados de las investigaciones, incluso financiadas con fondos públicos, que estén protegidos. No se concreta en la norma a qué tipo de protección se está refiriendo, no parece que apunte al Derecho de autor, lo que vaciaría de contenido la regulación, sino más bien al Derecho de patentes.

Finalmente, sólo resta apuntar que estos movimiento de código abierto alcanzan también a los datos e información de que disponen las Administraciones Públicas a través de *Open Data*. Aunque es un proceso lento, que debe ser impulsado, bajo fórmulas adecuadas que compaginen los intereses privados y públicos, así como el respeto a la normativa sobre protección de datos³⁵⁶.

3. Derechos de autor adquiridos por actos *mortis causa*.

3.1 La dimensión patrimonial y moral del derecho autor tras la muerte del autor.

Como hemos visto el art. 42 del TRLPI establece una cláusula genérica, según la cual, los derechos de explotación de la obra se transmiten *mortis causa* por cualquiera de los medios admitidos en derecho, lo que remite al derecho de sucesiones. En principio, la celebración del contrato de explotación digital tras la muerte del autor exigirá la prestación del consentimiento por parte de aquellos a quienes el autor les haya transmitido los derechos de explotación patrimonial necesarios para cumplir el fin del contrato o negocio de cesión.

No obstante, hay que tener en cuenta que el régimen de transmisión *mortis causa* de los derechos de autor no quedaría completo si no integráramos este artículo con el art. 15 del TRLPI que establece una serie de supuestos de legitimación *mortis causa* de los derechos morales de autor. Esta necesaria visión global del derecho de autor que impone la sucesión *mortis causa* del autor remite a un tema clásico, la construcción jurídica del derecho de autor desde las teorías dualistas o monistas³⁵⁷, y

³⁵⁶ Vid. “*Big Data* y miopía de la Administración”, publicado en El país, 24 de octubre de 2013, http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/10/23/catalunya/1382555174_166035.html

³⁵⁷ Sobre un estudio completo a cerca de la evolución en la construcción jurídica del derecho de autor puede consultarse PLAZA PENADES, J.: *El derecho de autor y su protección...*, *op.cit.*, p. 139 y ss. Las teorías dualistas consideran que existen dos derechos independientes, un derecho de la personalidad del autor sobre su obra y un derecho patrimonial o monopolio económico. Estas teorías como PLAZA PENADES pone de manifiesto fueron elaboradas por la doctrina alemana, en este sentido puede consultarse KOHLER, J.: *Das Autorrecht*, ed Gustav Fischer, Jena, 1880 y han tenido una recepción por parte de la doctrina francesa, en especial, COLOMBET, C.: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 22, su teoría de la naturaleza híbrida del derecho de autor, como derecho de propiedad para el aspecto patrimonial y derecho de la personalidad para el aspecto moral, es defendida también por BERTRAND, A.: *Le droit d’auteur...*, *op.cit.*, p. 49. La teoría dualista tiene acomodo también en la

la dificultad que ofrece admitir de modo íntegro los postulados de una u otra, sin abrir líneas de razonamiento que en algún punto remiten de modo necesario a la teoría opuesta³⁵⁸.

Pero sí es cierto que la sucesión del autor revela el derecho de autor en su globalidad del mismo modo que cuando se crea la obra y nace el derecho de autor, es decir, desde la óptica del hecho generador contemplado en el art. 1 del TRLPI. La obra se integra en el caudal relicto del causante como un bien patrimonial más, pero cualificado por la naturaleza específica del derecho que recae sobre él. No obstante la remisión genérica que el art. 42 del TRLPI realiza al derecho de sucesiones debe efectuarse con cautela, por cuanto parece que el contenido del derecho transmitido en el referido precepto no coincide en la extensión material del mismo tal y como se formula en el art. 2 del TRLPI. De una interpretación sistemática del art.42 del TRLPI con los art. 15 y 16 del TRLPI se pone al descubierto que nuestro legislador

doctrina italiana, vid. ASCARELLI, T.: *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, traducción de E.Verdera y L. Suárez-Llanos, ed. Bosch, Barcelona, 1970, p. 269 y ss y DE SANCTIS, V.: *Contratto di Edizione...*, *op.cit.*, p. 17 y ss. En nuestra doctrina algunos autores como BONDIA ROMAN, F.: *Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 155 han acogido estas teorías para explicar la propia construcción normativa del derecho de autor en la LPI en estos términos: “La nueva LPI sigue una clara concepción dualista al considerarla integrada por dos derechos, uno de carácter personal y otro patrimonial (art. 2). Resulta así que, legalmente, la propiedad intelectual aparece configurada como una extraña figura abstracta o institución híbrida mezcla de dos tipos de derechos, y no como un verdadero derecho subjetivo”.

Para la teoría monista como PLAZA PENADES, J.: *El derecho de autor y su protección...*, *op.cit.*, p. 151 y ss. señala: “el contenido del derecho de autor no está formado por un derecho patrimonial y un derecho personal separado, sino que el derecho de autor está integrado por un único grupo de facultades, donde es imposible distinguir su aspecto personal o patrimonial, por darse una mezcla inescindible de ambos elementos”. Como BERCOVITZ RODRIGEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 2”, en *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRIGEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 31 pone de manifiesto, esta es la teoría que con el desarrollo teórico de ULMER alcanza mayor acogida en la actualidad, en el sentido de formar una unidad indisociable de intereses patrimoniales y personales del autor tutelados por el ordenamiento jurídico. Se excluye que la propia sistemática de la LPI, con la división de su Capítulo III en dos secciones independientes, una dedicada al derecho moral, y la otra a los derechos de explotación, revele un acogimiento a las teorías dualistas, por cuanto para este autor “tales supuestos derechos subjetivos se traducen en lo que la terminología habitual llamamos facultades: posibilidades distintas de actuación que difícilmente pueden dejar de estar implicadas las unas en las otras, como lo demuestra, por ejemplo, la conciliación, en el texto legal, del derecho de arrepentimiento con la tutela del titular de los derechos de explotación de la obra”.

³⁵⁸ PLAZA PENADES, J.: *El derecho de autor y su protección...*, *op.cit.*, p. 160 para quien: “incluso los partidarios de la teoría unitaria del derecho de autor no puede obviar que el contenido del derecho de autor está integrado por dos categorías diferentes de derechos, pues el fundamento del derecho moral y el derecho patrimonial es distinto, como también lo es su contenido, características, duración, ejercicio y extinción”.

ha permitido una disociación, en cuanto a su transmisión *mortis causa*, entre los derechos patrimoniales y morales sobre la obra. Esta disociación hace que puedan recaer sobre personas distintas la titularidad de los derechos patrimoniales y morales sobre la obra, lo que en el caso de la divulgación de una obra inédita pueda exigir la necesaria autorización del legitimado *mortis causa*, sin perjuicio de considerar que cualquier acto de explotación de las obras del autor fallecido pueda repercutir en mayor o menor medida en los derechos morales sobre la obra, y en este sentido, deba ser supervisado por dicho legitimado.

3.2 Transmisión *mortis causa* de los derechos patrimoniales.

El art. 42 del TRLPI establece que los derechos de explotación patrimonial sobre la obra se transmiten *mortis causa* por cualquiera de los medios admitidos en derecho. En la medida que el autor no haya legitimado de modo expreso a nadie para la defensa de los derechos morales sobre sus obras, corresponde a los herederos la defensa de los derechos de paternidad intelectual, integridad y divulgación respecto a las obras del causante. Con esta posibilidad de escisión de los diferentes intereses patrimoniales y morales sobre la obra se ha pretendido dar un tratamiento integral de su esfera moral separándola, en cuanto a su titularidad, de la atribución de derechos de contenido económico, lo que no impide que en la práctica puedan surgir conflictos en la explotación patrimonial *post mortem* de la obra entre quienes ostentan derechos económicos y quiénes son sus defensores morales. Por otro lado, aunque el art. 15 del TRLPI hace referencia al heredero como defensor de sus derechos morales residuales sobre la obra, en defecto de persona legitimada, la doctrina extiende dicha legitimación a los legatarios de parte alícuota y a los legatarios que sean herederos forzosos³⁵⁹, lo que excluye del llamamiento efectuado en el art. 15 del TRLPI a otro tipo de legatarios.

La transmisión *mortis causa* de derechos puede efectuarse en virtud del testamento, o por llamamiento legal en la sucesión *ab intestato*. Los sucesores *ab*

³⁵⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentario a los art. 15-16”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op.cit.*, p. 258.

intestato son como los herederos testamentarios sucesores universales, es decir herederos. No obstante, nada impide que a pesar de que el autor haya hecho una designación de herederos, proceda a partir los bienes que integran su caudal relicto, y por lo que respecta a sus derechos de autor, designe un heredero para los mismos, o distribuya su obra y los derechos concurrentes sobre ellas entre sus herederos. Asimismo, el causante podría legar determinados derechos de explotación sobre determinada obra, fraccionar los derechos de explotación patrimonial y legarlos a diferentes legatarios, o incluso dentro de un mismo derecho patrimonial, atribuir a diferentes personas distintas modalidades de explotación de un mismo derecho³⁶⁰, aunque ésta no parece ser la solución que más rentabilice la explotación de la obra³⁶¹. Pero quedando limitado el alcance del legado a los derechos patrimoniales, sin que pudiera extenderse a los derechos morales sobre la obra, que el art. 15.1 del TRLPI confía de forma residual a los herederos.

Pero para que los sucesores *mortis causa* del autor puedan ser parte del negocio de cesión o de licencia es necesario que hayan aceptado la herencia³⁶², y en este sentido, se haya transformado su derecho de heredar (*ius delationis*) en un derecho hereditario concreto. De forma que el heredero se subroga en la posición jurídica del autor, con todas sus consecuencias³⁶³. Si bien como hemos visto con la posibilidad de sustraer determinadas facultades morales sobre su obra, en virtud del art. 15 del TRLPI.

³⁶⁰ DE PABLO CONTRERAS, P. : “Comentario al art. 42”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 731 y ss. Por el contrario BINCTIN, N.: “Droit d’auteur et droit des successions”, *RIDA*, 2012, nº 234, p. 27 sostiene que en virtud del principio de unidad del derecho de autor, cualquier división particional debe efectuarse obra por obra, y en ningún caso por prerrogativa.

³⁶¹ CAMARA AGUILA, M.P. : *El derecho moral del autor...*, *op.cit.*, p. 71 para quien “el excesivo fraccionamiento de los derechos reduce la posición de fuerza de los derechohabientes a la hora de contratar”.

³⁶² BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentario a los art. 15-16”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op.cit.* p. 258.

³⁶³ Sobre las consecuencias de la aceptación de la herencia, vid. ROCA SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de Sucesiones*, tomo III, ed. Bosch, 1994, p. 431 y ss.

La consideración de la aceptación de la herencia como un negocio unilateral nos lleva a plantear las consecuencias de la renuncia de la herencia, tanto desde un punto de vista patrimonial como moral. Aunque la renuncia del heredero contempla la obra del autor como un bien patrimonial más, integrado en el caudal relicto que rechaza, las consecuencias de dicha repudiación pueden trascender la esfera patrimonial del autor, e incidir en los derechos morales sobre su obra.

En este sentido, mientras para unos resulta claro que únicamente están legitimados desde el punto de vista del art. 15 del TRLPI los herederos que han aceptado la herencia³⁶⁴, para otro sector doctrinal el llamamiento ex art. 15 del TRLPI podría operar incluso, respecto a aquellos herederos que han repudiado la herencia³⁶⁵. La propia especialidad del derecho de autor nos lleva a considerar más aconsejable esta última postura, dado que el acto de repudiación de la herencia tiene un marcado carácter patrimonial, cuyos límites propios, la prohibición de la renuncia en perjuicio o fraude de acreedores (art. 1101 CC), no hace sino resaltar, y no tiene por qué extenderse a otras cuestiones más personales que puedan ligarle con el causante.

Si el testador no ha efectuado una previa distribución de derechos sobre sus obras entre sus herederos o legatarios, estos participan de una indivisión que en principio ha sido defendida por la doctrina, hasta el punto de entender que no cabía un fraccionamiento de los derechos de explotación, ni la atribución de modalidades de explotación de forma independiente, al entender que la fortaleza del derecho de

³⁶⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentario a los art. 15-16”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op.cit.* p. 258; GAUTIER, P. Y.: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 449.

³⁶⁵ PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor...*, *op.cit.*, p. 417 en este sentido esta autora razona: “que el hecho de no aceptar la herencia no tendría por qué llevar aparejada la pérdida de la legitimación para actuar los derechos morales que al llamado le corresponden. Los autores franceses, al hablar de las personas legitimadas por el artículo 19 de la Ley de 1957 para el ejercicio del derecho a la divulgación, consideran que en él se establece una graduación entre los mismos; de este modo tendríamos personas llamadas en primer y segundo grado los legitimados de primer grado serían los descendientes y el cónyuge contra el cual no exista sentencia firme de separación de cuerpos o que no haya contraído nuevo matrimonio los de segundo grado serían herederos que no sean descendientes que reciban todo o parte de de la sucesión, así como los legatarios universales o donatarios de la universalidad de bienes. Los enumerados en primer legitimados para el ejercicio de los derechos morales incluso cuando no aceptasen la herencia, mientras que los enumerados en segundo lugar sólo podrán ejercitar los derechos morales cuando acepten la herencia”.

autor radica en un tratamiento unitario de sus prerrogativas³⁶⁶. Sin embargo, no se puede imponer a los herederos permanecer en esa indivisión, que si bien por un lado puede rentabilizar la explotación de la obra al aumentar la capacidad de negociación en cuanto al patrimonio intelectual disponible del autor, puede también obstaculizar las negociaciones en la celebración de negocios de cesión. En cualquier caso, cuando exista una obra inédita y la legitimación del art. 15 recaiga en los herederos, aunque en este sentido no entiendo aplicable por vía analógica el art. 7 del TRLPI respecto a la unanimidad de los coautores para la divulgación de la obra inédita, precisamente porque los herederos no son autores³⁶⁷.

En este punto de la partición de la herencia y la formación de los lotes surge el problema a la hora de determinar el avalúo de las obras que integran la herencia del causante en un doble sentido, por un lado porque no todas las obras de un autor poseen el mismo éxito comercial y por tanto tampoco el mismo valor patrimonial. Se manifiesta, así, la dificultad de efectuar una valoración patrimonial sobre este tipo de bienes. Y por otro lado, surge también la cuestión de determinar si el momento del avalúo de las obras se refieren al momento de la muerte del causante o de la partición, debiéndose entender que tal valor será el que tengan las obras en el momento de llevar a cabo la tasación³⁶⁸, de acuerdo con lo establecido en los art. 1074, 847 y 1045.1 del CC)³⁶⁹. En dicho avalúo deberá tenerse en cuenta las legítimas³⁷⁰ así como las donaciones que sean colacionables efectuadas en vida por el

³⁶⁶ BINCTIN, N.: “Droit d’auteur et droit des successions”, *RIDA*, 2012, nº 234, p. 91. A nuestro modo de ver, no se debería poner límites a la autonomía de la voluntad del autor ni a su libre disposición *mortis causa*, la rentabilidad de su patrimonio intelectual debe ser objeto de organización por el propio autor.

³⁶⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentarios a los art. 15 -16”, *op.cit.*, p. 262.

³⁶⁸ DE PABLO CONTRERAS, P. : “Comentario al art. 42”, en *Comentarios a la LPI, op.cit.*, p. 738, en este sentido apunta este autor: “la comunidad aprovecha entre tanto las plusvalías y sufre las pérdidas, teniéndose en cuenta en la liquidación las mejoras y daños causados por los herederos (art. 1063 CC). No obstante, la sentencia de 20 de enero de 1966 lo refiere al momento de la muerte del causante”.

³⁶⁹ Vid. con carácter general PRATS ALVENTOSA, L.: *Derecho de Sucesiones*, Lección 26ª, coord.. MONTES PENADES, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 614.

³⁷⁰ DE PABLO CONTRERAS, P. : “Comentario al art. 42”, en *Comentarios a la LPI, op.cit.*, p. 736.

autor³⁷¹. Además debe tenerse en cuenta que si el autor estaba casado la división y liquidación de la sociedad conyugal no afectan a los derechos de explotación sobre sus obras³⁷², sin perjuicio del derecho al usufructo vidual del cónyuge superviviente que en cuanto usufructuario de los derechos de explotación patrimonial sobre la obra, y como titular de los derechos de uso y disfrute sobre los mismos, no le habilitarían para ceder los mismos en el marco de un negocio de cesión. Ya que supondría privar de contenido a los derechos de explotación patrimonial que pudieran corresponder a otros herederos, sin perjuicio de considerar al usufructuario como un mero beneficiario de los frutos, es decir, de los rendimientos derivados de los negocios de cesión celebrados por los titulares de la nuda propiedad de los derechos patrimoniales.

Finalmente, y por lo que respecta a la obra inédita que integre el caudal relicto del autor, su explotación patrimonial quedará condicionada a la autorización por parte de la persona especialmente legitimada para la defensa de sus derechos morales, y en su defecto, de sus herederos. La remisión global que efectúa el art.15 del TRLPI a sus herederos sin mayor concreción, configura una nueva comunidad de intereses entre los herederos para la gestión de los derechos morales del autor, más allá de cualquier operación particional respecto a sus bienes patrimoniales³⁷³. Por lo

³⁷¹ DE PABLO CONTRERAS, P. : “Comentario al art. 42”, en *Comentarios a la LPI, op.cit.*, p. 738, en relación a las donaciones colacionables y su valoración patrimonial a efectos de imputación de legítimas sostiene este autor: “Por supuesto, las donaciones de derechos de explotación pueden, en su caso, ser colacionables. Ello plantea, igualmente, el problema de su valoración: ésta, según el artículo 1045 CC, ha de referirse «al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios», sin tener en cuenta «el aumento o deterioro físico posterior a la donación o aun su pérdida total, casual o culpable». Este aumento o deterioro físico parece impensable en el caso de los derechos de explotación de obras intelectuales, por lo que habrán de tenerse en cuenta las variaciones de valor ocasionadas en aquéllos por el aumento o disminución de la fama o consideración pública del autor o de su obra con repercusión económica, todo ello con referencia al momento actual y no al tiempo de la donación”.

³⁷² DE PABLO CONTRERAS, P. : “Comentario al art. 42”, en *Comentarios a la LPI, op.cit.*, p. 736 y ss. para quien: “Así, por lo pronto, y como cuestión íntimamente relacionada con tales operaciones, merece ser considerada la previa división y liquidación de la comunidad conyugal, en el caso en que el causante fuere casado. Siendo éste el propio autor, tales división y liquidación no afectan en ningún caso a los derechos de explotación de sus obras, ya que éstos —como todo el contenido de la propiedad intelectual— le corresponden por el sólo hecho de su creación (art. 1.º LPI) y son inherentes a su persona: no pueden formar parte, por tanto, de la comunidad conyugal”.

³⁷³ RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 42”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 356.

que entendemos que aunque los herederos o legatarios dispongan de los derechos de explotación patrimonial sobre una obra inédita, queda legitimada la injerencia del resto de herederos en cuanto a la defensa del derecho moral de divulgación. Aunque en este punto como hemos expuesto bastaría un acuerdo mayoritario al respecto, y actuando una cierta presunción a favor de su divulgación, y todo ello sin perjuicio de que la tutela del acceso a la cultura (art.40 TRLPI) pueda restringir el derecho de inédito sobre la obra.

Por último, debemos plantear la incidencia que en el tema de sucesión *mortis causa* del autor pueden tener aquellos contenidos que se han licenciado con *Creative Commons* permitiendo supuestos usos libres e, incluso, comerciales de la obra a perpetuidad. En principio, la decisión del autor vincula a los herederos, por lo que, en principio, estos bienes se integraría en el *caudal relictum* del causante en las mismas condiciones que estaban en su patrimonio. Es decir, ni siquiera los herederos ostentarían un derecho en exclusiva a la explotación de la obra, ya que se ha cedido parte de su disfrute a la colectividad u otros explotadores. Otra cosa es que nos planteemos en qué medida esa voluntad debe respetarse cuando se afecta el derecho de los legitimarios, considero que en la medida que estas licencias no son como veremos exclusivas, y permiten la explotación por parte de los herederos, la afectación a las legítimas resultará discutible, y exigirá tomar en consideración el valor de esa exclusividad, o en qué medida esa licencia desvaloriza desde el punto de vista patrimonial la obra.

3.3 Legitimación *mortis causa* para la defensa de los derechos morales sobre la obra: su incidencia en la explotación de la obra. En especial, la obra inédita.

Si entendemos que el derecho moral, como derecho personalísimo o derecho de la personalidad, se extingue con el fallecimiento de la persona³⁷⁴, no parece que pueda ser objeto de transmisión *mortis causa*, ni integrar, por tanto, el caudal relicto de la herencia. Pero el art.15 del TRLPI establece la posibilidad de que el autor

³⁷⁴ PLAZA PENADES, J.: “Comentario al art. 15”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. RODRIGUEZ TAPIA, ed. Aranzadi, Cizur-Menor, 2007, p. 143.

otorgue una legitimación *mortis causa* a favor de una persona física o jurídica establecida por disposición de última voluntad del autor respecto a aquellos derechos morales que sobreviven al autor. Pues respecto a estos derechos, su ejercicio no queda reservado a éste, sino más bien se hallan vinculados a la obra, y a la íntima relación que liga a su autor con ella. Estos derechos morales son: el derecho al reconocimiento de la paternidad intelectual del autor sobre la obra, el derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra y el derecho a decidir sobre la divulgación de la obra³⁷⁵.

No obstante, resulta en cierto sentido contradictorio que el autor pueda disponer la legitimación *mortis causa* para el ejercicio de unos derechos que su propio fallecimiento ha extinguido, lo que ha llevado a sostener a algunos autores que esa legitimación determinaría el nacimiento de otros derechos morales nuevos sobre la misma obra, “de los que serán titulares las personas designadas en función de su vinculación con el autor y su obra”³⁷⁶. Sin perjuicio de que esta figura se haya asimilado a un mandato *post mortem*³⁷⁷ y se haya utilizado las teorías de la representación para justificar la naturaleza de la actuación de los sujetos llamados actuar tras la muerte del autor³⁷⁸.

Pero esta especie de mandatario *post mortem* o guardador moral de la obra del autor no puede asimilarse a un mero albacea testamentario, por diversas razones.

³⁷⁵ En este sentido para ESPIN CANOVAS, D.: *Las facultades del derecho...*, *op.cit.*, p. 122; PLAZA PENADES, J.: “Comentario al art. 15”, *op.cit.*, p. 144 consideran que la facultad de modificar la obra o de retirarla de la circulación comercial se extinguen con la muerte del autor, porque como ESPIN CANOVAS apunta, se ligan a la evolución de la personalidad creadora del autor y su muerte cierra ese proceso evolutivo.

³⁷⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentarios art. 15-16”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 253. Vid también sobre este punto GRECO, P. y VERCELLONE, P. : *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Turín, 1974, p. 346 para quienes: “Quando l'autore muore si estingue il suo diritto a che sia rispettata la sua personalità attraverso il rispetto delle sue opere. Nasce, in capo ai congiunti indicati nell'art. 23 L.A. il diritto a pretendere che sia rispettata la memoria del defunto, diritto che tutela un loro proprio interesse personalissimo, distinto ed autonomo rispetto a quello del quale era titolare l'autore durante la sua vita”.

³⁷⁷ ESPIN CANOVAS, D.: *Las facultades del derecho...*, *op.cit.*, p. 134.

³⁷⁸ CAMARA AGUILA, M.P. : *El derecho moral de autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, ed. Comares, Granada, 1998, p. 102.

Por un lado, como BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO señala, porque el albacea está legitimado para actuar en relación con la herencia, pero no adquiere ningún derecho que perteneciera al causante, el legitimado *post mortem* actúa en el ejercicio de un derecho propio pero en beneficio del autor causante y de acuerdo con su propia voluntad³⁷⁹.

Por otro lado, existen determinados caracteres esenciales del albaceazgo que impiden su asimilación. En primer lugar, la temporalidad del cargo de albacea establecida en los art.904 y 905 del CC, salvo disposición expresa del testador, queda limitado a un año, prorrogable por otro más. Este límite temporal choca con la duración de la legitimación *post mortem* que alcanzará toda la vida de la persona legitimada, o incluso el carácter perpetuo de la misma en el caso de que se haya otorgado a una persona jurídica³⁸⁰.

En segundo lugar, el albacea tiene derecho al reembolso de los gastos que el ejercicio de su función le haya ocasionado, lo que no es trasladable al legitimado *post mortem*, ya que ese cargo se extenderá a lo largo de toda su vida, y no para una función concreta, de un modo discrecional³⁸¹, sin perjuicio del sometimiento a la voluntad del autor, y la responsabilidad en la que pueda incurrir en el ejercicio de sus funciones³⁸², y que quizá dado el silencio de la ley, sólo puedan solventarse a través de una acción de enriquecimiento injusto contra los titulares de los derechos de explotación³⁸³.

³⁷⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentarios a los art. 15 -16”, *op.cit.*, p. 257.

³⁸⁰ PLAZA PENADES,J.: “Comentario al art. 15”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op.cit.*, p. 145.

³⁸¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentarios a los art. 15-16”, *op.cit.*, p. 257.

³⁸² Así como de los gastos que la defensa de los derechos morales sobre la obra puedan ocasionar, en especial el ejercicio de acciones judiciales, y sobre los que el art. 15 del TRLPI nada dice al respecto.

³⁸³ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentarios a los art. 15 -16”, *op.cit.*, p. 257.

En tercer lugar, y como CAMARA AGUILA apunta tampoco parece que la rendición de cuentas que caracteriza al albacea pueda aplicarse al legitimado *post mortem* respecto a una función que sólo concluye con su muerte³⁸⁴.

Aunque la persona legitimada por el autor para la defensa *post mortem* de sus derechos morales sobre la obra puede ser los propios herederos, el art.15 del TRLPI abre la posibilidad a que el autor disocie en cuanto a su transmisión los intereses patrimoniales y morales sobre su obra, dando entrada a esta figura sucesoria *sui generis* del derecho de autor. De esta forma la designación bien efectuada por el autor o por la ley tiene carácter personalísimo y no pasa a los herederos del designado. Por lo que entendemos, con BERCOVTIZ RODRÍGUEZ-CANO, que en defecto de las personas expresamente designadas, por falta de designación, fallecimiento de las mismas o por renuncia, dicha legitimación corresponderá a los herederos³⁸⁵.

Como ESPIN CANOVAS apunta, del juego conjunto de los art. 15 y 16 del TRLPI, se establece a este respecto tres órdenes de llamamientos sucesorios: 1º La persona física o jurídica a la que el autor haya confiado la defensa moral de su obra; 2º En defecto de esa designación expresa, dicha defensa corresponderá a los herederos, 3º Si no existen personas designadas en forma legal ni herederos, o se ignora su paradero, se atribuye dicha legitimación al Estado, Comunidades Autónomas, las corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural³⁸⁶.

Respecto al derecho de divulgación que entra de lleno en el ámbito material del legitimado *post mortem*, el art. 15 del TRLPI restringe la titularidad perpetua que corresponden al resto de derechos morales, paternidad intelectual e integridad de la obra, al establecer una duración máxima para su ejercicio de setenta años desde su muerte o declaración de fallecimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el art.40. La

³⁸⁴ CAMARA AGUILA, M.P. : *El derecho moral...*, *op. cit.*, p. 135 y ss.

³⁸⁵ BERCOVTIZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentarios a los art. 15 -16”, *op.cit.*, p. 256.

³⁸⁶ ESPIN CANOVAS, D.: *Las facultades del derecho...*, *op.cit.*, p. 133.

propia remisión al art. 14.1 del TRLPI nos lleva a entender que el legitimado *mortis causa* ostenta el derecho a decidir la divulgación o no de la obra inédita del autor, por lo que puede optar por mantenerla inédita, siempre entendemos dentro de la “manda” del autor, y siempre que este haya realizado alguna manifestación expresa de la que pueda inferirse su voluntad al respecto de mantener inédita esa obra.

Pues no hay que olvidar que esa legitimación se ejerce en beneficio del autor y de acuerdo con su voluntad³⁸⁷. Y también que el propio derecho de inédito del autor tras su muerte queda supeditado al bien constitucional protegido en el art. 44 de la CE, en cuanto al derecho de acceso a la cultura, de acuerdo con lo establecido en el art. 40 del TRLPI. Fuera de este límite material al ejercicio *post mortem auctoris*, el legitimado *mortis causa* puede ejercitar frente a los titulares de los derechos patrimoniales sobre la obra inédita, su negativa a que la obra se divulgue. El supuesto inverso, en cuanto a que el legitimado *post mortem* defienda la divulgación de una obra inédita, ante la negativa de los titulares de los derechos patrimoniales a su divulgación, resulta más problemático por cuanto la divulgación de la obra exigirá la cesión de unos derechos de explotación patrimonial de cuya titularidad carece. No obstante, nada impide que si se demuestra la voluntad de divulgación del autor, ésta deba prevalecer sobre los intereses patrimoniales de los herederos.

4. Titulares de derechos afines y otros derechos sobre obras o prestaciones protegidas.

En el Libro II del TRLPI se regulan los denominados “otros derechos de propiedad intelectual” y la protección sui generis de las bases de datos, los que se conocen como derechos afines o conexos al derecho de autor. Se trata de derechos que recaen sobre la obra protegida y que no corresponden al autor-creador de la misma, sino a otros sujetos cuya aportación se integra en la obra y contribuye a ese resultado final en que se materializa ésta. En el nuevo entorno de Internet, estos

³⁸⁷ GAUTIER, P. Y.: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 457 para quien esta voluntad se expresará por ejemplo en el testamento del autor, pero no solamente en él, sino también en otros documentos, manifestaciones del autor..., a falta de los cuales en caso de duda se deberá estar por la presunción de voluntad tendente a la divulgación.

titulares de derechos sobre prestaciones protegidas por el derecho de autor, son objeto de tutela específica, como hemos visto, a través de los tratados internacionales, que adaptan el sistema de derecho de autor al nuevo entorno tecnológico. Así, como también por la directiva DDASI que implementa estos tratados con un propósito armonizador. Pues en el nuevo entorno digital de Internet están llamados a acompañar a la obra en estas nuevas vías de explotación y utilización de los contenidos protegidos donde se integran sus derechos afines a los derechos del autor en sentido propio.

En este sentido la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, se ocupa de la armonización no sólo de los derechos de autor, sino también de esos otros derechos afines en el marco de la nueva sociedad de la información y de los nuevos retos que el desarrollo de Internet comporta para todos los derechos que recaen sobre las obras protegidas por el Derecho de autor. Y en este sentido en el art. 3.2 a) concede el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija también a los titulares de derechos afines sobre la obra. De este modo, vemos, como en la explotación y utilización digital de las obras protegidas quedan afectados otros derechos, además de aquellos que corresponden al creador de la obra protegida.

Como titulares de estos derechos podemos encontrar a una pluralidad de sujetos entre los que se encuentran: a) Artistas, Interpretes y Ejecutantes b) Productores de fonogramas c) Productores de grabaciones audiovisuales d) Derechos de entidades de radiodifusión e) Titulares de derechos sobre meras fotografías f) Protección de determinadas producciones editoriales g) Derecho *sui generis* sobre las bases de datos.

4.1 Artistas, Interpretes y Ejecutantes.

El Tratado sobre interpretación o ejecución y fonogramas adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 reconoce un conjunto de derechos morales

(paternidad intelectual de su ejecución o interpretación), así como de derechos de explotación. Entre estos últimos destacan, por lo que interesa al entorno digital de Internet, el reconocimiento del derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes a autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija (art. 10).

Se amplía así el ámbito material del art. 7 de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, a la puesta a disposición de la obra en Internet y a la transmisión de la obra punto a punto.

Recientemente, el 26 de junio de 2012 en Beijing se ha adoptado el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales por el que se da un reconocimiento internacional a la protección a los artistas, intérpretes y ejecutantes respecto de sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales. En la línea de las Convenciones de Roma y Ginebra se reconoce a los artistas, intérpretes y ejecutantes del sector audiovisual sus derechos morales (derechos a la paternidad e integridad de sus actuaciones o ejecuciones art. 5) y diversos derechos de explotación patrimonial, entre los que destaca por su afectación a la explotación de la obra en Internet el derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, de una forma similar a la establecida en el TIEF, pero con una intensidad menor, por medios alámbricos o inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija (art. 10).

En el ámbito del TRLPI, el art. 105 define lo que debe entenderse por artista, intérprete o ejecutante. Por artista, intérprete o ejecutante se entiende de acuerdo con este precepto “a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra”, pero también al “director de escena y el director de orquesta” que quedan asimilados al estatuto jurídico de los artistas. En el marco del

TRLPI destaca que el derecho de puesta a disposición del público se entienda cedido al productor de fonogramas o grabaciones audiovisuales (art. 109.1 TRLPI), lo que le otorga el derecho a obtener una remuneración por la cesión al productor de dicho derecho (art. 108.3 y 4 y 116.2 del TRLPI).

4.2 Productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales.

En el ámbito del TRLPI se ofrece también una definición de lo que debe entenderse por fonograma y grabación audiovisual. Así, de acuerdo con el art. 114.1 se entiende por fonograma “toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos”, que bien puede ser de una obra musical, supuesto más típico, o también de otro tipo, como sonidos de la naturaleza u otros elementos sonoros que no reúnen los requisitos necesarios para ser protegidos por el derecho de autor.

Y el art.120.1 del TRLPI define lo que debe entenderse por grabación audiovisual como “las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de esta Ley”, el objeto de la fijación puede ser una obra audiovisual en el sentido normativo de una “serie de imágenes asociadas” referido en el art. 86 del TRLPI que para ser objeto protegido deberá ser además original en el sentido del art. 10 del TRLPI , o sólo un plano o secuencia de imágenes no tutelarle por el derecho de autor en su contenido material, desligada de la fijación que constituye el objeto de protección en cuanto es fruto de esa labor previa desplegada por el productor.

Tanto en un caso como en otro, vemos como tanto en un caso como otro el material registrado o fijado puede ser tutelado por el derecho de autor o no, pero con independencia de ello, se protege ese otro derecho afín que liga al productor con el contenido registrado en virtud de las operaciones de fijación efectuadas.

En este sentido, y de acuerdo con el art. 114.2 del TRLPI se entiende por productor de un fonograma “la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y

responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación. Si dicha operación se efectúa en el seno de una empresa, el titular de ésta será considerado productor del fonograma”. El art. 120.2 define al productor de una grabación audiovisual como “la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de dicha grabación audiovisual”.

En ambos casos, el productor fonográfico o audiovisual ostentan la titularidad de los derechos de reproducción, comunicación al público y distribución sobre dichas grabaciones (art. 115, 116 y 117 del TRLPI respecto a los fonogramas y art. 121, 122 y 123 respecto a las grabaciones audiovisuales). Respecto a los derechos de los productores de fonogramas en la explotación digital de los mismos establece el art. 116.2 que se excluye de la obligación de pago de una remuneración equitativa por parte de los usuarios de un fonograma publicado con fines comerciales, o de una reproducción de dicho fonograma, cuando se pone a disposición del público en la forma establecida en el art. 20.2.i) del TRLPI, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 108 de dicha norma.

4.3 Entidades de radiodifusión.

El art. 126.1 c) del TRLPI establece que “la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”. El reconocimiento de este derecho a las entidades de radiodifusión, implica que la puesta a disposición del mismo en Internet a través de webs y portales como YouTube afecta no sólo a los autores de los contenidos audiovisuales divulgados en la red, sino también de las entidades de radiodifusión titulares de derechos sobre estas grabaciones digitales. Ya que se ha constatado que en la mayor parte de los casos son los propios usuarios de estos portales los que suben sus vídeos, en un porcentaje elevado constituido por reproducciones digitales de grabaciones audiovisuales emitidas por entidades de radiodifusión. Esta circunstancia ha forzado a YouTube a celebrar acuerdos con importantes productoras como Sony, CBS y MGM para colocar sus productos como contenidos *premium*, lo

que parece marcar una evolución en la provisión de contenidos, en cuanto a la propia conversión de estos portales en televisiones *online*³⁸⁸.

4.4 Realizadores de meras fotografías.

En el ámbito de la fotografía, como captación de una escena de la realidad mediante un dispositivo técnico, el TRLPI distingue el régimen jurídico que corresponde a aquellas fotografías que reúnen los requisitos establecidos en su art. 10 para ser considerada una obra artística, y aquel otro que corresponde a las denominadas “meras fotografías”. A pesar de que no existe creación artística ni por tanto un derecho de autor a favor de quien ha realizado materialmente esas “meras fotografías” el TRLPI otorga a su realizador material el derecho exclusivo a autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública. Estas imágenes requerirán para su agregación en Internet y su utilización en las diferentes redes sociales donde por parte de los usuarios se comparte información, autorización por parte de sus titulares tanto para su fijación digital como para su puesta a disposición del público en la red.

4.5 Editores respecto a determinadas producciones editoriales.

El art. 129 del TRLPI reconoce en favor de los editores los mismos derechos de explotación que corresponderían a los autores en dos supuestos: a) la edición de una obra inédita en dominio público, y b) ediciones individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales.

En el primer caso, la inexistencia de una divulgación previa de la obra, hace que aunque ésta haya entrado en el dominio público, se atribuya al editor los derechos de explotación que el autor decidió no ejercitar. De forma que éste pueda rentabilizar la inversión en régimen de exclusiva de su apuesta editorial por una obra hasta ese momento desconocida en el mercado.

³⁸⁸ http://www.siliconnews.es/2009/04/17/youtube_llega_a_un_acuerdo_con_sony_cbs_y_mgm/

En el segundo supuesto, la protección dispensada por el TRLPI se centra no tanto en la obra, como en la propia edición y sus caracteres singulares, que la convierten en un objeto específico digno de protección.

4.6 Fabricantes de bases de datos.

El art. 133 del TRLPI concede al fabricante de una base de datos un derecho “sui generis”, cuya justificación radica en la inversión sustancial que ha realizado para su obtención, bien sea de “medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido”. Este derecho otorga a su titular la facultad de prohibir “la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta, evaluada cualitativa o cuantitativamente” (art. 133 TRLPI). sin perjuicio de las excepciones previstas en el art. 135 TRLPI, y siempre que no que supongan actos contrarios a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante de la base de datos. Aunque no podrá evitar que el usuario legítimo de dicha base “extraer y/o reutilizar partes no sustanciales de su contenido, evaluadas de forma cualitativa o cuantitativa, con independencia del fin a que se destine” (art. 134 TRLPI). En la medida que la información en Internet se organiza de forma ordenada por medio de bases de datos electrónicas, su utilización y explotación digital afecta también a los fabricantes de estas bases de datos.

5. Entidades de gestión de los derechos de autor.

Las entidades de gestión son definidas con carácter general en la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. En su art. 3 a) se define como “toda organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de

derechos, como único o principal objeto, y que cumple al menos uno de los siguientes criterios: i) ser propiedad o estar sometida al control de sus miembros, o ii) carecer de ánimo de lucro”.

Podemos decir que ante la imposibilidad de realizar una gestión individualizada de los derechos de explotación patrimonial, y otros de contenido económico, como los derechos de simple remuneración, por parte de sus titulares, se constituyen en asociación para la gestión colectiva de sus derechos. La LPI de 1987 rompió el monopolio de la SGAE constituido por la Ley de 24 de junio de 1941³⁸⁹. Tras la aprobación de la LPI se han autorizado ocho entidades de gestión con un ámbito material de gestión específico³⁹⁰, que rompen con el monopolio histórico de la SGAE³⁹¹. Precisamente la regulación comunitaria de estas entidades se ha centrado en la prohibición del abuso de posición dominante en el art. 85 del Tratado de la CEE, en las relaciones que estas entidades establecen con los titulares de los derechos de autor y los usuarios de sus repertorios³⁹², y fundamentalmente en cuanto al establecimiento de tarifas generales³⁹³.

³⁸⁹ MARÍN LÓPEZ, J.J.: “Comentario al Título IV de la LPI”, en Comentarios a la LPI, dir. Bercovitz Rodríguez Cano, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 1891 y ss; LOPEZ GONZALEZ, J.: “La industria cultural en Internet y las entidades gestoras...”, *op.cit.*, p. 125. La ley de 1942 disolvió las diversas asociaciones de autores creadas en 1932 e instituyó la SGAE como “una entidad única” que asumía la representación y gestión de los derechos de autor en España y en el extranjero, y que quedaba integrada en la estructura sindical de la época.

³⁹⁰ Estas Entidades de Gestión en España son: SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), CEDRO (Centro español de derechos reprográficos), VEGAP (Visual entidad de gestión de artistas plásticos) y DAMA (Derechos de autor de medios audiovisuales) respresnetan a los autores. AIE (Artistas intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión de España), y AISGE (Artistas intérpretes, sociedad de gestión) representan a los artistas intérpretes o ejecutantes. AGEDI (Asociación de gestión de derechos intelectuales) y EGEDA (Entidad de Gestión de Derechos de los productores audiovisuales) representan a los productores

³⁹¹ Aunque como apunta MARÍN LÓPEZ, J.J.: “Comentario al Título IV de la LPI”, *op.cit.*, p. 1892 aunque el monopolio de la SGAE se rompió formalmente en la LPI de 1987 parte de estas entidades que luego surgieron se formaron por transformaciones de asociaciones previamente existentes.

³⁹² MARÍN LÓPEZ, J.J.: “Comentario al Título IV de la LPI”, *op.cit.*, p. 1899.

³⁹³ En este sentido cabe destacar la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de julio de 2000 Exp. 465/99 en la que se reconoce que: “En estas condiciones, es evidente que las tres entidades monopolísticas imputadas disfrutaban de una posición de dominio, ya que su poder e independencia de comportamiento son muy grandes respecto de los usuarios de los derechos de los que son titulares, particularmente respecto de los hoteles que no pueden prescindir de los televisores en las habitaciones, por razones comerciales y por imposición de la normativa turística en los de

En la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI y la LEC se refuerza la intervención administrativa en el establecimiento de las tarifas, al parecer para garantizar que no se impongan de manera unilateral por la entidad, y con intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y que el propio diseño de conformación de precios asegure frente a los usuarios de los repertorios que no se producirá un abuso de posición dominante³⁹⁴.

Para asegurar el principio de libre competencia, la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, establece que los titulares de derechos de autor puedan elegir libremente la entidad de gestión colectiva encargada de la gestión de sus derechos, y permite encargar la gestión de los diferentes derechos que recaen sobre una obra a diferentes entidades de gestión, siempre que se “mantenga un equilibrio entre la libertad de los titulares de derechos de disponer de sus obras y otras prestaciones y la capacidad de la entidad para gestionar eficazmente los derechos” (Considerando 19). Se trata de fraccionar el monopolio material del ámbito objetivo de explotación, flexibilizando la gestión de los derechos de autor, y asegurando la libertad de elección del autor como titular de los derechos cuya gestión se encomienda, e incentivando la libre competencia entre las entidades de gestión que operan en el ámbito de la Unión Europea en un nuevo contexto digital transfronterizo. El mercado único digital exige también establecer mecanismos de colaboración entre las entidades de gestión de los diferentes países

categoría elevada. Y este poder y esa independencia de comportamiento son las que otorgan a estas entidades una notable capacidad para modificar en provecho propio las tarifas, capacidad que resulta plena si, en lugar de negociarlas como les impone la Ley, las imponen unilateralmente”, por lo que se habría vulnerado el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y el art. 86 del Tratado de la Comunidad Europea.

Este mismo asunto, en relación a unos nuevos criterios de fijación de tarifas, dio lugar a un nuevo pronunciamiento por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia en la Resolución de 2 de marzo de 2012 Exp. S/0157/09 en el que se condena a EGEDA porque el sistema de aplicación de tarifas se utiliza para sesgar la negociación e imponer las mismas de modo unilateral por parte de la entidad de gestión, así como por un trato discriminatorio a la hora de establecer el sistema de conformación de precios, se puede consultar esta resolución en:

<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=S%2f0157%2f09&Ambito=Conductas>

³⁹⁴ En la línea de lo que sostenía RODRIGUEZ MEJÍAS, J.: “El abuso de posición de dominio en la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2006, nº 24, septiembre-diciembre, p. 51.

que conduzcan a una gestión más flexible de estos derechos, tal y como exige la utilización en línea de estos contenidos.

En este sentido, la Directiva 2014/26/UE recoge también el impacto que Internet produce en la gestión de los derechos de autor, y la desterritorialización que comporta la explotación de la obra en Internet. Así, regula la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. Tal y como ya se reconocía en la Recomendación 2005/737/CE en cuanto a la necesidad de promover un nuevo marco regulador mejor adaptado a la gestión dentro de la Unión Europea, de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de la prestación de los servicios legales de la música en línea. En este sentido en el Considerando 40 de la directiva referida se reconoce que: “En el sector de la música en línea, en el que la gestión colectiva de los derechos de autor sobre una base territorial sigue siendo la norma, es fundamental crear condiciones que favorezcan la máxima eficacia en las prácticas de concesión de licencias por las organizaciones de gestión colectiva en un contexto cuya dimensión transfronteriza es cada día más importante. Procede, por tanto, prever un conjunto de normas que establezcan las condiciones básicas de concesión de licencias colectivas multiterritoriales de derechos de autor sobre obras musicales para su utilización en línea, incluidas las letras, por las entidades de gestión colectiva”.

Para conseguir esta finalidad se establece un régimen de colaboración europeo entre las entidades de gestión del territorio comunitario de representación de los repertorios sobre una base multiterritorial (art. 29 y 30) y se establece la obligación de las entidades de gestión de disponer de bases de datos sobre la titularidad de derechos objeto de licencia multiterritorial que cada entidad de gestión esta autorizada a representar en un determinado territorio (art. 25 y 26). Y se establece que estas entidades deben contar con medios para la administración electrónica de estas licencias multiterritoriales (art. 24).

La Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI y la LEC, aborda una reforma sustancial de la regulación de las entidades de gestión y modifica gran

parte del articulado contenido en el TRLPI, a fin de dotar de una mayor transparencia y democracia en el funcionamiento de estas entidades, en sintonía con el espíritu de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014. Pero lamentablemente el legislador no ha incorporado esta directiva, ya que el proyecto de ley de reforma del TRLPI y la LEC se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales 5 días antes de la aprobación de la directiva. Con ello, se marca una brecha importante entre el régimen del TRLPI y el establecido en la Directiva 2014/26/UE en cuanto a la configuración jurídica de estas entidades. Así, mientras en el TRLPI estas entidades se configuran jurídicamente según una base asociativa, la ausencia de ánimo de lucro y el carácter nacional de su gestión, en la Directiva 2014/26/UE se admite que puedan tener ánimo de lucro [(art. 3 a)], por lo que parece abrirse a otras formas jurídicas de base empresarial.

Además, la directiva admite, ya sin vacilaciones, la necesidad de afrontar una gestión transfronteriza de las licencias multiterritoriales sobre las obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. Se pone así de manifiesto como los nuevos modelos de explotación digital en Internet de las obras protegidas transforman también los modelos de gestión colectiva del derecho de autor, hacia un sistema más competitivo y armónico que garantice un mejor funcionamiento del mercado interior de las obras protegidas en su explotación en línea.

Aunque esta directiva no ha sido adaptada a nuestro ordenamiento por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI y la LEC, en cuanto a la nueva configuración jurídica de la entidad de gestión que se desliga de su tradicional base asociativa hacia una estructura más competitiva y también más adaptada a su estructura y volumen de recaudación³⁹⁵, inspira en algunos puntos la Ley 21/2014, de

³⁹⁵ En este sentido, y como MARISCAL GARRIDO-FALLA, P. : “Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual: breve comentario acerca de la inadecuación de su régimen jurídico”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, nº 34, enero-abril, 2010, p. 20 señalaba que: “nuestra Ley de Asociaciones no está diseñada para asociaciones cuyo fin principal es el desarrollo de actividades empresariales de la envergadura de las que realiza cualquier entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual”. Esta autora incluso pone en duda que en el caso de las entidades de gestión nos hallemos ante personas jurídicas sin ánimo de lucro, al menos en un sentido objetivo, “toda vez que las entidades de gestión sí realizan actividades con terceros, en el sentido de que operan en el mercado derechos de propiedad intelectual. En efecto, las entidades de gestión, además de

4 de noviembre, que modifica el TRLPI y la LEC. En especial, en cuanto a las reformas dirigidas a dar una mayor transparencia y democracia en su funcionamiento interno a estas entidades. Si bien, desaprovecha a nuestro modo de ver, la oportunidad de incorporar a nuestro ordenamiento el contenido completo de la directiva que impulsa de manera decisiva la explotación en línea de las obras musicales en el mercado digital europeo e incorpora también una apuesta de modernización de las entidades de gestión en el ámbito europeo.

Las principales reformas de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI y la LEC, se centran en los siguientes puntos: a) respecto al régimen de voto ponderado de los socios se establecen criterios específicos para reducir el margen de arbitrariedad en la toma de decisiones (art. 151 TRLPI), b) aplicación de criterios no discriminatorios en la gestión de los repertorios (art. 151 nuevos puntos 13 y 14); c) se reduce la duración máxima del mandato de las entidades de cinco años a tres (art. 153.1); d) respecto a las cantidades recaudadas se introduce el criterio del reparto diligente y respecto a las cantidades recaudadas y no reclamadas se regula su destino una vez prescrito su derecho al cobro (art. 154 apartados 1 a 6); e) se introduce como principio contable la separación entre los activos propios y los ingresos derivados de los servicios de gestión prestados (art. 154.9); f) se regula el régimen de constitución de personas jurídicas por parte de la entidad de gestión según tenga o no ánimo de lucro (art. 155.4 y 5); g) se regulan sus obligaciones contables de forma pormenorizada, en especial, el contenido de la memoria de sus cuentas anuales y la obligación de auditoría anual (art. 156); h) se establecen otras obligaciones, entre las que destacan, el establecimiento de criterios legales para determinar las tarifas y se establece la obligación de difundir esas tarifas en Internet [(art. 157.1 a) a d)], así como la obligación de participar en la creación, gestión, financiación y mantenimiento de una ventanilla única de facturación y pago, accesible a través de Internet, junto a otras obligaciones derivadas de la necesidad de

cumplir con su cometido principal -la administración de derechos de propiedad intelectual- llevan a cabo una serie de actividades de promoción de la cultura que las convierte en verdaderos agentes económicos”, lo que resulta coherente con el art. 151.2 del TRLPI y la posibilidad de obtener beneficios de aquellas actividades ligadas a su ámbito cultural.

transparencia en su funcionamiento [(art. 157.1 e)]; y como cláusula de cierre se añade un art. 157 bis en el que se establece la supervisión de la Administración competente en el cumplimiento de las obligaciones establecidas a cargo de la entidad de gestión.

Como vemos, la reforma se queda muy lejos de la Directiva 2014/26/UE, que exige en su cumplimiento un nivel elevado de adaptación técnico e interoperabilidad a las entidades de gestión de la UE, mucho más complejo que la obligación de fijar en una página web las tarifas de la entidad, o el compromiso de implementar una ventanilla única de facturación y pago accesible a través de Internet.

Por otro lado, y a medida que se avance en los sistemas de gestión de los derechos de autor, la gestión electrónica de estos derechos se hará de forma integrada en estas medidas tecnológicas, de forma que converjan en línea el pago por parte del usuario y la liquidación de los derechos que corresponden a sus titulares. Como dijimos en la introducción estas medidas incorporan información al paquete digital que identifica la obra y permite conocer sus condiciones de utilización. Como vimos, los ECMS (*Electronic Copyright Management System*), entre los que quizá uno de los más extendidos sea DRM, son un concepto más amplio que hace posible en Internet la explotación patrimonial de contenidos protegidos y la gestión de la cantidad económica vinculada a cada acceso. De esta forma se puede hablar ya en Internet de un sistema de gestión digital de los derechos de explotación sobre la obra que de acuerdo con GERVAIS permite, entre otras funcionalidades: verificar la identidad de las partes mediante sistemas de certificado o firma digital, comprobar que la transacción se ha efectuado a través de la correspondiente pasarela de pago utilizada, permitir el rastreo de la obra en Internet, así como medir sus accesos o usos por parte de los usuarios.

En este sentido, Internet ha ampliado las posibilidades de explotación y utilización de las obras en un nuevo entorno digital, y transforma no sólo los hábitos de consumo de estos tipos de bienes, sino también la forma de gestión de los derechos que recaen sobre ellos. Como vimos en la parte introductoria, una de las

respuestas a la piratería en el nuevo entorno digital de Internet han sido las medidas tecnológicas de protección. Estas medidas cuestionan el alcance del derecho de compensación por copia privada que se gestionan de modo obligatorio por parte de estas entidades de gestión, y poseen un valor compensatorio de los usos autorizados de la obra, en aplicación de los propios límites del derecho de autor, como en el caso de la copia privada para uso privado. Aunque ese “carácter compensatorio” ha sido objeto en los últimos años de una intensa polémica³⁹⁶.

Estos derechos compensatorios en unos casos surgen en el entorno de Internet, como la llamada “tasa Google”, en otras ocasiones como en la remuneración por copia privada, si bien no surgen con Internet, se cuestiona su pervivencia en el entorno digital. Se trata de derechos compensatorios por la pérdida de beneficios que los nuevos usos digitales generan no sólo a los autores, sino también a otros sujetos como los editores, productores de fonogramas, videogramas y los artistas, intérpretes y ejecutantes cuyas actuaciones se fijan en dichos fonogramas o videogramas, y que si bien se autorizan por la ley, generan a favor de los anteriores sujetos el derecho a obtener una compensación cuya recaudación se encomienda a las entidades de gestión que los representan. Aunque como veremos, tanto en un caso como en otro, resulta insatisfactoria la solución que ofrece el legislador por el supuesto perjuicio que estos usos infringen a los titulares de los derechos afectados, así como pone en duda la legitimación de la entidad de gestión

³⁹⁶ Como tendremos oportunidad de ver con mayor extensión en la última parte de este trabajo al abordar los límites del derecho de autor, la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el TRLPI y la LEC, tras una extensa polémica, y un pronunciamiento del TJCE en el llamado asunto Padawan S.L. sobre el cánón digital, y la consideración como no ajustada a la directiva de la aplicación indiscriminada de dicho cánón de todos los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, incluso cuando no se han puesto a disposición de usuarios privados, ha llevado a una reforma donde si bien el cánón se mantiene. Esta reforma consolida la transformación del canon del fabricante de los aparatos de copia a un gravamen general, que recae sobre los presumibles usuarios de los mismos, lo que desnaturaliza estos derechos de simple remuneración, en una solución fallida al problema. Al transformar este derecho de simple remuneración en una especie de subvención indirecta donde una parte de los presupuestos se destinan a esta finalidad, recayendo su pago en todos los ciudadanos de forma indiscriminada. Pero además esta desnaturalización que se produce con este auxilio público modifica el régimen de responsabilidad de las entidades de gestión como receptoras de fondos públicos. No exento de polémica se encuentra el otro derecho de simple remuneración que esta reforma añade, la denominada tasa Google, que recae sobre los agregadores de noticias, y que tendremos oportunidad de exponer en el siguiente capítulo, al hablar de los agregadores de contenidos como nuevos sujetos en la explotación y uso de obras protegidas en Internet.

para la recaudación de unos derechos a favor de titulares que no son socios, y que por tanto difícilmente pueden tener conocimiento de esa recaudación³⁹⁷, aunque la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI y la LEC, trata de reducir el margen de discrecionalidad de la entidad de gestión en el destino de esos fondos no reclamados. De forma que se regula su destino una vez prescrito su derecho al cobro (art. 154.5) a fines asistenciales, y a la promoción de la oferta digital legal de las obras y prestaciones protegidas cuyos derechos gestionan, “entre las que se entenderán comprendidas campañas de educación y sensibilización”, aunque con un porcentaje mínimo legal muy reducido que alcanza tan sólo el 15% de la recaudación no reclamada.

³⁹⁷ MARISCAL GARRIDO-FALLA, P. : “Las entidades de gestión de derechos...”, *op.cit.*, p. 33. Para evitar la discrecionalidad en el reparto de estas cantidades la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI del TRLPI establece

***CAPÍTULO SEGUNDO.-* NUEVOS SUJETOS EN LA
EXPLOTACIÓN Y UTILIZACIÓN DIGITAL DE
CONTENIDOS PROTEGIDOS EN EL ESCENARIO DE
INTERNET**

1. Proveedores vs. agregadores de contenidos.

1.1 La distinción previa entre productores y agregadores de contenidos en Internet.

Como FERNÁNDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR apunta el derecho de acceso universal en que se funda Internet no implica sólo un acceso técnico a la red, sino también a sus contenidos, para este autor “un acceso a los contenidos de la red, sobre todo a los creativos, científico-técnico, literarios”, es decir, a los protegidos por el Derecho de autor³⁹⁸. Aunque se ha señalado también, desde otros ámbitos académicos, la escasa creación de contenidos originales por parte de los usuarios de Internet “que prefieren una cultura de cortar y pegar”, e incluso, “la escasa calidad de las aportaciones”³⁹⁹. Respecto a la calidad de los contenidos generados por los usuarios, ésta como veremos al tratar el objeto de esos contenidos en la segunda parte de este trabajo, nos resulta irrelevante, por cuanto es ajena al derecho de autor que se cimenta en el concepto de originalidad para brindar su protección.

Por otro lado, el propio funcionamiento de la red, y la interconexión de la información que contiene a través de links, nos lleva a distinguir entre aquellos usuarios o sujetos que proveen contenidos susceptibles de ser protegidos por el derecho de autor, y aquellos otros que llamaremos agregadores que producen poco o ningún contenido original⁴⁰⁰. Pues, únicamente proveen el link con contenidos

³⁹⁸ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A.: *El derecho de autor en Internet*, ed. COLEX, Madrid, 2005, p. 204.

³⁹⁹ CELAYA, J.: “Cultura digital en redes sociales”, *Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, 2011, julio-septiembre, nº 88, disponible en http://telos.fundaciontelefonica.com/seccion=1268&idioma=es_ES&id=2011072809100001&activo=6.do

⁴⁰⁰ CALIN, M., DELLAROCAS, C., PALME, E. Y SUTANTO, J.: “Attention Allocation in Information-Rich Environments: The Case of News Aggregators”, *Boston University School of Management Research Paper Series*, 2013, p. 2 disponible en

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2225359

producidos por otros sujetos, y a lo sumo añaden un título o extracto, que en el ámbito de las noticias, ha suscitado una viva polémica entre productores y agregadores de contenidos, que ha llevado a algunos legisladores, como el español, a intentar regular este asunto de un modo, como veremos, bastante discutible.

1.2 Productores o proveedores de contenidos protegidos por el Derecho de autor en Internet.

Dentro de este concepto se engloban el conjunto de sujetos que, como fruto de su propio esfuerzo intelectual o en colaboración con otros sujetos, realiza un contenido que, de acuerdo con el art. 10 del TRLPI, reúne los requisitos mínimos para ser protegido por el derecho de autor, esto es, original y posee una forma externa, en el sentido de que no es una mera idea. Dentro del concepto de proveedor de contenido se incluirían tanto los productores convencionales de contenido como ese nuevo autor-usuario que ofrece su creación de modo gratuito para el disfrute colectivo, bien a través de diferentes plataformas de edición digital o de las redes sociales que le permiten interactuar con otros usuarios.

Dentro de los primeros, digamos los proveedores convencionales, se incluirían a los autores que han contado con un intermediario clásico para proveer el acceso de la obra al mercado digital, así como a los explotadores digitales que han obtenido de éstos, mediante los correspondientes negocios o contratos de cesión o licencias, los derechos para su explotación en Internet. Se incluirían las editoriales digitales o las plataformas digitales de las editoriales que distribuyen también sus obras en papel⁴⁰¹, productores cinematográficos o audiovisuales⁴⁰², o los operadores

⁴⁰¹ La edición digital es hoy una realidad económica y la digitalización creciente de la información ha provocado que, incluso se llegue a hablar del e-editor, y que gran parte de las editoriales hayan optado por ofrecer a los lectores la edición digital de la mayor parte de las obras que integran sus catálogos. La edición digital de la obra no implica sólo su mera digitalización, sino que exige la realización de una serie de operaciones materiales necesarias para divulgar la obra en condiciones óptimas como sugiere ALVAREZ DE BENITO, P. : *Las obligaciones del autor en el contrato de edición, op.cit.*, p. 42. Por lo que se sigue exigiendo una cierta industria especializada, sin perjuicio de que se hayan abaratado los costes, con la supresión de los de impresión. En este sentido y como apunta PLANAS I SILVA, C.: “Los contratos editoriales en la era del acceso: la desintermediación legal”, en *El copyright en cuestión*, coord.. TORRES RIPA y GOMEZ HERNANDEZ, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, p. 34 la nueva realidad del editor digital se abre una nueva figura substitutiva del

de la industria musical⁴⁰³, así como aquellas personas jurídicas que gozan de la condición de autor, como en el caso de las empresas titulares de *software* o de los periódicos, respecto a los que se ha generalizado, junto al periódico en soporte papel,

impresor, el digitalizador o conversor de contenidos, en este sentido apunta que: “La digitalización, que se puede entender con una actividad puramente mecánica y sin ningún valor, sí que entraña un elemento de valor cual es la propia digitalización y la propiedad de la digitalización, así como los metadatos introducidos...”. Precisamente esta reducción significativa de costes ha permitido bajar el precio del ebook y dar entrada en el sector a editoriales más de corte independiente y con una menor organización empresarial. En este sentido la irrupción en Internet de grandes distribuidores como Amazon o Apple ha concentrado los roles de distribuidor, editor e impresor en una gran plataforma de edición, puesta al servicio de los propios autores, así como de editoriales más independientes y con una organización empresarial más reducida que se sirven de sus servicios de distribución e impresión.

En este sentido, el editor digital es un operador cultural, como intermediario entre el autor y el público, que dentro de sus poderes de organización como empresario asume una serie de decisiones en cuanto a la puesta en el mercado digital de la obra literaria de un determinado autor, el tipo de edición elegida y a las condiciones en que se procede a su divulgación, como el diseño exterior, precio, ilustraciones, e incluso el propio vestido tipográfico de la obra, vid. ALVAREZ DE BENITO, P.: *Las obligaciones del autor en el contrato de edición*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 43; GOMEZ LAPLAZA, C.: “Comentario al art. 58”, *op.cit.*, p. 932; DE PABLO CONTRERAS, P. “Comentario al art. 71” *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R., Madrid, Tecnos, 2007, p. 1071. Estas operaciones que seguirán exigiendo una intervención activa del editor digital, que no puede verse expulsado del sector por ninguna supuesta desintermediación de los nuevos contenidos digitales. En este sentido se postula PLANAS I SILVA, C.: “Los contratos editoriales en la era...”, *op.cit.*, p. 41 y ss. para quien el desarrollo de los contenidos digitales al ámbito de las obras literarias, el desarrollo del e-reader y del libro electrónico no puede suponer una expulsión del editor dentro del sistema ya que: “La pretendida desintermediación que persigue expulsar al editor actual, no significa que, con dicha expulsión, el autor alcance más poder económico, pues es muy probable que tenga enfrente empresas, cada vez más grandes y, más verticales; por consiguiente, el autor contará con menos poder de negociación y sus derechos pueden verse mermados”, sino que más bien se situaría como garante del “ecosistema creativo”, produciéndose un proceso de retroalimentación entre las grandes plataformas de distribución y las editoriales que accederán a ellas y a las librerías digitales a los efectos de obtener un posicionamiento comercial óptimo del e-book más allá de su página web. En este sentido, esta autora pone como ejemplo de esta necesidad mutua el caso de Sony como el primer e-reader que apareció en el mercado pero sin un oferta adecuada de contenidos digitales: “Prueba de lo anterior es el caso de Sony: el primer *e-book* que sale en el mercado en 2006 es de Sony (E-Reader) pero no tenía ni plataforma, ni libros pues no es ni un editor ni tampoco es un librero, a diferencia de Amazon que un año más tarde, en diciembre de 2007, comercializa su primer lector digital con un fondo de catálogo y novedades en su plataforma. De hecho, tanto Apple con su iPad y Google con su Android, disponen de sus propios *e-books* para sus propias plataformas”.

⁴⁰² Como las plataformas *online* Internet Movie Data Base, impulsada por Amazon, iTunes Movie o Filmotech, bajo iniciativa de EGEDA, por citar algunas de las más activas

⁴⁰³ Como señala LÓPEZ GONZÁLEZ, J.: “La industria cultural en Internet...”, *op.cit.*, p. 86, “La música es un sector cultural amoldado a la distribución *online*. Su industria se encuentra mejor articulada y diversificada, de manera que el grado de evolución es mayor que en el de otros sectores culturales”. En este sentido puede destacarse iTunes Music, Napster (después de su reconversión y compra por Microsoft), MTV o Spotify.

la oferta de una versión digital del diario, de acceso libre, aunque con contenidos más reducidos⁴⁰⁴ que la que se obtiene mediante suscripción.

Por otro lado, estarían aquellos que hemos definido como autores-usuarios que, utilizan las herramientas que provee Internet, desde plataformas de autoedición de obras literarias, de la que la más conocida quizá sea Amazon, hasta blogs, wikis, YouTube o Flickr para compartir obras multimedias, u otras redes sociales generalistas como Twitter, Facebook o Tuenti. Sin perjuicio de que algunas de estas herramientas hayan profesionalizado a sus usuarios, como ha ocurrido con la irrupción del *blogger* profesional⁴⁰⁵, y se haya incorporado esta herramienta como complemento de las cabeceras de medios de comunicación tradicionales en su versión *online*⁴⁰⁶, en la mayoría de los casos se tratan de autores incidentales o no profesionales que ofrecen estos contenidos protegidos en Internet al resto de usuarios de modo gratuito. Así en la edición digital de la obra literaria, el éxito del e-book y su comercio electrónico, el ahorro de costes de impresión y distribución, ha propiciado también otros fenómenos que inciden en el sector editorial transformando el modelo de negocio tradicional, como son el desarrollo de plataformas de autoedición, que permite a los autores noveles dar a conocer su obra en Internet en formato electrónico⁴⁰⁷. E incluso, la utilización de otras vías, como *blogs* personales o redes sociales, que se desarrollan en paralelo y permiten también hacer accesibles

⁴⁰⁴ Aunque cabe destacar el nacimiento en 2005 de Huffington Post como un diario exclusivamente en línea.

⁴⁰⁵ Vid al respecto el informe de Technorati disponible en <http://technorati.com/state-of-the-blogosphere-2010/> donde se da cuenta de que en el año 2010 el 28% de los bloggers se dedicaban profesionalmente a esta actividad, e incluso, como muchos de ellos han conseguido popularizar sus contenidos, e introducen publicidad.

⁴⁰⁶ En este sentido, ORTIZ MEDINA, A.: “La cultura blog”, Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación), 2011, abril-junio, nº 87, disponible en http://telos.fundaciontelefonica.com/seccion=1268&idioma=es_ES&id=2011051116310001&activo=6.do cita como los ejemplos de las versiones *online* de El Mundo, El País, 20 Minutos o la Vanguardia, o revistas como Elle, Vogue o Esquire.

⁴⁰⁷ En este sentido puede destacarse que importantes editoriales incorporan estas plataformas, bien como red social que puede llevar a la vía de una edición por parte de la editorial como la plataforma “Me gusta leer” de Random House Mondadori, o como plataformas de autoedición como Bubok, Roccautores o Kobo, entre otras, sobre este punto y para mayor información puede consultarse

http://cultura.elpais.com/cultura/2013/10/11/actualidad/1381522683_036441.html.

sus contenidos creativos en Internet. El ejemplo paradigmático de la difusión contenidos audiovisuales protegidos en redes sociales, es YouTube. Esta plataforma se ha movido entre el rechazo frontal de la industria audiovisual y su aceptación por la misma⁴⁰⁸, hasta su compra por Google en 2006.

YouTube constituye probablemente la mayor red social en la que sus usuarios comparten material audiovisual. Para compartir estos archivos los usuarios crean una cuenta que les permite subir archivos de poco peso, menos de 10 minutos de duración, creados en principio por los usuarios con sus cámaras de vídeo, teléfonos y demás dispositivos de captura de vídeo, que se organizan por temas en la propia página principal. Aunque basta una sencilla visualización de sus archivos para comprobar como entre los archivos subidos figura también material protegido por derechos de autor cuya titularidad no ostenta el usuario que lo ha subido⁴⁰⁹. Además hay que tener en cuenta que no se exige un medio de certificación de la identidad del usuario que sube este material⁴¹⁰, por lo que resulta un medio idóneo, amparado en el anonimato de la red, para perpetrar violaciones a los derechos autores y compartir material audiovisual protegido de un modo similar a lo que sucede en una red P2P. Pero también como sugiere KNUCKEY plantea, incluso, problemas respecto a contenidos originales. Pues, ese anonimato dificulta que se puedan producir acciones de plagio, y dejando desprotegido a su autor frente al registro de la obra por un tercero, cuya inscripción le otorgará una presunción de veracidad. El autor de dichos

⁴⁰⁸ KURT HUNT: “Copyright and YouTube: Pirate’s Playground or Fair Use Forum?”, 14, *Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.* 197 (2007), p. 197, en <http://www.mttl.org/volfourteen/hunt1.pdf> para quien “YouTube has been described as *the future of movie-marketing* by some, and an *illegal free-for-all* by others”. En este sentido cabe apuntar que se han celebrado acuerdos para difusión de sus contenidos con CBS, NBC, Universal Music Group, BMG Musi Entertainment o Warner Music, entre otros operadores.

⁴⁰⁹ KURT HUNT: “Copyright and YouTube...”, *op.cit.*, p. 202, cuenta como en el año 2006 YouTube retiró 30.000 vídeos ante la reclamación de la Sociedad Japonesa de Derechos de Autores, Compositores y Editores <http://www.mttl.org/volfourteen/hunt1.pdf>

⁴¹⁰ KNUCKEY, A.M.: “YouTube—The Next Generation of Infringing on Creative Works: What Can Be Done to Protect the Screenwriters?”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 7, iss.2, Spring 2009, p. 226 y ss., sugiere la posibilidad de introducir un registro fiable para identificar al infractor. Este autor considera que la introducción de un correo electrónico no es un medio adecuado, ya que éste puede no reflejar la identidad real del usuario, por lo que sugiere la utilización de otros medios como la tarjeta de crédito.

contenidos deberá probar dos cuestiones de hecho: a) que es el autor de ese material, y b) que el plagista vio y utilizó el material subido del que es autor⁴¹¹.

Finalmente, aunque en principio YouTube permite sólo una visualización de estos contenidos en *streaming*, se han desarrollado diferentes programas que permiten descargar estos vídeos, que infringirían los derechos de explotación patrimonial del autor. En el ámbito de la música, propuestas similares a YouTube, pueden ser otro tipo de plataformas, como *musicafree*, donde los autores ponen a disposición del público sus creaciones de manera gratuita.

1.3 Agregadores de contenidos.

Como hemos dicho el agregador de contenidos, no es un productor o generador de contenidos propios, sino que simplemente coloca los contenidos generados por otras personas en otros espacios web mediante hipervínculos, lo que ha provocado una cierta tensión entre unos y otros en cuanto a la explotación de los mismos. En concreto los generadores de contenidos han argumentado que los agregadores muestran pequeños extractos de esos contenidos que puedan llegar a satisfacer de modo pleno las necesidades del consumidor⁴¹², con la consiguiente competencia para su negocio.

La agregación de contenidos puede realizarse a través de diferentes medios: a) mediante portales de Internet, que actúan como buscadores de noticias automatizados, como pueden ser Google News o Huffington Post; b) lectores de fuentes web como RSS que permiten darse de alta en webs o blogs favoritos y recibir contenido, y que se basan en un lenguaje informático, conocido, como perfil atención del usuario; c) *webs* que se forman a partir de la agregación de contenidos por los usuarios, actúan como una red social de intercambio de contenidos, d) aplicaciones

⁴¹¹ KNUCKEY, A.M.: “YouTube—The Next Generation of Infringing...”, *op.cit.*, p. 229

⁴¹² Como JASIEWICZ, M.I.: “Copyright protection in an opt-out world: Implied License Doctrine and News Aggregators”, *The Yale Law Journal*, 2012, v. 122, iss.3, p. 840 recuerda como el propio Rupert Murdoch, fundador de News Corporation ha mostrado su frontal rechazo frente a los agregadores de noticias.

de lectores de fuentes de noticias, como por ejemplo, Flipboard desarrollada por Apple para Ipad y que vincula información de redes personales del usuario, blogs seguidos y periódicos en una especie de periódico digital personalizado, y e) redes sociales como Facebook o Twitter donde suele ser habitual que los usuarios compartan con sus seguidores algunos contenidos, unos propios, otros como agregación de los elaborados por otras personas, en especial, por los medios de comunicación, que incluso en sus contenidos abren la posibilidad de la agregación por parte de los usuarios de estas redes.

El tema de la agregación de contenidos, se ha planteado sobre todo respecto a los agregadores de noticias, como Google News, un motor de búsqueda de noticias, que agrupa titulares y noticias similares, por su impacto y volumen de agregación, así como el uso extendido por parte de los usuarios⁴¹³. La utilidad de los agregadores de contenidos es que ahorran tiempos de búsqueda al usuario, y aportan una reseña o información corta de la noticia que agregan, además de agrupar las noticias por temas⁴¹⁴.

Aunque algunos agregadores de noticias han sostenido que se trata de hechos, y por tanto no estarían sujetos al derecho de autor, hay que distinguir entre el hecho noticiado y la forma en que se ha contado, es decir la noticia en sí, cuya titularidad corresponderá al periódico. Ahora bien, otra cosa es plantearse si en una red de información, como es Internet, que se basa en la filosofía del link o el enlace de la información, esa agregación lesiona los derechos de autor de los titulares de los contenidos protegidos. En la medida que ese link permite conocer ese contenido en un espacio *web* diferente a aquel para el que fue creado, y acerca a los usuarios un primer conocimiento del mismo, aunque no completo, porque para ello deberán visitar el espacio que aloja el contenido. Y, si en caso de afectar a los derechos de autor, esa afectación estaría amparada en alguna excepción.

⁴¹³ Aunque existen también otros muchos, menos extendidos, como pueden ser Drudge Report y el Huffington Post.

⁴¹⁴ Vid. CALIN, M., DELLAROCAS, C., PALME, E. Y SUTANTO, J.: “Attention Allocation in Information-Rich Environments...”, *op.cit.*, p. 28 y ss.

En realidad, entiendo que la puesta a disposición real del contenido no se produce desde el espacio agregador, sino desde la web que lo ha creado, por lo que, en principio, y siempre que no se tratase de una “reproducción parcial”, o un enlace *framing* o enmarcado⁴¹⁵, no se afectaría a los derechos de autor de los creadores de contenido.

Respecto al título o breve resumen añadido, en la medida que no sea un corta y pega del contenido, podríamos decir que tampoco resulta afectado el derecho de reproducción y comunicación del autor del contenido. En cualquier caso, habría que estar al caso concreto, y la excepción aplicable como acertadamente ha sostenido PLAZA PENADES para otro caso de reproducción de contenidos relativo a los motores de búsqueda de Internet, con motivo de la STS de 3 de abril de 2012, y no a indefinidos “usos inocuos” más propios del sistema de protección *copyright*⁴¹⁶. En esta sentencia, el TS consideró que la reproducción temporal del fragmento inicial de un contenido suministrado por el motor de búsqueda de Google no vulneraba el derecho de reproducción parcial y provisional (art. 18 del TRLPI)⁴¹⁷. Aunque este tema será tratado con mayor profundidad en la tercera parte de este estudio, sirva aquí como mero apunte, aún advirtiendo la diferencia entre ambos casos, ya que el agregador a veces realiza un resumen propio de la noticia.

⁴¹⁵ Este tipo de enlaces permiten crear una ventana en el sitio del agregador dentro de la cual el usuario puede acceder a los contenidos del sitio web que los ha generado.

⁴¹⁶ PLAZA PENADES, J.: “La aparente inocuidad del caso Google”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2012, nº 30, (BIB 2012/3247), p. 5 expresa sí su acuerdo al fallo, aunque no a su *ratio decidendi*: “Por tanto, comparto el sentido fallo, pero la argumentación del Supremo podía haber sido más ajustada a la dogmática de la propiedad intelectual, reinterpretando simplemente el carácter esencial de la transmisión en el artículo 31.1, tal y como ha sugerido buena parte de la doctrina científica y como se deriva de la finalidad de su novedosa inclusión en la Directiva 292001/CE, o delimitando el objeto o el contenido del derecho de reproducción, ya que los usos inocuos podrían ser (aunque espero que no lo sea y así lo pone de manifiesto la propia Sentencia) una puerta donde se admitan excepciones o límites a los derechos de autor no previstos en la Ley”.

⁴¹⁷ STS 3 de abril de 2012, *LA LEY 69592/2012* considera que las reproducciones parciales de las primeras páginas constituye una reproducción y comunicación, pero “tan efímera, incidental y mínima que, como veremos más adelante, carece de relevancia infractora”. Y respecto al servicio *cache* considera que estaría amparado por el art. 31.1 del TRLPI, ya que aunque no es esencial para la transmisión contribuye a hacerla más rápida la transmisión digital.

Sin embargo, no parece ser éste el planteamiento de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el art. 32.2, para atribuir a los proveedores de contenido el derecho a percibir una compensación económica por el “supuesto perjuicio” que la agregación les provoca. El legislador español opta así por una solución salomónica, a través de un derecho de simple remuneración como en el caso de la copia privada. Un planteamiento algo radical de espaldas al desarrollo de la sociedad de la información, y que desconoce gran parte del funcionamiento de Internet, y que responde, a nuestro modo de ver, a la necesidad de dar satisfacción sólo a uno de los sectores afectados, las empresas periodísticas. A diferencia de otras regulaciones como la alemana que permite citas breves sin necesidad de licencia ni pago de tasa⁴¹⁸, o iniciativas como las emprendidas en Francia donde el gobierno ha firmado un acuerdo con Google para la creación de un fondo de ayuda a la prensa francesa⁴¹⁹.

A la vista de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI y la LEC, parece que se reconoce la posibilidad de agregación de contenidos con finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica, sin exigir la autorización del autor de estos contenidos, siempre que se trate de “fragmentos no significativos” de los mismos. Aunque la agregación de material visual (imagen, obra fotográfica o meras fotografías) estará sujeta a autorización previa. Es interesante en este punto la precisión que contiene la ley 21/2014 en cuanto que tampoco exigirá autorización los servicios que facilitan instrumentos o motores de búsqueda de palabras aisladas que se incluyen en los contenidos protegidos y facilitan su captura por parte del usuario.

Quedaría así definido el ámbito legítimo de actuación de los agregadores, pero como el legislador entiende que esa agregación lleva implícita un perjuicio a los creadores de contenidos, otorga a los editores, y en su caso a sus titulares, un derecho a percibir una compensación equitativa por el supuesto perjuicio que esa agregación

⁴¹⁸ Vid. <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/114/1711470.pdf>

⁴¹⁹ Vid. nota de prensa <http://www.elysee.fr/communiqués-de-presse/article/accord-avec-google>

les produce. Es decir, por la competencia que se produciría entre el sitio original que alberga esos contenidos y los prestadores de servicios de agregación de contenidos o empresas de *press-clipping*, que no compartirían los costes de creación de esos contenidos. Como derecho de simple remuneración tiene carácter irrenunciable y su cobro se encomienda a las entidades de gestión.

A mi modo de ver esta regulación responde a las presiones de los editores periodísticos, pero resulta criticable por varios motivos. En primer lugar, los productores de contenidos agregados, al menos, los editores a los que se refiere de manera expresa el precepto, y para los que parece estar diseñada la reforma, pueden proteger sus contenidos mediante medidas tecnológicas que impiden la agregación. Por ejemplo, con la utilización del fichero robots.txt, que instruye a los motores de búsqueda sobre qué parte de un sitio pueden ser indexada⁴²⁰.

En segundo lugar, porque la llamada “tasa Google”, en realidad no sólo afecta a Google News, sino también a otros agregadores mucho más modestos, e incluso de manera discriminada a los nuevos operadores que quisieran entrar en el sector, puesto que como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha señalado en su informe sobre la reforma de este precepto esta compensación “erigiría una barrera al acceso a la que no se han enfrentado los agregadores actuales, incumbentes ya consolidados”, y en este sentido “desincentivaría el acceso al mercado de nuevos prestadores de servicios electrónicos de agregación”⁴²¹.

En tercer lugar, porque ese perjuicio es más que discutible, ya que no en todos los casos resultarían afectados los derechos de autor del titular del contenido

⁴²⁰ Vid. JASIEWICZ, M.I.: “Copyright protection in an opt-out world...”, *op.cit.*, p. 844. Esta autora cita el caso BLAKE A. FIELD, Plaintiff, v. GOOGLE INC., 412 F. Supp 2d en 1116, disponible en <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/telecom/fieldvgoogle.pdf>, en el que se admitió que la falta de estos mecanismos constituía un comportamiento del que derivaba la concesión de un licencia implícita, de forma que si un sitio web deja su sitio abierto, permite la copia de Googlebot, robot de búsqueda de google.

⁴²¹ PRO/CNMC/0002/14 Propuesta referente a la modificación del art. 32.2 del Proyecto de ley de que modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 16 de mayo de 2014, p. 8 y ss., disponible en: http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_sobre_normativa/2014/140516_PRO_CNMC_0002_14_tasa_google.pdf

agregado, pero también, porque resulta discutible que la agregación perjudique económicamente al productor del contenido de manera indiscriminada. En la medida que los medios de donde proviene originariamente el contenido agregado pueden ganar visitas a sus páginas, con la difusión que el agregador genera. Por lo que, como sugiere la CNMC, esto sería un indicio de que para algunos editores “el agregador es complementario y no competidor de su producto o servicio”. Y esa mayor difusión de la página puede además aportar al editor otros ingresos distintos a la suscripción, principalmente ligados a la publicidad alojada⁴²², o a la posibilidad de abrir nuevas audiencias⁴²³. Sin perjuicio de que este argumento no pueda ser extensible a determinados tipos de enlaces como el llamado *deep linking* o enlace profundo, que se caracteriza porque el enlace no se remite a las páginas donde el titular de los contenidos ha alojado la publicidad (*banners*), que normalmente es la página de inicio (*home page*), sino a otras páginas.

En cuarto lugar, porque al configurarse como un derecho de simple remuneración su gestión y cobro se encomienda a las entidades de gestión, por lo que sólo participarán en su cobro los proveedores de contenidos asociados a ellas, pero no los pequeños productores de contenidos, como *bloggers*, que al no estar asociados a ninguna de estas entidades, no participarán de la compensación, a pesar de haber contribuido con sus contenidos a su generación. Aunque podemos entender que se trate de un supuesto de gestión de negocios ajenos, consistente en el cobro de una deuda por otro, sujeto al régimen establecido en los art.1888 y siguientes del CC. Y en este sentido, los titulares de derechos que hayan dado lugar a la compensación podrían exigir el pago su parte de compensación a las entidades de gestión⁴²⁴.

⁴²² PRO/CNMC/0002/14 Propuesta referente a la modificación del art. 32.2 del Proyecto de ley de que modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 16 de mayo de 2014, p. 7 y ss, *ult.cit.*

⁴²³ JASIEWICZ, M.I.: “Copyright protection in an opt-out world...”, *op.cit.*, p. 841.

⁴²⁴ Vid. sobre la gestión de negocios ajenos sin mandato el estudio de CAÑIZARES LASO, A.: “Tipología de la gestión de negocios ajenos sin mandato. (Estudio comparado de los Derechos alemán y español), *Anuario de Derecho Civil*, v. 48, nº2, 1995, p. 695 y ss.

A modo de conclusión, podemos decir que la regulación de la agregación de contenidos en la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI y la LEC, encierra una paradoja. Se realiza para reaccionar frente a supuestas distorsiones que en el mercado de los contenidos informativos los agregadores pueden provocar respecto a quienes los producen, sobre todo, editores periodísticos. Pero, como la propia CNMC reconoce, esta reforma está llamada a distorsionar el propio mercado de la agregación de contenidos, un sector emergente del que se puede desincentivar la entrada de nuevos operadores.

2. Prestadores de servicios de la sociedad de la información.

2.1 Consideraciones previas.

Internet, como red de redes, conforma una telaraña mundial de información interconectada, que se pone a disposición de los usuarios, para que éstos con la ayuda de sus navegadores puedan visualizarla. Y que, como hemos visto, utilizando un lenguaje especial de programación, que permite navegar por distintos documentos interconectados por medio de dos elementos esenciales: los motores de búsqueda y los links o enlaces que abren al usuario el acceso a la información que desea.

Pero en ese proceso que puede durar apenas unos segundos no sólo intervienen el usuario y el autor de esos contenidos, o el intermediario que ha negociado esas licencias. Es un proceso complejo desde un punto de vista técnico, en el que intervienen una serie de sujetos que se han definido tanto en la Directiva como en la LSSI como prestadores de servicios de la sociedad de la información, a los efectos de establecer su responsabilidad respecto a determinados contenidos o actividades ilícitas que pueden vulnerar los derechos de autor. Aunque ya hemos visto el papel que desempeñan los agregadores de contenidos, en especial, en el ámbito informativo, abordamos aquí un planteamiento más amplio. De acuerdo con el cual primero identificaremos a los diferentes sujetos intervinientes, para luego definir su régimen de responsabilidad por la transmisión de datos, cuando la misma puede ser ilícita, como en el caso de que, bien por el proceso de transmisión o por los contenidos transmitidos, se vulneren derechos de autor.

2.2 Prestadores de servicios de la sociedad de la información y prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información.

Como hemos visto la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DCO), aborda la participación de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en la transmisión de información, y desde la óptica que nos interesa en este trabajo, su responsabilidad respecto a determinados contenidos protegidos por el Derecho de autor.

A) Prestadores de servicios de la sociedad de la información.

En su art. 2 b) esta directiva define a los prestadores de un servicio de la Sociedad de la información como cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información. Y remite a la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, que añade un nuevo punto 2 al art. 2. Esta norma pasa a definir estos servicios como “todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”. Y concreta una serie de conceptos que forman parte de la definición, de forma que se entenderá por: a) “a distancia” un servicio prestado sin que las partes están presentes simultáneamente; b) “vía electrónica” un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético; c) “a petición individual de un destinatario de servicios” un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual. Y además, aclara la directiva referida, que esta definición no se aplicará ni a los servicios de radiodifusión sonora ni a los servicios de radiodifusión televisiva contemplados en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 89/552/CEE.

Se trata, por tanto, de servicios ofrecidos a distancia y de forma electrónica o en línea, que de acuerdo con el Anexo V de la Directiva 98/48/CEE excluye una serie de servicios no ofrecidos en línea, aunque incluyan contenidos digitales como “la distribución de CD-ROM o de programas informáticos en disquetes”. Y que además para caer dentro del ámbito de la Directiva 2000/31/CE, deben efectuarse a petición individual de un destinatario de servicios.

La LSSI recoge prácticamente todos estos elementos configuradores de las directivas referidas, en un cierto régimen de dispersión normativa. En este sentido define a los "Servicios de la sociedad de la información" o "servicios" como todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. Pero añade que el concepto de servicio de la sociedad de la información “comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”, lo que incluye aquellos servicios que no cobran una remuneración del usuario, pero se financian a través de la publicidad alojada en su *web*. En este caso la norma de transposición es mucho más explícita que la directiva 2000/31/CE, si bien ésta en su Considerando 18 establece que los servicios de la sociedad de la información “en la medida en que representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos. Los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio(...)⁴²⁵”.

⁴²⁵ Vid. en este sentido la STJUE de 11 de septiembre de 2014, Sala Séptima, *Sotiris Papasavvas y O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, Takis Kounnafi, Giorgos Sertis*, (C-291/2013), *LA LEY 111375/2014* establece en su fundamento 28 que: “Por lo que atañe a la cuestión de si dicha remuneración debe necesariamente ser ofrecida por el propio destinatario del servicio, procede señalar que ese requisito está explícitamente excluido por el Considerando 18 de la Directiva 2000/31, a la luz del cual debe interpretarse el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31, y en el que se precisa que los servicios de la sociedad de la información incluyen, en la medida en que representen una actividad económica, los servicios «no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales”.

Y establece que son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: 1.º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica; 2.º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales; 3.º La gestión de compras en la red por grupos de personas; 4.º El envío de comunicaciones comerciales; 5.º El suministro de información por vía telemática.

A los efectos de nuestro estudio destaca en especial el último servicio referido al suministro de información por vía telemática, y dentro del cual se incluiría a los proveedores de contenido.

B) Servicios de intermediación de la sociedad de la información.

A continuación, junto a estos servicios, se sitúan los llamados “servicios de intermediación de la Sociedad de la información”, entendiéndose por tal un servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información. Y en este sentido se concreta que son servicios de intermediación: a) la provisión de servicios de acceso a Internet, b) la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, c) la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, d) el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y e) la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

2.3 Prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información: tipología.

Una primera distinción se establece entre los “prestadores de un servicio de la Sociedad de la información”, que en el ámbito de la LSSI se vincula a los servicios de comercio electrónico y a los proveedores de contenido, y por otro los “prestadores de servicios de intermediación de la Sociedad de la información”, que poseen un cierto valor instrumental por cuanto permiten al usuario acceder a otros servicios de la Sociedad de la información o a la información. Y se caracterizan, de acuerdo con

el Considerando 42 de la Directiva 31/2000/CE por constituir una actividad “de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada”, y en este sentido asume un papel neutro⁴²⁶.

Dentro del concepto de servicios de intermediación de la sociedad de la información se engloban operadores de muy distinto alcance. En primer lugar, están los operadores de redes que proporcionan la infraestructura física y técnica que permite la transmisión de la información y proveedores de acceso que facilitan el acceso a una red.

En segundo lugar, se encuentran los prestadores del servicio de copia temporal de datos solicitados por los usuarios, son los servicios *de caching*, que prestan un servicio de almacenamiento temporal de los datos a los que con frecuencia acceden los usuarios, para reducir el retraso y mejorar la navegación. Para ello, esos datos se almacenan cerca del usuario, de modo que se acelera la transmisión de la información, soslayando aquellos elementos que pueden provocar su retraso⁴²⁷. Estos servicios reproducen en memoria la parte de información estable del servicio solicitado en un servidor intermedio, de forma que no se tiene que cargar

⁴²⁶ STJUE de 11 de septiembre de 2014, Sala Séptima, *Sotiris Papasavvas y O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, Takis Kounnafi, Giorgos Sertis*, (C-291/2013), *LA LEY 111375/2014*, fundamento 41. En esta sentencia se considera que: “una sociedad editora de prensa que publica en su página de Internet la versión digital de un periódico tiene conocimiento, en principio, de la información que publica y ejerce un control sobre ésta, no puede ser considerada un «prestador de servicios intermediarios», en el sentido de los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31, con independencia de que el acceso a la página sea de pago o gratuito”, vid. fundamento 45.

⁴²⁷ CONDE BUESO, I. y Díez López, I.: “Comentario al art. 15”, en *La Nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, dr. JAVIER CREMADES, ed. LA LEY, Madrid, 2003, p. 278 y ss. apuntan a cuatro de estas posibles causas de retraso que el caché evita: la transmisión de la petición del usuario final al dispositivo donde se almacena la información, la congestión de la red entre el usuario y el dispositivo que contiene la información, congestión dentro del dispositivo de almacenamiento, y la propia transmisión de información desde el dispositivo que la contiene hasta el usuario que ha efectuado la petición.

en destino toda la información solicitada por el destinatario sino sólo la que personaliza esa demanda⁴²⁸.

En tercer lugar, los prestadores del servicio de alojamiento o almacenamiento de datos, y que a diferencia del anterior almacena de modo permanente, no meramente provisional, esos datos. Estos servicios que hemos visto en la parte introductoria se conocen como servicios de *hosting*, y cuyo supuesto típico como apunta CLEMENTE MEORO, es el almacenamiento de páginas web de los usuarios del servicio, aunque puede también consistir en otro tipo de servicios⁴²⁹.

En cuarto lugar, los prestadores de servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. Para CLEMENTE MEORO, sólo será un servicio de intermediación cuando ponga a disposición de los usuarios motores de búsqueda que crean bases de datos en las que el usuario puede encontrar la información. En este sentido, si no incorporaran dichos motores de búsqueda se trataría, más bien de proveedores de contenidos⁴³⁰. Aunque otros autores entienden que los supuestos que constituyen la definición de prestador de un servicio de intermediación no son cumulativos, sino que en realidad prevé diferentes supuestos: a) servicios de provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos y b) de enlaces a otros sitios de Internet⁴³¹. A nuestro juicio, de acuerdo con una interpretación literal ambos deberían ser considerados como prestadores de servicios de intermediación, lo que excede el ámbito establecido en la DOCE. Debería introducirse una mención específica de los motores de búsqueda como

⁴²⁸ MORALES GARCÍA, O.: “Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de Servicios e Intermediarios de la Sociedad de la información”, disponible en el siguiente enlace <http://www.uoc.edu/in3/dt/20008/index.html>, p. 22 y ss.

⁴²⁹ CLEMENTE MEORO, M.: “La responsabilidad civil de los Prestadores de Servicios..”, *op.cit.*, p. 15 cita los servicios de almacenamiento de correo electrónico o el *mailing list*.

⁴³⁰ CLEMENTE MEORO, M.: “La responsabilidad civil de los prestadores...”, *op.cit.*, p. 16.

⁴³¹ En esta línea ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet, Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores*, ed. Aranzadi, Madrid, 2006, p. 150 para quien en cualquier caso, y con independencia de que estos servicios incorporen o no motores de búsqueda estos servicios tendrán la consideración de servicios de intermediación de la Sociedad de la información, por cuanto lo que caracteriza a estos prestadores es que faciliten la utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información.

servicios de intermediación, y reconducir a los prestadores de servicios de enlaces a otros sitios de Internet al régimen general de responsabilidad establecido para los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Desde el punto de vista del Derecho de autor, las dos cuestiones que plantean estos servicios de intermediación de la sociedad de la información es por un lado, el encuadramiento del acto transmisivo y de las interacciones con el contenido transmitido puede tener respecto a los derechos patrimoniales del autor, y en especial, el derecho de reproducción; y por otro lado, la responsabilidad de estos intermediarios cuando se transmiten contenidos ilícitos.

El primer aspecto será abordado en la tercera parte de nuestro estudio, al abordar el contenido del derecho a la explotación o utilización digital de contenidos protegidos. Por lo que nos centraremos, en el régimen de responsabilidad de estos sujetos respecto a los contenidos ilícitos que transmiten, con la aclaración de que esa ilicitud no se refiere siempre al contenido propio de la información transmitida, sino a que esos contenidos se han transmitido sin la autorización de su autor o titular de los derechos patrimoniales sobre la obra protegida.

2.4 Régimen de responsabilidad de los prestadores e intermediarios de un servicio a la sociedad de la información.

A) Consideraciones previas.

La incorporación de la directiva comunitaria analizada al ordenamiento español se efectúa por medio de la Ley 34/2002, de 1 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y Comercio Electrónico. En dicha regulación se distingue de un lado, un régimen general de responsabilidad para los prestadores de los servicios de la sociedad de la información (art. 13 de la LSSI) que remite al régimen general de responsabilidad civil, penal y administrativa establecida en el ordenamiento jurídico, que marcará el ámbito de responsabilidad de los proveedores de contenidos *online*. Y un régimen de responsabilidad especial para los servicios de intermediación de la sociedad de la información.

En ese régimen especial, previsto para los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información, se encuadra a los operadores de redes y proveedores de acceso (art. 14 LSSI); prestadores de servicios de *caching* (art. 15 LSSI); prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (art. 16 LSSI); y los prestadores de servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (art. 17 LSSI).

En realidad, se trata de un régimen especial de responsabilidad respecto al establecido con carácter general en la LSSI para los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Y ello en base, a que no parecería razonable para el funcionamiento de Internet que se impusiera a los prestadores de este tipo de servicios una obligación de supervisión de los contenidos transmitidos por la red o alejados en sus servidores, dado el enorme volumen de información que circula en la red, y su carácter cambiante. Pues, de lo contrario, se les atribuiría una responsabilidad objetiva, sin perjuicio de que ese control de contenidos pudiera afectar al secreto de las comunicaciones y la libertad de expresión de los usuarios.

Si comparamos la LSSI respecto a la directiva comunitaria, comprobamos que el legislador español ha ido más allá de la directiva, por cuanto regula no sólo la responsabilidad de los prestadores de servicios de *hosting*, sino también la de quien presta servicios de *linking*, previsión que no figura en la directiva.

Esta norma sienta las bases en nuestro país del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información. Y abre el camino para la futura Ley Sinde que se aprobaría el 4 de marzo de 2011, precedida por una polémica desatada entre los sectores de prestación de servicios en Internet y los titulares de derechos de autor, sobre todo en las fases iniciales en que este proyecto se asemejaba al proyecto francés y prescindía de la autorización judicial para proceder a la suspensión del servicio⁴³².

⁴³² Puede consultarse abundante prensa, que evidencia la trascendencia de la polémica entre los diversos sectores implicados, como demuestra que una disposición final, o con mayor precisión, el

Esta ley parte de la experiencia desarrollada en nuestro país desde la aprobación de la Ley 34/2002, de 1 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, y afronta la necesidad de reacción frente a la descarga masiva en Internet de contenidos protegidos que han proliferado en los últimos años. Para ello modifica el TRLPI en su art. 158 y crea la Comisión de Propiedad Intelectual como un órgano administrativo que asume funciones no sólo de mediación, sino, como veremos, sancionadoras en materia de infracciones de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de los servicios de la sociedad de la información. Asimismo modifica el art. 8 de la LSSI introduciendo un nuevo apartado segundo y pasa a incluir la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual como uno de los supuestos que legitiman la adopción de medidas para la interrupción del servicio o la retirada de los contenidos.

Además, para garantizar la efectiva instrucción de los procedimientos administrativos por estas infracciones, atribuye al órgano instructor competente la facultad de exigir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan identificar al responsable de la actuación vulneradora de los derechos de autor. Pues, constituye una exigencia básica de los principios de culpabilidad y acusatorio que rigen el procedimiento sancionador la necesidad de identificar al presunto infractor, a fin de que éste pueda hacer valer en el procedimiento su derecho de defensa (alegaciones y medios de prueba). Por ello, se faculta al órgano instructor para requerir los datos que permitan su identificación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, si bien con las debidas

apellido de la ministra que impulsó este proyecto de ley, diera nombre a una ley que, en realidad regulaba muchos otros aspectos, vid.:

http://elpais.com/elpais/2011/02/15/actualidad/1297761455_850215.html

El proyecto de ley inicial desató una fuerte movilización en la red que tomó cuerpo en un manifiesto “En defensa de los derechos fundamentales en Internet” y la creación de un foro de participación, vid. al respecto algunas noticias aparecidas en esos momentos como:

<http://www.rtve.es/noticias/20091202/red-se-alza-contr-a-cierre-paginas-web-sin-autorizacion-judicial/303937.shtml>

http://elpais.com/diario/2009/12/04/cultura/1259881203_850215.html

<http://www.abc.es/20091202/medios-redes-web/convulsion-internet-manifiesto-200912021630.html>

garantías jurisdiccionales, pues dicho requerimiento sólo se podrá efectuar previa autorización judicial⁴³³.

Aunque la obligación parece ir dirigida a los operadores de redes y proveedores de acceso, también se extiende al resto de los intermediarios, en la medida que permitan el rastreo de esa conducta vulneradora y la identificación del responsable para proceder a ejercitar las medidas de cesación y resto de acciones contra el infractor.

B) Régimen de responsabilidad de los prestadores de un servicio de la sociedad de la información: proveedores de contenido.

Como hemos dicho el régimen de estos prestadores de servicios de la sociedad de la información se rige de acuerdo con el art. 13 de la LSSI por las reglas generales de la responsabilidad civil, penal y administrativa. No obstante, en la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el TRLPI y la LEC, se determina y concreta también el ámbito de la responsabilidad de estos prestadores de servicios de la sociedad de la información, en relación a la salvaguarda de los derechos de autor en el entorno digital.

Así, en el art. 158 ter se establece que el procedimiento de restablecimiento de la legalidad se dirigirá contra: a) los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual, atendiendo la Sección Segunda para acordar o no el inicio del procedimiento a su nivel de audiencia en España, y al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio o su modelo de negocio; y b) los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual de la forma referida en el párrafo anterior, facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que

⁴³³Apartado Uno de la Disposición final cuadragésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, por la que se introduce una nueva letra e) en el artículo 8.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio Electrónico, y se introduce también un nuevo apartado segundo en dicho artículo.

indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. En particular se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.

De esta nueva regulación destaca, en primer lugar, una concreción del ámbito de responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet que puedan vulnerar derechos de autor. Hay que destacar que ya la disposición final cuadragésima tercera de la Ley de Economía Sostenible, cimentó ese ámbito de responsabilidad bien en el ánimo de lucro del prestador del servicios, bien en la existencia efectiva de un daño patrimonial, o incluso, en una actuación potencialmente lesiva⁴³⁴.

El nuevo artículo 158 ter que introduce la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el TRLPI y LEC, asume el criterio del ánimo de lucro o vinculación del servicio a una actividad económica como criterio de imputación de responsabilidad, pero de un modo más sutil, al vincular la idea de servicio a la de modelo de negocio. Por lo que parece reconducir al concepto de prestador de un servicio de la sociedad de la información de la LSSI. Afortunadamente la alusión que contenía el proyecto de ley a una vulneración “de forma significativa” de los derechos de propiedad intelectual se ha eliminado, pues no dejaba de ser

⁴³⁴ Esta delimitación del ámbito de responsabilidad resultaba difusa, puesto que no se llegaba a entender por qué el ánimo de lucro se desligaba del efecto lesivo de la infracción, cuando estos servicios constituyen de acuerdo con la propia definición de la LSSI, una actividad económica. Y sobre todo, cómo puede existir vulneración de los derechos de propiedad intelectual sin que se haya producido un daño patrimonial, salvo que pensemos en los derechos morales, cuya exclusión de dicho ámbito de responsabilidad resultaría inadmisibles, y sin perjuicio, de que pueda tener también una repercusión patrimonial. En definitiva la redacción era confusa, y no se percibía el encaje adecuado en la LSSI, o si se quería establecer en el ámbito del TRLPI un régimen más amplio de responsabilidad respecto a aquellos prestadores de servicios de la Sociedad de la información que no entraban dentro del concepto de la LSSI, pero actuaban de manera directa y personal en la selección, calificación, filtrado y organización de los archivos enlazados. De esta forma se decide qué contenidos se enlazan, como presentarlos al usuario, en definitiva conoce los contenidos, aunque su servicio no constituya una actividad económica y se ofrezca sin publicidad de modo gratuito a los usuarios (como el caso que se planteó en relación a una web de enlace a contenidos intercambiados en redes P2P en la Sentencia de la AP de Barcelona de 7 de julio de 2011, secc.15ª (EDJ 2011/136224).

desconcertante. Ya que se trataba de un concepto jurídico indeterminado, que atribuía a los órganos jurisdiccionales un indeseable margen de apreciación discrecional. Si bien se añaden una serie de indicadores para apreciar ese carácter significativo, como son el nivel de audiencia en España, el número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder mediante el servicio en cuestión o su modelo de negocio, en definitiva, a la gravedad del daño causado.

En este sentido, y desde un punto de vista de técnica legislativa, cabe señalar que se trata, en realidad, de criterios de graduación de la responsabilidad, y en consecuencia de la sanción, indebidamente colocados en la delimitación del ámbito material de la responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet, de almacenamiento de datos, prestación de enlaces o buscadores, o cualquier otro que en Internet pueda vulnerar derechos de autor. Y vincula de un modo indeseable la responsabilidad de la infracción al reconocimiento del autor, lo que repele toda la construcción jurídica del Derecho de autor, y trasluce un cierto entendimiento de la creación intelectual desde una perspectiva exclusivamente económica.

La diferencia entre el supuesto A) y el B) en el art. 158 ter no se acaba de ver de un modo nítido, y apunta más bien a la introducción en el segundo supuesto de un *modus operandi* concreto, que se ha querido reflejar en la norma, como resultado de la experiencia acumulada en los últimos años.

Podríamos decir que en el primer apartado de este artículo se recoge un supuesto genérico, omnicomprensivo, abierto hacia el futuro dada la formulación general con el que se define, y dirigido a establecer la responsabilidad de cualquier prestador de un servicio de la sociedad de la información que vulneren los derechos de autor. En el segundo supuesto, se determina la responsabilidad de aquellos prestadores de servicios que vulneran derechos de autor, facilitando de un modo activo y no neutral de la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrecen sin autorización, y que no se limitan a labores de mera intermediación técnica. Y considerando como tal a quien ofrece listados ordenados y

clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas, con independencia de que estos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.

En este segundo apartado del art. 158 ter parece que se está regulando otro tipo de actuaciones además del servicio de intermediación. Pues, actúa más bien como un prestador de un servicio de la sociedad de la información, por cuanto facilita “de un modo activo y no neutral” la vulneración. Entendiendo por tal “a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio”. En definitiva, está pensando en servicios que se alimentan de las aportaciones de los usuarios, pero que realizan una labor de sistematización y ordenación, o incluso tratamiento de los contenidos, edición o presentación de los mismos, aunque estos se alojan en otros sitios a los que en su *web* sólo ofrecen el enlace, como un servicio de *hosting* o se compartan en una red P2P. En definitiva, supuestos en que la actividad de *linkig* no es una mera intermediación de tipo técnico, sino que se realiza en el contexto de un servicio de la sociedad de la información, que constituye una actividad económica organizada (en este sentido entiendo aplicable el concepto de la LSSI) y en la que su prestador no puede alegar desconocimiento de la ilicitud de las prestaciones u obras.

C) El régimen de responsabilidad de los prestadores de un servicio de intermediación: las condiciones de su régimen de exención.

a) Responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso.

El art. 14 de la LSSI establece que: “Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos

mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos”. Y precisa a continuación que: “No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión”, como sería el tratamiento de la información en paquetes de datos para su envío mediante estándar TCP/IP (*Transmission Control Protocol*).

Además se deja también fuera del ámbito del art. 14 de la LSSI “el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello”. En este caso, a diferencia del *caching*, se trata de reproducciones efímeras, intrínsecas al propio acto transmisivo, e “indispensables conforme a los parámetros de funcionamiento de las redes de telecomunicaciones”⁴³⁵, y que no se ofrecen como un servicio adicional para acelerar la transmisión, sino para hacer efectiva ésta respecto a cualquier usuario⁴³⁶. Es decir, la regla general será que estos operadores no respondan de las vulneraciones a los derechos de autor en los casos en que esa vulneración exista en la información transmitida, y ello porque su actuación es de tipo técnico y no llega a tener ni conocimiento ni control sobre la información transmitida. Siempre que como ha precisado el TJUE se limite a actuar como un mero intermediario, es decir, “se limita a facilitar a los usuarios el acceso a Internet sin proponer otros servicios como los servicios de correo electrónico, de descarga o de intercambio de ficheros, ni ejercer un control de hecho o de Derecho sobre el servicio utilizado, debe ser considerado como un *intermediario* en el sentido del artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29”⁴³⁷.

⁴³⁵ CLEMENTE MEORO, M.: “La responsabilidad civil...”, *op.cit.*, p. 88.

⁴³⁶ CONDE BUESO, I y Díez-LÓPEZ, I.: “Comentario al art. 14” en *La Nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, dr. JAVIER CREMADES, ed. LA LEY, Madrid, 2003, p. 274.

⁴³⁷ Auto del TJUE de 19 de febrero de 2009, Sala Octava, rec. C.557/2007, LA LEY 3873/2009.

Este régimen de exención de responsabilidad por los contenidos transmitidos no se aplicará en los siguientes supuestos: a) cuando sea el propio operador el que ha generado los datos o la información transmitida; b) haya modificado la información en un sentido diferente a la manipulación técnica que exige la transmisión; c) haya seleccionado la información transmitida; o, d) haya seleccionado los destinatarios de la información. En cada uno de estos supuestos el operador abandona su rol de intermediación técnica para asumir una función de prestador de un servicio de la sociedad de la información, en este sentido, pasa a tener un control o iniciativa sobre los contenidos.

Cabe destacar, que la responsabilidad de los proveedores de acceso se ha planteado en la jurisprudencia del TJUE en relación a la redes P2P y el bloqueo de páginas web que ofrecen contenidos protegidos sin autorización de sus titulares.

En primer lugar, en cuanto a la responsabilidad del prestador de acceso por los sistemas de intercambio P2P, esta cuestión se abordó en la sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011, en relación a determinadas cuestiones prejudiciales que planteó la Cour d'Appel de Bruselas⁴³⁸. En especial, se planteó si se puede obligar a este proveedor de acceso, una vez constatada la utilización de estos sistemas de acceso para utilizar redes P2P e intercambiar contenidos protegidos sin autorización, a establecer sistemas de filtrado que impidan el intercambio de contenidos infringiendo los derechos de autor. El TJUE considera que estos sistemas de filtrado son contrarios a la directiva 31/2000/CE, por cuanto impondría al proveedor de acceso la obligación de supervisar todos los datos con carácter preventivo⁴³⁹. Lo que haría que este prestador rebasara su posición neutral, asumiendo una “vigilancia

⁴³⁸ STJUE de 24 de noviembre de 2011, Sala Tercera, *Scarlet Extended SA y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), participando Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video), Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music), Internet Service Provider Association ASBL (ISPA)*, rec. C-70/2010, LA LEY 211678/2011.

⁴³⁹ STJUE de 24 de noviembre de 2011, Sala Tercera, *Scarlet Extended SA y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), participando Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video), Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music), Internet Service Provider Association ASBL (ISPA)*, rec. C-70/2010, LA LEY 211678/2011, fundamento 35.

activa” sobre los mismos contraría al art. 15.1 de la directiva⁴⁴⁰, que rompería la idea de justo equilibrio entre el respeto a los derechos de autor y la libertad de empresa⁴⁴¹. Además, se vulnerarían derechos fundamentales de los usuarios, sobre todo en relación al derecho a la información, al poder bloquear el operador comunicaciones de contenido lícito⁴⁴². Se concluye, por tanto, que no cabe una intervención *ex ante* del prestador de carácter preventivo⁴⁴³.

b) Responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios.

En el art. 15 de la LSSI se regula el régimen de responsabilidad de los prestadores de un servicio de *caching*. En este sentido, establece el art. 15 que: “Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si: a) No modifican la información; b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario

⁴⁴⁰ STJUE de 24 de noviembre de 2011, Sala Tercera, *Scarlet Extended SA y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), participando Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video), Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music), Internet Service Provider Association ASBL (ISPA)*, rec. C-70/2010, LA LEY 211678/2011, fundamento 39.

⁴⁴¹ STJUE de 24 de noviembre de 2011, Sala Tercera, *Scarlet Extended SA y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), participando Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video), Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music), Internet Service Provider Association ASBL (ISPA)*, rec. C-70/2010, LA LEY 211678/2011, fundamento 49.

⁴⁴² STJUE de 24 de noviembre de 2011, Sala Tercera, *Scarlet Extended SA y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), participando Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video), Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music), Internet Service Provider Association ASBL (ISPA)*, rec. C-70/2010, LA LEY 211678/2011, fundamento 52, aunque apunta también de modo algo más tímida la posible vulneración al derecho a la intimidad, al ser la dirección IP un dato de carácter personal. Sobre las direcciones IP como datos personales vid. la STS de 3 de octubre de 2014, Sala Tercera, Sección 6ª, LA LEY 141933/2014.

⁴⁴³ Vid. en el mismo sentido STJUE de 24 de noviembre de 2011, Sala Tercera, *Scarlet Extended SA y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), participando Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video), Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music), Internet Service Provider Association ASBL (ISPA)*, rec. C-70/2010, LA LEY 211678/2011.

cuya información se solicita; c) Respetan las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información; d) No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y e) Retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de: 1.º Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente; 2.º Que se ha imposibilitado el acceso a ella, o; 3.º Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella”.

Como en el caso anterior, la regla general será la no responsabilidad del prestador de un servicio *caching* o memoria tampón, en la medida en que realiza una mera intermediación u operación de tipo técnico, y carece de los medios, dada la ingente cantidad de información, para controlar esos contenidos que almacena de manera temporal. Ahora bien, esa exención de responsabilidad desaparece en una serie de supuestos en que pasa a tener un control sobre los contenidos, o una responsabilidad en relación a la custodia de los mismos, respecto a las condiciones de acceso y la actualización de la información, o bien porque realiza actuaciones que interfiere en la utilización de tecnología sobre utilización de información.

Respecto a la responsabilidad por modificación de la información, destaca respecto al régimen del art. 14 de la LSSI que sólo se hace alusión a la modificación de la información, pero no aquellos supuestos que el intermediario origina la transmisión o selecciona los datos o los destinatarios. Coincidimos con CLEMENTE MEORO que en este caso existiría una responsabilidad como prestadores del servicio de transmisión en virtud del art. 14 de la LSSI, aunque “no responderán por haber seleccionado los datos almacenados, salvo que tal selección constituya una modificación de los contenidos”⁴⁴⁴.

⁴⁴⁴ CLEMENTE MEORO, M.: “La responsabilidad civil de los Prestadores de Servicios...”, *op.cit.*, p. 93.

Tanto este supuesto como el resto comprendidos en las letras b), c), d) y e) tienen una incidencia clara respecto a contenidos protegidos por el derecho de autor, pues en el primer caso se podrán afectar los derechos morales y patrimoniales. En el supuesto de incumplimiento de las condiciones de acceso, podremos estar ante una obra que se pone a disposición del público sin la autorización del autor (imaginemos que ejercita su facultad moral de retirada de la obra del comercio). En el caso de incumplimiento de las normas sobre actualización letra c), podemos pensar en una nueva versión de la obra que no se recoge en la memoria tampón que sigue mostrando la obra originaria. En cuanto a la responsabilidad por interferir en la utilización de tecnología sobre utilización de la información, quizá pueda tener una cierta relación en cuanto a algunas medidas tecnológicas de protección, que rastrean contenidos para detectar infracciones de derechos de autor, y tendrá también una incidencia en la valoración del daño efectivo causado con la vulneración, así como al establecimiento de la infracción.

Y finalmente, se establece otro supuesto de responsabilidad del intermediario cuando no retiran la información ni imposibilita su acceso, en cuanto tienen conocimiento efectivo de que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, o se ha imposibilitado el acceso a ella, o un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella, bien en vía judicial, o en sede administrativa, como veremos al analizar las obligaciones de los intermediarios en la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI y LEC.

c) Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

El régimen establecido en el art. 16 de la LSSI respecto a este tipo de prestadores de servicios de intermediación, es en realidad, como hemos dicho, y como ocurre en el caso del art. 17 de dicha ley, un régimen excepcional de responsabilidad respecto al genérico que la ley establece respecto a los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Este régimen de responsabilidad

descansa en dos ideas: a) el conocimiento efectivo y b) la ausencia de reacción diligente frente a dicho conocimiento.

En este sentido el referido precepto establece un régimen de excepción de responsabilidad por la información almacenada de estos prestadores de servicios de *hosting* que alberguen datos proporcionados por el destinatario de este servicio. El TJUE ha considerado incluido en este supuesto también a aquellos PSI que explotan plataformas de redes sociales en línea que almacenan en sus servidores información colgada en los espacios cedidos a sus usuarios⁴⁴⁵.

Estos prestadores de servicios de la sociedad de la información no serán responsables cuando: “a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos”. Añade este precepto que se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) “cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”.

El régimen de exoneración de responsabilidad establecido sólo tiene como excepción aquellos casos en los que “el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador”. En este caso se entenderá que existe conocimiento efectivo por parte del prestador, de forma que ni siquiera su acción de reparación y cesación bastará para eliminar su responsabilidad. En este caso, la dependencia que se manifiesta entre el destinatario del servicio y su prestador manifiesta que el intermediario actúa en realidad como proveedor de contenidos, y

⁴⁴⁵ Vid. STJUE de 16 de febrero de 2012, Sala Tercera, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) y Netlog NV*, rec.C-360/2010, LA LEY 4932/2010 en relación a los contenidos ilícitos del repertorio musical y audiovisual de SABAM alojados por Netlog.

por ello, en cuanto responsable de los contenidos ilícitos, no puede beneficiarse de la exoneración de responsabilidad⁴⁴⁶.

Cabe observar que este régimen de responsabilidad de la LSSI no recoge la distinción establecida en la directiva en cuanto a falta de conocimiento de la ilicitud de la actividad o la información, y la falta de conocimiento de otros hechos o circunstancias a partir de los cuales puede inferirse la ilicitud de estos contenidos. En el ámbito de la directiva podemos decir que sólo serán responsables si tienen conocimiento de que la actividad o información transmitida es ilícita, o tiene conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revela su carácter ilícito, pero no tiene un conocimiento efectivo sobre la ilicitud de los contenidos o actividad transmitida (que en los términos de la directiva supondría su obligación de indemnizar, pero no generaría responsabilidad penal para la que sería necesaria un conocimiento más efectivo). En la medida que el art. 16 de la LSSI exige al prestador de estos servicios que “no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o información almacenada es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización”, estaría exonerándolo de responsabilidad en el resto de casos.

A estos efectos de la LSSI sólo existirá conocimiento efectivo cuando: a) ese carácter lesivo de dichos contenidos haya sido declarado por resolución del órgano competente, que ha ordenado su retirada o la adopción de medidas que imposibiliten su acceso, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse, y b) el prestador de los servicios de almacenamiento o enlace de estos datos, conoce dicha resolución. En segundo lugar, el prestador de estos servicios quedará exonerado, cuando aún teniendo ese conocimiento sobre la lesividad de estos datos, procede a su

⁴⁴⁶ CLEMENTE MEORO, M.: “La responsabilidad civil de los Prestadores de Servicios...”, *op.cit.*, p. 98.

retirada o imposibilite su acceso, aunque no se concreta el plazo razonable, parece que la facilidad técnica de retirada exigiría una rápida respuesta.

Por tanto ese “conocimiento efectivo”, en el sentido de conocimiento real y fundado del prestador del servicio de hospedaje de datos puede venir de tres vías: a) porque el carácter lesivo de dichos contenidos haya sido declarado por resolución del órgano competente, que ha ordenado su retirada o la adopción de medidas que imposibiliten su acceso, y tiene un conocimiento de esta resolución, como ocurrirá, sin duda cuando se le haya notificado o cuando se haya solicitado la suspensión de los servicios de intermediación; o, b) porque se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución por cualquier medio, por ejemplo, porque se hubiese divulgado en la prensa, aunque habría que probar el conocimiento efectivo por parte del prestador de este servicio; c) por procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse, dentro de los que podrían incluirse tanto acuerdos de cooperación como medidas voluntarias que haya establecido el prestador del servicio *hosting* para rastrear contenidos.

d) Régimen de Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

Aunque en principio el régimen de responsabilidad que se establece respecto a los prestadores de estos servicios coincide con el régimen expuesto para los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, hay una diferencia significativa en cuanto a la determinación del sujeto responsable. Así, el art. 17 de la LSSI, a diferencia de su art. 16, ya no se refiere al prestador de un servicio de intermediación de la sociedad de la información, sino que extiende este régimen especial de responsabilidad a todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos.

Como ORTEGA DÍAZ pone de manifiesto este régimen de responsabilidad es aplicable a todos los “operadores virtuales”, que constituyendo su actuación una actividad económica, “intervienen en el tráfico virtual suministrando enlaces tanto de forma profesional (*search engines*) como no profesional”. Aunque parece que el legislador se está refiriendo a los servicios profesionales, en especial los buscadores de información que a partir de la inserción de un término de búsqueda dan una serie de enlaces donde se localiza la información solicitada, debe entenderse aplicable a cualquier prestador que despliega una actividad económica de suministro de estos enlaces, por ejemplo, insertando publicidad en su web, como ocurre respecto a determinados enlaces a redes P2P.

El régimen del art. 17 prácticamente reproduce la regulación del art. 16 prevista para los servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, en cuanto somete el régimen especial de responsabilidad sobre contenidos ilícitos a los mismos requisitos, ausencia de conocimiento efectivo y rápida retirada de los contenidos en caso de conocimiento de su ilicitud. Pero debemos plantear el tema de la vinculación con las medidas tecnológicas en los supuestos en que dichos enlaces desactiven un control de acceso permitiendo al usuario acceder al sitio web. En este caso existirá un conocimiento efectivo sobre la ilicitud del acceso por parte del prestador del servicio que suministra el enlace, y por tanto, quedará fuera del régimen del art. 17 de la LSSI y responderá de dicha actuación tanto civil como penalmente.

En cuanto al bloqueo de las páginas webs que ofrecen contenidos protegidos, sin la previa autorización de sus titulares, la STJUE de 27 de marzo de 2014 considera que sobre este prestador del servicio de acceso recae únicamente una obligación de resultado⁴⁴⁷. De modo que no se le puede obligar a utilizar una determinada medida de bloqueo, y concreta la forma en el que este prestador debe restringir el acceso: “con la condición, no obstante, de que, por una parte, no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible, y, por otra parte, tengan como efecto impedir o, al menos,

⁴⁴⁷ STJUE de 27 de marzo de 2014, Sala Cuarta, *UPC Telekabel Wien GmbH y Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, C-314/2012, *LA LEY* 26466/2014.

hacer difícilmente realizable el acceso no autorizado a las prestaciones protegidas y disuadir seriamente a los usuarios de Internet que recurran a los servicios del destinatario de dicho requerimiento de consultar esas prestaciones puestas a su disposición en violación del derecho de propiedad intelectual”⁴⁴⁸.

Finalmente, y por lo que respecta a la responsabilidad de los motores de búsqueda, en la jurisprudencia francesa se han planteado varios casos en los que se ha reclamado responsabilidad a Google. La Cour de Cassation considera que no se puede imponer a estos motores de búsqueda una obligación de vigilancia general de los contenidos indexados⁴⁴⁹, y en este sentido, considera que la medida que obliga a estos buscadores a la instalación de un dispositivo de bloqueo sin límite de tiempo es contraria a la directiva⁴⁵⁰.

D) Consideraciones finales sobre el régimen de responsabilidad establecido en los art. 16 y 17 de la LSSI.

De acuerdo con CLEMENTE MEORO esta responsabilidad sería: a) una responsabilidad por hecho propio; b) normalmente no solidaria respecto al proveedor de los contenidos ilícitos; c) y una responsabilidad que no sería puramente ni objetiva ni subjetiva. En primer lugar se trata de una responsabilidad por hecho propio por cuanto realmente el prestador de estos servicios no responde por el contenido ilícito de la información transmitida, sino por no proceder a la retirada de estos contenidos tan pronto tiene conocimiento de su ilicitud. Por ello, responderá sólo respecto al daño que con su acción u omisión haya causado a partir de dicho conocimiento. En este sentido, dicha responsabilidad no es puramente objetiva o por

⁴⁴⁸ STJUE de 27 de marzo de 2014, Sala Cuarta, *UPC Telekabel Wien GmbH y Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, C-314/2012, *LA LEY* 26466/2014., fundamento 63.

⁴⁴⁹ Sentencia de la Cour de Cassation, 1^a Chambre Civile, de 12 de juillet de 2012, n^o 11-13.669, sentencia de la Cour de Cassation, 1^a Chambre Civile, de 12 de juillet de 2012, n^o 11-15.165 y 11-15.188. Vid. también otras sentencias de la Cour de Cassation, 1^a Chambre Civile, de 17 de février de 2011, n^o 09-67.896.

⁴⁵⁰ Sentencia de la Cour de Cassation, 1^a Chambre Civile, de 12 de juillet de 2012, n^o 11.13.669.

riesgo⁴⁵¹, e incluso cabría apreciar una cierta culpa o negligencia en quien tiene conocimiento de la ilicitud de los contenidos que transmite o aloja y no procede a su retirada⁴⁵².

En la medida que el peso de la responsabilidad del prestador de un servicio de intermediación descansa en el conocimiento efectivo del carácter ilícito de los contenidos, me parece que debería regularse el procedimiento de notificación de infracciones a estos operadores de forma de detallada, en la línea de lo establecido en la DMCA, para dar una mayor seguridad jurídica a las transmisiones, y reducir el margen de discrecionalidad en la apreciación judicial de dicho estado de conocimiento y omisión de reacción diligente frente a la lesión de los derechos de autor. El art.158 ter del TRLPI en su apartado tercero establece que bastará como intento de notificación a los efectos de lo establecido en los art. 16 y 17 de la LSSI el requerimiento dirigido a la dirección electrónica del prestador del servicio de la sociedad de la información, lo que parece razonable, a los efectos de probar dicho conocimiento efectivo, con un contenido mínimo que asegura la determinación de la lesión en sus elementos identificadores.

E) Obligaciones impuestas a los intermediarios en cuanto a la vulneración de los derechos de autor por un prestador de un servicio de la sociedad de la información en la Ley 21/2014, de 4 de noviembre.

El art. 158 ter en su apartado quinto establece que en caso de que un prestador de un servicio de la sociedad de la información vulnere un derecho de autor, y no proceda a la retirada voluntaria de dicho contenido, la Comisión de la Propiedad Intelectual podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación a los que hemos hecho alusión, así como otros prestadores de servicios de la sociedad de la información, como servicios de pago electrónicos y de

⁴⁵¹ PLAZA PENADES, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 237.

⁴⁵² Por el contrario VATTIER FUENZALIDA, C.: “Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico”, *Anuario de Derecho Civil*, 2002, v. 55, nº 1, p. 1195 para quien la responsabilidad de estos prestadores sería objetiva, ya que no se basaría en la idea de culpa sino en deberes éticos o de conducta.

publicidad, de forma que suspendan sus servicios. Lo que en el caso de los operadores de acceso tendrá especial importancia en cuanto a la inmediata cesación de la vulneración, si bien el bloqueo de un servicio por parte de los proveedores de acceso “deberá motivarse específicamente en consideración de su proporcionalidad y su efectividad estimada, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance”.

Se trata, en definitiva, de una solución de último recurso, que por su afectación a los derechos fundamentales requiere autorización judicial, y que puede dar lugar a responsabilidad del prestador o intermediario de un servicio de la sociedad de la información por falta de colaboración e infracción a lo dispuesto en el art. 11 de la LSSI. Pero que en cualquier caso, deberá entenderse como una obligación de resultado, con respeto a la libertad de empresa y a los derechos fundamentales de los usuarios. En este sentido, deberá tenerse en cuenta lo establecido por la STJUE de 27 de marzo de 2014, en cuanto a la forma en que este prestador de acceso debe proceder al bloqueo de las páginas *web* infractoras⁴⁵³.

3. La Comisión de Propiedad Intelectual.

La Comisión de Propiedad Intelectual es un órgano administrativo, en la actualidad dependiente del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, que con anterioridad a la Ley 23/2006, de 7 de julio, era la Comisión Mediadora de Propiedad Intelectual. Posteriormente la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, también llamada ley Sinde (disposición final cuadragésima tercera), reformó el art. 158 del TRLPI.

Su nueva regulación responde a un nuevo escenario digital donde los fenómenos de piratería proliferan en Internet, y se buscan soluciones administrativas para hacer frente a fenómenos muy generalizados de usos ilícitos de contenidos protegidos. Esta ley introduce una cierta administrativización del derecho de autor,

⁴⁵³ STJUE de 27 de marzo de 2014, Sala Cuarta, *UPC Telekabel Wien GmbH y Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, C-314/2012, LA LEY 26466/2014.

en la que ahonda aún más la última reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre. Por ello, se amplían sus funciones de mediación y arbitraje, pero también de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

Con posterioridad el RD 1889/2011, de 30 de diciembre reguló la organización y funcionamiento de este órgano administrativo que asume un papel decisivo en la salvaguarda de los derechos de autor en Internet. Mientras que las funciones de mediación y arbitraje son asumidas por la Sección Primera, la Sección Segunda asume el denominado “procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual”. En la medida que se trata de un procedimiento administrativo, no procede entrar aquí en un detalle pormenorizado del mismo.

Entre sus aspectos más destacables cabe señalar la ampliación de legitimación para instar el inicio del procedimiento, no sólo a los titulares de derechos de propiedad intelectual que se consideren vulnerados o las personas que tuvieren encomendados el ejercicio de tales derechos, sino también a sus representantes, dando entrada desde el ámbito de la legitimación, a las entidades de gestión en la defensa de los derechos de autor en el entorno digital (art. 15.2).

Además la solicitud de iniciación del procedimiento deberá ir acompañada de la “acreditación, por cualquier medio de prueba admitido en derecho, de que la obra o prestación alegada está siendo objeto de explotación, lucrativa o no, a través del servicio de la sociedad de la información objeto de solicitud, identificando, describiendo y ubicando dicha actividad” (art. 17.2 c).

Una vez dictada la resolución por la que se reconoce la responsabilidad del prestador del servicio lesivo para los derechos de autor, se establece un plazo de 24 horas desde su notificación para que éste proceda de modo voluntario a la retirada de los contenidos objeto del procedimiento, dicha resolución se notificará también al correspondiente prestador de servicios de intermediación de la sociedad de la información. Esta última notificación tiene como finalidad poner en conocimiento al correspondiente prestador del servicio de intermediación de la sociedad de la información el carácter efectivo de la lesión, ya que si el prestador del servicio que

lesiona los derechos de autor no procede al cumplimiento voluntario de la resolución, aquél deberá suspender el servicio en un plazo de 72 horas desde la notificación del auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, que autoriza la orden de suspensión de los servicios (art. 22).

La Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI y la LEC, refuerza las funciones de este órgano administrativo. Así, se contemplan en el nuevo art. 158 ter apartado 5 de dicha norma medidas como la petición de suspensión de determinados servicios de intermediación, como los de pago electrónico y de publicidad. La necesaria autorización judicial para proveer dicha suspensión, parece garantizar la no afectación a derechos fundamentales sin las debidas garantías judiciales, sin perjuicio de que en última instancia sean estos órganos judiciales quienes deban decidir al respecto⁴⁵⁴.

4. El usuario o destinatario de la obra o prestación: del concepto de propietario al de usuario legítimo.

La consideración de Internet como autopista de la información⁴⁵⁵, a través de la que se realiza el transporte global de información y conocimiento⁴⁵⁶, así como la posibilidad de compresión de la información de la tecnología digital⁴⁵⁷ y la generalización de la fibra óptica ha transformado los hábitos de acceso a los bienes

⁴⁵⁴ Con ello, se trata de evitar la inconstitucionalidad de la norma, con la incorporación de las debidas garantías judiciales, eludiendo los problemas que planteó en su tramitación la Ley HADOPI en Francia, vid. al respecto “Duro revés judicial para la ley “antidescargas” francesa”, El País, 11 de junio de 2009,

http://elpais.com/diario/2009/06/11/sociedad/1244671208_850215.html

⁴⁵⁵ Vid. nota 96.

⁴⁵⁶ En este sentido el Consejo Federal de Redes (FNC), tras consultas efectuadas a miembros de las comunidades de Internet y propiedad intelectual, define Internet en 1995 “como el sistema de información global que: (i) está enlazado lógicamente a un espacio global de direcciones únicas basadas en el Protocolo de Internet (IP) o sus subsecuentes extensiones/añadidos; (ii) puede soportar la comunicación usando el conjunto Protocolo de control de transmisión/Protocolo de Internet (TCP/IP) o sus subsecuentes extensiones/añadido y otros protocolos compatibles con IP; y (iii) provee, usa o da accesibilidad, ya sea de manera pública o privada a servicios de alto nivel superpuestos en las comunicaciones y las infraestructuras relacionadas ya descritas”. Vid. al respecto <http://www.internetsociety.org/es/breve-historia-de-internet>

⁴⁵⁷ SERENO RESTREPO, J.S.: “Regulación de las medidas tecnológicas...”, *op.cit.*, p. 153.

culturales. De esta forma, se obtiene en Internet un disfrute inmediato de dichos bienes, limitando como hemos visto el papel de los intermediarios convencionales, y dando entrada a nuevos sujetos, como los prestadores de Servicios de la sociedad de la información y los prestadores de servicios de intermediación que posibilitan desde el punto de vista técnico el acceso a dichos bienes en Internet.

En muchas ocasiones estos nuevos sujetos permitirán a los autores prescindir de los intermediarios tradicionales que mediante los soportes físicos convencionales fijan la obra y la hacen accesible al público al colocarla materialmente en el mercado. La comunicación de la obra en Internet permite al público acceder a las obras protegidas por el Derecho de autor de forma *online*, mediante el llamado acceso autorizado que para algunos autores ha cobrado una relevancia creciente en el ámbito de la explotación de contenidos protegidos en Internet. Como evidencia el éxito creciente del acceso bajo demanda, y que la propia idea de control del acceso la obra en el ciberespacio fundamenta la regulación de las medidas tecnológicas de protección. Hasta tal punto cobra importancia el concepto de acceso autorizado que ha sido reivindicado por algún sector de la doctrina como un nuevo derecho de explotación patrimonial⁴⁵⁸.

Con independencia de ello y de la calificación que desde un punto vista jurídico merezca ese acceso, que se abordará con mayor profundidad en la tercera parte de este trabajo, se trata de un acceso técnico que permite al usuario la descarga de la información digital que contiene la obra y el almacenamiento en su equipo, o bien sin que se produzca dicha descarga, un disfrute sólo *in streaming*. Este acceso directo de los bienes culturales en Internet se consigue a través de una licencia de uso, de forma que el acceso final al contenido protegido se desmaterializa, como en el ámbito de la radiodifusión, aunque esa transmisión se efectúa punto a punto, y supone la conversión del destinatario de este tipo de bienes, de propietario a licenciataria, al desaparecer el soporte físico en el que se fija la obra o prestación protegida.

⁴⁵⁸ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en internet...*, *op.cit.*, p. 521.

Este nuevo esquema de disfrute de los productos culturales implica que el destinatario final de este tipo de bienes se inserta en el ciclo de la explotación digital de los contenidos protegidos como cesionario no exclusivo de derechos patrimoniales, aunque, en general, no como explotador, sino sólo como usuario del contenido protegido. Sin perjuicio de algunas licencias *Creative Commons* que autorizan usos comerciales, el usuario adquiere una licencia de uso privado, y con unas facultades de utilización que dependerán de los términos de la licencia, o incluso, le permitirán la transformación del contenido en el caso de que su autor haya optado por una licencia *Creative Commons* del tipo *copyleft*.

La idea del destinatario final del producto cultural como usuario legítimo conecta también con uno de los principales problemas a los que se enfrenta la aplicación de la tecnología digital a la difusión de contenidos protegidos en Internet: la ciberpiratería. En especial, la posibilidad de clonación digital de contenidos protegidos⁴⁵⁹ y su puesta a disposición en Internet sin autorización de los titulares de los derechos de explotación patrimonial sobre los mismos. La generalización masiva en Internet de esta forma de piratería ha provocado respuestas legales en casi todas las legislaciones, también en el ámbito de la Unión Europea, como hemos visto, así como de tipo técnico a través de las medidas tecnológicas de protección. Lo que ha llevado a diferenciar entre un acceso autorizado de aquel otro que se produce de forma ilegal con violación de los derechos de autor, y la figura del usuario legítimo frente al cibernauta que accede a la obra de una forma no autorizada.

Pero hasta llegar a este acceso final de la obra en Internet por parte del cibernauta, como destinatario final del bien protegido, intervienen en la cadena de transmisión de esa información una serie de sujetos, normalmente desde un aspecto técnico, aunque algunos puedan llegar a ejercer un control sobre los contenidos, más o menos intenso, cuyo ámbito de responsabilidad ya ha sido abordado con

⁴⁵⁹ CASAS VALLES, R.: “La lucha por el derecho en las redes *peer-to-peer*...”, *op.cit.*, p. 530; DEAN, S., MARKS y BRUCE H. TURNBULL: “Las medidas tecnológicas de protección: el punto de encuentro...”, *op.cit.*, p. 2; RAMÍREZ HINESTROZA, M.A.: “*La responsabilidad de los ISP*...”, *op.cit.*, p. 301; PETERS, M.: “The challenge of copyrigh...”, *op.cit.*, p. 60.

anterioridad. Corresponde ahora tratar a este sujeto o destinatario final de la información, es decir, al receptor del mensaje que cierra la cadena de transmisión de información en Internet.

Aunque casi todas las legislaciones se han centrado en los regímenes especiales de responsabilidad de los intermediarios, en función del enorme volumen de información que circula en la red y la imposibilidad material, al menos en línea de principio, de controlar dichos contenidos, pocas veces se hace referencia al régimen de responsabilidad de este usuario final. Bien, cuando accede de modo no autorizado al contenido protegido, bien, cuando es un usuario legítimo pero se excede de las condiciones de la licencia e infringe los derechos sobre la obra, por ejemplo, se excede en el derecho a obtener copias para uso privado. Ante esta omisión, y al menos desde un punto de vista civil, parece que resultaría aplicable el régimen de responsabilidad extracontractual establecido en el art. 1902, al menos cuando se diera por parte del usuario una actuación, cuanto menos negligente o culposa, de la que derive una vulneración de derechos de autor y un daño efectivo. En este sentido, la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI y la LEC, modifica el art. 138 de dicha norma considerando responsable de la infracción también al cooperador, que conoce la conducta infractora o cuenta con indicios razonables para conocerla. En este sentido el art. 138, en la nueva redacción de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI y la LEC, establece que: “Tendrá también la consideración de responsable de la infracción quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor”. Y aclara el precepto que “lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación”.

En dicho concepto podría incluirse el destinatario final o usuario que realiza

un acceso no autorizado desde una fuente ilícita, teniendo conocimiento efectivo, “a sabiendas”, del carácter ilícito de su acceso. Lo que podría ocurrir cuando un usuario accede a una red P2P y sube contenidos protegidos para su intercambio con otros usuarios y sin ánimo comercial o de negocio, sino dentro de un intercambio en una red *peer-to-peer*. Aunque ello nos lleve a analizar el alcance y juego en este supuesto de la copia privada, que realizaremos en la última parte de nuestro trabajo, al abordar los límites de la utilización y explotación digital de obras en Internet.

Resulta cuanto menos distorsionante la inclusión de la conjunción “también” con la que comienza el segundo párrafo del art. 138 de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI y la LEC, por cuanto en el párrafo anterior se limita a establecer la facultad que ostenta el titular de los derechos reconocidos en el TRLPI para instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales, a no ser que se quiera establecer una cierta vinculación sistemática entre el art. 138 y 158 ter de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI y la LEC. En el sentido de establecer en el art. 138 un ámbito de responsabilidad frente a los vulneradores que no son prestadores de servicios de la Sociedad de la información, ni la vulneración se efectúa en el ámbito de su modelo de negocio, y frente a los que podrían adoptarse las medidas cautelares previstas en el 141, incluida la establecida en el art. 141.6 de suspensión del servicio de intermediación, que exigirá de modo previo una ponderación de los intereses en conflicto, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, y la necesaria autorización judicial, por la afectación a derechos fundamentales de los usuarios.

Por último, cuestión distinta es la responsabilidad penal del usuario, aunque no corresponde abordar en este estudio esta cuestión, sí que cabe apuntar que en principio el art. 270 del Código Penal exige al infractor actuar con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, aunque se tiende a endurecer también en ese ámbito la responsabilidad del usuario. En este sentido el proyecto de ley orgánica en tramitación parlamentaria sustituye el ánimo de lucro por un concepto más abierto, para extender la responsabilidad a otros sujetos que no son prestadores de un servicio de la sociedad de la información, pero que actúen con ánimo de lucro o comercial.

Así, se considera como sujeto responsable al que “con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, explote económicamente, en especial mediante la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”.

SEGUNDA PARTE

***LA CREACIÓN INTELECTUAL COMO
OBJETO DE EXPLOTACIÓN EN LÍNEA:
REQUISITOS GENERALES DE
PROTECCIÓN Y NUEVAS CATEGORÍAS
DE CREACIONES DIGITALES***

PREÁMBULO

Abordamos en esta segunda parte el estudio del objeto protegido por el Derecho de autor, susceptible de explotación digital en Internet. Lo que nos conduce al análisis de los requisitos de tutelabilidad de la creación intelectual. Debe precisarse que ni todos los contenidos transmitidos en la red están protegidos por el derecho de autor, ni tampoco cualquier dato por el mero hecho de ser transmitido en Internet pierde su condición de objeto tutelado por el Derecho de autor, para asumir una acepción neutra de mero dato. Esta distinción resulta fundamental para determinar el ámbito de incidencia real del derecho de autor en Internet, y también para descartar que el argumento de la invocada libertad de expresión justifique conductas vulneradoras de los derechos de autor.

Para ello, nuestro punto de partida será un cierto planteamiento clásico, sobre el que la doctrina ha reflexionado con profundidad, pero que exige en su transposición a Internet algunas precisiones. Así, nuestro estudio se centra en los dos requisitos que se exigen a cualquier obra para ser protegida: la originalidad y una forma de expresión.

Para después en el último capítulo, una vez hemos delimitado el ámbito de tuición, centramos en la tipología de contenidos protegidos que pueden ser objeto de explotación en Internet. Con especial incidencia, por un lado, en nuevos tipos de obras surgidos al amparo de la aplicación de la tecnología digital, como es la obra multimedia. Y por otro lado, en la importancia que la obra derivada adquiere en los nuevos entornos participativos de Internet.

CAPÍTULO PRIMERO.- EL REQUISITO DE ORIGINALIDAD: DE LA CONSTRUCCION PERSONALISTA HACIA UN MODELO DE CREACION MÁS PARTICIPATIVO Y ABIERTO

1. Consideraciones previas.

La originalidad queda definida como un requisito de tutela, una condición que de forma necesaria debe poseer la obra para ser protegida y gozar del reconocimiento jurídico a través del derecho de autor en el TRLPI (art. 10). A pesar de la importancia de dicha noción, por cuanto de acuerdo con su significado se ampliará o restringirá el bien jurídico tutelado, no se recoge ninguna definición legal de la misma, ni en la ley española, ni tampoco en otras legislaciones de nuestro entorno, siendo una noción más bien oscura⁴⁶⁰, sobre la que han tratado de verter algo de luz, tanto la doctrina como la jurisprudencia.

La originalidad, como requisito de la obra para su tutela a través del derecho de autor, se ha construido a partir de diferentes teorías, que para delimitar el ámbito material de tuición toman en consideración distintos presupuestos y elementos de análisis. La doctrina y la jurisprudencia han perfilado este concepto, dando lugar a diferentes construcciones que pueden reconducirse a dos grandes líneas dogmáticas, de un lado la construcción subjetiva de la originalidad⁴⁶¹, y otra corriente que identifica la originalidad con la novedad.

⁴⁶⁰ WALRAVENS, N.: “La notion d’originalité et les oeuvres d’art contemporaines”, *RIDA*, 1999, nº 181, p. 99.

⁴⁶¹ Como defensores de la construcción subjetiva de la originalidad destacan en la doctrina francesa DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur en France*, *op.cit.*, p. 5 y ss.; COLOMBET, C.: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 34 y ss.; BERTRAND, A.: *Le droit d’auteur et les droits voisins*, ed. Masson, Paris, 1991, p. 112 y ss.; GAUTIER, P. Y: *Propriété littéraire et artistique*, ed. Presses Universitaires de France, París, 1991, p. 52 y ss.. En nuestro país BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 10”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op.cit.*, p. 154; ALVAREZ DE BENITO, P.: *Las obligaciones del autor...*, *op.cit.*, p. 221 sostienen la necesidad de superar una visión subjetiva de la originalidad y apuestan por la exigencia de novedad. Hacia una tercera teoría ecléctica se encuentran PLAZA PENADES, J.: *El Derecho de autor y su protección...*, *op.cit.*, p. 306, parte de los límites de la teoría subjetiva en cuanto a la necesaria acotación del bien jurídico tutelado, pero sostiene que en cualquier caso la novedad no puede entenderse en el mismo sentido que en la ley de patentes, sino con una interpretación más amplia, ver este mismo autor en *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 87; ERDOZAIN LÓPEZ, J.C.: “El concepto de originalidad en el derecho de autor”, *Pe*, i, 1999, p. 79 y ss., sostiene también la necesidad de combinar una serie de criterios que van más allá de la visión subjetiva de la originalidad “basada en un criterio de reconocibilidad impropia” y la novedad. En la doctrina italiana son partidarios de aplicar el criterio de la novedad para evitar la “inflación de obras protegidas” GRECO, P. y VERCELLONE, P.: *I diritti sulle opere...*, *op.cit.*, p. 50; de una forma algo más tímida, esta manera de entender la originalidad no sólo desde un punto de vista subjetivo se recoge en PIOLA-CASELLI, E.: *Del diritto...*, *op.cit.*, p. 260, cuando afirma que una obra tutelable “si presenti come il

2. La teoría subjetiva de la originalidad: de la huella del autor a la idea del esfuerzo creativo.

Así, podemos distinguir una corriente subjetivista, de amplia raigambre en la doctrina francesa, que considera la obra como original en la medida que es una creación del hombre, un producto de su ingenio, que refleja, en consecuencia, la personalidad “creadora” de su autor que ha dejado su huella en ella⁴⁶². Como DESBOIS, uno de los principales defensores de la teoría subjetiva de la originalidad en Francia, expone, la elaboración de una obra literaria, cualquiera que sea su objeto, queda marcada por tres etapas en las que su autor imprime su personalidad: la idea, la composición como el plan interno de desarrollo de esa idea, y la expresión, como el desarrollo material de la idea concebida⁴⁶³.

En la medida que la obra literaria es una creación humana, resultado del esfuerzo creativo de su autor, que pasa por ese proceso descrito, es reflejo de una personalidad distinta, en cada caso la de su propio autor. La diversa personalidad de cada autor le confiere a la obra su identidad, la individualiza frente al resto de creaciones existentes. Se hace hincapié también en el proceso creativo como hecho humano y en ese esfuerzo para justificar la tutela jurídica del resultado de dicha actividad humana⁴⁶⁴. Esta teoría conecta con la esencia del Derecho de autor, su marcada base personalista, como lo revela su contenido moral, y el carácter personalísimo de algunas de sus facultades. Sin embargo se ha producido una progresiva superación de esta noción inicial⁴⁶⁵, y la LPI reconoce la consideración de

resultato di un lavoro di creazione, cioè di un'attività mentale che abbia posto in essere elementi che prima non esistevano”.

⁴⁶² COLOMBET, C.: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 36; sobre la marca de la personalidad en la obra como criterio determinante de la protección insiste también BERTRAND, A.: *Le droit d'auteur...*, *op.cit.*, p. 23.

⁴⁶³ DESBOIS, H.: *Le droit d'auteur...*, *op.cit.*, p. 27.

⁴⁶⁴ DESBOIS, H.: *Le droit d'auteur...*, *op.cit.*, p. 34, dicho esfuerzo creador se sitúa en el fundamento de la protección, resultando irrelevante las cualidades objetivas de la obra, su mérito o que no añada nada al patrimonio cultural de la nación.

⁴⁶⁵ Incluso en la doctrina francesa autores como LUCAS, A. y LUCAS, H.J.: *Traité de la propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 82 y ss. sostiene que en el derecho francés puede observarse una evolución en cuanto a la noción de originalidad hacia una acepción menos subjetiva, considerando que la

autor no sólo a las personas físicas sino también a las jurídicas. Se produce una cierta desnaturalización en cuanto se va limando su tradicional base personalista para dar protección a través del derecho de autor a los programas de ordenador.

Por otro lado, y frente a la teoría clásica de la originalidad basada en un criterio subjetivo, y excluyente de cualquier otra consideración, puede objetarse ciertos problemas de encaje en el sistema de protección del Derecho de autor. En primer lugar, la teoría subjetiva conduce en la delimitación del ámbito de protección a un resultado maximalista o inflacionista del que hablan GRECO y VERCELLONE⁴⁶⁶: cualquier producto del ingenio humano puede gozar del status jurídico de creación protegida.

En segundo lugar, podría impedirse la natural destinación de la obra al dominio público, ya que bastaría realizar una obra igual objetivamente, pero original en sentido subjetivo, hecha por otro, para que la protección se prolongase o renaciese, esta vez en favor de un nuevo titular, o incluso cabría que el propio autor repitiera la misma obra para prolongar la duración de sus derechos de explotación patrimonial⁴⁶⁷. De este modo la noción subjetiva de originalidad podría obstaculizar la libre utilización de las obras caídas en dominio público⁴⁶⁸.

En este sentido, y entendida la originalidad desde un punto de vista exclusivamente subjetivo, como toda creación de un ser humano, esta noción colisionaría con principios fundamentales en materia autoral como son la destinación natural de la obra al dominio público y la limitación legal a la duración de la

concepción objetiva de la originalidad “se trouve en harmonie avec la logique économique des industries culturelles”. E incluso se defiende desde algún sector doctrinal y jurisprudencial la aplicación de la llamada teoría de la geometría variable, para la cual el concepto de originalidad variaría en función del tipo de obra, vid. en este sentido STRUBEL, X.: *La protection des oeuvres scientifiques en droit d’auteur français*, CNRS Editions, Paris, 1997, p. 106.

⁴⁶⁶ GRECO, P. y VERCELLONE, P. : *I diritti sulle opere...*, *op.cit.*, p. 50

⁴⁶⁷ BERCOVITZ, G.: *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 119; GRECO, P. y VERCELLONE, P. : *I diritti sulle opere...*, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁶⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 10”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op.cit.*, p. 156; y en el mismo sentido BERCOVITZ, G.: *Obra plástica y derechos patrimoniales...*, *op.cit.*, p. 119 cuando dice que “existirían tutelas paralelas sobre la misma obra con plazos de duración distintos”.

protección. Por ello, el criterio de la novedad objetiva se introduce como un correctivo a la noción subjetiva de originalidad, que por un lado, reduce ostensiblemente el ámbito protegido, y por otro evita que el concepto subjetivo de originalidad termine por pervertir determinados aspectos del sistema legal sobre el que se construye el Derecho de autor: dominio público y duración limitada de la protección⁴⁶⁹.

3. La teoría objetiva de la originalidad: el recurso al criterio de la novedad.

La introducción del requisito de novedad en la valoración de la originalidad ha dado lugar a la denominada teoría objetiva de la originalidad, de acuerdo con la cual no basta que la creación sea el resultado de un acto creativo y refleje la personalidad de su autor, sino que además dicho resultado debe ser novedoso. Como STRUDEL apunta en esa evolución del concepto de originalidad desligada de la base personalista del derecho de autor ha contribuido la protección de los programas de ordenador, en la medida que resultan protegibles cuando no sean copias de programas anteriores⁴⁷⁰.

Asimismo, la propia evolución del concepto de originalidad se enmarca en un proceso de transformación mayor donde la base personalista del derecho de autor resulta erosionada o diluida, en el sentido de que surgen en Internet nuevas formas de creación de prestaciones o contenidos digitales que surgen de un concepto más participativo y menos personalista de la autoría.

⁴⁶⁹ No considero como sostiene ERDOZAIN LÓPEZ, J.C.: "El concepto de originalidad..." *op.cit.*, p. 73 que esta teoría subjetiva no explique la protección de las obras anónimas a través del derecho autor, en tanto que la obra sólo sería protegible, según esta teoría, en la medida que se pudiera reconocer como de un autor. Ya que la obra anónima es la creación de autor que ejerciendo sus facultades morales, decide divulgar su obra, pero mantener su identidad fuera de ese conocimiento público, sin que en ningún momento desaparezca el vínculo jurídico, derivado del hecho de la creación, que le liga a su obra, aunque dicho vínculo no trascienda a la esfera pública.

⁴⁷⁰ STRUDEL, X.: *La protection des oeuvres scientifiques...*, *op.cit.*, p. 97. En el mismo sentido ESTEVE PARDO M^a: *La obra multimedia en la legislación española*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 32 apunta que cuando a través del sistema Derecho de autor comienzan a protegerse los programas de ordenador se inicia también una cierta evolución de la noción subjetiva de originalidad que había caracterizado al sistema continental frente al *copyright*, como apunta STRUDEL, al hilo de la irrupción del programa de ordenador como objeto protegido por el derecho de autor, ya que este tipo de creación, según esta autora "difícilmente deja ver rasgos de la personalidad de su autor".

Uno de los problemas que esta teoría presenta, y del cual se hacen eco sus detractores, es el llamado por la doctrina italiana “*incontri fortuiti*”⁴⁷¹, es decir, el supuesto, más bien teórico, de que dos personas de manera independiente, sin conocimiento del trabajo del otro, llegaran a un mismo resultado creativo, es decir, a la misma obra en un sentido objetivo. Esta “casualidad creativa” y la consideración de la originalidad en sentido objetivo, es decir, como obra nueva, exigiría determinar cuál de las dos se creó primero, es original, y en consecuencia tutelada a través del derecho de autor. Deberíamos remontarnos al hecho jurídico que determina el nacimiento del derecho de autor, es decir, al momento de la creación, siendo su posible inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, una de las muchas pruebas, pero no la única que podrían aportarse, para demostrar la fecha cierta de su realización cuando la obra no ha sido aún divulgada. En este sentido, como BERCOVITZ apunta “la prioridad y divulgación constituirían un motivo suficiente para presumir el plagio ante quien sostiene que no conocía la obra”⁴⁷².

Aunque el tema del encuentro fortuito no deja de tener un carácter marcadamente teórico el problema se ha planteado sobre todo, tal y como WALRAVENS apunta, en el ámbito de las artes plásticas, para el *ready-made* o la pintura monocromática, obras que se caracterizan por su sencillez, lo que puede ampliar el ámbito posible del encuentro fortuito, y fuerza a esta autora a la búsqueda de otros criterios en los que cimentar la protección⁴⁷³.

En el campo de la obra literaria esa sencillez, que no cabe confundir con la banalidad, y que se desarrolla hoy en géneros como el microrrelato, u otros más

⁴⁷¹ GRECO, P. y VERCELLONE, P.: *I diritti sulle opere...*, *op.cit.*, p. 47. Para BERCOVITZ, G.: *Obra plástica y derechos patrimoniales...*, *op.cit.*p. 120 la posibilidad de las dobles creaciones independientes “sólo tiene una cierta relevancia en el caso de las obras derivadas”.

⁴⁷² BERCOVITZ, G.: *Obra plástica y derechos patrimoniales...*, *op.cit.*, p. 120 y ss. A mayor abundamiento sobre esta cuestión este autor llega a considerar que en este caso no sólo existirá una presunción de plagio respecto a la obra creada después, sino que incluso cuando el autor de la segunda obra llegue a probar la independencia de las dos creaciones ninguna de ellas la falta de novedad establece una presunción en contra de su individualidad.

⁴⁷³ WALRAVENS, N.: “La notion d’originalité et les oeuvres d’art contemporaines”, *op.cit.*, p. 117 y ss.

clásicos como los cuentos de hadas, o en general la literatura infantil, caracterizada por la simplicidad de sus elementos, desde la trama, los personajes hasta la forma de expresión, puede plantear cierta insuficiencia de la teoría objetiva de la originalidad, entendida en un sentido puro como la exigencia de un resultado nuevo.

Por otro lado, y como LASSO DE LA VEGA, apuntaba ya es difícil pensar en una obra del espíritu que nazca *ex nihilo*, ya que casi todas las creaciones del espíritu surgen influenciadas de un fondo cultural común, de unas ciertas reminiscencias⁴⁷⁴, por lo que cabe poner en cuestión que la exigencia de novedad pueda entenderse del mismo modo que en la legislación de patentes⁴⁷⁵.

Además, las nuevas formas colectivas de producción de contenidos en entornos wikis ponen de manifiesto la insuficiencia de esta teoría, por cuanto las entradas se van generando por los usuarios a partir de versiones anteriores, con lo que el concepto de originalidad como novedad queda también bastante difuso en estos nuevos entornos participativos y de creación colectiva.

4. Superación de las teorías clásicas: el recurso a criterios complementarios de valoración.

4.1 La insuficiencia de las teorías clásicas para determinar la originalidad.

A la vista de la necesidad de acudir a criterios complementarios o indicadores que permitan evaluar el “esfuerzo creativo” o el sudor de la frente, “sweat of the

⁴⁷⁴ LASSO DE LA VEGA, J.: *El contrato de edición, op.cit.* p. 124.

⁴⁷⁵ La novedad que se exige a la creación para acceder a la tutela del Derecho de autor, implica la necesidad de un juicio de valor, a través del cual pueda compararse la creación, cuya tutela se pretende, con el resto de las existentes hasta el momento, para verificar así, si verdaderamente la obra supone una novedad respecto al acervo cultural. Sin embargo, cabe matizar que la novedad en el ámbito del Derecho de autor posee un carácter relativo, y una significación distinta a la que posee en Propiedad Industrial, así el autor a la hora de abordar la creación de la obra, recibe la influencia de diversas obras preexistentes, referencias a las que el autor acude, y que influyen la gestación de la obra. Por ello, y como BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 10”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op.cit.*, p.160, sostiene la novedad es un concepto relativo, de modo que la obra debe ser substancialmente novedosa, poseer una identidad propia respecto a las obras ya creadas, aunque su autor haya tomado otras obras como modelo o referencia, explícita o implícita, realizando un “uso intelectual” de las mismas.

brow” del que da cuenta la doctrina y jurisprudencia americana, así como la insuficiencia del criterio de novedad y sus distorsiones en el sistema de protección del Derecho de autor, coincidimos con PLAZA PENADES, en que resulta necesario buscar otros criterios que permitan evaluar ese esfuerzo creativo⁴⁷⁶.

Sobre todo en aquellos supuestos en que su protección por medio del derecho de autor resulte controvertida, bien por la excesiva simplicidad de la obra⁴⁷⁷, bien por su parecido a otra obra preexistente, que puede haber entrado o no en el dominio público. Esto tiene una especial relevancia en Internet y los contenidos generados por los usuarios, donde esa originalidad del contenido resulta a veces controvertida, por su supuesta simplicidad, o ausencia de esfuerzo creador, dado que a diferencia de lo que ocurre cuando la explotación digital se realiza por parte de un intermediario, no ha pasado algún filtro por parte de algún profesional en la selección de estos contenidos.

El recurso a estos criterios complementarios, no deja de suscitar polémica, por cuanto actúan como criterios delimitadores, que a mi juicio, deberían operar en el ámbito de aplicación de la ley y no en el de su concreción. En este sentido, la excepción de ningún otro criterio que recogen las directivas europeas, y que parten de la consideración como protegible de cualquier obra con independencia de su mérito, que de forma expresa se recoge en el Code Propriété Intellectuelle Article L112-1, no debería aplicarse de un modo absoluto por parte de los tribunales. Se trata, con ello, de no generalizar la protección del derecho autor, abriendo tanto su ámbito de aplicación, que cupiese dentro de él toda creación manifestación de una personalidad humana. En los supuestos en que el esfuerzo creativo resulte dudoso, o el propio valor creativo de la obra, debería recurrirse a otros criterios complementarios.

⁴⁷⁶ PLAZA PENADES, J.: *El derecho de autor y su protección...*, op.cit., p. 306; *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, op.cit. p. 89.

⁴⁷⁷ En este sentido la AP de Guipúzcoa (Sección 2ª), Sentencia num.2290/2007, de 28 de septiembre (EDJ 2007/264500), reconoce el carácter de obra literaria la enumeración y descripción de atracciones propias de un mercado medieval, al entender que la forma elegida por el creador incorpora una especificidad tal que permite considerarla una realidad singular o diferente, respondiendo a una tarea de creación que excede del ámbito descriptivo, para alcanzar lo que es una creación literaria.

4.2 Otros criterios de valoración.

A) El mérito de la obra.

Entre dichos criterios se ha sostenido el recurso al mérito de la obra, un juicio valorativo de carácter objetivo que recaería sobre la creación y no sobre el autor, siendo su aplicación por parte del órgano judicial complicada, puesto que obligaría al juez a pronunciar un juicio de valor acerca de la obra. Lo que además requeriría conocimientos técnicos, de los que en línea de principio, puede carecer y que obligaría a la introducción en el proceso de un dictamen pericial de expertos sobre este punto⁴⁷⁸, lo que suele ocurrir en la práctica. Pero siempre con ciertos límites, en el sentido de no dejar fuera del ámbito del Derecho de autor, obras menores o de escaso valor creativo, las denominadas obras de calderilla por la doctrina alemana (“*kleine Münze*”), lo que conferiría al derecho de autor un marcado carácter discriminatorio o elitista, sin perjuicio de que la propia evolución del arte, pueda confirmar con el tiempo el valor artístico de una obra desechada por la crítica y el público en un primer momento⁴⁷⁹.

B) Valor estético.

Otro criterio apuntado y que podría ayudar a determinar la originalidad de la obra sería su valor estético, sin embargo como ERDOZAIN LÓPEZ apunta se trata

⁴⁷⁸ WALRAVENS, W.: “La notion d’originalité...”, *op.cit.*, p. 117 y ss, esta autora sostiene que se debe superar la concepción clásica de la originalidad entendida de un modo subjetivo, redefiniendo la marca de personalidad del artista, y en este sentido afirma: “Aujourd’hui c’est avant tout la signature de l’artiste, la critique et le contexte institutionnel qui déterminent la reconnaissance de l’oeuvre”. No compartimos esta concepción de la originalidad porque basar su protección en la calidad de la obra, o su mérito, supone ir en contra, como apunta VAN GOMPEL, S. & LAVIK, E.: “Quality, merit, aesthetics and purpose an inquiry into EU copyright laws eschewal of other criteria than originality”, *RIDA*, nº 236, abril, 2013, p. 158, del carácter no discriminatorio del derecho de autor, puesto que no es “a law for elite authors only. Therefore, decisions must be evaluative in the sense of giving preference to high literature or art”.

⁴⁷⁹ En este sentido LIPSZYC, D.: *Derecho de autor y derechos conexos*, ed. UNESCO CERCALC ZAVALIA, Buenos Aires, 1993 pone el ejemplo de obras abucheadas cuando se estrenaron y que con posterioridad alcanzaron gran fama, como “La Traviata” de Verdi, “Seis personajes en busca de un autor” de Pirandello o “La consagración de la primavera” de Stravinsky, a lo que podríamos añadir también la obra de autores como Frank Kafka que no consiguieron ver en vida publicadas gran parte de las obras que tras su muerte les darían notoriedad y fama mundial.

de un criterio subjetivo, con lo que se provocaría inseguridad a la hora de determinar si una obra debe resultar protegida. Pues la valoración de la belleza constituye una apreciación subjetiva que dependerá de quien sea el observador. Por lo que como indica este autor esta noción estética, como supuesto atributo inherente de la obra intelectual, se va supliendo de manera creciente, por la de diferenciación y singularidad de la obra, “criterios más funcionales para atribuir originalidad a una obra artística”⁴⁸⁰. La singularidad de acuerdo con PIOLA-CASELLI haría referencia a la forma interna de la obra, cómo se han sucedido o contrapuesto las ideas o conceptos sustanciales en la propia mente del creador, que habrá imprimido a la obra una fisonomía propia⁴⁸¹, en definitiva esa huella personal o impronta de la que habla la doctrina francesa, y la hace reconocible⁴⁸².

C) Otros criterios.

Otros criterios que se han esgrimido para compensar la insuficiencia de las teorías subjetiva y objetiva de la originalidad han sido el renombre del autor⁴⁸³, el valor comercial de la obra⁴⁸⁴, la percepción corriente de lo que sea una obra artística

⁴⁸⁰ ERDOZAIN LÓPEZ, J.C.: “El concepto de originalidad en el derecho de autor”, *op.cit.*, p. 79 y ss. Este criterio resulta a mi juicio poco determinante, al menos con la propia evolución del arte, también plasmada en el ámbito literario, y con el desarrollo de corrientes modernas que tratan de romper este concepto estético, como puede ser el realismo sucio, o incluso gran parte de la literatura postmoderna, y que en cualquier caso evidencian de un lado la evolución de la estética a lo largo del tiempo, y de otro que la simplicidad de la obra no es un obstáculo para su protección.

⁴⁸¹ PIOLA-CASELLI, E.: *Del Diritto di Autore*, en *Il Diritto Civile Italiano*, dir. FIORE, P., Parte IV, Napolés-Turín, 1907, p. 265.

⁴⁸² Sobre la vinculación entre originalidad y singularidad STS 331/2001 de 29 de marzo, *EDJ 2001/5526*, SAP de Madrid de 25 de marzo, *EDJ 2004/123978*. Para LOPEZ QUIROGA, J.: *La propiedad intelectual...*, *op.cit.*, p. 31 esa fisonomía propia otorga a la obra una individualidad propia, que la hace diferente del resto de creaciones ya existentes.

⁴⁸³ VAN GOMPEL, S. & LAVIK, E.: “Quality, merit, aesthetics...”, *op.cit.* p. 162; WALRAVENS, N.: “La notion d’originalité et les oeuvres d’art contemporaines”, *op.cit.*, p. 117.

⁴⁸⁴ ERDOZAIN LÓPEZ, J.C.: “El concepto de originalidad...”, *op.cit.*, p. 69, en este sentido afirma este autor: “Que la protección de autor haya basculado desde un sentido de estricto amparo de lo estético o bello, hasta posiciones más incorporadas a elementos económicos no debe llevar al intérprete a un juicio necesariamente negativo... A nuestro juicio, esa evolución que se traduce en un premio al capital, es consustancial al paradigma vigente, y debe fomentarse como remedio contra la mediocridad y como fomento de la creatividad y de la justa remuneración para el creador o autor de la obra y para el resto de titulares de derechos”.

por un observador medio, e incluso la actitud del autor⁴⁸⁵. Debemos partir de la idea de que ninguno de estos criterios por sí mismos determinan el carácter original de la obra, sino que pueden actuar como indicadores de protección en aquellos supuestos donde la propia originalidad resulte controvertida. Sin olvidar un criterio que consideramos básico o referencial, la propia naturaleza o clase de la obra. Esa singularidad de la obra, de la que hablaba PIOLA-CASELI como objeto protegido por el derecho de autor no adquiere la misma intensidad en todos los tipos de obras. Así, por ejemplo en una obra histórica, donde los datos y materias pertenecen al dominio público que una obra literaria en sentido estricto, ligada a los llamados géneros de ficción, donde la libertad del autor es mayor a la hora de construir la creación⁴⁸⁶. También podemos apreciar diferentes grados de originalidad en la medida que la obra sea más sencilla, resulte más parecida a otras preexistentes o más reproducible, o por el contrario más compleja y pueda presentar frente al resto una mayor y más nítida singularidad⁴⁸⁷.

5. La tecnología digital y su incidencia en el juicio de originalidad.

En este sentido la aplicación de la tecnología digital sobre los contenidos, ha facilitado no sólo su reproducción, sino también su manipulación y generación de nuevos contenidos. De este modo, la obra derivada pasa a desempeñar un papel importante en los nuevos entornos de creación participativa que se desarrollan en Internet. La propia tecnología digital facilita, como hemos visto, la transformación o adaptación de las creaciones. Este proceso ya no requiere altos conocimientos

⁴⁸⁵ WALRAVENS, N.: “La notion d’originalité...”, *op.cit.*, p. 149, para esta autora la originalidad, y sobre todo, en el ámbito de aplicación propio de su estudio, las obras de arte contemporáneo, se determinaría a partir de la actitud del autor, por el contrario PLAZA PENADES, J.: *El derecho de autor y su protección...*, *op.cit.*, p. 285 en este sentido manifiesta que “se protege por igual la creación de un niño de cinco años que la de un autor de sesenta, la de un autor que crea bajo los efectos de drogas o alcohol que la del autor que en el momento de crear estaba enajenado mental”, por lo que la actitud del autor en el momento de la creación viene a ser poco relevante.

⁴⁸⁶ LASSO DE LA VEGA, J.: *El contrato de edición*, *op.cit.*, p. 122.

⁴⁸⁷ RUIPÉREZ DE AZCARATE, C.: *Las obras del espíritu...*, *op.cit.*, p. 62 expone que “será más probable encontrar la nota de originalidad en una novela de cientos de páginas que en un slogan consistente en una sola palabra. Lo mismo ocurre cuando lo que se pretende proteger es una parte o extracto del lenguaje”.

técnicos, pues la copia digital adquiere plasticidad⁴⁸⁸ y se desarrolla en paralelo toda una oferta de *software* que permite transformar la creación original, e incluso atentar, en muchos casos contra su integridad. En YouTube podemos encontrar muchos ejemplos de obras cinematográficas o audiovisuales que utilizan el formato digital de la obra original para substituir pistas de audio y ofrecer una parodia de la misma, o incluso añadir imágenes superpuestas mediante programas de edición de vídeo.

Pero la tecnología digital no sólo ha ampliado la capacidad de modificación, sino que ha dotado al usuario de determinados dispositivos electrónicos y la posibilidad de crear contenidos de alta calidad con la ayuda de programas de *software*, como puede ser photoshop, o aplicar la automatización binaria a la traducción de textos.

En todos estos casos la originalidad, como singularidad de una personalidad creadora que deja su impronta en ella, queda en cierto modo diluida por la intervención de un proceso técnico. Podemos decir que el proceso de creación se ha tecnificado en sus diferentes manifestaciones, desde la incorporación del videoarte como una técnica habitual en el campo de las artes plásticas hasta la creación de imágenes 3D o animación asistida sólo por ordenador en los videojuegos, obras audiovisuales o cinematográficas⁴⁸⁹. Pero a pesar de la irrupción de esta tecnología en la edición de contenidos digitales creo que su utilización no puede constituir un criterio de exclusión de la originalidad, sino que al contrario, la complejidad en muchas ocasiones de estos programas sugiere la necesidad de un alto conocimiento profesional, técnico y artístico para lograr un resultado creativo.

6. Originalidad de la obra y de los elementos creativos que la integran.

Hay que tener en cuenta que la originalidad se puede presentar no sólo como un resultado unitario, sino también, con una mayor o menor intensidad, en los

⁴⁸⁸ LOPEZ MATA, S.: *Limites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Editorial Comares, Granada, 2009, p. 17.

⁴⁸⁹ Como puede ser Adobe Flash Professional, Lay Out 3 o Pencil, por citar sólo algunos ejemplos.

diferentes elementos que integran la obra⁴⁹⁰. En este sentido se ha llegado a reconocer la protección de un nombre, un título, o un personaje⁴⁹¹ frente a la utilización de dicho elemento en otra obra que sin copiar toda la obra de donde dichos elementos se toman, se sirve de manera servil de alguno de ellos. Respecto al título de la obra se reconoce de manera expresa como objeto de protección en el art. 10.2 del TRLPI, siempre que sea original, quedando protegido como parte de ella⁴⁹²,

⁴⁹⁰ BERCOVITZ, G.: *Obra plástica y derechos de explotación...*, *op.cit.*, p. 123.

⁴⁹¹ DE SANCTIS, V.: *La protezione delle opere dell'ingegno. Le opere letterarie e scientifiche, le opere musicali e le opere informatiche*, Giuffrè Editore, Milán, 2003, p. 18 y ss., para este autor el personaje es una parte de la obra, aunque a veces puede ser un elemento tan esencial para definir la obra, que su apropiación puede constituir una violación de los derechos de autor. Por el contrario BROCK, L.: "Osservazioni in tema di elaborazione dell'opera dell'ingegno e di libera riproduzione", *Revista di Diritto Industriale*, 1954, parte II, p. 17 y ss. sostiene en línea de principio "perche appunto il signolo elemento non costituisce una parte dell'opera che ne dia una rappresentazione compiuta, anche se frammentaria; ma solo un aspet, inscindibile nell'opera stessa dagli altri con cui concorre indissolubilmente a formarla, cosi nella sua interezza come in ogni parte in cui esso sia ravvisabile", aunque llega a admitir la tutela de parte de los elementos de la obra tutelada con carácter excepcional: "Osservando cio in linea generale, si deve soggiungere che può darsi che uno di questi elementi, in una particolare opera, assurga a tale importanza ed essenzialità da improntare di se tutti gli altri, senza subirne alcuna influenza di rilievo; ed in tal caso (ma, ritengo, solo in tal caso), ben potra ritenersi che sia riservata all'autore ogni utilizzazione anche di tale elemento isolato, poiche esso caratterizza di per se solo l'opera". Para AUTERI, P.: "Sulla tutelabilità dei nomi di personaggi di opere letterarie (a proposito del acas James Bond 007)", *Rivista di Diritto Industriale*, 1971, II, p. 107 las partes de una obra sólo son tutelables de manera autónoma cuando aisladamente considerada "venga a valorizzare l'apporto creativo dell'autore", pero considera que el nombre del personaje sólo es tutelable, en la medida que cumpla una función distintiva, y respecto a su utilización industrial debe prevalecer sobre la protección del autor a disfrutar del valor sugestivo del nombre de modo independiente a la obra de la que forma parte. A nuestro juicio, en la medida que el personaje goce de la suficiente originalidad como para determinar que constituye parte del núcleo creativo de la obra. En este caso debería ser protegido frente a cualquier utilización económica del mismo, así como al amparo de sus derechos morales, en el sentido de que dicha utilización comercial pueda vulnerar el derecho a la integridad de la obra.

⁴⁹² Siendo irrelevante para RODRIGUEZ TAPIA, J.M: "Comentario al art. 10 de la LPI", en *Comentarios a la LPI*, ed. Aranzadi, 2009, p. 127, que el título sea contrario a la moral y las buenas costumbres. Respecto a la posible cesión de los derechos de explotación patrimonial del título BERTRAND, A.: *Le droit d'auteur...*, *op.cit.*, p. 146 da cuenta de que la jurisprudencia francesa admitió esta posibilidad en relación a la cesión a terceros del título "Poil de Carotte" de Jules Renard para designar a una marca de Camembert (CA Paris, 4ch, de 23 de noviembre de 1977, *Flammarion c. Marcillant*). En la Ley italiana de 22 abril de 1941, sobre protección del derecho de autor y otros derechos conexos a su ejercicio el art. 100 incluye una regulación del título, algo más restrictiva que la contenida en la ley española, por cuanto establece que: [1] Il titolo dell'opera, quando individui l'opera stessa, non può essere riprodotto sopra altra opera senza il consenso dell'autore. [2] Il divieto non si estende ad opere che siano di specie o carattere così diverso da risultare esclusa ogni possibilità di confusione. En este sentido FERRARI: "Tutela del titolo e confondibilità fra la opere", *Rivista di Diritto Industriale*, 1959, parte II, p. 232 considera que, de acuerdo con la ley italiana, el título es protegido en la medida que individualiza la obra y evita su confusión con otras. En este sentido, en el marco legal italiano el título se protege en la medida que es expresión de la personalidad de un sujeto, no como un bien determinado. Y recibe protección del ordenamiento jurídico sólo en la medida de su

y siendo una novedad de nuestra vigente ley de propiedad intelectual respecto a la legislación anterior⁴⁹³.

7. Ausencia de originalidad y contenidos ilícitos.

Hasta aquí hemos tratado de delimitar el objeto necesario del contrato de edición desde el punto de vista de su originalidad, como nota necesaria para gozar de la tutela del Derecho de autor. Ahora corresponde determinar qué consecuencias derivan de esta ausencia de originalidad. Podemos decir antes de perdernos en disquisiciones teóricas, que esta cuestión sólo adquiere relevancia cuando se haya determinado que la obra carece de originalidad, porque no se ha generado a partir del esfuerzo creativo de su autor, sino de un acto servil de copia de otra obra protegida. Aunque no cabe descartar también la hipótesis en el que la simplicidad de la obra (piénsese en una base de datos muy básica que conectara profesionales con área geográfica) pudiera ser invocada para obtener la libre utilización de la misma.

Pero dentro de esa ausencia de originalidad hay que distinguir dos supuestos: puede que la obra no sea original en el sentido exigido para su protección por el Derecho de autor, no refleja una singularidad creadora, porque sea demasiado básica

relación con la obra, y su función individualizadora. Para determinar si el título individualiza la obra debe atenderse a una serie de circunstancias que la propia ley indica: si las obras que comparten el mismo título pertenecen o no al mismo género, en cuyo caso ofrecería un mayor riesgo de confusión, así como el propio carácter de la obra. Añade este autor que estos factores, pese a su expresión legal, no deben tenerse en cuenta cuando otros factores actúan para evitar la confusión, *op.cit.*, p. 239., en cualquier caso añade: “L'indagine sulla confondibilità fra opere (come quella fra imprese) non si risolve quindi in una valutazione analitica delle cause della confondibilità, ma nell'esame di quest'ultima alla luce della capacità di distinguere del gruppo sociale cui l'opera é concretamente diretta”. Este autor realiza una revisión crítica de la sentencia de la Corte de Casación de la República de 7 de octubre de 1958, en el caso *Soc. Editrice Cooperativa c. Soc. Editrice Domus*, en el sentido de entender que el título debería tener un tratamiento jurídico similar a la protección de la marca y los signos distintivos, hallándose en una fase de elaboración normativa más retrasada que en el caso de la marca y el signo distintivo. Pero compartiendo los tres una base común. En cuanto el fundamento de su protección, radica en la necesidad de proteger determinados intereses o manifestaciones de la personalidad humana, *op.cit.*, p. 240. Planteamientos teóricos que darían lugar a un desarrollo jurisprudencial posterior como la referida sentencia del caso *Flammarion c. Marcillant*, en la que el título se acoge ya como un bien jurídico protegido, con independencia de la obra a la que identifica, y que puede ser, en consecuencia, objeto del tráfico jurídico.

⁴⁹³ VEGA VEGA, J.A.: *Derecho de autor*, Madrid, 1990, p. 106.

o simple; y puede también que sea la expresión de otra personalidad creadora que el copista usurpa, es el caso de la llamada copia servil.

A estos efectos, resulta indiferente que la obra plagiada este divulgada o no⁴⁹⁴, basta recordar que la creación es el hecho jurídico de atribución de la protección por el Derecho de autor, según se reconoce en el art. 1 del TRLPI. Como hemos visto en la primera parte, este tema de los contenidos ilícitos plantea la cuestión de la responsabilidad de los prestadores e intermediarios de servicios de la sociedad de la información, ya que se puede considerar que esa responsabilidad se extiende no sólo a aquellos casos en que esos contenidos se ponen a disposición de los usuarios sin contar con la autorización de los titulares de los derechos de autor, sino también aquellos contenidos en que el acceso es lícito, pero son intrínsecamente ilícitos, por diversos motivos, como puede ser porque resultan del plagio de otros contenidos protegidos.

Pero la obra ilícita podría contemplar otros supuestos en los que determinadas circunstancias hacen que el contenido quede sustraído del tráfico jurídico⁴⁹⁵, aunque la obra sea original en sentido técnico. Además, cabe apuntar con DE SANCTIS, que la obra en sí misma nunca es ilegal, sino que es ilícita su publicación y su circulación como consecuencia de la aplicación de las normas penales o administrativas⁴⁹⁶. En este sentido, la primera consecuencia de este enfoque es que la obra es en principio idónea para ser objeto de explotación digital en Internet. La celebración de estos negocios, no vician de nulidad el contrato, sino que éste debe considerarse anulable de acuerdo con el art. 1300 del CC⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ PADELLARO, G.: *Il diritto d'autore, la disciplina giuridica degli strumenti di comunicazioni sociale*, ed. Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi- Società Editrice Libreria, Milán, 1972, p. 17.

⁴⁹⁵ En este sentido vid. ALEGRE GONZALEZ, J.: "La extracomercialidad y sus consecuencias jurídicas", *Revista de Derecho Privado*, 1971, enero-diciembre, p. 141.

⁴⁹⁶ DE SANCTIS, V.: *La protezione delle opere...*, *op.cit.*, p. 7. En el mismo sentido GRECO, P. y VERCELLONE, P.: *I diritti sulle opere...*, *op.cit.*, p. 54.

⁴⁹⁷ Sobre esta cuestión y para una visión amplia sobre el tema vid. LOPEZ BELTRÁNDE HEREDIA, C.: *La nulidad contractual: consecuencias*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Procede en este punto establecer una distinción entre obra inmoral y obra ilícita. Aunque la obra inmoral ha merecido un tratamiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido de entender que el supuesto contenido inmoral de la obra privaría a ésta de su idoneidad como objeto de la propiedad intelectual⁴⁹⁸, y en consecuencia, del contrato de edición, sostenemos con BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO y PLAZA PENADES que la obra inmoral podría ser objeto de explotación⁴⁹⁹.

Pues, la ausencia de tutela jurídica respecto a las creaciones inmorales sería inconstitucional ya que como PLAZA PENADES sostiene se vulneraría el núcleo esencial de la libertad de expresión y de imprenta⁵⁰⁰. El único límite en cuanto a la posible explotación sería el carácter ilícito de la publicación de la obra. Dicha ilicitud podría venir de la vulneración de derechos subjetivos de terceros, como ocurriría cuando el autor hubiera cedido con anterioridad los derechos de explotación sobre la obra a otra persona, en virtud de un negocio de cesión en exclusiva, y pretendiera celebrar un nuevo negocio, respecto a unos derechos cuya titularidad ya no ostenta. También cuando esa ilicitud derive de normas constitucionales, como los límites que

⁴⁹⁸ En este sentido BERTRAND, A: *Le droit d'auteur...*, *op.cit.*, p. 126 y ss, se refiere al caso de "Fleurs du Mal" de Charles Baudelaire, en cuya edición de Presses Pocket 1989, se da cuenta del juicio de 20 de agosto de 1857 por el que se condenó al editor por atentado contra la moral pública y las buenas costumbres, pues se decía en la sentencia "les pièces incriminées conduisent nécessairement à l'excitation des sens par un réalisme grossier et offensant pour la pudeur". La publicación de los seis poemas prohibidos sólo se autorizó por la Cour de Cassation el 31 de mayo de 1949, sin embargo, la Cour de Paris 1ªCh de 10 de mayo de 1965 entendió que esa interrupción no hacía renacer los derechos de explotación. En el mismo sentido en la obra "Querelle de Brest" de Jean Genet, publicada por Editorial Odisea en 2003, y con introducción de Eduardo Mendicuti, se da cuenta del juicio que en 1956 este autor sufrió y de su pena de ocho meses de presidio y sanción de multa, por una edición de la obra con ilustraciones de Jean Cocteau.

⁴⁹⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario al art. 10", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op.cit.*, p. 164; PLAZA PENADES, J.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992", *Revista General de Derecho*, 1993, num.583, p. 3027 y ss., acertando este autor en el punto de enfoque del problema, la ausencia de un concepto intemporal y global de moral, al afirmar: "Lo que hoy es tachado de inmoral o contrario al orden público, mañana puede no serlo y viceversa. Además, si tenemos en cuenta el plano internacional de los derechos de autor, vemos como una misma obra puede ser calificada de inmoral y contraria al orden público en unos países y otros no (por ejemplo, la obra "Versos Satánicos)".

⁵⁰⁰ PLAZA PENADES, J.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992", *op.cit.*, p. 3027 y ss, pues como este autor sostiene a veces la propia obra intelectual contribuye a ampliar los límites de la moral en un momento histórico concreto: "la obra intelectual, a veces, no es que no se adecúe a la moral y al orden público, sino que simplemente pretende moldearlos o cambiarlos".

establece el art. 20.4 de la CE al derecho a la producción literaria, artística y científica. En especial, en cuanto al necesario respeto al derecho al honor, la intimidad, la propia imagen y la protección a la infancia y la juventud, así como el resto de derechos del Título I de la CE.

En este punto, y como PLAZA PENADES apunta hay que partir de la jurisprudencia del TC para entender el alcance de la limitación⁵⁰¹. En este sentido, dicha jurisprudencia establece, de un lado que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto⁵⁰², y de otro, que aun cuando el respeto al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen son límites al derecho a la creación y producción literaria, artística y científica, ello no quiere decir que deban prevalecer sobre éste último en caso de conflicto. En caso de colisión entre alguno de estos derechos fundamentales con el derecho a la creación literaria, artística y científica materializado en una obra concreta, debe aplicarse el principio de ponderación de bienes en conflicto, que el TC ha reconocido como criterio de resolución en caso de colisión entre los derechos al honor, intimidad y propia imagen y el derecho a la libertad de expresión⁵⁰³.

Asimismo, también resultaría ilícita la divulgación de una obra que incurriera en algún tipo de ilícito penal, como cuando realizase el tipo descrito en el delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP)⁵⁰⁴, delitos relativos a la defensa nacional,

⁵⁰¹ PLAZA PENADES, J.: *El derecho de autor y su protección...*, op.cit., p. 367

⁵⁰² Vid. STC 223/1992, 14 de diciembre; STC 105/1990, de 6 de junio.

⁵⁰³ Sobre el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor la jurisprudencia del TC ha sostenido que los criterios de resolución o ponderación, son de un lado la veracidad, lo que remite a los estándares de diligencia profesional exigibles, vid. STC 105/1990, de 6 de junio de 1990, así como la STS de 28 de octubre de 1999, *EDJ 1999/32585*, y de otro, la presencia de un interés general en la información sobre el sujeto en cuestión, que contribuya a la formación de una opinión pública, vid en este sentido STS de 30 de julio de 1998, *EDJ 1998/16255*. En los conflictos entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, la ponderación de los bienes en conflicto se basa en la consideración de la intimidad como un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, vid. STC 231/1988, de 2 de diciembre, *LA LEY 1166-TC/1989*, STC 207/1996, de 16 de diciembre, *LA LEY 1527/1997*, STC 20/1992, de 14 de febrero, *LA LEY 1655/2002*.

⁵⁰⁴ El art. 578 del Código penal establece: “El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito,

como el descubrimiento y revelación de secretos (art. 598 a 604 CP), así como el delito de justificación del genocidio (art. 607.2 CP)⁵⁰⁵.

Igualmente la obra sería ilícita cuando realizase alguno de los tipos penales previstos en los art. 185, 186 y 189 del CP, por cuanto a través de la obra digital pudiera realizarse actos de exhibición ante menores o incapaces (art. 185 CP), difundiera o exhibiera material pornográfico entre menores (art. 186 CP) o hubiere utilizado menores o incapaces para elaborar cualquier clase de material pornográfico, ampliándose el tipo no sólo al que elabora dicho material (autor de la publicación ilícita, como podría ser obra ilustrada con fotografías protagonizadas por algún menor o incapaz) sino también al “que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta o exhibición por cualquier medio de material pornográfico, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces”. Teniendo en cuenta que Internet se dirige a un público general, y dada la fácil accesibilidad de menores e incapaces a este medio, debería limitarse dicho acceso, a través de medidas tecnológicas que limiten el acceso a estos sujetos.

Fuera de la realización de las conductas descritas en estos tipos penales, considero que la obra puede ser también ilícita, cuando sin vulnerar el ordenamiento penal, la obra lesione el mandato constitucional de protección a la infancia y la

menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

⁵⁰⁵ El art. 607.2 del CP en su formulación inicial establecía que: “La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que *nieguen o* justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”, no obstante STC 235/2007, de 7 de noviembre, *LA LEY 170196/2007* declaró inconstitucional la difusión de ideas o doctrinas que nieguen los referidos delitos de genocidio tipificados en el apartado anterior, al entender que: “la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)”. No obstante, esta sentencia cuenta con los votos particulares de D. Roberto García Calvo y Montiel, D. Rodríguez Zapata Pérez, D. Ramón Rodríguez Arribas y D. Pascual Sala Sánchez que, al amparo del artículo 1 de la Propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el Consejo de la Unión Europea en su reunión de 20 de abril de 2007, así como las exigencias de penalización de este tipo de conductas, insertas en el discurso del odio “que todas las modalidades de genocidio y de su defensa implican y que todo Estado democrático está obligado a perseguir” (V.P. D. Pascual Sala Sánchez), no comparten el sentido del fallo.

juventud contenido en el art. 20.4 de la CE. Coincido con VALBUENA GUTIERREZ en que la CE conforma en buena medida nuestro orden público, en el sentido que establece un mínimo ético para la vida social. Pero esto no debe conducir a reconsiderar la moral pública desde un nuevo prisma ético que conlleve a una limitación injustificada de los derechos fundamentales y libertades, que de acuerdo con el art. 10 de la CE poseen un valor central en nuestro sistema jurídico⁵⁰⁶. Ahora bien, no se trata sólo de un debate ético, sino de aplicación estricta de la legalidad vigente, constitucional y la normativa de desarrollo, como en el caso de una obra infantil cuyo contenido vulnere la igualdad de género o incite a la violencia de los menores. En el caso de que la obra no vaya dirigida a este tipo de público y estemos, por tanto, fuera del alcance material del art. 20.4 de la CE, será quizá más difícil apreciar la posible colisión del derecho a la creación y producción artística, científica y literaria con otros valores constitucionales que conforman nuestro orden público, no tan delimitados legal y jurisprudencialmente como la protección de la infancia y la juventud. Especialmente en el caso de las obras de ficción donde la libertad del autor puede llevar a utilizar diferentes registros al objeto de describir o denunciar una realidad, con el propósito precisamente de reivindicar esos valores constitucionales.

El carácter programático de estas normas tampoco allanará la labor del intérprete en un supuesto conflicto de derechos reconocidos en el Título I de la CE. En cualquier caso, fuera de los tipos penales, perfectamente descritos en la norma penal, deberá sostenerse un criterio restrictivo. Y, en cualquier caso, el reconocimiento ilícito de la divulgación de una obra deberá ser objeto de una decisión judicial que pondere debidamente todos los intereses en conflicto, y el alcance de los bienes jurídicos tutelados.

8. Exclusiones legales.

El art. 13 del TRLPI establece que no son objeto de propiedad intelectual “las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las

⁵⁰⁶ VALBUENA GUTIERREZ, J.A.: *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 366.

resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores”. La excepción se recoge también en el art. 2.4 del Convenio de Berna con carácter genérico respecto a los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como a las traducciones oficiales de esos textos, encomendando a los países de la Unión la concreción de los textos oficiales que quedan excluidos de la protección del derecho de autor.

En nuestro ordenamiento esta excusión se funda en el art. 9 de la CE que establece el principio de publicidad de las normas, en este sentido, y como se apunta por la doctrina se trata de garantizar su cumplimiento con la máxima difusión de las mismas, sin que el derecho de su autor se concrete en una suerte de monopolio que prive a dichos actos normativos de la libre circulación y conocimiento público⁵⁰⁷.

Ahora bien este fundamento que resulta aplicable respecto las disposiciones normativas, legales o reglamentarias, e incluso, en cierta medida, respecto a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, por cuanto contribuyen a interpretar las normas, no se halla tan presente respecto a los actos administrativos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos. Por cuanto la eficacia singular del acto, le priva de la necesidad de un conocimiento general. Así, respecto a las resoluciones administrativas, prevé la ley su publicación sólo cuando otras formas de notificación personal no se puedan practicar con éxito⁵⁰⁸. Y en relación a los dictámenes, los acuerdos y deliberaciones, dicha publicidad ni siquiera deriva de una exigencia normativa. En este caso, cabría pensar en otros fundamentos más ligados, a la relación estatutaria o laboral, que vincule a los funcionarios o empleados

⁵⁰⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "Comentario al art. 13", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R. Madrid, Tecnos, 1997, p. 212; RODRIGUEZ TAPIA, J.M: "Comentario al art. 13 de la LPI", en *Comentarios a la LPI*, dir. RODRIGUEZ TAPIA, ed. Aranzadi, 2009, p. 121.

⁵⁰⁸ En este sentido y como GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 201, apunta cabe distinguir, dentro de los instrumentos jurídicos que utiliza la Administración, entre reglamentos con valor normativo por cuanto "innova el ordenamiento jurídico (deroga otro Reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita relaciones o actos hasta ese momento no previstos)", mientras que el acto se limita a "aplicar el ordenamiento a un supuesto dado o por dicho ordenamiento previsto".

públicos autores del contenido material de dichos actos, y a la prevalencia del interés común sobre el personal, en el ejercicio de sus funciones públicas⁵⁰⁹. Por esta razón por la que los informes forenses deberían considerarse objeto tutelado por el derecho de autor sólo cuando no sean elaborados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones públicas.

Por otro lado, se plantea el alcance que pueda tener el concepto de organismos públicos, debiendo comprender todas las administraciones territoriales, estatal, autonómica, local, institucional, e incluso, la instrumental, en la medida que los actos de ésta se produzcan en el ejercicio de funciones públicas.

Por última no se incluye, en el ámbito de la exclusión la recopilación de disposiciones, resoluciones y de las actuaciones previstas en el art. 13 LPI, que pueden ser consideradas obras de colección, y proceder a su edición digital, o incluso como obras derivadas si van acompañadas de anotaciones, pudiendo en este caso ser objeto de un negocio de cesión o licencia, ostentando los derechos de utilización la persona, normalmente la administración autora de dichos actos, que ha efectuado la colección.

⁵⁰⁹ En la doctrina francesa se ha planteado en relación a estos textos oficiales la posibilidad de que el Estado ostente un derecho de autor, así lo sostiene VIVANT, M y BRUGUIERE, J.M.: *Droit d'auteur, op.cit.*, p. 80, al afirmar que existen en su origen una atribución de derechos de autor a favor del Estado (quizá, por cierta asimilación, a la presunción de cesión en exclusiva de derechos del autor asalariado), si bien se produce su renuncia por parte del Estado en razón a la destinación de estas obras, razón que justificaría para DESBOIS, H.: *Le droit d'auteur...*, *op.cit.*, p. 53, su caída en el dominio público.

***CAPÍTULO SEGUNDO.- EL REQUISITO DE
FORMA: NUEVOS SOPORTES INTANGIBLES EN
EL ENTORNO DIGITAL***

1. Consideraciones previas en torno a la forma de fijación o exteriorización de la obra como requisito de protección.

No basta con que la obra literaria sea original para que pueda ser objeto de protección por el Derecho de autor. El art. 10 del TRLPI exige dos requisitos para que la creación pueda ser objeto de propiedad intelectual: su originalidad y una forma de expresión “por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”. Añade dicho precepto un *tótum revolútum* de soportes, medios, géneros y tipos de obras, sin que dicha enumeración tenga carácter taxativo.

En cualquier caso, la enumeración no posee carácter de *numerus clausus*, y la previsión del legislador ha llevado a incorporar una cláusula de cierre *pro futuro* que incluye también cualquier medio o soporte tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. No hay en el art. 10 TRLPI una referencia expresa al formato digital, porque esta forma de fijación de la obra no se había incorporado a los usos de explotación y disfrute de las obras en el momento de aprobarse la LPI. Ya que en aquel momento todavía no se había generalizado ni desarrollado Internet del modo que lo conocemos hoy. Aunque sí que hay una referencia implícita al referirse de modo expreso a los soportes o medios intangibles.

La exigencia de forma, en un doble sentido como medio de expresión y como soporte de fijación que permita la reproducción de la creación y su conocimiento, pero que no se confunde con la obra⁵¹⁰, posee sólo un valor instrumental. En el sentido de permitir su exteriorización⁵¹¹, pero sin confundirse con su contenido, con

⁵¹⁰ No obstante en la doctrina alemana fue clásica la distinción entre “geformte Materie” y “gestaltete Stoff” que recoge TROLLER, A.: *Immaterialgüterrecht, Patentrecht, Markenrecht, Muster-und Modellrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht*, ed. Helbing & Lichtenhahn, 1985 p. 679, y que asume ARE, M.: *L’oggetto del diritto di autore*, ed. Giuffrè, Milan, 1963, p. 141 y ss. que distingue entre forma interna como “organizzazione di più elementi la composizione viene quindi a identificarsi con la forma interna intesa appunto quale costruzione organica dell’opera” y la forma externa de la obra literaria como su “rivestimento letterario”, que según este autor no debe confundirse con el medio. Categorías que la doctrina francesa reconduce a los conceptos de composición y expresión, y que a mi juicio, forman parte de la obra, pero no determinan por si mismos su capacidad de hacer accesible a la obra a otras personas distintas de su autor.

⁵¹¹ BERCOVITZ, G.: *Obra plástica...*, *op.cit.*, p. 93.

la obra misma⁵¹², y reconduce a un tema clásico del Derecho de autor, el de la exclusión de las ideas de su ámbito de protección.

Por último, cabe precisar que la exigencia de forma no depende del carácter acabado o inacabado de la obra, porque la expresión de una concepción⁵¹³ se protege también, siempre que se haya exteriorizado, y en este sentido el art. 10 del TRLPI considera como objetos tutelables los ensayos o bocetos de las obras plásticas, y los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería. En este sentido, considero que en el caso de las obras generadas de forma participativa en Internet, como ocurre en los entornos wikis, no habría ningún problema en ofrecer protección a la entrada generada por un usuario siempre que reuniese la suficiente originalidad, y con independencia de que el contenido generado quede abierto en cualquier momento a su modificación por otro usuario.

En este sentido, la primera entrada generada sobre un tema por parte de un usuario en Wikipedia, por poner un ejemplo, sería, de ser original, una obra originaria, mientras que el resto de versiones efectuadas por otros usuarios de esa entrada serían obras derivadas. Su exteriorización se produciría en el propio entorno wiki, aunque su contenido no se ofrecería de un modo cerrado, estaría como SERENO RESTREPO apunta “temporalmente acabada”, pero abierta a la participación de otros usuarios, y actualización permanente de la información

⁵¹² Hay que tener en cuenta que esta distinción entre la obra, *corpus mysticum*, y el soporte a partir del cual se materializa, *corpus mechanicum*, constituye la base de la construcción actual derecho de autor. De forma que la diferencia entre ambos elementos, como objetos distintos lleva a entender que la enajenación de uno de ellos, no comporta la enajenación del otro, de modo que quien adquiere un libro no adquiere la facultad de reproducirlo. En este sentido, MARCO MOLINA, J.: “Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de autor”, *ADC*, 1994, enero-marzo, p. 156 y ss. apunta que la distinción comienza a apuntarse desde la filosofía, por Hegel y Fichte, fundamentalmente, e incluso por filósofos del Derecho, como Ahrens, para posteriormente ser recibida por los juristas alemanes más importantes en materia de derecho de autor, como Gierke y Kohler.

BERCOVITZ, G.: *Obra plástica...*, *op.cit.*, p. 97 critica la distinción de ARE, M.: *L'oggetto...*, *op.cit.*, p. 119 y ss. entre forma interna y forma externa,

⁵¹³ BERCOVITZ, G.: *Obra plástica...*, *op.cit.*, p. 94.

contenida, y que sería protegible dentro de las categorías normativas reconocidas como obra literaria⁵¹⁴.

2. Medios de expresión y tipos de soportes.

En primer lugar debemos establecer una distinción entre medio de expresión y soporte, pues aunque el TRLPI en su art. 10 parece considerarlos como equivalentes, participan de modo diferente en la exteriorización de la obra. El medio de expresión permitiría la exteriorización de la obra, en el sentido apuntado por BERCOVITZ, no como divulgación sino como perceptibilidad por los sentidos⁵¹⁵. Estos medios de expresión se reconducirían básicamente al lenguaje, la imagen y la música, o combinaciones de diferentes tipos de medios expresivos como ocurre en la obra musical, la obra cinematográfica o audiovisual, la obra multimedia o, como suele suceder en una página *web*.

Por otro lado, el soporte implica la fijación de la obra, es decir, una “exteriorización cualificada”, o congelada de modo definitivo⁵¹⁶ en un soporte tangible o intangible. Los ejemplos más claros de soportes tangibles los tenemos en el libro de papel para la obra literaria y en el lienzo para una obra plástica. Estos soportes dada su inmediatez permitirían un disfrute directo de la obra, mientras que en otros casos como en la obra cinematográfica, audiovisual, videojuegos, obra multimedia, programas de ordenador, obra musical, su disfrute exigirá de un aparato o sistema de reproducción que permita leer el soporte material en el que se haya fijado la obra.

En este sentido, el contenido se ha podido fijar de forma digital en un soporte material, como un CD-ROM o un DVD. Pero puede ocurrir también, y esto es lo que ocurre en las explotaciones y utilizaciones *online* de contenidos protegidos que no

⁵¹⁴ SERENO RESTREPO, J.S.: “Contenido generado por usuarios...”, *op.cit.*, p. 222. No obstante para este autor el objeto protegible se encontraría en las versiones de la entrada, al ser éstas “una forma expresiva literaria estática, temporalmente acabada, claramente determinada, por regla general original (creada independientemente y con un mínimo de creatividad), es decir una obra literaria fija”.

⁵¹⁵ BERCOVITZ, G.: *Obra plástica...*, *op.cit.*, p. 93.

⁵¹⁶ BERCOVITZ, G.: *Obra plástica...*, *op.cit.*, p. 93.

exista un soporte individual donde se singularice la obra, sino que como sugiere VERMUT ese requisito de fijación se entienda cumplido con el almacenamiento magnético de la información en los discos duros de las computadoras⁵¹⁷. En este sentido y como afirma LUCAS resulta indiferente que la fijación de la obra de lugar o no a la confección de un ejemplar, sino que ese requisito de fijación, en su significación digital, se entienda cumplido con el almacenamiento informático de la obra en el disco duro del ordenador, o incluso en un servidor destinado a permitir la difusión de la obra en Internet⁵¹⁸.

Como dijimos en la parte introductoria se produce una desmaterialización del soporte. De modo que el soporte queda invisibilizado en el archivo informático que contiene la información, que ahora sólo es un conjunto de bits (señal digital) que a diferencia del entorno analógico ni siquiera se transmite por un espacio radioeléctrico limitado. Es tan invisible que para permitir su localización se crea un símbolo o icono que lo representa en la pantalla del ordenador. En este sentido, hablamos de un soporte virtual.

Con independencia de los múltiples formatos digitales que han proliferado en los últimos años, asociados con modelos cada más evolucionados de compresión de la información, podemos decir que todos ellos se caracterizan por: a) permitir una clonación perfecta, b) lo que se consigue en gran medida gracias a la compresión de la información, lo cual permite la transmisión de archivos de audio, y sobre todo audiovisuales, a una velocidad cada vez más reducida, y c) la utilización de código binario para la lectura de la información que contiene permite también su manipulación.

⁵¹⁷ VERMUT, R.: “File Caching on the Internet...”, *op.cit.*

⁵¹⁸ LUCAS, A. y LUCAS, H.J.: *Traité de la propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 207, con amplia referencia jurisprudencial sobre la admisión de la fijación de la obra en un servidor de Internet en nota 28.

3. La exclusión de la idea como objeto protegido por el Derecho de autor.

La exclusión de la idea como objeto protegido por el Derecho de autor responde a la necesidad de no limitar el uso libre de ese patrimonio común que integra el acervo cultural o que está al alcance de todos⁵¹⁹. Esto se vincula a la necesidad de desarrollo cultural⁵²⁰, hoy también a la necesidad de transferencia del conocimiento, y a su natural vocación de dominio público, a su inapropiabilidad de modo singular, a riesgo de establecer monopolios que impidan el desarrollo del arte y de la ciencia⁵²¹. Así como en la consideración de que la idea no agota el acto de la creación como hecho generador del derecho de autor, sino que constituye una etapa inicial del proceso creativo en la que todavía la obra no se ha materializado, con una composición y una expresión específicas que la hagan reconocible frente a las demás⁵²², y a su vez permita su concreción material, es decir, su fijación en un soporte que la haga accesible a terceras personas.

En este sentido, y como FRANCESCHELLI pone de manifiesto, lo que se protege a través del derecho de autor no es la idea, sino su exteriorización y

⁵¹⁹ STS 20 de febrero de 1992, *EDJ 1992/1580*, STS 26 de octubre de 1992, *EDJ 1992/10483* y STS 17 octubre de 1997, *EDJ 1997/7670*.

⁵²⁰ RUIPÉREZ DE AZCARATE, C.: *Las obras del espíritu...*, op.cit., p. 18 y ss; SANCHEZ ARISTI, R.: “Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, nº 4, enero-abril, 2000, p. 28.

⁵²¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 10”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op.cit., p. 165 considera que las ideas expuestas en un trabajo científico no son protegibles por el derecho de autor, puntualizando que el trabajo “recibirá protección si tiene, y en la medida en que tenga, originalidad en su exposición, no en su contenido sino en su forma”.

⁵²² En este sentido SOL MUNTAÑOLA, M.A.: *La protección de las ideas*, ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 12 señala que la labor productiva es lo que diferencia al creador del ideador, en la misma línea SORDELLI, I.: “Idee, opere dell’ingegno...”, op.cit., p. 72 establece que no basta con el sólo hecho de la creación o intuición de una idea, debe encontrar forma y posibilidad de expresión y comunicación con el mundo exterior. En la doctrina española también han sostenido la exclusión de las ideas como objeto del derecho de autor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 10”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op.cit., p. 165; LÓPEZ QUIROGA, J.: *La propiedad intelectual en España*, op.cit., p. 28. Sin perjuicio de que otros autores como RODRIGUEZ TAPIA, J.M: “Comentario al art. 10 de la LPI”, en *Comentarios a la LPI*, ed. Aranzadi, 2009, p. 95 sostenga un criterio contrario en el sentido de admitir que las ideas también pueden ser protegidas por el derecho de autor, tal y como la jurisprudencia viene reconociendo para los formatos de programas audiovisuales, o respecto a los personajes de ficción, si bien en el último caso, y a nuestro modo de ver, sería más bien un supuesto de protección de elementos o contenido propio de una creación.

realización en el mundo sensible⁵²³. En la jurisprudencia española este tema se planteó de un modo muy temprano en nuestra jurisprudencia rechazando de forma categórica la protección de las ideas⁵²⁴. El tema se vuelve a plantear en otras sentencias posteriores, como la STS 24 de junio de 2004, en relación esta vez a un juego ideado para promocionar periódicos y revistas, consistente en numerar los ejemplares de los periódicos y revistas que se quieren promocionar, y la celebración de un sorteo en el que el poseedor del ejemplar con el número agraciado resultaría ganador del premio establecido. Curiosamente, y a pesar de que resulta evidente que en este caso se pretendía obtener la protección de una idea general de juego, la *ratio decidendi* para desestimar la pretensión del actor recae en la ausencia de originalidad significativa⁵²⁵.

En el ámbito de Internet un supuesto interesante, en cuanto a la protección de las ideas, se ha planteado en relación al interface, que se puede definir de un modo muy básico como “el procedimiento o medio que tiene un usuario para acceder a un sistema informático”⁵²⁶, como un escritorio o las famosas ventanas. Aunque la jurisprudencia norteamericana en el asunto *Apple Computer Inc. Microsoft Corp.* consideró que las ideas de un interface gráfico de usuario y una metáfora de escritorio no quedan protegidas, ya que son un estándar para el fabricante⁵²⁷.

⁵²³ FRANCESCHELLI, R.: “Le idee come oggetto di rapporti giuridici”, *Rivista di Diritto Industriale*, 1961, Parte I, p. 29 aclara “non il mito di Faust o la leggenda di Don Giovanni o la vita de Garibaldi, ma quel poema o commedia, o romazo che quel mito, quella leggenda, quella narrazione hanno risolto in quel modo concreto”. En el mismo sentido SORDELLI, I.: “Idee, opere dell’ingegno ed invenzioni come oggetto di rapporti giuridici”, *Rivista di Diritto Industriale*, 1952, Parte I, p. 72.

⁵²⁴ Así, en la STS de 25 de abril de 1900 en el caso de Tabacalera, en el que se solicitó la protección a través de la Ley de 10 de enero de 1879 de un sistema de remuneración de los estanqueros ideado por el actor, basado en una comisión única de expendición mediante un tanto por ciento fijo sobre las ventas, cualquiera que fuera la importancia de éstas. El Tribunal desestimó la pretensión del actor al entender que las ideas son inapropiables, por cuanto no se puede entender que “ninguna sea derivación exclusiva de un solo entendimiento”.

⁵²⁵ STS 24 de junio de 2004, *EDJ 2004/82456*.

⁵²⁶ DE CONTO GALVER, R., DE MARTIN MÚÑOZ, A., CORRIPLO GIL-DELAGDO, R. y GÓMEZ LANZ, J.: *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica. Consideración especial al derecho a la propia imagen y de otros activos inmateriales*, Trama Editorial, Madrid, 2005.

⁵²⁷ A pesar de que DE CONTO GALVER, R., DE MARTIN MÚÑOZ, A., CORRIPLO GIL-DELAGDO, R. y GÓMEZ LANZ, J.: *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica....op.cit.*, p. 43 y ss apuntan que hubo “intentos de extender el ámbito de protección del

Por otro lado, la admisión de la idea como posible objeto protegido, goza de un cierto reflejo normativo en relación a ciertas obras preparatorias de otras posteriores como son los bocetos y maquetas (aunque no son ideas principalmente porque se plasman en un medio de expresión) y los pactos de preferencia de la obra futura que se contempla en la regulación del contrato de edición típico para obras en formato papel (art. 59.2 del TRLPI)⁵²⁸.

Pero cabe distinguir entre el pacto por el que un autor cede a su explotador los derechos de explotación digital de todas las obras que cree en el futuro, y el establecimiento de un pacto de preferencia sobre las mismas. El pacto de cesión de toda la obra futura del autor estaría prohibido de acuerdo con el art. 43.3 del TRLPI, pues este precepto establece: “Será nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro”. Esta norma, por un lado, protege los intereses económicos del autor, protegiéndolo frente a contratos draconianos, que comprometan su futuro profesional en favor de un sólo

copyright a estas representaciones visuales sosteniendo que el objeto protegido era el *look and feel* del programa de ordenador. Así pues, la infracción derivaría de copiar la manera en la que el programa interactúa con el usuario, la apariencia que crea y la forma en la que el programa conduce al usuario por su utilización”.

⁵²⁸ Aunque la obra futura no puede ser objeto del contrato de edición digital, ya que no existen derechos de explotación sobre ella, cabe matizar esta afirmación, planteando, por un lado, la posibilidad de incluir en el contrato un pacto de preferencia sobre la edición de obras que el autor cree en el futuro. Los derechos sobre la obra futura no pueden ser objeto del contrato de edición, lo cual no significa que las partes no puedan establecer pactos sobre ellos en una cesión de derechos para la explotación digital de la obra presente. El código francés de la propiedad intelectual prevé esta posibilidad en el ámbito de la edición en papel en la regulación del contrato de edición al establecer el art. 132-4: “Es lícita la estipulación por la cual el autor se compromete a acordar un derecho de preferencia a un editor para la edición de sus obras futuras de géneros claramente determinados”. Este pacto se regula con detalle y debe establecer el género de las obras objeto del pacto, y quedando limitado el objeto del pacto al número máximo de 5 obras o a la producción realizada en un plazo no superior a cinco años. El autor puede revocar el pacto, si el editor rechaza sucesivamente dos obras presentadas por el autor. Cabe señalar que la jurisprudencia francesa ha realizado una interpretación restrictiva del género objeto del pacto, de modo que no se ha considerado como género determinado las expresiones “obras científicas”, sin mayor precisión, vid. FRANÇON, A.: “Comentario a la sentencia de la Corte de Apelación de París de 5 de julio de 1979”, *RTDCom*, 1980, p. 344 y ss; GAUTIER, P. Y.: *Propriété littéraire et artistique*, París, 1991, p. 331.

explotador, y por otro, se salvaguarda el derecho fundamental del autor a la creación y producción artística, reconocido en el art. 20.1 de la CE⁵²⁹.

En cambio en el pacto de preferencia para la explotación digital de la obra que cree el autor en el futuro será válido si no supone la cesión global de toda la obra futura del autor (límite ex art. 43.3 del TRLPI) y si el objeto del pacto, la obra futura, se ha individualizado y determinado suficientemente, tanto en cuanto al número de obras a las que se extiende el derecho de preferencia del explotador, como respecto al género o cualquier otro elemento que permita su concreción, de modo que hagan el objeto del derecho del editor sino cierto, al menos determinable de acuerdo con los criterios establecidos en el contrato. Se trata de evitar que la imprecisión del pacto pueda establecer una vinculación indefinida del autor con el titular del derecho de preferencia, que suponga una renuncia global al derecho de producción y creación artística (art. 20.1 de la CE).

Cabe diferenciar también entre el pacto de preferencia sobre la obra futura, o mejor dicho sobre los derechos de utilización económica de la obra futura, respecto a la obra creada por encargo, por medio de un contrato de servicios entre autor y explotador, u otra figura contractual. Ahora bien para que la vinculación a modo de anticipo⁵³⁰ entre el precio pagado por el explotador por el encargo y la remuneración obtenida por el autor en la explotación digital de la obra se produzca será necesario que ambos lo pacten de modo expreso⁵³¹.

⁵²⁹ Vid. DUMAS, R.: *La propriété littéraire et artistique*, ed. Preses Universitaires de France, París, 1987, p. 269; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: “Comentario al art. 43”, en *Comentarios al TRLPI*, dirigido por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 767: “La finalidad perseguida mediante tal regla (...) es la de impedir que se produzca una sujeción personal del autor respecto de una persona concreta que pueda implicar un límite, no deseado, al derecho de creación”.

⁵³⁰ Para ESPIN ALBA, I.: *El contrato de edición...*, *op.cit.*, p. 234 y ss., el art. 59.3 del TRLPI establece un supuesto de “collegamento”, es decir de yuxtaposición de dos contratos para alcanzar una determinada finalidad económica, la publicación de la obra, ahora bien, entiendo, que sólo se producirá si el mismo explotador ha sido parte en ambos negocios.

⁵³¹ Respecto al contrato de edición típico el art. 59.2 del TRLPI establece que: “El encargo de una obra no es objeto del contrato de edición, pero la remuneración que pudiera convenirse será considerada como anticipo de los derechos que al autor le correspondiesen por la edición, si ésta se realizase”. El art. 43.3 del TRLPI no impide que el autor pueda comprometerse con un editor en la

Así, el art. 10 del TRLPI admite la protección en su apartado e) los ensayos o bocetos de una obra plástica y respecto a la obra arquitectónica en su apartado f) añade la protección de sus proyectos, planos, maquetas y diseños, que no son meras ideas en abstracto, sino más bien proyectos de obras aún no realizadas. Y que se protegen con independencia de que la obra para la que se realizan se culmine o no, y de que ésta merezca protección, no es por tanto una protección instrumental en defecto de obra acabada, sino una protección plena⁵³² que sustrae estos contenidos de una utilización libre.

A pesar de que estas obras preparatorias de otra posterior se refieren en el TRLPI sólo a la obra plástica y arquitectónica podríamos plantear si este tipo de esquemas o planeaciones para la ejecución de la creación son también tutelables no sólo respecto a la obra plástica, sino también respecto a otro tipo de obras. El TS ha sido contundente en cuanto a determinar que sólo es protegible la forma y no la idea⁵³³. Pero cuando asumimos una perspectiva, que ya no es la del plagio, sino la necesaria determinación del objeto protegido, podemos sostener que la idea, plasmada en un esquema que contenga los elementos necesario para hacer reconocible la obra, es tutelable. Como en el caso de un guión técnico respecto al literario, o un cuaderno donde un autor proyecta la creación de una obra.

creación de una obra por encargo, y asumir la obligación de crear la obra, tal y como se estableció en el contrato de obra, siguiendo las directrices marcadas, género, número de páginas, argumento y cualquier otro extremo que sobre la ejecución pueda establecerse. A diferencia del contrato de cesión de todas las obras futuras que prevé el art. 43.3 del TRLPI, en el contrato de obra el autor no renuncia de forma global al derecho de creación y producción artística, sino que el titular del derecho autoriza la intromisión en el ámbito protegido, asumiendo el encargo dictado por el editor, sus directrices y el límite que éstas suponen a su libertad creativa. En este sentido la aplicación ya no sería automática, salvo pacto en contrario, como en el contrato de edición típico, vid. EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de obra intelectual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 125., sino que se establecería al amparo de autonomía de la voluntad de las partes.

⁵³² En este sentido BERCOVITZ, G.: *Obra plástica...*, *op.cit.*, p. 45 considera que “los bocetos son tutelados por sí mismos”.

⁵³³ STS nº 563/95 de 30 de octubre de 1995, cuando afirma que: “la diferencia global entre los cuadernos del actor y de los demandados es radical, tanto en lo que se refiere a sus denominaciones, como a sus demás aspectos de presentación gráfica” añadiendo que “falta toda alegación de coincidencia formal en un solo dibujo, en una sola frase literal, etc., es decir una sola coincidencia en la forma concreta utilizada para la exteriorización o la visualización de las ideas, sean éstas o no comunes o vulgares”.

En definitiva, será protegible cuando goce de una materialización y un cierto grado de exteriorización, en el sentido de la doble concurrencia de una forma interna como “construcción orgánica de la obra” y de forma externa como “revestimiento literario” apuntada por ARE⁵³⁴. O como en la doctrina francesa se apunta, cuando cuente con un desarrollo necesario, que debe permitir incorporar, siguiendo la idea apuntada por DESBOIS, una cierta composición, aunque elemental, y una expresión, al menos mínima. Estos elementos deben dotar al boceto o esquema de un contenido que contenga el núcleo esencial de la obra proyectada, de su propia singularidad. En este sentido, se debería admitir que pudiera ser protegida, incluso, la obra que no haya podido ser completada, sea obra póstuma o no, siempre que reúna estas condiciones.

⁵³⁴ ARE, M.: *L'oggetto del diritto...*, *op.cit.*, p. 141 y 157.

***CAPÍTULO TERCERO.-* TIPOLOGÍA DE OBRAS
PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR:
OBRAS ORIGINARIAS Y OBRAS DERIVADAS.
NUEVAS OBRAS DIGITALES Y NUEVOS FORMATOS
DIGITALES**

1. Obras originarias y obras derivadas.

La originalidad así entendida, como la característica de toda creación humana, que surge de un esfuerzo creativo de su autor, y lleva a imprimir en ella su personalidad, que se concreta en una singularidad propia que hace a la obra reconocible y la diferencia frente a las demás, aunque esa individualidad se forme de la agregación de varias personalidades creadoras, admite diferentes gradaciones.

En este sentido, podríamos diferenciar distintos grados de intensidad en esa singularidad de la obra, así tendríamos: a) la obra original de un modo absoluto, en el sentido de surgida *ex nihilo*, b) el resto de obras que si bien resultan originales no dejan de ser deudoras de un fondo cultural común, y de ciertas reminiscencias que no se concretan de un modo preciso, c) Las obras derivadas, surgidas del acto de creación del autor, pero en cuyo proceso creativo ha intervenido de modo directo una obra preexistente de otro autor, actuando como materia prima para la creación de la obra derivada y; d) Las colecciones de las obras ajenas, datos u otros elementos independientes, donde la originalidad radicaría en un acto de selección o disposición de dichos contenidos previos, más que en la creación de un contenido nuevo.

De alguna manera la idea de una obra original en sentido puro, como creada *ex nihilo*, nueva en un sentido similar al de las invenciones en la legislación de patentes, no deja de ser una hipótesis. Como GAUTIER apunta la creación obedece a los mismos principios que la materia, “nada se crea, todo se transforma”, como hemos visto, lo que cuenta es que esa transformación que actúa sobre la esfera de las ideas, y no de las formas (pues en este caso hablaríamos de obra transformada), sea perceptible en relación al resto de obras preexistentes⁵³⁵. Y sin perjuicio, de que en

⁵³⁵ GAUTIER, P. Y: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 52. En este sentido se pronuncia LASSO DE LA VEGA, J.: *El contrato de edición*, *op.cit.*, p. 122, con estas palabras que dan luz sobre cómo este proceso de influencia o reminiscencia se halla presente en la obra literaria desde siempre: “En efecto, Goethe nos recuerda que él debe la intriga de “Fausto” a Calderón; la visión a Marlowe; la serenata a Hamlet, y el prólogo al libro de Job. Garcilaso se inspiró en Virgilio, y éste en Teócrito; Horacio, en

ocasiones la influencia del resto de obras que constituyen nuestro acervo cultural, suscite problemas de delimitación, la originalidad resulte dudosa, y debamos marcar la diferencia entre influencia, creación de una obra derivada o transformada, y plagio, cuando en este último caso más que influencia se produce una copia servil de una obra preexistente⁵³⁶. Como se produce cuando alguien aprovecha las utilidades de la tecnología digital, para cortar y pegar un documento de otro y hacer pasar ese contenido como propio.

2. Obras originarias: obras literarias, científicas y artísticas en nuevos formatos digitales junto a nuevas obras digitales.

2.1 Obras literarias, científicas y artísticas en nuevos formatos digitales.

A) Obras artísticas.

Dentro de las obras artísticas se incluyen todas aquellas obras que por exclusión no pueden ser consideradas ni como obras literarias ni científicas, sino que utilizan otras formas de expresión distintas al lenguaje. De la enumeración contenida en el art. 10.1 del TRLPI se incluirían dentro de este gran concepto clasificatorio las siguientes: las composiciones musicales, con o sin letra; las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras

Píndaro. Las investigaciones de Marlowe sobre Shakespeare ponen de relieve que apenas tiene un solo drama donde todo le pertenece...”

⁵³⁶ En este sentido y como COLOMBET, C.: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 59, apunta hay que distinguir lo que puede ser copiado dando lugar a una obra absolutamente original, las ideas de las obras noveladas, los hechos y su cronología en las obras históricas; y todo aquello que no puede utilizarse sin hacer una obra derivada “la composition- enchaînement des épisodes, choix de ceux-ci – ou l’expression- termes identiques, manière comparable de raconter; car ce qui fait l’originalité de l’oeuvre littéraire, comme l’a dit une jurisdiction c’est d’une part le dynamisme de la composition ordonnatrice de mouvement et de vocabulaire, d’autre part la statique de l’expression achevée dans la forme définitive”. En el mismo sentido RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 9 de la LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord.BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *op.cit.*, p. 153, considera que “la inspiración de una obra en otra, sea explícita o no, pertenece a la libertad de creación y no puede limitarse, cuando no entre dentro del monopolio jurídico de reproducción o transformación de una obra. Aunque hubiese cierto grado de incorporación ideal de la primera obra en la segunda, no sería un supuesto comprendido en el monopolio de los autores”. Para BERCOVITZ, G.: *Obra plástica y derechos de explotación...*, *op.cit.*, p. 121 sitúa la línea divisoria entre reminiscencias inconscientes y copia de la obra precedente del siguiente modo: “Las *reminiscencias inconscientes* pueden afectar a los rasgos generales de la obra, pero no a la configuración, determinación y coincidencia de todos los elementos esenciales”.

teatrales; las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales; las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas; los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería; las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.

a) Obra plástica.

El art. 10.1 del TRLPI en su apartado e) incluye como objeto protegido: “Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas”. Dentro de esas demás obras plásticas no referidas de modo expreso en el apartado anterior cabría añadir, sin ánimo de exhaustividad, sólo citando las más representativas: ilustraciones, escenografías, diseños, tapicería, cerámica, azulejos, porcelana, obras de joyería, bisutería, instalaciones, edificios y construcciones⁵³⁷, vitrales, murales, paneles, logotipos, símbolos, composiciones florales⁵³⁸, intervenciones efímeras, videoarte, o incluso, nuevos desarrollos plásticos a partir de Internet como el net-art.

A pesar de esta heterogeneidad podemos decir que dentro de esta categoría se incluyen un conjunto diverso de obras que comparten como común denominador la expresión de un contenido estético a partir de líneas, formas, volúmenes, o colores⁵³⁹ u otros elementos visuales, que el autor obtiene utilizando de modo directo diversos

⁵³⁷ CASAS VALLES, R.: “La protección de los artistas plástico en el Derecho español”, en I Congreso Iberoamericano de *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (Madrid 28-31 octubre de 1991)*. *Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, 1991, p. 261.

⁵³⁸ CHAVES, R.: “La protección de las obras de arte plásticas. Planteamiento. Su realidad actual”, en I Congreso Iberoamericano de *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (Madrid 28-31 octubre de 1991)*. *Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, 1991.

⁵³⁹ Vid. CASAS VALLES, R.: “La protección de los artistas plásticos en el Derecho español”, en *I Congreso Iberoamericano...*, *op.cit.*, p. 260; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 10”, en *Comentarios a la LPI*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 179; BERCOVITZ, G.: *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 37.

materiales⁵⁴⁰ o medios. Esa diversidad de obras, que se traduce también en cuanto a la diversidad de intereses concurrentes y régimen jurídico aplicable, pueden reconducirse a dos categorías fundamentales: obras de arte tradicionales, como pueden ser la pintura, el dibujo o la escultura⁵⁴¹, en las que el objeto artístico se caracteriza por su unicidad y corporeidad, y otras creaciones, denominadas obras múltiples, obtenidas a partir de técnicas que permiten la reproducción en serie de la creación, y en los que no se produce una fusión inescindible entre soporte y creación⁵⁴².

Puede ocurrir, incluso, que una obra plástica tradicional, por ejemplo, un dibujo se convierta en una obra múltiple por su incorporación a otro tipo de obra, como ocurre en el caso de las ilustraciones respecto a la obra literaria, o de los dibujos animados, como relato de escenas plásticas sucesivas⁵⁴³, mediante técnicas de *stop motion*, que a partir de dibujos permiten crear una película de animación.

La revolución digital y el desarrollo de Internet han tenido un impacto decisivo en la consideración de la obra plástica como objeto protegido por el Derecho de autor. En su evolución reciente adquiere una nueva dimensión económica⁵⁴⁴ pero también artística, queda transformada por la tecnología, que se convierte en un elemento más de creación artística, como la utilización de *software* en el proceso creativo, o partir del cual se construye un nuevo discurso crítico y estético en Internet, como en el caso del net.art.

Y se ahonda en la desaparición de la obra como objeto físico ya presente en el arte conceptual, en el sentido de sustitución de circulación de obras artísticas como

⁵⁴⁰ BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. propiedad Intelectual. Derecho de la Competencia Económica. Disciplina de la Competencia Desleal*, Madrid, 1993, *op.cit.*, p. 549; AMMENDOLA, M. y UBERTAZZI, L.C.: *Il diritto...*, *op.cit.*, p. 17.

⁵⁴¹ BERCOVITZ, G.: *Obra plástica...*, *op.cit.*, p. 39 y ss.

⁵⁴² VICENT LOPEZ, C.: *Derechos de autor sobre la obra plástica...*, *op.cit.*, p. 25.

⁵⁴³ BERCOVITZ, G.: *Obra plástica...*, *op.cit.*, p. 49.

⁵⁴⁴ CHAVES, A.: “La protección de las obras de arte plásticas. Planteamiento...”, *op.cit.*, p. 241.

objetos físicos por la circulación de ideas⁵⁴⁵, de forma que el concepto comienza a adquirir importancia frente al objeto, y se reclama del espectador una actitud activa⁵⁴⁶, participa en el proceso de creación del artista, donde se manifiesta la personalidad creadora de éste, más que propiamente sobre el objeto⁵⁴⁷.

En este proceso de transformación, surge el net.art como obras concebidas y realizadas para Internet, que incorporan sus recursos hipertextuales e interactivos, y rechazan el concepto de pieza única, así como los modelos expositivos de los museos tradicionales⁵⁴⁸. En estas nuevas obras plásticas la tecnología no se concibe sólo como un instrumento o medio plástico, como ocurre en el video arte o en el arte fractal, sino que Internet transforma el propio concepto de la obra plástica como objeto protegido, el escenario de la creación, y los roles convencionales de autor y espectador en un entorno participativo, en el que esa interactividad de la red se pone al servicio de la creación artística⁵⁴⁹.

Este sería el primer nivel de interacción de Internet en la obra plástica, el net.art como un nuevo tipo de obra plástica que incorpora Internet no sólo como medio de expresión sino también en la construcción de su discurso estético. Pero podríamos advertir también otros niveles menos intensos de interacción. Como, de un lado, el proceso creciente de digitalización de las obras plásticas que podríamos considerar convencionales, y de otro, la incorporación de elementos visuales, plásticos o fotográficos a la estructura de Internet, o de modo más concreto a la WWW.

⁵⁴⁵ WALRAVENS, N.: “La notion d’originalité...”, *op.cit.*, p. 111.

⁵⁴⁶ WALRAVENS, N.: “La notion d’originalité...”, *op.cit.*, p. 135.

⁵⁴⁷ WALRAVENS, N.: “La notion d’originalité...”, *op.cit.*, p. 145.

⁵⁴⁸ Vid. BOSCO, R.: “La revolución digital”, *Revista Babelia, El País*, 21 de octubre de 2006, quien cita como algunos de los principales exponentes del net.art a Poetas del error, Kamasutra digital, El artista funámbulo y Digital story-teller:

http://elpais.com/diario/2006/10/21/babelia/1161387550_850215.html

⁵⁴⁹ Puede consultarse el programa NETescopio del MEIAC (Museo Extremeño e Iberoamericano de Arte Contemporáneo, Badajoz) archivo *online* de obras de *net art* que reenvía a los sitios de sus creadores y recupera algunas obras organizadas en exposiciones *online*, <http://netescopio.meiac.es/#>

Respecto a la primera cuestión, aunque la reproducción digital de obras plásticas en Internet no es un fenómeno generalizado, a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de obras más populares y abiertas al consumo de masas, se ha iniciado un proceso de creciente reproducción digital de las mismas a través de Museos, centros de arte, galerías, revistas *online*, blogs o redes sociales que permiten un disfrute *online* de las mismas, o de modo más preciso de sus reproducciones fotográficas⁵⁵⁰. Estas nuevas formas de disfrute constituyen uno de los medios más importantes de reproducción, distribución y comunicación pública de este tipo de obras, y deben contar con el consentimiento del titular de los derechos de explotación patrimonial sobre la obra fotografiada también para su reproducción digital en Internet.

En cuanto a la segunda cuestión, recordemos que Internet se ha desarrollado a nivel mundial a través de la WWW, como un conjunto de páginas conectadas a través de las que se organiza la información en Internet y permite su navegación en la red al internauta al estar enlazadas, mediante hipervínculos y un lenguaje especial que permite la indexación. La *web* posee una presentación visual con un fuerte componente icónico que hace más fácil su navegación al reconocer mediante imágenes sus contenidos y permitir su acceso, aunque ese hipervínculo también puede establecerse mediante un simple enlace. Es por ello, que en el entorno *web* cobra especial relevancia la obra plástica, en su modalidad de dibujo, logotipo, mapas interactivos, u otras formas, así como las fotografías que abordamos en el apartado siguiente.

b) La obra fotográfica y las meras fotografías.

⁵⁵⁰ En este sentido el Museo del Prado en colaboración con Google Earth en 2009 presentó la web <http://www.google.es/intl/es/landing/prado/> de forma que a través de ella se puede realizar una consulta interactiva de los cuadros más conocidos del Museo del Prado.

Ya hemos visto, la importancia que en el entorno de Internet adquieren este tipo de obras protegidas, como componente visual que permite la navegación en la red a través de las páginas *web*. Y como, a veces, sus contenidos se organizan por medio de iconos visuales, así como la relevancia que en los nuevos entornos de la redes sociales generan. En especial, en el de la agregación de contenidos. Precisamente, donde en la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI y la LEC, deja fuera de la nueva excepción a favor de los agregadores de determinados contenidos en Internet (art. 32.2 TRLPI) , y por tanto, somete a autorización previa la puesta a disposición o agregación de las imágenes, obras fotográficas o meras fotografías, divulgadas en publicaciones periódicas o en sitios web de actualización periódica. Por lo que, como veremos en la cuarta parte, no integran el contenido de la excepción.

El art. 10.1 del TRLPI en su apartado h) enumera como objeto protegido de forma específica: “las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía”. Precisamente uno de los aspectos más destacables de su régimen jurídico es la delimitación entre las obras fotográficas como creaciones originales en el sentido del art. 10.1 del TRLPI, y por tato como obras protegidas, y las meras fotografías. Tanto en un caso como en otro, y como BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO destaca en relación a este tipo de creación, se trata de la “reproducción de algo previamente existente en la realidad circundante con la ayuda de medios técnicos”⁵⁵¹.

Aunque a nuestro juicio resulta indudable el carácter artístico que este tipo de creaciones puede llegar a alcanzar, el problema reside en determinar cuándo posee dicho valor, y cuándo al carecer del mismo su régimen será el de las meras fotografías.

La utilización de medios técnicos no puede determinar la exclusión de ese valor artístico de la fotografía, lo que remite a los criterios generales de tutelabilidad

⁵⁵¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 10”, en *Comenatrios a la LPI...*, *op.cit.*, p. 190.

del art. 10 del TRLPI. En este sentido, será necesario para su consideración como artística que posea originalidad, en el sentido de singularidad que se puede plasmar en las fases de creación que se han reducido, al quedar eliminado la necesidad de revelado como proceso previo y necesario para su fijación en papel, a sólo tres: preparatoria de la escena o composición, de fijación o captación y retocado o edición digital.

Tampoco la utilización de *software* de edición digital puede desvirtuar el carácter creativo de la creación, del mismo modo que tampoco su utilización, como vimos, debe otorgar un valor artístico a la creación. Sin perjuicio de que el avance de la fotografía digital, tanto de sus dispositivos como del software de tratamiento de imagen, otorguen cada vez una mayor perfección técnica a las fotografías, parece indudable que su valor artístico remite a otros elementos o criterios de valoración diferentes a los estrictamente técnicos. Por ello, aunque una fotografía sea tomada con una gran precisión técnica y perfección de la imagen, como ocurre en las fotografías científicas, no basta con ello para su consideración como obra protegida, y su régimen seguirá siendo el de las meras fotografías⁵⁵². Si bien, de acuerdo con el art. 128 del TRLPI, su autor material goza del derecho exclusivo a autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública por un plazo limitado a 25 años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a su realización.

A modo de conclusión, podemos decir que la irrupción de la tecnología digital en el ámbito de la creación fotográfica no ha alterado la tenue y difusa delimitación entre fotografías artísticas y meras fotografías. Si bien el desarrollo de la industria fotográfica digital ha implementado una mayor tecnología sobre todo en la fase de edición digital de la fotografía una vez captada, en cualquier caso habrá que atender al resultado concreto.

c) Obra musical.

⁵⁵² BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 10”, en *Comentarios a la LPI...*, *op.cit.*, p. 190.

El art. 10.1 del TRLPI en su apartado b) enumera como objeto protegido por el Derecho de autor: las composiciones musicales, con o sin letra. Como BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO apunta este tipo de creaciones se sirven de los sonidos como medio de expresión, proveniente de cualquier fuente⁵⁵³. La doctrina francesa ha apuntado que la originalidad de este tipo de creaciones puede derivar de la melodía, la armonía o del ritmo⁵⁵⁴, pudiéndose también tomar en consideración la letra en el caso en que ésta exista⁵⁵⁵. La irrupción de la tecnología en el campo de la composición musical, en la denominada música asistida por ordenador, así como en la edición digital de música, permite la creación de obras musicales asistidas por *software*, que plantean, como hemos visto, el carácter original de la creación, por lo que nos remitimos a las consideraciones efectuadas al abordar el tema de la originalidad en el primer capítulo de esta segunda parte.

Como vimos en la parte introductoria de nuestro estudio, la explotación ilícita en Internet arranca con este tipo de obras musicales y su puesta a disposición mediante sistemas de *peer-to-peer* en el caso Napster. La propia evolución de Internet, del ancho de banda y los sistemas de compresión, hace factible que pronto se incorporen otro tipo de contenidos audiovisuales.

Como LOPEZ GONZALEZ apunta “la música es un sector cultural amoldado a la distribución en line”, en el sentido de que su industria se encuentra mejor articulada y diversificada, y el disfrute *online* o *in streaming* comienza a ser percibido como un hábito frecuente de disfrute de este tipo de creaciones, a través de plataformas como Spotify, que abren nuevos canales de consumo. Y comienza a ser también objeto de regulación por parte de la Unión Europea, con el propósito de que

⁵⁵³ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 10”, en Comenatrios a la LPI..., *op.cit.*, p. 173.

⁵⁵⁴ DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur...*, *op.cit.*, p. 119 y ss.; GAUTIER, P. Y.: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 100 y ss.

⁵⁵⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 10”, en Comenatrios a la LPI..., *op.cit.*, p. 173.

las licencias territoriales no sean un obstáculo a la consolidación del mercado interior de utilización en línea de obras musicales⁵⁵⁶.

d) Obra audiovisual.

El art. 86 del TRLPI define la obra audiovisual como: “las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras”. De esta definición legal de obra audiovisual resulta que este tipo de obra se caracteriza por consistir en una serie de imágenes asociadas, con o sin sonido, y que constituye una obra compleja, en cuya creación participan una pluralidad de sujetos aportando cada uno su propia obra⁵⁵⁷, o como GONZALEZ GOZALO apunta “un conglomerado de contribuciones llevadas a cabo por múltiples personas”⁵⁵⁸. Como pueden ser el guión, los decorados, el vestuario o las composiciones musicales que integran la banda sonora, que en muchos casos al gozar de la originalidad necesaria pueden constituir obras independientes, susceptibles de una explotación independiente de acuerdo con lo dispuesto en los art. 7.3, 88.2 y 89.2 del TRLPI.

De este conglomerado de obras que constituyen la obra audiovisual derivan dos consecuencias importantes: por un lado la aplicación del régimen de colaboración a la obra resultante y la consideración de la obra audiovisual como obra derivada.

⁵⁵⁶ Vid. la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la gestión colectiva de derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.

⁵⁵⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 10”, *op.cit.*, p. 178. Si bien como este autor señala la obra no nace hasta la filmación con la representación de los actores y la ejecución musical, y su fijación a un soporte donde la misma se aglutina en todos sus diversos elementos y se materializa.

⁵⁵⁸ GONZALEZ GOZALO, A.: “La noción de obra audiovisual en el Derecho de autor”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2001, enero-abril, nº 7, p. 23.

En cualquier caso el TRLPI configura la obra audiovisual como una obra de colaboración, con un cierto papel preeminente, como BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO apunta, por un lado del director realizador y que se traduce, en la imposibilidad de disponer de modo independiente de su aportación, porque esta es inescindible al aglutinar todos los elementos de la obra audiovisual (art. 88.2 TRLPI) y también, por su papel decisivo en el resultado final, al fijar con el productor la versión definitiva de la obra (art. 92 TRLPI). Dado el carácter esencial del productor en términos económicos, tanto respecto a la financiación de la obra como a su explotación, el TRLPI trata de asegurarle la posibilidad de explotación de la obra a través del contrato de producción (art. 88 del TRLPI)⁵⁵⁹.

Dentro de las notas que definen ese concepto normativo destacan como rasgos definitivos: a) la obra audiovisual como serie de imágenes asociadas, y b) el requisito de exteriorización indirecta de la obra audiovisual. En cuanto a la configuración normativa de la obra audiovisual como una serie de imágenes asociadas es sin duda su característica más destacable, siendo muy discutido por la doctrina si esa asociación exige o no dotar a la obra o resultado final de una sensación de movimiento como ocurre en la obra cinematográfica. Lo que como veremos tendrá consecuencias específicas en cuanto a la asimilación de la obra multimedia a la obra audiovisual. En cuanto a las imágenes asociadas pueden ser de objetos del mundo real, como de imágenes creadas de modo artificial por un dibujante o con la asistencia de un programa de ordenador de creación de imágenes virtuales. Pero no se exige que esa asociación produzca una sensación de movimiento, o secuencia animada, aunque si deberán tener un carácter secuencial e integrarse en una unidad temática, al menos la resultante de esa asociación.

Respecto al requisito de exteriorización indirecta de la obra audiovisual, en el sentido de que “estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas

⁵⁵⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 10”, *op.cit.*, p. 178.

obras”, siendo necesaria esa intermediación técnica para percibir la obra audiovisual como asociación de imágenes, proporcionando el medio técnico el soporte que da unidad o asocia esas imágenes en que consiste la obra audiovisual.

La explotación digital de este tipos de obras en Internet ha crecido a medida que el ancho de banda se ha incrementado y han aparecido formatos de comprensión aplicable a este tipo de obras que han permitido la transmisión *online* de este tipo de obras, e incluso su disfrute *in streaming*. Asimismo, la tecnología digital no sólo ha modificado los hábitos de consumo o comunicación de este tipo de obras hacia un consumo privado e individual que erige Internet en una vía no ya tan accesoria de exhibición, sino también a los propios medios de producción o creación de este tipo de obras. En el sentido de que el largo recorrido desde la producción a la difusión digital se acorte y sea más directo, se abaraten también los costos de producción, en cuanto a la fase de edición y postproducción, lo que se traduce en el caso de la obra cinematográfica en que ésta en ocasiones y respecto a producciones independientes de bajo de coste, accede directamente a Internet, sin la necesidad de una previa comunicación pública en una sala de exhibición.

B) Obras literarias.

La obra literaria se caracteriza por la utilización del lenguaje como forma de expresión, bien sea de manera escrita u oral⁵⁶⁰. Debemos precisar en este punto que la forma de expresión escrita no será necesaria para que la creación pueda ser objeto de una explotación o utilización digital, por cuanto cabe pensar en formatos como los audiolibros, en los que la exteriorización de la obra no se produce a partir de su forma escrita, sino que la transmisión de la palabra se produce de forma oral mediante su registro fonográfico y su reproducción sonora.

⁵⁶⁰ LÓPEZ QUIROGA, J.: *La propiedad intelectual en España: estudio teórico y práctico de la Ley y el Reglamento vigentes: concordados entre sí, seguido de un índice cronológico de las disposiciones y jurisprudencia que se han dictado hasta la fecha*, ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1918, p. 33 y ss. define el lenguaje como “conjunto de signos de que el hombre se vale para manifestar al exterior lo que piensa o siente”, mediante fonemas, como producción rítmica de los sonidos en forma de tiempo, de cuya agrupación surgen las palabras, como “signo más apropiado para la expresión del pensamiento”.

Aunque normalmente la obra habrá sido concebida de forma escrita y posteriormente, mediante un acto de transformación, lo que daría lugar a una nueva obra derivada susceptible de protección, en este caso, el audiolibro, en el que se ha fijado la obra literaria originaria.

No obstante, no cabe excluir aquellos supuestos en los que este tipo de obra se formaliza de una forma plenamente oral, como podría ser una videoconferencia transmitida por Internet. En este sentido el art. 10.1 a) del TRLPI comprende como objeto de la propiedad intelectual discursos, alocuciones, conferencias, e incluso explicaciones de cátedra, que se producen ya a través de estos nuevos modos de transmisión o presentación *online*. Dado el carácter complejo de estas creaciones es previsible que las mismas hayan tenido una forma de concreción escrita previa, pero nada obsta a que si las mismas han surgido en la mente de su creador, y desde allí se han exteriorizado de forma oral por estos medios de comunicación *online*, puedan, igualmente ser objeto de protección.

Dentro de la obra literaria destaca la inclusión de los programas de ordenador dentro de esta categoría. En este sentido, establece el art. 96.1 del TRLPI que se entiende por programa de ordenador a los efectos de esta ley: “toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación”. Y añade que: “A los mismos efectos, la expresión programas de ordenador comprenderá también su documentación preparatoria. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este Título dispensa a los programas de ordenador”. Así, como ERDOZAIN señala este concepto de programa de ordenador como objeto protegido “engloba tres realidades”: el programa fuente, el programa objeto y los manuales explicativos⁵⁶¹.

⁵⁶¹ ERDOZAIN LÓPEZ, J.C.: “Un ensayo sobre algunos aspectos de la protección de los programas de ordenador y su consideración jurídica”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2001, Mayo-Agosto, nº 8, p. 28.

En la medida que el *software* se expresa en código fuente, en un lenguaje natural creado artificialmente por el hombre para una comunicación con la máquina, se protege tanto en su forma legible por el hombre (programa fuente) como en aquella legible únicamente por la máquina (programa objeto), e incluso admitiendo la protección de los programas incorporados al *hardware*, tal y como se reconoce en la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, e incluyendo dentro del objeto protegido también como obra literaria, en cuanto expresada por el lenguaje escrito, los manuales explicativos, como versión intelectual del código fuente, que permiten la interacción del usuario, conocer todas las funciones del programa y sus aplicaciones⁵⁶².

C) Obras científicas.

Respecto a la obra científica, y sin perjuicio de las peculiaridades que su contenido plantea, y del que se hace eco la doctrina, en realidad lo que se protege en este tipo de obras no es su contenido científico, sino como BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO precisa “lo que en algún grado puede ser calificado de literario (o artístico)”⁵⁶³, pues de lo contrario se frenaría el desarrollo científico, a diferencia

⁵⁶² ERDOZAIN LÓPEZ, J.C.: “Un ensayo sobre algunos aspectos de la protección de los programas de ordenador...”, *op.cit.*, p. 28. y ss

⁵⁶³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 10”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op.cit.*, p. 166, siguiendo la tesis apuntada por LÓPEZ QUIROGA, J.: *La propiedad intelectual en España: estudio teórico y práctico de la Ley y el Reglamento vigentes: concordados entre sí, seguido de un índice cronológico de las disposiciones y jurisprudencia que se han dictado hasta la fecha*, ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1918, p. 30 en el sentido de que, por ejemplo, apunta este autor “un autor publica una obra en la que expone un procedimiento curativo o una fórmula para resolver un problema matemático; pues en el instante todo el mundo se apodera de aquel conocimiento... y el autor no puede oponerse a ello”. Ahora bien, continúa este autor, en cuanto se reimprima sin consentimiento de su autor, o se traduzca, o sea apropiado por un tercero mediante algún medio indirecto, el autor puede oponerse porque “estos actos atentan contra la forma en que aquellas ideas fueron expuestas, que es lo que constituye su trabajo y donde tiene asiento su derecho eficaz y exigible”. La STS de 8 de noviembre de 2012, *EDJ 2012/251398* sostiene que la obra científica no se protege en cuanto al contenido y declara: “En conclusión, las creaciones científicas no son objeto de propiedad intelectual, por razón de su contenido -ideas, procedimientos, sistemas, métodos operativos, conceptos, principios, descubrimientos... - ni de la formación o experiencia de quienes las realizan, impulsan o de los esfuerzos de quienes las financian, sino sólo por la forma literaria o artística de su expresión”.

de lo que ocurre en la obra literaria en sentido estricto u obras de ficción donde determinados contenidos, como veremos, quedan protegidos en la medida que individualizan la obra. Si partimos de estas premisas no tendremos ningún inconveniente en incluir, aunque sea de forma asimilada, la obra científica como obra literaria, al menos cuando se exprese a través del lenguaje escrito. Aunque también pueda expresarse de forma gráfica como sucede con los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia, a los que se refiere de forma expresa el apartado g) del art. 10.1 del TRLPI.

La edición digital se abre hoy a este tipo de obras que incorpora en su oferta comercial como contenidos digitales y permitiendo un acceso rápido e instantáneo a las mismas. En este sentido, hemos visto como *Open Acces* trata de hacer accesible a todos los usuarios los contenidos científicos protegidos por el Derecho de autor. Pero también en el ámbito de la explotación comercial de este tipo de obras, la mayor parte de las revistas científicas son digitales, las tesis doctorales se editan de forma digital y en el mercado de la edición digital irrumpen también un gran número de obras de divulgación. Por lo que, podemos decir, que la obra científica está llamada a desplegar una importancia creciente como objeto de explotación en Internet.

2.2 La obra multimedia.

A) Diferencia entre las obras que se integran en ella y la obra multimedia.

El principal problema que ha planteado la obra multimedia ha sido el de su encuadramiento jurídico. En este sentido, podemos decir que se trata de una nueva categoría de obra, aunque asimilable jurídicamente a las reconocidas en el TRLPI, que surge al amparo del desarrollo de la informática y sobre todo, de la tecnología digital que, como hemos visto, permite la compresión de la información y unir textos, imágenes y vídeos en una sola obra y en un solo soporte digital. Desde los orígenes del multimedia, con el desarrollo de la informática y los primeros videojuegos⁵⁶⁴, éste se presenta como “una obra o estructura tecnológica que permite

⁵⁶⁴ GOMEZ SEGADE, J.A. y BOUZA, M.A.: “Videojuegos: algunos problemas de Derecho de autor”, en *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual. Cuestiones puntuales*. Coord. ROGEL

la conjunción de dos o más medios de comunicación o modos expresivos, con independencia del tipo de instrumentos técnicos y de los recursos empleados para la consecución de esa unión”⁵⁶⁵, que permite la tecnología digital interactiva.

En este sentido, una de sus notas definitorias y que la distingue de otro tipo de obras es la interactividad que permite una comunicación del usuario con el producto multimedia, y que éste ejecute las órdenes recibidas por el usuario. De modo que ya no hay una obligatoriedad en el orden secuencial, que ya no es fijo sino variable, según las ordenes del usuario⁵⁶⁶, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la obra cinematográfica o audiovisual donde está predeterminado por su autor. Para ESTEVE PARDO el tema de la calificación jurídica de la obra multimedia es importante, ya que como esta autora reconoce “calificar de un modo u otro, e incluso de diversas maneras a cualquier obra conlleva establecer su régimen de protección”⁵⁶⁷, por supuesto, siempre en la medida que resulten creaciones originales y no una mera yuxtaposición técnica de obras preexistentes⁵⁶⁸.

Respecto a la obra multimedia es necesario distinguir entre la protección jurídica que como obra original y unitaria merece la obra multimedia, y la protección de los distintos tipos de obras que la misma puede integrar, como obras musicales, gráficas, literarias, audiovisuales o informáticas. Esta última cuestión parece estar resuelta con la aplicación a cada uno de estos elementos, en la medida que sean originales y protegidos por el Derecho de autor, del régimen aplicable a cada uno de los tipos de obras que integra. En este sentido, hay que distinguir entre aquellos

VIDE, Ed. Reus, Madrid, 2001, p. 69 y ss., dan cuenta del primer videojuego SPACE WAR creado en el Massachusetts Institute of Technology, y como un década después se instalaría en un bar de California el primer videojuego comercial Pong desarrollado por Nolan Bushnell, fundador de la sociedad Atari Inc.

⁵⁶⁵ RODRÍGUEZ PARDO, J.: *El derecho de autor en la obra multimedia*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 26 y ss.

⁵⁶⁶ ESTEVE PARDO, M.A.: *La obra multimedia...*, *op.cit.*, p. 54.

⁵⁶⁷ ESTEVE PARDO, M.A.: *La obra multimedia...*, *op.cit.*, p. 36.

⁵⁶⁸ ESTEVE PARDO, M.A.: “Edición electrónica de libros y derecho de autor. Nuevas perspectivas en la relación entre autores y editores: apuntes para una reflexión”, *Actas De Derecho Industrial*, 2000, tomo 21, p. 82.

supuestos en que la obra multimedia surge de la adición de una serie de obras preexistentes cuya titularidad no ostenta el autor multimedia, por lo que deberá recabar la autorización de sus titulares.

Si surge de la adición de obras preexistentes, en la medida que integra una colección de obras, parece que se aproxima a una base de datos sustentada por el programa informático que permite al usuario la navegación por estos contenidos y la búsqueda de la información de la manera que el propio usuario, dada la interactividad del producto, determine.

Y por otro lado, estaría el supuesto en que el autor del producto multimedia crea *ex nihilo* las diferentes obras que integran el multimedia, bien los organiza como una base datos, o bien pretende generar un producto más unitario donde la originalidad va más allá de la disposición de los elementos creados, y en este sentido se aproximaría más a las obras cinematográficas o audiovisuales.

Dadas las diversas posibilidades de creación que ofrece el multimedia la doctrina ha desistido de un encuadramiento generalizado, así como de la necesidad de considerarla como una nueva categoría de obra protegida⁵⁶⁹, por lo que deberá atenderse al caso concreto, y las condiciones intrínsecas del proceso creativo. Aunque la necesidad de protección haya llevado a la doctrina a un intento de asimilación a uno u otro régimen.

B) La asimilación al régimen de protección de los programas de ordenador.

⁵⁶⁹ Para BERCOVITZ, A.: “Riesgos de las nuevas tecnologías...”, *op.cit.*, p. 76 se trataría más que de una nueva obra, de un nuevo soporte electrónico. DELGADO, A.: “La suerte de los derechos de Propiedad Intelectual en el marco de las nuevas técnicas de difusión desde la perspectiva del derecho español”, *Derechos de autor y Derechos afines al autor*, ed. Instituto de Derecho de autor, Madrid, 2007, p. 93 admite que la obra multimedia “puede responder a una determinada concepción original, y en este supuesto estaríamos en presencia de una colección”, e incluso, considera que cuando la obra multimedia no está constituida por obras preexistentes, sino que surgen *ex novo* para fundirse en “una creación única y autónoma” podría hablarse de obra colectiva. Desde nuestro punto de vista la obra multimedia puede ser un resultado creativo unitario e independiente de las obras protegidas incorporadas, pudiendo dar lugar a una obra derivada o compleja, en un régimen de autoría individual o colectiva.

Respecto a la asimilación como un mero programa informático debe apuntarse que, si bien la obra multimedia integra un software que permite reconocer las ordenes del usuario, generando la interactividad en la navegación de sus contenidos, de modo que lo convierte en un producto interactivo y accesible⁵⁷⁰, este *software* que puede ser original y gozar de protección por el derecho de autor, respecto a la obra multimedia posee, casi siempre, un valor instrumental⁵⁷¹.

Para GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ y GONZÁLEZ GONZALO en el caso de las páginas web “su presentación en pantalla es la obra final que el creador de la página web pretende poner a disposición del público”⁵⁷². En este sentido y por lo que respecta las página web como obra multimedia resulta diferenciable el programa de ordenador y la presentación visual de la *web*⁵⁷³, aunque esa diferencia no sea apreciable por el usuario que accede de forma unitaria a la web y a sus posibilidades de navegación⁵⁷⁴. Por otro lado, habrá determinados elementos, como los comandos

⁵⁷⁰ Como apuntan FRANCO VÁZQUEZ, C. y VIDAL PORTABALES, J.I.: “Imágenes en la web y Derecho de autor”, *Actas de Derecho Industrial*, 2007-2008, t. 28, p. 506, las páginas web disponen de un código fuente de forma que cuando el navegador carga la página “el ordenador del usuario interpreta la información y ésta se construye”. No obstante, BENSOUSSAN, A.: *Le multimedia et le Droit*, Memento-Guide ALAIN BENSOUSSAN, ed. Hermes, Paris, 1998, p. 235 en el año 1998 distinguía entre el programa que ha permitido la digitalización de obras en soportes convencionales, y el propio programa contenido en la obra multimedia. Respecto a lo que hoy cabe decir que esa distinción se establecerá entre los programas que permiten la generación de los contenidos multimedia (unos genéricos para la edición de la propia obra multimedia como puede ser DVD Architect, otros específicos para la edición de contenidos singulares, que permiten la edición y creación digital de sus diferentes contenidos).

⁵⁷¹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. y GONZÁLEZ GONZALO, A.: “La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2011, nº 8, p. 93. Para RODRIGUEZ PARDO, J.: *El derecho de autor...*, *op.cit.*, p. 260 el programa de ordenador en una obra multimedia constituye su “sustrato básico” por cuanto permite integrar los distintos elementos que la conforman.

⁵⁷² GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. y GONZÁLEZ GONZALO, A.: “La protección de las páginas...”, *op.cit.*, p. 93

⁵⁷³ FRANCO VÁZQUEZ, C. y VIDAL PORTABALES, J.I.: “Imágenes en la web...”, *op.cit.*, p. 506.

⁵⁷⁴ Así lo explican GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. y GONZÁLEZ GONZALO, A.: “La protección de las páginas...”, *op.cit.*, p. 93: “Así como la canción constituye una obra integrada por una aportación literaria y otra musical, ambas susceptibles de explotación separada, aunque lo habitual sea su explotación conjunta, la página *web* está formada por un programa de ordenador y su presentación visual, que normalmente accederán al público unitariamente, lo cual no es óbice para que puedan explotarse independientemente. Cabe la posibilidad de que una única persona programe y diseñe la página web, pero también es posible que sean dos las involucradas en su proceso de creación, una encargándose de la selección de su contenido y el diseño de la presentación visual y otra de la programación”.

o etiquetas de los distintos lenguajes de programación, como las etiquetas del lenguaje HTML que al carecer de originalidad no resultan protegibles, o la *interface* cuya exclusión como objeto protegible se estableció por la jurisprudencia americana en el emblemático caso *Apple Computer Inc. contra Microsoft Corp.* referido y en la que se consideró que el *look and feel* que el programa crea no es protegible de forma independiente a éste. Ahora bien, una cosa es el entorno operativo del programa que responde siempre a un *standard* de producto, y otra, la presentación visual de una *web*, donde la originalidad será mucho más habitual, dado la necesidad de personalización de los sitios *web* para su reconocimiento en Internet por parte de los usuarios. Con independencia de que existan programas que permiten su generación de un modo más o menos automático, otros desarrollos originales requerirán, incluso, una competencia especializada⁵⁷⁵.

Sin asimilar la obra multimedia al programa informático, porque ya hemos visto que sólo constituye una parte y no el todo de la obra multimedia, en aquellos casos que el software incorporado sea original, la aplicación del régimen jurídico de los programas de ordenador tendrá una incidencia en el régimen de utilización de la obra multimedia. En primer lugar limita el derecho de transformación por aplicación de lo dispuesto en el art. 100.4 del TRLPI, pero también la excepción de copia para uso privado que no se aplica a los programas de ordenador de acuerdo con lo dispuesto en los art. 99 a) y 100.1 del TRLPI. Lo cual tendrá incidencia en uno de los sectores multimedia más importante, los videojuegos, donde la interacción del usuario con las imágenes y sonidos que constituyen el modo juego se consigue gracias a un programa de ordenador⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ FRANCO VÁZQUEZ, C. y VIDAL PORTABALES, J.I.: “Imágenes en la web...”, *op.cit.*, p. 507 para los que se trata de un competencia que se accede a través de estudios especializados, en los que se forma a estos profesionales en técnicas que mejoran los resultados visuales, de forma que tras su intervención “algunas páginas webs funcionan estéticamente mejor que otras”.

⁵⁷⁶ GOMEZ SEGADE, J.A. y BOUZA, M.A.: “Videojuegos: algunos problemas de Derecho de autor”, en *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual. Cuestiones puntuales*, coord. ROGEL VIDE, Ed. Reus, Madrid, 2001, p. 70 y ss quienes definen el videojuego como “una serie de imágenes gestionadas por un ordenador cuya representación en una pantalla puede ser dirigida por un ser humano mediante unas palancas u otros controles, y cuyo fin es el ejercicio de una actividad recreativa sometida a un conjunto de reglas o de normas”.

C) La asimilación a las bases de datos.

Puede ocurrir que la obra multimedia se presente como una colección o base de datos del art. 12 del TRLPI, bien de obras preexistentes, bien de datos o de ambos⁵⁷⁷. En este sentido, la protección que se dispensa a la obra multimedia radica en la selección y composición de los contenidos⁵⁷⁸, con independencia de que estos constituyan obras preexistentes o sean meros datos, de forma que, según GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ y GONZÁLEZ GOZALO, respecto a las páginas *webs*, “constituyen elementos independientes organizados de forma sistemática y accesible individualmente”⁵⁷⁹.

Parece que este supuesto de asimilación encaja respecto a aquellas obras multimedia cuyos elementos no son creados *ex novo* para la obra, sino que recoge obras ya existentes o datos no protegidos por el Derecho de autor, y los sistematiza por medios electrónicos⁵⁸⁰ para permitir su navegación por parte del usuario. Como por ejemplo, puede ocurrir en los catálogos, pero también en las enciclopedias multimedia de arte, historia, cine u otros contenidos interactivos⁵⁸¹. La asimilación de estas obras multimedias a las bases de datos, comporta la atribución a su fabricante del derecho *sui generis* reconocido en los art. 133 y siguientes del TRLPI que protege, como hemos visto, más que la composición creativa, la inversión en la selección de los contenidos y su sistematización.

D) La asimilación a la obra audiovisual.

⁵⁷⁷ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ y GONZÁLEZ GOZALO, A.: “La protección de las páginas web...”, *op.cit.*, p. 97

⁵⁷⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 12...”, *op.cit.*, p. 207 y 208.

⁵⁷⁹ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ y GONZÁLEZ GOZALO, A.: “La protección de las páginas web...”, *op.cit.*, p. 97

⁵⁸⁰ ESTEVE PARDO, M.A.: *La obra multimedia...*, *op.cit.*, p. 42.

⁵⁸¹ ESTEVE PARDO, M.A.: *La obra multimedia...*, *op.cit.*, p. 51.

Podemos plantear si algunas obras multimedia, por la preponderancia que adquiere la imagen sobre el texto⁵⁸², pueden reunir las condiciones necesarias para su consideración como obra audiovisual. En primer lugar, debemos partir del concepto de obra audiovisual establecido en el art. 86 del TRLPI. Este precepto entiende por tales “las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras”.

Una de las polémicas suscitadas en torno a la inclusión de la obra multimedia ha sido si el concepto de obra audiovisual establecido en el precepto referido exigía o no una secuencia animada. Algunos autores han sostenido este argumento respecto al concepto de obra audiovisual⁵⁸³, en términos muy parecidos a la legislación francesa que de manera expresa se refiere a “secuencias animadas de imágenes” para definir este tipo de obras⁵⁸⁴. Y este razonamiento ha llevado, incluso, a negar en nuestra doctrina la posible asimilación de la obra multimedia al régimen jurídico de la obra audiovisual⁵⁸⁵. Si bien a nuestro modo de ver, el concepto de obra audiovisual que ofrece el TRLPI se aproxima más al contenido en la legislación norteamericana en la que se define, por un lado, *audiovisual works* como *series of related images*, y por

⁵⁸² ESTEVE PARDO, M.A.: *La obra multimedia...*, *op.cit.*, p. 48.

⁵⁸³ PEREZ DE CASTRO, N.: “Comentario al art. 86”, en en *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, 1997, p. 1219, para distinguir así como objeto tutelables autónomos las fotografías de las obras audiovisuales y cinematográficas.

⁵⁸⁴ En este sentido el artículo L.112-2 del Code de la propriété intellectuelle establece que: “Les oeuvres cinématographiques et autres oeuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble oeuvres audiovisuelles”.

⁵⁸⁵ DELGADO PORRAS, A.: “La propiedad intelectual...”, *op.cit.*, p. 21; RODRIGUEZ PARDO, J.: *El derecho de autor...*, *op.cit.*, p. 260. Por el contrario otro sector doctrinal se ha manifestado de modo expreso a la posibilidad de asimilación de la obra multimedia a la obra audiovisual, vid. GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ y GONZÁLEZ GOZALO, A.: “La protección de las páginas web...”, *op.cit.*, p. 98; CASAS VALLES, R.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, coord. ALBALADEJO y DIAZ ALABART, tomo V, v. 4 b), ed. Edersa, Madrid, 1995, p. 114; ESTEVE PARDO, M.A.: *La obra multimedia...*, *op.cit.*, p. 48 y ss., aunque esta autora opta por una asimilación en términos generales más bien a la base de datos que a la obra audiovisual, admite que en el caso concreto una obra multimedia pueda ser asimilada a la audiovisual.

otro, como categoría especial dentro de ese concepto genérico *notion pictures*⁵⁸⁶, como aquellas que producen la sensación de movimiento. Lo que ha llevado a la jurisprudencia norteamericana a considerar como obra audiovisual a un conjunto de imágenes asociadas bajo una cierta unidad⁵⁸⁷. Pero sin que esa unidad se consiga mediante un desarrollo secuencial de imágenes en torno a una serie de planos, secuencias y escenas, a través de los que se construye la animación, normalmente guionizada. Y sin que la existencia de un guión sea necesario del modo que sostiene ESTEVE PARDO⁵⁸⁸, sino más bien el de “unidad temática” que sostienen GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ y GONZÁLEZ GONZALO, como “un desarrollo de imágenes dotado de un cierto carácter secuencial, con independencia de que produzcan o no una sensación de movimiento”⁵⁸⁹, o que incluso ese movimiento lo genere el propio internauta con su cursor. Por ejemplo, al realizar una visita virtual a los fondos pictóricos de un museo, y pueda mediante esa interactividad obtener visiones de dichas obras desde diferentes perspectivas.

Precisamente esa interactividad de la obra multimedia se ha invocado para excluir la asimilación a la obra audiovisual, por cuanto como señala GONZALEZ

⁵⁸⁶ En este sentido en la sección 101 de la DMA: “Audiovisual works” are works that consist of a series of related images which are intrinsically intended to be shown by the use of machines or devices such as projectors, viewers, or electronic equipment, together with accompanying sounds, if any, regardless of the nature of the material objects, such as films or tapes, in which the works are embodied”.

⁵⁸⁷ Vid. el caso *Nidway MFG Co. v. Artic International, Inc.* 218, United States Court of Appeals, Seventh Circuit., No. 82-1607, disponible <http://openjurist.org/704/f2d/1009/midway-mfg-co-v-artic-international-inc> entendiendo que: “It is not immediately obvious that video games fall within this definition. The phrase “series of related images” might be construed to refer only to a set of images displayed in a fixed sequence. Construed that way, video games do not qualify as audiovisual works. Each time a video game is played, a different sequence of images appears on the screen of the video game machine--assuming the game is not played exactly the same way each time. But the phrase might also be construed more broadly to refer to any set of images displayed as some kind of unit”. Y en el mismo sentido *WGN CONTINENTAL BROADCASTING COMPANY and Albuquerque Cable Television, Inc. v. UNITED VIDEO, INC.*, No. 81-2687, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, disponible en <http://openjurist.org/693/f2d/622>

⁵⁸⁸ ESTEVE PARDO, M.A.: *La obra multimedia...*, *op.cit.*, p. 51.

⁵⁸⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ y GONZÁLEZ GOZALO, A.: “La protección de las páginas web...”, *op.cit.*, p. 98 y ss., para quienes “esas notas son apreciables en la página web compuesta primordialmente por imágenes dispuestas con un mínimo carácter secuencial y de tal forma que faciliten al internauta un disfrute de la web en su conjunto mediante la interacción de todos sus elementos”.

GOZALO, si esa secuencia de imágenes en que consiste la obra audiovisual viene determinada por las decisiones del usuario, no podría entenderse la obra multimedia como una serie de imágenes asociadas⁵⁹⁰. Para este autor sólo podría asimilarse a la obra audiovisual cuando permita al usuario “el disfrute interactivo de la totalidad de la obra multimedia”, pero no cuando la obra multimedia se conciba para permitir al usuario el acceso individual a los elementos independientes que la componen⁵⁹¹. A mi modo de ver, a pesar de ser un razonamiento coherente que permite discernir la asimilación de la obra multimedia al régimen de la base de datos o de la obra audiovisual, deberíamos atender a la predominancia del elemento asociativo en las imágenes que componen este tipo de obra. En cualquier caso, la presencia de interactividad como ocurre en los videojuegos, donde el entorno o desarrollo visual cambia en función de las decisiones del usuario, no sería un obstáculo en la jurisprudencia norteamericana para su consideración como obra audiovisual⁵⁹².

Ahora bien, y por lo que respecta a la aplicación del régimen jurídico de la obra audiovisual coincido con ESTEVE PARDO en entender que resulta arriesgado entender que detrás de estos productos exista un director-realizador, en el sentido que se entiende en la obra audiovisual o cinematográfica. Ni su desarrollo, en líneas generales, exige una inversión económica en las proporciones de la obra audiovisual o cinematográfica, por lo que como sostiene esta autora el “sistema de la obra audiovisual de presunciones simples de cesión a favor del productor es desequilibrado en el supuesto de la obra multimedia”. Por lo que ni el régimen autoral de la obra audiovisual ni el contrato de producción para su elaboración parece que pueda encajar demasiado⁵⁹³. De todos modos, esta asimilación plena tampoco cabe descartarla para lo que habrá que estar al caso concreto, y a las propias condiciones de elaboración.

⁵⁹⁰ GONZALEZ GOZALO, A.: “La noción de obra audiovisual...”, *op.cit.*, p. 65.

⁵⁹¹ GONZALEZ GOZALO, A.: “La noción de obra audiovisual...”, *op.cit.*, p. 65 y ss.

⁵⁹² *Stern Electronics, Inc. v. Kaufman* 669F 2d. 852 (2d Cir.1982).

⁵⁹³ ESTEVE PARDO, M.A.: *La obra multimedia...*, *op.cit.*, p. 54 y ss.

E) El imposible encuadramiento genérico de la obra multimedia en abstracto a un régimen jurídico concreto.

A la vista de todo lo expuesto podemos establecer dos conclusiones. En primer lugar que el régimen jurídico de protección de la obra multimedia es independiente del régimen aplicable a las obras que pueda contener. Y dependerá del propio contenido creativo de la obra multimedia como objeto protegido por el Derecho de autor, desde el más simple de una mera colección donde se protegerá la forma de seleccionar o disponer los contenidos hasta el más intenso, cuando la obra multimedia responde a un concepto artístico unitario, como ocurrirá cuando un predominio elevado de contenidos audiovisuales lleve a ello.

En segundo lugar, en cuanto al régimen jurídico aplicable habrá que distinguir entre el aplicable a sus contenidos independientes cuando sean obras protegidas, por ejemplo, incluyan obras audiovisuales o cinematográficas, u otro tipo, reproducciones de obras plásticas, o en general, cualquier obra protegida, de acuerdo con el art. 10 del TRLPI, y el propio régimen aplicable a la obra multimedia con las precisiones expuestas.

Ahora bien, en la medida que toda obra multimedia incorpora un *software* que permite su utilización, cuando sea original deberá dispensarse la protección jurídica de los programas de ordenador. No supone que esto comporte la calificación jurídica de la obra multimedia con carácter general como un programa de ordenador, sino como un objeto creativo más complejo, cuyo régimen jurídico incidirá en las posibilidades de utilización de la obra multimedia en sí, en especial, en cuanto a la excepción de copia privada. En cualquier caso, deberemos estar al caso concreto para su encuadramiento jurídico completo, que comportará en la mayor parte de los casos una yuxtaposición de regímenes, en ocasiones, discordantes, de protección.

3. Obras derivadas: la importancia creciente de este tipo de obras en Internet.

El TRLPI no define lo que de modo genérico deba entenderse por obra derivada, se limita en el art. 11 a realizar una enumeración “*numerus apertus*” y

parece que la califica como obra transformada a partir de una obra anterior⁵⁹⁴. Así se incluyen como obras derivadas: las traducciones y adaptaciones, las revisiones, actualizaciones y anotaciones, los compendios, resúmenes y extractos.

Pero deja abierta la enumeración al establecer que también pueden ser consideradas como obras derivadas “cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica”, que incluiría el resto de supuestos en los que a partir de una obra previa se obtiene otra posterior y distinta.

En este sentido, cabe diferenciar la obra derivada de la obra compuesta. En la obra compuesta la obra anterior se incorpora a otra para generar a partir de su fusión una obra nueva⁵⁹⁵. En el caso de las obras derivadas no se produce esa incorporación, o fijación de la obra anterior en su totalidad⁵⁹⁶, sino más bien una transformación de la obra preexistente que afecta a la forma de exteriorización de la obra.

Así se expresa el art. 11 del TRLPI cuando define a la obra derivada como resultado de una transformación. Lo que remite al art. 21 del TRLPI, donde se define esa transformación como “cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente”, lo que produce una doble afectación económica y moral a los derechos sobre la obra preexistente. La alusión a la forma, en el sentido expuesto con anterioridad, permite distinguir a la obra derivada como resultado creativo del terreno de la libre apropiabilidad de las ideas o libre inspiración de la obra creadora en otras anteriores. Así como de la obra plagiada en aquellos casos en que la obra

⁵⁹⁴ Vid. en este sentido LOPEZ SANCHEZ, C.: *La transformación de la obra intelectual*, ed. Dykinson, Madrid, 2008, p. 66 y ss, para quien la obra derivada es una transformación que no supone deformación de la obra preexistente: “Se crea una obra que debe ser a la vez parecida y diferente de la precedente, la cual debe permanecer intacta en su espíritu”.

⁵⁹⁵ El art. 9 del TRLPI define la obra compuesta como “la obra nueva que incorpora una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización”. Un ejemplo de obra compuesta literaria sería la obra ilustrada o el cómic en aquellos casos en que el autor de los dibujos y los textos no son la misma persona.

⁵⁹⁶ No obstante, RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 9 de la LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *op.cit.*, p. 152 sostiene un criterio más de tipo subjetivo para diferenciar la obra compuesta de la derivada, entendiendo que la obra derivada será compuesta, salvo cuando el autor de la derivada y la original sea la misma persona, o cuando colabore con el autor de la obra original.

nueva no introduce ningún elemento de originalidad sino que es sólo una copia servil de otra. Además, la consideración de la obra derivada como transformación de una obra preexistente exigirá la necesidad de contar con la previa autorización del autor de la obra originaria (art. 21 TRLPI), sin perjuicio, de las modalidades de licencias *Creative Commons*, que autorizan al usuario-creador a realizar obras derivadas, y la particular extensión que en Internet alcanzan las licencias *copyleft*, sobre todo en los entornos de creación participativa.

Una vez sentadas estas ideas generales sobre la obra derivada nos adentraremos en el estudio de sus diferentes tipos, con especial incidencia en nuevos ámbitos de creación emergentes en Internet donde la obra derivada adquiere una creciente importancia.

3.1 Obras derivadas en el art. 11 del TRLPI.

A) La traducción.

Un tipo de obra derivada común en el ámbito de la creación literaria es la traducción, en la medida que la traducción no sea el resultado de un proceso automático. A partir de las diferentes posibilidades de composición de las frases en la otra lengua, con variedad de términos y estructuras gramaticales, y posibilidades de elección, el traductor realiza una obra del espíritu a partir de la obra traducida⁵⁹⁷. Y

⁵⁹⁷ COLOMBET, C.: *Propriété...*, *op.cit.*, p. 61: “Le génie de chaque langue donne a l’oeuvre traduite une physionomie propre: et le traducteur n’est pas un simple ouvrier”. En este sentido BERTRAND, A.: *Le droit d’auteur...*, *op.cit.*, p. 136 precisa en qué consiste esa originalidad de la traducción al afirmar que el traductor de una obra literaria normalmente puede elegir entre una gran variedad de términos y estructuras gramaticales “pour exprimer la pensée de l’auteur de l’oeuvre originale”. Por el contrario, sostiene este autor, la traducción no daría lugar a una obra derivada original cuando el traductor no dejará la huella de su esfuerzo creativo, porque las posibilidades de elección quedarán reducidas, sin que pudiera dar entrada a su creatividad. Como ocurriría en el caso de manuales técnicos, o cuando la traducción no fuera el resultado de una acción humana, sino mecánica como cuando esa traducción se hubiera realizado de forma mecánica a partir de determinados sistemas informáticos. Para este autor el criterio de la brevedad de la obra traducida no sería, por el contrario, determinante para negar u otorgar la protección, considerando que, incluso, la traducción de un título ha sido considerada como obra derivada por los tribunales franceses. En concreto, la traducción de la obra de Emily Brontë “Wuthering Heights” como “Les Hauts de Hurlevent”, al entender que constituye “une invention originale dont le traducteur peut se prévaloir comme une oeuvre personnelle et dont il peut revendiquer la propriété car ce titre n’est pas d’équivalent direct dans la langue française” (Tribunal de commerce Seine, 26 de juin 1952, Payot c.Gibert Jeune). Para DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur...*, *op.cit.*, p. 35 compara la creación del

en este sentido el traductor dispone de un derecho de autor sobre la traducción como creación independiente, pero no le otorga un poder de disposición sobre la obra traducida, que corresponderá al autor o sus derechohabientes o a los usuarios autorizados.

B) Revisiones, actualizaciones y anotaciones.

Darí­a lugar también a una obra derivada las revisiones, actualizaciones y anotaciones, en la medida que la nueva obra derivada sería inescindible de la obra sobre la que se ha efectuado la revisión, actualización o anotación. Pero sólo estaríamos ante una obra derivada cuando dichas transformaciones sobre la obra literaria fueran efectuadas por una persona distinta al autor de la obra sobre la que recaen. Ya que al unirse de modo inescindible darían lugar a una transformación de la obra originaria efectuada por el propio autor, y por tanto, a una obra nueva. La obra literaria revisada, puesta al día o anotada puede ser objeto de una explotación o utilización digital, pero en la medida que coexistan sobre ella los derechos del autor de la obra glosada, revisada o actualizada, exigirá la autorización del autor de la obra originaria⁵⁹⁸. Por el contrario, si la obra que se pretende revisar, poner al día o anotar ha entrado en el dominio público, el autor de la obra derivada podría celebrar sin autorización del autor de la obra originaria o sus derechohabientes⁵⁹⁹, lo mismo que si éste hubiera sometido la obra a una licencia *copyleft*.

No obstante, debería darse sobre todo en el caso de las revisiones y puestas al día de la obra literaria, la suficiente originalidad para que diera lugar al nacimiento de una obra derivada, pues como BERVOVITZ RODRÍ­GUEZ-CANO precisa no

traductor, fiel a su concepción subjetiva de la originalidad, con el pintor que copia de un modelo, e insiste en los riesgos de las malas traducciones y los posibles contrasentidos que la labor del traductor puede generar en la obra, para resaltar el valor creativo de su labor.

⁵⁹⁸ DESBOIS, H.: *Le droit d'auteur...*, *op.cit.*, p. 34 y ss. No obstante, este autor plantea un supuesto un tanto teórico de que el autor pudiera actuar libremente cuando las notas o comentarios fueran de tal importancia para el sentido de la obra que su difusión sólo fuera con la presencia en el texto de dichas notas o comentarios.

⁵⁹⁹ Siempre con el respeto a los derechos morales del autor de la obra revisada, actualizada o anotada, y en especial el derecho a la integridad de la obra, en el sentido de que esas adiciones no podrían desvirtuar la identidad de la propia obra preexistente.

basta con “revisiones rutinarias del lenguaje, con correcciones materiales, con la introducción de índices, con pequeños cambios o cortes introducidos sobre la marcha a la hora de representar una obra dramática, intrascendentes para el contenido y sentido de aquella”. Ni siquiera daría lugar a una obra derivada las “actualizaciones en obras científicas técnicas impuestas por exigencias científicas o técnicas”, como podría ser, continúa este autor, añadir una nueva bibliografía, o legislación y suprimir la legislación derogada⁶⁰⁰.

La diferencia entre revisión y puesta al día de la obra literaria resulta importante sobre todo en los supuestos en que por fallecimiento del autor, esta tarea debe ser acometida por un tercero, y con el propósito de actualizar la obra y adaptarla a un contexto nuevo, sobre todo en el ámbito de las obras científicas. En la revisión existe una participación más activa del revisor que le puede llevar, incluso, a sostener tesis contrarias a las manifestadas por el autor⁶⁰¹. Por ejemplo, pensemos en una obra jurídica y el abandono por la jurisprudencia de la tesis sostenida por el autor, lo que plantea una posible alteración del texto inicial, y una vulneración del derecho moral a la integridad de la obra del autor revisado, que exigiría el consentimiento de éste en el caso de que estuviera vivo, o si se trata de una obra póstuma el consentimiento de sus herederos, salvo que el autor sometiese la obra a un régimen de *copyleft*, como hemos visto, en principio, y con los matices expuestos, de carácter perpetuo.

Por el contrario, y como DESBOIS sostiene, en la puesta al día la contribución de autor de la actualización no alteraría la forma de la obra original, sino que mantendría su independencia mediante la adición de dicha actualización a modo de anexo o notas, pero sin expresión de su opinión⁶⁰². En el ejemplo expuesto la puesta al día de una obra jurídica se haría como anexos o anotaciones dando cuenta de la nueva legislación aprobada, o incluso podría, a mi juicio, incorporar la

⁶⁰⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R.: "Comentario al art. 11", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op.cit.*, p. 203.

⁶⁰¹ COLOMBET, C.: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 59 y ss. considera que en este caso esa divergencia debe citarse de manera expresa.

⁶⁰² DESBOIS, H.: *Le droit d'auteur...*, *op.cit.*, p. 30 y ss.

jurisprudencia nueva sobre un determinado asunto, que incluso disienta de la opinión manifestada por el autor de la obra preexistente.

C) Adaptaciones, compendios, resúmenes y extractos.

Por el contrario, constituirían obras independientes en el sentido de separadas o individualizadas respecto a la obra originaria, las adaptaciones, compendios, resúmenes y extractos de una obra literaria preexistente. Por supuesto, y a nuestro modo de ver, sería necesario aplicar todas las exigencias de originalidad a estas obras derivadas, de corte minimalista y función utilitaria, para considerarlas como objeto posible de una explotación o utilización digital.

Especialmente, por lo que respecta a los compendios, resúmenes y extractos, deberían tener una entidad necesaria para otorgarles una singularidad propia, aunque radicara en un acto de elección. En estos casos se seleccionan trozos de una obra para abreviarla y hacerla más accesible al público, siempre que en dicha operación el autor del resumen haya realizado un esfuerzo creativo, siendo la complejidad de la obra resumida un posible parámetro de evaluación de dicho esfuerzo⁶⁰³. Respecto a

⁶⁰³ Por el contrario BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R.: "Comentario al art.11", en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, *op.cit.*, p. 204 sostiene que no hay obra derivada cuando se seleccionen trozos de una obra para hacerla más breve y accesible o para comentarla, concluyendo que: "Sólo hay obra derivada si la abreviación implica una nueva redacción con propia composición y expresión. No son tampoco obras derivadas en principio las reseñas o revistas de prensa". A mi juicio, los resúmenes en los que su autor reproduce determinados fragmentos de la obra para ofrecer al público una versión resumida de la misma, debe ser considerada como obra derivada, por las mismas razones que son protegidas las antologías, colecciones y traducciones. Porque existe un acto de elección cuya complejidad determinará la dimensión del esfuerzo creativo de su autor y la originalidad de la obra resultante. Podemos pensar en las versiones resumidas que de "El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha" de Miguel de Cervantes Saavedra se han efectuado con fines pedagógicos, a los efectos de aproximar esta obra compleja al público juvenil, la propia labor de extracción de aquellos episodios más relevantes y que mantienen la identidad de la obra, haciéndola reconocible, justificaría a nuestro modo de ver la protección. Obviamente, esa protección resultaría más discutible en aquellos casos en el que el resumen fuera breve, un solo fragmento o algunos, entrando en el ámbito más propio del derecho de cita.

Respecto a los compendios, el tema de su originalidad y acceso a la tutela del derecho de autor, se plantea por DEL CASTILLO, I.C.: *Propiedad intelectual, investigación y tesis doctorales*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 75, en relación a la obra científica, y en concreto en relación a las tesis doctorales presentadas como compendio de publicaciones. Esta autora admite la originalidad como obra derivada, en la medida que "no se limita a "cortar y pegar" las obras preexistentes, sino que, como ya advertimos, el trabajo presentado como tesis compendiada ha de estar integrado por una introducción que justifique la unidad temática, un resumen global de los resultados y la discusión de

este tipo de obras derivadas, podría sostenerse un criterio parecido a lo que ocurre en el ámbito de la obra periodística, y las razones que llevan a excluir las notas de prensa como objeto del derecho de autor, dada su brevedad e inexistencia de una singularidad propia que las haga merecedoras de la tutela a través del derecho de autor⁶⁰⁴.

En Internet se plantea, en relación a la agregación de noticias y los motores de búsqueda, si el pequeño resumen puede ser objeto de protección por el derecho de autor, y si lo sería como obra derivada. La primera cuestión que se debería determinar es si el contenido agregado o indexado está protegido por el derecho de autor, puesto que no todas las noticias publicadas en un periódico lo están, ni tampoco todos los contenidos disponibles en Internet. Como hemos dicho, para ello es necesario que este contenido sea original y tenga una forma de expresión. Respecto a la forma de expresión parece que no ofrece dudas, desde el punto en que puede ser agregada o indexada la noticia o contenido resumido. Respecto a la originalidad, deberá apreciarse su singularidad que, a partir de diferentes criterios puedan llevarnos a considerar, que estamos ante un resultado creativo, y por tanto ante una obra protegida. En el caso de los motores de búsqueda, dicha originalidad estará ausente, por cuanto no se efectúa un resumen creativo, sino que se realiza de forma automática. En cambio, en el caso de los agregadores de noticias, siempre y cuando el resumen no sea un mero corta y pega, puede plantearse si es original, y en este sentido, debe ser protegido por el derecho de autor.

En el caso de que también sea original el contenido agregado⁶⁰⁵ el resumen que ofrece el agregador será una obra derivada que exigirá la autorización del titular

éstos, y unas conclusiones finales. A todo ello se sumará la publicación de los artículos publicados o aceptados para su publicación. Lo que significa un nivel no desechable de exigencia de originalidad”.

⁶⁰⁴ RUIPÉREZ DE AZCARATE, C.: *Las obras del espíritu y su originalidad*, *op.cit.*, p. 64 y ss. esta autora distingue entre los artículos de prensa que gozarían de protección siempre y cuando exista “un margen de libertad de creación suficiente que haga que el periodista haya podido aportar algo creativo al texto”, y las notas de prensa en las que “su brevedad limita de tal forma sus susceptibilidad de contener notas de originalidad”.

⁶⁰⁵ Podemos pensar, por ejemplo, en una crítica literaria, aunque también podría ser original una noticia de un suceso, si bien no será éste el supuesto normal de contenido original.

de los derechos del contenido agregado. Parece razonable dada la incidencia que el resumen puede tener, no sólo respecto a los derechos patrimoniales, sino también respecto a los derechos morales sobre la obra. El resumen del agregador podrá ser, en este caso, una obra derivada si no es una mera nota de prensa, sino si permite vislumbrar originalidad en su composición. Desde luego no lo sería si se limitara a reproducir las primeras líneas de la noticia, a efectuar un simple corte y pega, o a seleccionar de forma automática las primeras de los contenidos agregados.

Por último, si bien puede que la noticia no sea objeto de derecho de autor, puede que el resumen ofrecido por el agregador, en cuanto revele una singularidad creativa propia, quede protegido por el derecho de autor. Pero en este caso no como obra derivada, sino originaria, y sin que además deba solicitar la autorización del titular de los derechos de la noticia. En la medida que los agregadores agregan normalmente contenidos informativos, con vocación a su difusión, la regla general será que esos contenidos informativos no estén protegidos por el Derecho de autor, aunque la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI y la LEC, parecen utilizar una óptica distinta ya que hace acreedor a los titulares de estos contenidos de un derecho de simple remuneración, por la agregación de determinados contenidos en Internet, sin discernir adecuadamente entre contenidos informativos protegidos y no protegidos por el derecho de autor. Lo que resulta muy objetable, desde el punto de vista de los requisitos de tutelabilidad de los contenidos en Internet.

A diferencia de las traducciones, cuya originalidad radica en la expresión, las adaptaciones son originales tanto por la expresión como por la composición⁶⁰⁶. La adaptación puede ser dentro del mismo tipo de obra, por ejemplo una adaptación literaria dentro de un género distinto como puede ser la parodia, o un relato o una fábula que se adapta a formatos más extensos y complejos como la novela. O podría producirse esa adaptación en un tipo de obra diferente a la obra adaptada, como la obra cinematográfica a partir de una obra literaria. En este sentido, aunque el

⁶⁰⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R.: "Comentario al art.11", en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, *op.cit.*, p. 203.

supuesto más habitual ha sido el de la obra literaria adaptada al medio cinematográfico⁶⁰⁷, también es posible que una obra cinematográfica o audiovisual pueda adaptarse a una obra literaria que pueda ser objeto de una explotación o utilización digital.

En cualquier caso, la vinculación con una obra preexistente plantea el problema de delimitar la frontera entre la creación de una obra original y el plagio de la obra adaptada. Para COLOMBET y DESBOIS la originalidad de la segunda obra aparecerá tanto en la composición como en la expresión, en ellas deberá detectarse la huella de la personalidad del autor de la obra derivada⁶⁰⁸, o lo que la doctrina italiana califica como una creatividad nueva y propia⁶⁰⁹. La jurisprudencia francesa ha señalado que para alejar la calificación de plagio sobre la obra adaptada deben existir entre ambas obras diferencias sustanciales⁶¹⁰. Sin que pueda existir una identidad en lo que BROCK califica como “núcleo essenziali del racconto”, y que se centraría respecto a la obra literaria en “la trama de la historia, las situaciones, los detalles de los episodios, los contrastes y soluciones sociales y psicológicas justificantes, el ambiente, la delimitación y explicación de la personalidad de los personajes”⁶¹¹. Para

⁶⁰⁷ En este sentido COLOMBET, C.: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 54 y ss. se hace eco de cómo al principio de la invención del cinematógrafo muchas obras de cine mudo fueron adaptaciones de obras literarias, como en el caso Boubouroche en el que la Cour de Cassation considera que la película “Ta femme nous trompe” es una adaptación de una obra de Courteline, apreciando diferencias sustanciales entre ambas creaciones, en especial la importancia del diálogo en la obra de Courteline que no se puede apreciar en la película muda (Cour de Cassation 27 de juin de 1910) referida por COLOMBET, C.: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 53.

⁶⁰⁸ COLOMBET, C.: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 38 y ss.; DESBOIS, H.: *Le droit d'auteur...*, *op.cit.*, p. 28 y ss, cuando afirma este autor que “l’adaptateur a donné cours a son imagination, en introduisant des variants dans la succession des épisodes, des développements, et en tirant de son propre fonds la rédaction, l’expression; par nécessité, le style, qui convient aux dialogues d’une oeuvre théâtrale, diffère de celui d’un ouvrage destiné à la seule lecture”.

⁶⁰⁹ BROCK, L.: “Osservazioni in tema di elaborazione dell’opera dell’ingegno e di libera riproduzione”, *Rivista di Diritto Industriale*, 1954, parte II, p. 6 y ss. En este sentido este autor expone que la obra una vez divulgada, puede ser objeto de utilización por parte de un tercero, y comentando la sentencia del Tribunal de Turín, de 9 de junio de 1951, en relación al caso Salgari c. Cartera Italiana S.p. a, afirma que este caso el tribunal “ha escluso cioè dall’ambito del diritto di esclusiva spettante all’autore il contenuto dell’opera, inteso nel suo significato più restrittivo, come nucleo essenziale del racconto”, *op.cit.*, p. 14

⁶¹⁰ En el caso Boubouroche comentado (Cour de Cassation 27 de juin de 1910), referido por COLOMBET, C.: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 53.

⁶¹¹ BROCK, L.: “Osservazioni in tema di elaborazione...”, *op.cit.*, p. 6 y ss

determinar la existencia de esas diferencias sustanciales que otorgan a la obra derivada su singularidad propia, puede atenderse también al diferente espíritu serio o fantástico de ambas obras⁶¹². Y respecto a la obra histórica se ha sostenido que debe rechazarse la identidad de expresión cuando no sea indispensable para contar los mismos hechos, y que respecto a esos datos históricos hay que distinguir la cronología de los hechos históricos y lo que no puede utilizarse como es la expresión y la composición⁶¹³.

D) Colecciones y bases de datos.

En este caso como la doctrina pone de manifiesto la originalidad de la creación deriva de la composición, no de la expresión⁶¹⁴. La colección o la antología es una obra nueva que surge de la unión de una serie de obras preexistentes, que parte de un acto de elección y ordenación por parte de su creador. En este sentido el art. 12 del TRLPI considera que pueden ser objeto de propiedad intelectual las colecciones de obras ajenas, como las antologías, pero también la colección de otro tipo de elementos o datos que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones originales. Por la incidencia de las bases de datos en el entorno de Internet, distinguiremos entre colecciones y bases de datos.

a) Colecciones.

En el mismo sentido el resto de legislaciones sobre derechos de autor otorgan protección a las colecciones y las antologías, e incluso a la mera recopilación de

⁶¹² En el caso “Le train 8 h 47”, así lo entendió el Tribunal Civil de la Seine, respecto a esta otra obra de Courteline, respecto a la comedia “En bordée” de Heuzé et Veber, a pesar de las coincidencias de composición, y la utilización de un mismo punto de partida, como ambas obras responden a un diferente espíritu, serio en la obra de Courteline y de fantasía en la segunda obra se rechaza el plagio de la comedia respecto a la obra de Courteline (Tribunal Civil de la Seine 19 décembre 1928), referida por COLOMBET, C.: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 55.

⁶¹³ Tribunal Gran Instance de la Seine, 9 de enero de 1962, *RIDA*, tomo 35, p. 135 y ss., en relación al caso “Normandie -Niemen”. Y en la jurisprudencia norteamericana a similar consideración se llega en el caso Crane v. Poetic Products Ltd., sobre dos obras biográficas sobre el Papa Juan Pablo I, y en las que se especula sobre su asesinato, referida por GORMAN, R. y GINSBURG, J.: *Copyright, Cases and Materials*, Foundation Press, New York, 2009.

⁶¹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art.12 de la LPI”, en *Comentarios a la LPI*, *op.cit.*, p. 205; COLOMBET, C.: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 61.

datos, como son las bases de datos⁶¹⁵. El autor de la colección puede ser el autor de las obras que integran la colección o un tercero, debiendo contar en este último caso el coleccionista con la autorización del autor o del titular del derecho de colección⁶¹⁶ para proceder a integrar las obras originarias en la antología o colección. Además el conjunto de obras originarias que integran la antología o colección puede pertenecer a un solo autor o a varios. En este último caso, y como BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO apunta no cabe considerar a la colección como una obra colectiva, pues no existen aportaciones de varios autores, sino obras de distintos autores integradas en la colección⁶¹⁷. No se plantean como contribuciones concebidas para la obra de colección, sino que se integran en un momento posterior, y no por decisión de su autor en el momento de la creación de las obras originarias, sino de un acto posterior que corresponde al coleccionista. Y todo ello, sin perjuicio de que la autoría de una obra de colección pueda corresponder a varios autores como obra de colaboración.

Ahora bien, en la medida que la antología o la colección, es una creación intelectual debe presentar una originalidad que le otorgue la suficiente entidad para ser objeto protegido por el derecho de autor. Respecto al carácter creativo de esa elección parece que la complejidad de las obras originarias puede ayudar de alguna manera a reconocer esa originalidad de la antología o colección de manera más fácil. Pero hay que tener en cuenta que no sólo son objeto de protección por el Derecho de autor las colecciones de obras ajenas, sino también de datos, como en el caso de las bases de datos que veremos a continuación, que no son contenidos protegidos por el Derecho de autor, sino lo que se protege es precisamente el esfuerzo intelectual

⁶¹⁵ En este sentido el artículo L112-3 establece que esta protección ampara a los autores de antologías o de recopilaciones de obras o de datos diversos, como son las bases de datos, que por su elección o su disposición constituyen una creación del intelecto; la ley italiana de 22 de abril de 1941 en su art.3; y la Ley alemana de 9 de septiembre de 1965 en su art.4.

⁶¹⁶ Suele ser frecuente que los editores en la búsqueda del mayor ámbito posible de cesión material del contrato se hagan ceder el derecho de colección, lo que puede plantear problemas cuando las obras de un determinado autor son editadas por varios editores, y éste haya cedido a todos ellos o a varios el derecho de colección, en principio primaria la primera cesión del derecho de colección, no obstante este editor coleccionista aventajado por el criterio temporal, *potior tempore potior iure*, podría verse limitado por la negativa del otro editor a consentir la inclusión de las obras del autor respecto a las que ostente aún derechos de explotación, nacidos de contratos de edición aún en vigor.

⁶¹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art.12 de la LPI”, en *Comentarios a la LPI, op.cit.*, p. 209 y ss.

desplegado en su ordenación y disposición sistemática. En este sentido, como BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO apunta “no basta con la mera recolección indiscriminada de datos o de obras, ni su ordenación o disposición de acuerdo con criterios habituales (ordenación alfabética, cronológica, por domicilios, por tamaños)”, lo que suele ocurrir en el caso de listines de teléfonos, listas de direcciones, callejeros, o incluso apunta este autor, una colección que cubriese todas las obras de un autor⁶¹⁸. Aunque en este caso debería diferenciarse entre si el coleccionista ha establecido algún criterio de selección para su presentación, de donde pueda derivar una cierta originalidad en la elección del orden, pero descartando dicho carácter original en el supuesto de que el coleccionista se haya limitado a recoger por orden cronológico todas las obras de un autor⁶¹⁹.

En lo que concierne a las antologías hay que tener en cuenta que normalmente esa elección del coleccionista puede ir acompañada de ciertos elementos explicativos, como prólogos, epílogos, introducciones, que constituirían en el sentido antes expuesto obras derivadas, pero también actuarían como indicadores del esfuerzo creativo del coleccionista al acometer y plasmar en la antología la elección de las obras que la integran.

En cuanto a la forma que puedan revestir las antologías y las colecciones, dentro del art. 12 del TRLPI se recogerían, de un lado las antologías, como colecciones de obras ajenas, y las de otros elementos o datos, dentro de cuya categoría se podría distinguir una gran diversidad de obras como antologías literarias, científicas, cinematográficas o audiovisuales, grandes éxitos o recopilatorios musicales, catálogos de exposiciones plásticas, revistas de prensa, revistas o periódicos, hasta otras creaciones menores como almanaques, calendarios, léxicos, diccionarios, anuarios, libros de canciones, una recopilación de dominios públicos, libros de arte, recetarios, recopilación de discursos políticos, o incluso la

⁶¹⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art.12 de la LPI”, en *Comentarios a la LPI, op.cit.*, p. 207 y ss.

⁶¹⁹ COLOMBET, C.: *Propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 62, y en el mismo sentido DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur...*, *op.cit.*, p. 30.

correspondencia de una determinada persona reunida en una colección epistolar⁶²⁰. En cualquier caso, la colección dará lugar a una obra protegible siempre que en su selección u ordenación se haya realizado “la prestación personal creativa que corresponda al género coleccionado”, apuntada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, como criterio básico para la tutela de este tipo de obras de colección⁶²¹. Ese debe ser el criterio determinante, y no la supuesta simplicidad o complejidad de la colección, lo que debe llevar a determinar si puede constituir una obra protegida por el Derecho de autor.

b) Bases de datos.

La base de datos despliega una gran importancia en el entorno de Internet por tres razones. En primer lugar, porque la WWW funciona como una enorme base de datos sistematizada por los motores de búsqueda. De forma metafórica puede decirse que las páginas web serían los cajones de ese archivador enorme y virtual que es la WWW. De nada nos serviría todos esos datos si los motores de búsqueda no permitieran acceder de una forma rápida y sistematizada a la información requerida, es decir ofrecer la web donde se encuentra localizada. En segundo lugar, por la propia estructura de la página web como una colección de recursos de consulta disponibles, es decir, se configuran como bases de datos o colecciones de datos⁶²². En este sentido, podemos hablar de un uso instrumental de la base de datos en el entorno en línea. Y en tercer lugar, porque la explotación en línea y en tiempo real, se convierte en una forma de explotación idónea para este tipo de objetos protegidos por el derecho de autor, ya que permite una actualización en línea.

⁶²⁰ En el caso de las cartas que integran la colección, pueden ser a su vez obras protegibles por reunir la originalidad necesaria para ello, o carecer de dicho carácter creativo, ser en este sentido mera correspondencia. En este sentido, VAN GOMPEL, S. & LAVIK, E.: “Quality, merit...”, *op.cit.*, p. 188 refiere como en 1898 el Tribunal Imperial alemán denegó la protección a las cartas de Richard Wagner porque no eran más que una correspondencia amistosa, declaraciones corrientes que no eran susceptibles de protección como creación intelectual.

⁶²¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 12 de la LPI”, en *Comentarios a la LPI, op.cit.*, p. 208.

⁶²² GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I y GONZÁLEZ GONZALO, A.: “La protección de las páginas web a través de la propiedad intelectual”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2001, nº 8, p. 97 y ss.

El art. 12.2 del TRLPI define la base de datos como “las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma”. En este sentido se recoge el criterio de la Directiva 9/96/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre protección jurídica de las bases de datos, en cuanto a que resultará protegida como obra de autor por “la selección o disposición de su contenido”, lo que remite a las condiciones de tutelabilidad generales de la obra en el art. 10 del TRLPI.

No obstante, cabe apuntar que el TRLPI, en la línea marcada por la directiva referida dispensa también una protección menor, no autoral, en aquellas bases de datos que no puedan considerarse originales por su selección o disposición de contenidos, pero en las que “la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo”, de acuerdo con lo establecido en el art. 7 de la Directiva 9/96/CEE. En este sentido.

Así, estas bases de datos, que no son creaciones intelectuales ni originales, se consideran merecedoras de una protección a través de un “derecho sui generis” sobre su contenido que legitima a su titular para “prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta, evaluada cualitativa o cuantitativamente”. Pero también de partes no sustanciales de su contenidos, siempre que esa utilización suponga “un acto contrario a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante de la inversión”. Pues, como la STJUE de 19 de diciembre de 2013 reconoce: “A este fin, el objetivo de la protección por el derecho sui generis conferida por la Directiva 96/9 es garantizar a la persona que tomó la iniciativa y asumió el riesgo de realizar una inversión sustancial -en términos de medios humanos, técnicos y/o económicos en la constitución y el funcionamiento de una base de datos- obtenga la remuneración de su inversión protegiéndola frente a la apropiación no autorizada de

los resultados obtenidos gracias a dicha inversión”⁶²³.

Se trataría, en definitiva, como BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO apuntó en su momento, de una “protección directa de las inversiones necesarias para la elaboración y mantenimiento de las mismas”, ante la insuficiencia de la legislación en materia de competencia desleal⁶²⁴.

De este modo, sólo la base de datos original se considerará como creación intelectual, e incluso, puede ser obra derivada de unos datos, que, a su vez, pueden ser contenidos protegidos por los derechos de autor.

Finalmente el art. 12 del TRLPI en su apartado tercero establece que “la protección reconocida a las bases de datos en virtud del presente artículo no se aplicará a los programas de ordenador utilizados en la fabricación o en el funcionamiento de bases de datos accesibles por medios electrónicos”. En este caso la tutela será la propia dispensada para este tipo de obras originarias o derivadas, según se trate, en los art. 95 y siguientes del TRLPI.

3.2 La importancia creciente de la obra derivada en Internet: entornos *wikis* y programas de código abierto.

La aplicación y desarrollo en Internet de un *software* colaborativo tipo web 2.0, conocido popularmente como *wiki*, ha permitido como vimos en la parte primera de este estudio, una superposición de los roles de creador y usuario. Así como la creación de obras a partir de la interacción de una gran cantidad de sujetos que trabajan sobre un mismo documento de un tema *wiki* de una forma global y conjunta en red. Este trabajo colectivo se realiza a partir de un programa de edición sobre HTML, donde se almacena la información y se van sustituyendo las versiones antiguas por las nuevas generadas por otros usuarios, quedando reflejadas estas

⁶²³ STJUE de 19 de diciembre de 2013, Sala Quinta, C-202/2012, LA LEY 196406/2013, fundamento 18. En este sentido, en la sentencia referida se reconoce como tutelado por el art. 7 de la Directiva 9/96/CEE una recopilación de anuncios obtenida a través de un metamotor de búsqueda.

⁶²⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al art. 10”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op.cit.*, p. 211.

sucesivas contribuciones de los usuarios en el historial de la página⁶²⁵. Estas actualizaciones de los usuarios producen una constante actualización de los contenidos generados en entornos wikis.

En el ámbito de Wikipedia y otros proyectos de Wikimedia similares, esta actualización permanente provocará la transformación de la enciclopedia interactiva como una nueva obra colectiva de esta fundación, tras cada actualización.

Y en el caso, de que la aportación de contenidos por los partícipes de la wiki se realice sin control jerárquico por parte de una organización que sustente el proyecto las entradas, en la medida que son aportaciones individualizadas y sean originales e introduzcan una “variación distinguible”, al ser actualizadas por otros usuarios, generarán nuevas obras derivadas⁶²⁶. En la medida que estas nuevas entradas gocen de originalidad en el sentido de que introduzcan una “variación distinguible” sobre el material incorporado⁶²⁷ serán protegidas por el derecho de autor como obras derivadas. Como transformación de la entrada originaria que introdujo ese tema *wiki*, deberá contar con la autorización de su autor, lo que en los entornos *wikis*, y tal y como hemos visto, se consigue por medio de la aplicación del régimen de licencias *Creative Commons*, donde se generaliza a partir de 2007 el uso de la licencia *Creative Commons* versión 3.0 BY SA, atribución-compartir igual que permite la transformación de la entrada, la generación de una nueva versión protegida y el sometimiento de la misma a las mismas condiciones y régimen de licencia de la entrada originaria. Con ello se asegura el flujo permanente de interacciones de los usuarios sobre la entradas incorporadas a los entornos *wikis* y la actualización permanente de sus contenidos.

En la misma medida, y como apuntamos en la primera parte de nuestro estudio los programas de código abierto se caracterizan porque el código fuente está abierto a los usuarios de forma que el producto puede ser mejorado y desarrollado de

⁶²⁵ LEUF, B. Y CUNNINGHAM, W.: *The wiki way. Quick collaboration*, *op.cit.*, p. 96.

⁶²⁶ SERENO RESTREPO, J.S.: “Contenido generado por usuarios...”, *op.cit.*, p. 226.

⁶²⁷ SERENO RESTREPO, J.S.: “Contenido generado por usuarios...”, *op.cit.*, p. 227.

forma gratuita por la comunidad de usuarios, o al menos, aquellos cuyos conocimientos informáticos se lo permitan. Los nuevos regímenes de licencia *Creative Commons* surgidos para la difusión de obras protegidas en Internet, y en especial la licencia *copyleft*, en la misma medida que en los entornos *wikis*, atribuye autoría al desarrollador y autoriza tanto su utilización colectiva como su transformación por otros desarrolladores, lo que asegura la mejora y el desarrollo permanente del *software* creado bajo código abierto.

Ahora bien, la autorización de la transformación de la obra y la generación de una nueva obra derivada a través de la licencia *copyleft*, no impide que puedan quedar afectados determinados derechos morales del autor de la entrada original. Debemos partir de la consideración del régimen de licencias *Creative Commons* como un sistema de puesta a disposición colectiva de la obra, como hemos visto, un régimen de transmisión de derechos patrimoniales, o quizá mejor dicho de renuncia al carácter exclusivo de los mismos en beneficio de la colectividad. Pero este sistema de licencias tiene consecuencias no sólo en el plano patrimonial, pues afecta al derecho a la paternidad de la obra, pero también al resto de facultades morales de autor, entre las que se encuentra el respeto a la integridad de la obra.

En este sentido, y en la medida que el creador de la nueva versión de la entrada no sólo adiciona información sino que puede alterar el contenido de la entrada previa, o en el caso del desarrollo de *software*, se pueda alterar las funcionalidades de la versión previa, podría generarse una vulneración a estas facultades morales por parte del autor de la nueva versión cuando atente contra el contenido de la obra, aquello que la hace reconocible y dota a la obra de una identidad propia.

TERCERA PARTE

***EL CONTENIDO DE LA EXPLOTACION
EN LÍNEA DE OBRAS Y PRESTACIONES
PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE
AUTOR EN INTERNET: DERECHOS
AFECTADOS***

PREÁMBULO

En esta tercera parte abordamos el estudio de los derechos que resultan afectados por la explotación digital en Internet. En la medida que nuestro estudio se centra en el entorno en línea, no se van abordar las formas de explotación de contenidos protegidos fuera de línea, aunque utilicen la tecnología digital como forma de fijación en soportes físicos, o utilicen la red como mero mecanismo de transmisión en línea, pero sin la nota de interactividad que caracteriza la transmisión de la información en la red.

Nuestro objeto de estudio se centra, por tanto, en las transmisiones digitales e interactivas de contenidos protegidos en Internet. Por ello, procedemos en el primer capítulo a estudiar dichas transmisiones, con el análisis de las operaciones que desde un punto de vista técnico implican, así como la afectación a los distintos derechos patrimoniales de autor. Aunque, el esquema de derechos patrimoniales reconocidos, constituye nuestro esquema previo de análisis, hemos considerado conveniente introducir un análisis más profundo, en cuanto a cuestionar otras formas alternativas a la construcción jurídica de las transmisiones de contenidos protegidos en Internet, según las categorías de derechos patrimoniales surgidos en el entorno analógico.

Tanto en el marco internacional, como por parte de Estados Unidos y la UE, ha existido un cierto consenso en cuanto a la calificación de estas transmisiones de acuerdo con las categorías de derechos patrimoniales de autor, pero excluyendo que estos actos de comunicación puedan ser calificados desde el punto de vista del derecho de distribución. La DDASI ha seguido el modelo de implementación establecido por la OMPI, en cuanto a la calificación de estas operaciones desde el punto de vista del derecho de reproducción y el nuevo derecho de puesta a disposición del público. Por ello, en el capítulo segundo se analiza el derecho de reproducción, y la significación que éste adquiere en el nuevo entorno digital y desmaterializado, donde no existe un soporte físico, sino una sucesión invisible de bits, objeto de transmisión electrónica. En especial, se aborda el tema de las reproducciones provisionales, para deslindar dos ámbitos, el de aquellos actos que

forman parte del contenido propio del derecho, y aquellos otros que quedan fuera o han sido excepcionados. En la medida, que este ha sido el caballo de batalla en casi todos los marcos normativos, se recurre a ellos en nuestro estudio, para ofrecer un tratamiento más integral de esta cuestión. En especial, respecto al marco de protección internacional conformado por los tratados de la OMPI, el derecho norteamericano y europeo, así como la transposición de la DDASI a nuestro ordenamiento interno. Sin perjuicio, de que otros actos de reproducción definitiva sean objeto también de tratamiento y definición, atendiendo a las nuevas formas de fijación inmaterial o magnética, que suponen también una evolución del propio concepto tradicional de reproducción.

Finalmente, en el capítulo tercero se aborda el derecho de puesta a disposición del público, así como su configuración en el ámbito internacional y europeo, para calificar los actos de comunicación interactiva en Internet.

***CAPÍTULO PRIMERO.-* LA TRANSMISIÓN DIGITAL
E INTERACTIVA DE CONTENIDOS PROTEGIDOS
EN INTERNET COMO NUEVA FORMA DE
EXPLOTACIÓN**

1. Uso v. Explotación en Internet: el esbozo de una definición omnicompreensiva de “explotación patrimonial”.

El art. 17 del TRLPI establece bajo el título de “derecho exclusivo de explotación y sus modalidades” 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”⁶²⁸. Este “derecho exclusivo de explotación” atribuye, como vimos, al autor un monopolio jurídico de explotación económica de la obra en cualquier forma⁶²⁹, y en especial, mediante su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación⁶³⁰, como premio, en palabras de ASCARELLI, “al propio trabajo, al esfuerzo mismo del acto de creación”, o de devolución al creador del beneficio social y cultural que su obra aporta al “progreso cultural”⁶³¹.

Como PLAZA PENADES pone de manifiesto la característica más importante de los derechos de explotación es que de un lado “son transmisibles, tanto *mortis causa* como *inter vivos*, ya sea por cesión exclusiva o no exclusiva (art. 42 y ss. TRLPI), embargables e hipotecables (artículo 53 TRLPI)”, y de otro, que según el art. 23 del TRLPI estos derechos son independientes entre sí, “en el sentido de que son disponibles para el autor y transmisibles o disponibles por separado” respecto a su ámbito material, espacial y territorial⁶³². Ahora bien, a pesar de esa independencia,

⁶²⁸ Resulta destacable que en el TRLPI se recoja ese derecho de explotación global, a diferencia de lo que ocurre en el Convenio de Berna donde se opta por atribuir derechos concretos, diferencia que como hemos apuntado tiene relevancia en el momento de calificar los nuevos actos de explotación vinculados a transmisiones digitales.

⁶²⁹ ASCARELLI, T.: *Teoría de la concurrencia...*, *op.cit.*, p. 282.

⁶³⁰ RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 17” en *Comentarios de la Ley de Propiedad...*, *op.cit.*, p. 149.

⁶³¹ ASCARELLI, T.: *Teoría de la concurrencia...*, *op.cit.*, p. 276 y ss.

⁶³² PLAZA PENADES, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 97 y ss.

incluso posible atipicidad fuera de los derechos referidos de modo expreso⁶³³, su englobamiento en el art. 17 dentro del “derecho de explotación patrimonial” no hace sino incidir en la construcción del mismo como un monopolio económico y jurídico. Así, otorga a su titular el derecho a prohibir cualquier acto de explotación patrimonial de la obra “en cualquier forma” que no haya sido autorizado previamente⁶³⁴. En este sentido decimos que se construyen como derechos exclusivos.

La ley no define lo que debe entenderse por explotación patrimonial, aunque podríamos considerarlo inferido del art. 17 del TRLPI, como todos aquellos actos que implican el ejercicio de alguno de los derechos reconocidos en este precepto. Desde el planteamiento de la llamada “cultura del compartir” se ha querido confrontar este concepto a la utilización o uso no restringido y libre de las obras en Internet. En este estudio sostenemos un concepto de explotación que comprende todos aquellos actos de utilización o disfrute público de la obra⁶³⁵, que son susceptibles de incidir en el ámbito material del derecho a la explotación patrimonial de la obra reconocido en el art. 17 del TRLPI⁶³⁶. Y ello con independencia de que dichos actos hayan sido autorizados en virtud de licencias *Creative Commons* y permitan un uso libre y gratuito. Porque, como vimos al abordar esta cuestión, se

⁶³³ Sobre la admisibilidad de derechos de explotación patrimonial atípicos, dado el *numerus apertus* del art.17 del TRLPI se manifiesta abiertamente RODRIGUEZ TAPIA, J.M: “Comentario al art. 17” en *Comentarios de la Ley de Propiedad..., op.cit.*, p. 152 y ss. Sobre estos nuevos derechos podría incluirse, el reivindicado por algún sector doctrinal, derecho al control del acceso, que en un entorno tecnológico donde la medidas tecnológicas de protección otorgan a su titular un auténtico *ius prohibendi* y un régimen jurídico propio, así como una importancia cada vez mayor en la red. Sobre esta cuestión vid. también: GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 563, para XALABARDER PLANTADA, R.: “Les llicències Creative Commons...”, *op.cit.*, p. 5.

⁶³⁴ Es importante en este punto marcar la distinción, en el sentido apuntado por RODRÍGUEZ TAPIA, F.: “Comentario al art. 17”, *op.cit.*, p. 158 entre explotación de la obra y uso de la misma. Aunque como señala este autor “en ocasiones la LPI utiliza los términos *usuario, uso o utilización* de forma impropia, porque, sin dejar de ser un uso, estamos más bien ante actos de explotación”.

⁶³⁵ DUSSOLIER, S.: “Technology as an Imperrative for Regulating Copyright From the Public Exploitation to the Private Use of the Work”, *E.I.P.R.*, 2005, p. 202 para quien “By protecting any act of technical fixation, it is the mere use of the workthat is protected”.

⁶³⁶ Recogiendo la idea de ASCARELLI, T.: *Teoría de la concurrencia...*, *op.cit.*, p. 280 en cuanto a que el bien jurídico tutelado en el derecho de autor se centra en “la probabilidad de ganancia representada por la posibilidad de utilizar la creación intelectual en una actividad con terceros”.

trata de un régimen de licencias que opera dentro del marco normativo de transmisión de derechos establecido en los art. 42 y ss. del TRLPI, y con los límites propios de cualquier negocio de cesión.

De este modo, sostenemos que existe explotación patrimonial de la obra, aunque su autor haya renunciado a la remuneración correspondiente, a cambio de ofrecer un acceso a la obra no restringido en la red. Ya que la ausencia de remuneración no priva de significación económica al acto, lo que se pone de manifiesto de forma especial, incluso, en aquellas licencias *Creative Commons* que autorizan un uso comercial de la obra.

Asimismo, cualquier utilización ilícita de la obra en Internet, como un archivo compartido en una red *peer-to-peer*, que no cuente con la autorización de los titulares de los derechos de autor, supone un acto de explotación patrimonial no autorizado por parte de su autor. En la cuarta parte de este estudio abordaremos si puede jugar alguno de los límites o excepciones al derecho de autor, en especial, la copia privada. Con ello tratamos de reconducir los contenidos protegidos al régimen del Derecho de autor y sus categorías específicas, deslindando necesariamente el tratamiento de los contenidos protegidos por el Derecho de autor y la utilización libre de la información en la red.

La explotación digital de obra protegidas en Internet ha llevado a la redefinición de los derechos de explotación patrimonial en un nuevo entorno tecnológico, donde como veremos el derecho de autor participa de modo activo en el proceso de transmisión de la información, y en este sentido, la explotación de las creaciones intelectuales adquiere un nuevo significado tecnológico. Por tanto, en esta tercera parte, una vez definidos los sujetos y los objetos de esta nueva forma de explotación patrimonial de las obras en Internet, delimitaremos el ámbito de derechos patrimoniales afectados por la explotación digital de los contenidos protegidos en Internet. Para ello, debemos calificar jurídicamente las transmisiones digitales e interactivas de contenidos protegidos en Internet.

2. Las transmisiones digitales como operaciones complejas.

2.1 Consideraciones previas.

Con la llegada de las redes informáticas se inician nuevas formas de disfrute *online* de obras protegidas⁶³⁷, que suponen una nueva forma de explotación económica de los contenidos protegidos⁶³⁸. Esta tecnología ha introducido nuevas formas de uso y disfrute de los bienes culturales, ahora *on demand*⁶³⁹, y de una forma desmaterializada. La obra se convierte en una sucesión inaprensible de *bits*⁶⁴⁰, sin un soporte que pueda ser objeto de negocio, por lo que se inicia “un proceso de desidentificación entre el soporte y la obra o prestación incorporada al mismo”⁶⁴¹. Estos contenidos se pone a disposición de los usuarios como información disponible en línea, en ese espacio virtual llamado Internet, para que sean éstos quienes decidan en qué momento disfrutarán de ellos.

Estas nuevas formas de disfrute o uso punto a punto contrastan con los modelos propios de la radiodifusión o la transmisión de contenidos punto a multipunto. Así, se desligan de manera definitiva de conceptos como las audiencias, para pasar a ofrecer otros sistemas como el recuento electrónico del número de visitas o descargas, que de forma sucesiva realizan los usuarios al disfrutar de estos contenidos.

Pero estos nuevos actos de explotación, en la medida que afectan a contenidos protegidos por el Derecho de autor, deben ser calificados. Para comprender en qué medida dichos usos afectan a los derechos de autor, y esbozar una calificación jurídica de los mismos, debemos primero analizar el acto de

⁶³⁷ GARROTE FERNANDEZ-DÍAZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 171.

⁶³⁸ MASSAGUER, J. y SALELLES, J.: “El derecho de propiedad intelectual ante los desafíos...”, *op.cit.*, p. 10.934; ASENSIO, P. A.: *Derecho Privado de Intern*, ed. Aranzadi, Cizur-Menor, 2011, p. 736; GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: “El derecho de autor...”, *op.cit.*, p. 1.

⁶³⁹ PLAZA PENADES, J.: “La propuesta de directiva de derechos de autor...”, *op.cit.*, p. 89.

⁶⁴⁰ FRASER, S.: “The Copyright Battle: Emerging...”, *op.cit.*, p. 807.

⁶⁴¹ CARBAJO CASCÓN, F.: “Reproducción y copia privada...”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 2, 2003, p. 47.

transmisión digital por el que esos contenidos protegidos se ponen a disposición de los usuarios de Internet.

2.2 Características de las transmisiones digitales en Internet.

A) El acto de puesta a disposición de contenidos protegidos en Internet: interactividad y disfrute diferido.

Como hemos indicado, una de las características de las transmisiones de contenidos protegidos por el Derecho de autor en Internet, es que el disfrute de estos contenidos queda diferido al momento en que el usuario decida disfrutar de ellos. Esta sería una primera forma de interactividad, de las muchas otras que permite Internet⁶⁴². Es la primera elección que debe realizar el usuario, decidir en qué momento y cómo accederá a los contenidos ofrecidos. Aquí se sitúa la primera diferencia destacable respecto a la radiodifusión tradicional, donde se produce una recepción formal por parte de la audiencia en el momento en que esos contenidos son retransmitidos.

Por el contrario, lo que caracteriza a esta forma de transmisión interactiva en Internet es, más bien, la existencia de una “oferta permanente a un público indeterminado”⁶⁴³. En definitiva, la diferencia entre ambas formas de comunicación de contenidos protegidos se sitúa no en el medio a través del que se transmite la información, sino en la forma en que esa comunicación se produce, de modo interactivo en el caso de Internet.

En este sentido, la información puede transmitirse por ondas hertzianas, vía satélite, por cable o, incluso, por medio de una red digital en Internet. Pero sólo existirá transmisión digital en Internet, en el sentido que centra nuestro estudio, en la medida que permita un grado de interactividad, al menos en ese estado inicial, en el

⁶⁴² Sobre esta nota caracterizadora de la comunicación en Internet vid. BERN HUGENHOLTZ, P. : “Adapting Copyright to the Information Superhighway”, *The future of copyright in a digital environment*, ed. BERN HUGENHOLTZ, pub. Kluwer Law International, The Hague, 1996, p. 85.

⁶⁴³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 259.

que se otorga al usuario la facultad de determinar el momento y el lugar en que disfrutará de los contenidos ofertados por medio de Internet.

En este sentido, debe distinguirse con DE MIGUEL varios supuestos en que el usuario puede utilizar Internet para disfrutar de los contenidos protegidos. Pueden existir difusiones por medio de Internet, que sólo utilicen la red digital para retransmitir determinados contenidos, pero sin ofrecer al usuario la posibilidad de la interactividad propia de las transmisiones digitales. Así, para este autor en el *webcasting* el usuario únicamente disfruta de los contenidos tal y como se los proporciona el proveedor, pero sin posibilidad de selección de los mismos. Como puede ocurrir en una emisión de radio a través de Internet por parte de una cadena que únicamente utiliza Internet como medio de radiodifusión de sus programas⁶⁴⁴, pero no ofrece al usuario la interactividad que caracteriza a las transmisiones digitales en Internet. Como, por el contrario, sí ocurre en los casos del *streaming* o del *downloading*, en que el usuario selecciona qué contenidos desea disfrutar *online* o qué contenidos desea descargar en sus unidades de almacenamiento. Considero que la tendencia actual es que cada vez se introduzca una mayor interactividad en el disfrute de contenidos tanto *online* como *offline*, y que incluso en los casos de *webcasting* se ofrezca al espectador la posibilidad de un disfrute a la carta de contenidos, que puede efectuarse a través de Internet, en una transmisión punto a punto. Por lo que el *webcasting* cada vez se aproxima más al concepto de una transmisión interactiva y digital en Internet⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho Privado de Internet...*, *op.cit.*, p. 736 y ss.

⁶⁴⁵ Autores como MORRISON, A. y GILLIES, L.: "Securing Webcast Content in the European Union: Copyright Technical Protection and Problems of Jurisdiction on the Internet", *E.I.P. R.*, 2002, p. 74 sostienen un concepto amplio de *webcasting* que incluye las transmisiones interactivas, e incluso, el *streaming*. Por el contrario, otros autores como DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho Privado de Internet...*, *op.cit.*, p. 736 y ss., y GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 173 n.9 sostienen un concepto mucho más restrictivo de *webcasting*. Para este último autor es necesario distinguir entre las transmisiones a la carta y el denominado "pago por visión", que se trataría de una modalidad de radiodifusión pues "el usuario no puede acceder a la obra en el momento que él decide, ya que existe una programación previa. Lo que hace el usuario no es solicitar la transmisión de la obra, sino la posibilidad de descodificarla para disfrutar de ella a cambio del pago correspondiente, pues la obra se va a transmitir de todos modos". La evolución de la televisión, y su convergencia hacia formas de transmisión de contenidos a la carta en Internet, es una realidad que la normativa comunitaria contempla, y revela un proceso de convergencia progresiva

En este sentido, la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010, de servicios de comunicación audiovisual define en el art. 1 g) “el servicio de comunicación audiovisual a petición” como un servicio de comunicación audiovisual no lineal, “ofrecido por un prestador del servicio de comunicación para el visionado de programas en el momento elegido por el espectador y a petición propia sobre la base de un catálogo de programas seleccionados por el prestador del servicio de comunicación”. Según se establece en la directiva estos servicios deben someterse a una reglamentación más liviana y menos restrictiva en la medida que afectan a la capacidad de elección de los consumidores (Considerando 79). Dentro de este concepto no entran, según precisa el Considerando 21, los sitios *web* de titularidad privada ni los servicios consistentes en la prestación de servicios o distribución de contenidos audiovisuales generados por usuarios privados para compartirlos, de los cuales quizá uno de los casos más importantes sea YouTube, pero también los compartidos a través de otras redes sociales, que deberían igualmente someterse al régimen establecido en la DDASI⁶⁴⁶.

B) Transmisión punto a punto.

La segunda diferencia derivada de la interactividad referida, y que distingue a este tipo de transmisiones de la radiodifusión, es que no se trata de una transmisión punto a multipunto, con una audiencia que disfruta de modo simultáneo de los contenidos retransmitidos, sino de un conjunto de usuarios que tienen el poder de decidir cómo y en qué momento accederán a los contenidos ofrecidos, porque se trata de una transmisión a la carta⁶⁴⁷, y en este sentido, el acceso es individualizado⁶⁴⁸. De acuerdo con ERDOZAIN se rompe el modelo tradicional de comunicación pública

entre Internet y la televisión, vid. al respecto LAPAN, L.: “Network television and the digital threat”, *UCLA Entertainment Law Review*, 2009, nº 16, p. 344.

⁶⁴⁶ Como la propia directiva reconoce en su Considerando 69 estos servicios de comunicación audiovisual a petición tienen “potencial para substituir en parte a la radiodifusión televisiva”.

⁶⁴⁷ PLAZA PENADÉS, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 184; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 172.

⁶⁴⁸ PLAZA PENADÉS, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 183.

“en el que existía una inmediatez espacio-temporal entre el organizador del acto y el público al que se dirigía”⁶⁴⁹.

Así, estas nuevas formas de acceso y disfrute de los contenidos protegidos transforman, como hemos visto en la primera parte de este trabajo, conceptos tradicionales como el de público, que deben acoplarse en un nuevo entorno virtual e interactivo⁶⁵⁰. Incluso, los propios conceptos jurídicos de comunicación pública adquieren, como veremos, en este nuevo entorno otros matices.

C) El binomio reproducción-comunicación: la nueva significación tecnológica e instrumental de la copia en las transmisiones en Internet.

En Internet la transmisión de la información, tal y como vimos, requiere la realización de múltiples copias a lo largo de todo el proceso, de acuerdo con la tecnología de conmutación de paquetes. En este sentido, la información debe ser transmitida desde el punto de origen o su ubicación en Internet, normalmente en un sitio *web* o cualquier dispositivo de almacenamiento, hasta su lugar de destino, en ese esquema de transmisión punto a punto al que nos hemos referido. Junto a estas copias técnicas y efímeras, se generan otras reproducciones permanentes, como la fijación de los contenidos protegidos en unidades de almacenamiento, así como otras reproducciones instrumentales, de duración temporal, que permiten el disfrute de la obra en el ordenador del usuario, como las copias RAM, y que culminan el proceso de comunicación de la obra al usuario⁶⁵¹.

Esta significación tecnológica de las copias en las transmisiones digitales de Internet hace que la comunicación pública de los contenidos protegidos, se asocie de manera indisoluble, a un conjunto de copias efectuadas a lo largo del proceso de transmisión de contenidos, y por tanto al derecho de reproducción. Esta incidencia

⁶⁴⁹ ERDOZAIN LÓPEZ J.C.: *Derechos de autor y la propiedad...*, *op.cit.*, p. 130.

⁶⁵⁰ GONZALEZ DE ALAIZA CARDONA, J.: “Napster: copias robadas...”, *op.cit.*, p. 74.

⁶⁵¹ CARBAJO CASCÓN, F.: “Reproducción y copia privada...”, *op.cit.*, p. 47; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, F.: *El derecho de Internet...*, *op.cit.*, p. 173 yss.

del propio proceso tecnológico en los derechos patrimoniales de autor nos lleva a plantearnos el grado de afectación a los mismos.

2.3 La transmisión digital en Internet como operación compleja: derechos afectados.

A) El derecho de reproducción: el significado instrumental y final de la copia en Internet.

En la medida que Internet permite un intercambio telemático de información, estos contenidos se transmiten por la red, como hemos indicado, a través de la tecnología de conmutación de paquetes. De este modo, la transmisión de la información, como vimos, se realiza de forma fragmentada, a través de pequeños paquetes o *bits* que son transmitidos por Internet y recibidos por TCP que unifica los diferentes paquetes en que se dividió el mensaje original. Finalmente IP (*Internet Protocol*) administra la dirección de cada paquete, para que llegue a su destino correcto. De este modo, a lo largo del proceso de transmisión se efectúan diferentes copias parciales y efímeras de estos contenidos. En este sentido, Internet ha puesto de manifiesto la importancia de las reproducciones provisionales en el nuevo entorno digital y su carácter instrumental dentro del proceso de transmisiones que se efectúan para que los usuarios puedan acceder a los contenidos ofrecidos en la red.

Por otro lado, una de las consecuencias de la revolución digital, la desmaterialización del soporte, se traduce en la necesidad de un acceso electrónico a estos contenidos que exige efectuar copias en la memoria RAM de los ordenadores para poder obtener su disfrute. Junto a estas reproducciones existen otro tipo de reproducciones más o menos permanentes, que se efectúan para permitir un acceso rápido a dichos contenidos, teniendo en cuenta que aunque el acceso se efectúa punto a punto, las demandas pueden multiplicarse en la red, que puede quedar colapsada, por las propias limitaciones tecnológicas o el aumento de la demanda.

Junto a estas reproducciones provisionales, que serán objeto de estudio detenido en el capítulo siguiente, la oferta de contenidos protegidos en Internet exige

la realización de actos de fijación permanente de la obra, de forma que los usuarios puedan acceder a la mismos. Como cuando se introducen contenidos protegidos en los servidores u ordenadores conectados a la red (*uploading*) o cuando se descargan estos contenidos en el ordenador del usuario (*downloading*)⁶⁵².

Desde el origen de Internet, no ha ofrecido duda que estos nuevos actos de disfrute y explotación de contenidos protegidos por el Derecho de autor afectaban al derecho de reproducción, el problema, como veremos en el capítulo siguiente, al tratar con más detenimiento esta cuestión, se ha centrado en la cuestión de los límites de las copias admisibles en este nuevo entorno tecnológico. Es decir, en qué medida las reproducciones provisionales debían quedar fuera o dentro del ámbito material del Derecho de autor, y en qué medida, en consecuencia, debían contar con la autorización del titular de estos derechos, o quedar amparados por una excepción.

B) La puesta a disposición de contenidos en Internet: ¿comunicación pública o distribución?

Para que los contenidos ofrecidos en Internet sean accesibles por sus usuarios, no basta con la mera fijación de los mismos en determinadas unidades de almacenamiento, en servidores o en discos duros de ordenadores personales, sino que deben ser puestos a disposición del público, es decir, “compartidos” al resto de usuarios de la red. Por ejemplo, ofreciendo esos contenidos a través de la WWW mediante una URL accesible por el resto de cibernautas. Aunque también se pueden poner a disposición de otros usuarios mediante redes sociales, redes *peer-to-peer*, apps nativas o formas de almacenamiento en la nube con la opción de compartir archivos con otros usuarios (como Dropbox o iCloud).

Las propias características de las transmisiones digitales en Internet, en especial su interactividad y que se realizan punto a punto, ha cuestionado la posible aplicación del concepto de comunicación pública, así como se han destacado también

⁶⁵² GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet*, *op.cit.*, p. 276; CARBAJO CASCÓN, F.: “Reproducción y copia privada...”, *op.cit.*, p. 47; LOPEZ MATA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 14.

las dificultades de adaptar el concepto tradicional de “público” a la forma en que se produce la comunicación en este nuevo entorno. Se ha planteado, como vimos en la introducción, fundamentalmente en el derecho norteamericano y en algún documento europeo anterior a la DDASI, la posibilidad de calificar estos actos de oferta digital de contenidos en Internet como actos de distribución. Sobre todo en aquellos casos, en que se efectúa una descarga electrónica de los mismos, acompañada de un cierto poder de disposición de la copia por parte del usuario, en un entorno digital sin diferencias significativas ya respecto al original. La DDASI cierra esta cuestión al calificar los actos de transmisión en línea como servicios, y excluir de forma expresa la aplicación del derecho de distribución en su Considerando 29.

C) Interconexión entre actos de reproducción y puesta a disposición.

Como vemos se produce en Internet una conexión permanente entre actos de reproducción y puesta a disposición. De esta forma la comunicación en línea de contenidos protegidos, exige la realización de actos que afectan tanto al derecho de reproducción como al nuevo derecho invocado de puesta a disposición. La calificación de estos actos dará lugar, como veremos en el apartado siguiente, a diferentes posicionamientos, aunque ha existido un consenso internacional en cuanto a aplicar las categorías jurídicas existentes del Derecho de autor a estos actos de explotación digital.

La interconexión entre ambos actos de explotación, dentro de una misma transmisión electrónica, constituye, con independencia del tratamiento jurídico que se le de, una operación compleja⁶⁵³. Este carácter complejo del acto transmisivo ha llevado a parte de la doctrina norteamericana a hablar de un cierto “solapamiento del Derecho de autor”, y exigir una posición crítica y revisionista del tratamiento jurídico ofrecido al Derecho de autor en el nuevo entorno⁶⁵⁴.

⁶⁵³KLAFKOWSKA-WANIOWSKA, K.: “Public Communication Right Towards Full Harmonisation”, *E.I.P. R.*, 2013, Iss.12, p. 751.

⁶⁵⁴LEMLEY, M.A.: “Dealing with Overlapping...”, *op.cit.*, p. 45.

2.4 Precisiones en torno al derecho de transformación.

En la explotación en línea de contenidos y prestaciones protegidas se ha planteado la incidencia del derecho de transformación. Sin embargo, el proceso electrónico de transmisión de contenidos protegidos en la red no afecta de manera necesaria a este derecho. El tema se ha planteado en relación a la tecnología de conmutación de paquetes. Como hemos visto esta tecnología permite fraccionar la información en paquetes de datos para que circulan de manera más rápida en la red. En este proceso tecnológico el contenido o prestación protegida, como cualquier otra información en la red, quedaría fragmentado en un montón de paquetes de datos, que sólo al llegar a su destino se recompondrían. Se ha descartado que este proceso técnico pueda constituir una transformación de dichos contenidos. Por cuanto los mismos no circulan en la red de forma visible, dichos contenidos sólo se visualizan cuando llegan a su lugar destino y en la memoria RAM se construye este contenido de forma íntegra a partir de las tramas que llegan por los diferentes *routers*.

Asimismo tampoco constituirían actos de transformación de dichos contenidos el cambio de formato de los archivos digitales donde se fijan éstos, siempre que no afectara a la integridad de la obra, así como la digitalización de contenidos fijados en soporte material, aunque en este caso sí que afectaría al derecho de reproducción. Pues tanto en un caso como en otro entendemos que dichos actos afectan al soporte en que se materializa o fijan estos contenidos protegidos.

Por último, cabe apuntar que el derecho de transformación, como se verá más adelante, posee incidencia en aquellos supuestos en que se afecta a la forma de la obra. Así, se ha considerado en relación a los tonos de llamada de los teléfonos móviles, en la SAP de Madrid de 5 de abril de 2010⁶⁵⁵, posteriormente confirmada por la STS de 18 de diciembre de 2012⁶⁵⁶. En este caso se consideró que estas utilizaciones infringían el derecho de transformación, al necesitar para obtener estos tonos unos arreglos que dieron lugar a una obra nueva con diferencias esenciales

⁶⁵⁵ SAP de Madrid de 5 de abril de 2010, *LA LEY 73232/2010*.

⁶⁵⁶ STS de 18 de diciembre de 2012, *LA LEY 211962/2012*.

respecto a la original. Ya que, si bien el derecho de transformación se había cedido “con vistas a su utilización interactiva en producción o en transformaciones multimedia, analógicas y digitales”, no se había cedido el derecho de transformación en general, y por tanto, estas modalidades de utilización no habían sido objeto de cesión.

Por otro lado, y en los entornos *wikis* de creación participativa, el resultado creativo se halla en proceso permanente de actualización y transformación, por lo que en estos entornos, como ya dijimos, se utilizan licencias *copyleft* que autorizan la transformación de los contenidos, y la creación de nuevas obras derivadas, por lo que nos remitimos a las consideraciones efectuadas al tratar ese tipo de obras en la parte dedicada al objeto.

3. Calificación jurídica de las transmisiones digitales e interactivas en Internet.

3.1 Consideraciones previas.

La aparición de Internet, el desarrollo de la sociedad de la información y la consagración de nuevas formas de explotación digital de contenidos protegidos en Internet, ha llevado a la necesidad de calificar jurídicamente estos actos desde el punto de vista del Derecho de autor. Por ello, con urgencia, ante los riesgos asociados a esta nueva tecnología, y las prácticas ya iniciadas de piratería, se hizo necesario dotar de un marco jurídico cierto a estas operaciones de explotación patrimonial de obras y prestaciones protegidas.

Las opciones para proceder al encuadramiento jurídico de estos nuevos actos de explotación eran básicamente dos. Por un lado, estaba la opción de subsumir estos actos dentro de los derechos patrimoniales reconocidos a nivel internacional a los autores y titulares de derechos conexos sobre los contenidos protegidos. Por otro lado, existía también la posibilidad de crear *ex novo* un derecho patrimonial que se ajustará en su contenido a los nuevos actos de transmisión digital e interactiva.

En el ámbito internacional, y como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ pone de manifiesto, se contaba además con una dificultad añadida, y era que los Convenios de Berna y Roma, no establecían el derecho exclusivo general a explotar la obra, en la línea del art. 17 del TRLPI, sino que atribuían derechos específicos sobre la creación⁶⁵⁷. Aunque las dificultades de adaptación al nuevo entorno de los convenios referidos, forzó la necesidad de nuevos textos normativos que ofrecieran un tratamiento jurídico más adecuado del derecho de autor en Internet.

3.2 La posición norteamericana.

La calificación jurídica de las transmisiones digitales desde el punto de vista del *copyright* ha dado lugar en EEUU a una jurisprudencia vacilante, más centrada en cuestiones como el control del uso a través de las medidas tecnológicas de protección, la incidencia del *fair use* y el régimen de responsabilidad de los PSI, que en elaborar una teoría sobre esta cuestión⁶⁵⁸.

No obstante con anterioridad a la DCMA, el *Green Paper* en 1994 abordó el encuadramiento de las transmisiones digitales, y optó por considerarse que las mismas constituían actos de reproducción y distribución. De esta forma precisa que el código binario constituye una posible forma de fijación, que la digitalización o los actos de *uploading* o *downloading* constituyen actos de reproducción que deben ser autorizados por los titulares del *copyright*, y que las transmisiones digitales afectan al

⁶⁵⁷ GARROTE FERNÁNDEZ- DÍAZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 175.

⁶⁵⁸ Así en una serie de sentencias se consideran afectados los derechos de reproducción, distribución, exhibición y ejecución pública como en la *Religious Technology Center y otro v. Netcom on-line Communication Services*, 907F. Supp. 1361 (N.D.Cal 1995) y *United States District Court, M.D. Florida PLAYBOY ENTERPRISES, INC., Plaintiff, v. George FRENA, d/b/a Techs Warehouse BBS Systems and Consulting, and Mark Dyess, Defendants*, 839 F.Supp. 1552 (No. 93-489-Civ-J-20). En otros el acto transmisivo se ha enmarcado dentro del derecho de reproducción, como en *Sega Enterprises, Ltd. v. Maphia* 948 F. Supp. 923 (N.D.Cal. 1996). Y en los casos *Playboy enterprises, inc., plaintiff, v. Chuckleberry* (79. civ. 3525 (sas)) en el que se razona: “Here, Defendant does more than simply provide access to the Internet. It also provides its own services, PLAYMEN Lite and PLAYMEN Pro, and supplies the content for these services. Moreover, as in Frena, these pictorial images can be downloaded to and stored upon the computers of subscribers to the service. In fact, Defendant actively invites such use: the Internet site allows the user to decide between viewing and downloading the images. Thus this use of Defendant's Internet site constitutes a distribution”. En la misma línea se manifiestan otros casos posteriores como *Agence France Presse v. Morel* 769 F. Supp. 2d 295 (S.D.N.Y. 2011) y *Stockart.com LLC v.Engle* No.10-588, 2011 U.S. Dist. LEXIS 20470 (D. Colo. Feb. 18, 2011).

derecho de reproducción y distribución. Y se sugiere la reforma de la §106 (3) para incluir las transmisiones digitales dentro del derecho de distribución y la §109 para precisar que la doctrina del agotamiento del derecho después de la primera venta no se aplica a los actos de disposición efectuados mediante transmisiones digitales en Internet.

La *Digital Performance Right in Sound Recordings Act* de 1995 fue la primera norma norteamericana que abordó la cuestión de las transmisiones digitales. En esta norma se establece un derecho de distribución y un derecho de ejecución pública a favor de los productores de fonogramas respecto a las transmisiones digitales de los mismos, y se establece un régimen de licencias para favorecer el uso autorizado de los fonogramas en las nuevas redes digitales. Por medio del derecho de ejecución se asegura que el mero uso del fonograma en la red a través de su audición deba ser autorizado por el titular del *copyright*. A través del derecho de distribución se cubren los actos de descarga en los que se efectúan reproducciones. Como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ apunta esta distinción fue criticada por la doctrina, ya que en realidad incluso los actos de disfrute *in streaming* implican actos de reproducción⁶⁵⁹, (al menos en RAM, o incluso en *caché*).

La consideración de las transmisiones digitales como actos de distribución sigue presente en el *White Paper*, con unos planteamientos muy próximos al *Green Paper* y la doctrina más purista en la defensa del *copyright*. En este sentido, sostiene que el acto de *uploading* en virtud del cual se transmiten contenidos protegidos, debe considerarse dentro del contenido propio del derecho de distribución, en la medida que el original sale de la memoria del ordenador del usuario para permitir una serie de copias con destino a todos los usuarios que efectúan acciones de *downloading*. Pero para acomodar el contenido del derecho de distribución a los nuevos usos digitales se recomienda la modificación de la §106 (3) para incluir también la distribución por transmisión, así como la §109 para precisar que la doctrina del agotamiento del derecho después de la primera venta no se aplica a las transmisiones

⁶⁵⁹ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 191.

digitales en Internet. Y se aclara que cuando los contenidos protegidos se transmiten *in streaming*, sin posibilidad de descarga, para ser vista u oída *online*, deben ser calificados como actos de representación pública.

La crítica de la doctrina al *Green Paper* se centró en que estas asimilaciones resultaban rechazables por varios motivos. En primer lugar, porque, aplicando el esquema propio de la distribución de ejemplares materiales, se partía de la misma distinción entre original y copia. Pero esa distinción, tan clara en el entorno fuera de línea, resulta difusa en el mundo digital⁶⁶⁰. En segundo lugar, el derecho de distribución se aplica a aquellos actos donde existen ejemplares físicos, que pueden ser objeto de venta, alquiler o préstamo, y encuentra por tanto difícil acomodo en el ámbito de las transmisiones inmateriales de obras⁶⁶¹. En tercer lugar, porque no existe una distribución en masa, sino más bien un acto de puesta a disposición al resto de usuarios de Internet. Y, finalmente porque esta calificación introduce, dada la complejidad del acto de transmisión, donde se acumulan operaciones de copia y comunicación, un cierto solapamiento de derechos⁶⁶².

Finalmente, la DMCA no abordó el tema de la calificación de las transmisiones digitales, cuestión que sigue pendiente, sino que basó su reforma en el control del uso mediante medidas tecnológicas de protección, y el régimen especial de responsabilidad de los PSI. A la hora de implementar los tratados de la OMPI da por sentado que el nuevo derecho de puesta a disposición del art. 8 del TDA ya se encuentra en la *Copyright Act*, como resultado de la acumulación de los derechos de reproducción, comunicación, exhibición y ejecución pública. Aunque no se resuelve si ese derecho de construcción compleja contempla la entrega digital, o se entendería ejercitado sólo con la oferta de los contenidos.

⁶⁶⁰ APPEL, S.: “Copyright, Digitization of Images, and Art Museums: Cyberspace an Other New Frontiers”, *UCLA Entertainment Law Review*, 1999, v.6, p. 183.

⁶⁶¹ CHON, M.: “New Wine Bursting From Old Bottles...”, *op.cit.*, p. 263; FRASER, S.: “The Copyright Battle: Emerging International...”, *op.cit.*, p. 816.

⁶⁶² LEMLEY, M.A.: “Dealing with Overlapping...”, *op.cit.*, p. 45.

3.3 La posición europea.

En el ámbito europeo podemos decir que con anterioridad a la DDASI, los diversos documentos preparatorios, y en especial el *El Libro Verde sobre los derechos del autor y los derechos afines en la Sociedad de la información (COM(95) 382 final)*, no llegaron a ninguna conclusión significativa en este punto, pero esbozaron una serie de ideas, algo dispersas y en ocasiones contradictorias. Así, el problema de la calificación de las transmisiones se analizó como parte del mercado interior, y desde esta perspectiva se planteó la conveniencia de calificarlas como prestación de servicios, para evitar la doctrina del agotamiento de derechos tras la primera venta. Pero también se consideró que la noción de público impedía calificar estas transmisiones como actos de comunicación pública convencionales, por lo que siguiendo, la línea del *Green Paper* y el *White Paper*, se apuntó que estas transmisiones afectaban tanto al derecho de reproducción (procesos de carga en memoria y digitalización) como al derecho de distribución (en concreto, al derecho de alquiler)⁶⁶³.

Pero la DDASI abandona este planteamiento, y considera que estas transmisiones, según lo establecido por la OMPI en los tratados TDA y TIEF, afectan al derecho de reproducción y a un derecho de nuevo cuño que en estos tratados se define como el derecho de puesta a disposición. De esta forma, se abandona la idea de que el derecho de alquiler cubra los actos de explotación que se producen en las transmisiones digitales, dada su vinculación a los ejemplares materiales en algunas legislaciones nacionales, como la española o la alemana, y su inadecuación para adaptarse a un nuevo entorno digital.

Así, el Considerando (28) de la Directiva establece de manera expresa que “la protección de los derechos de autor, a efectos de la presente Directiva, incluye el

⁶⁶³ Vid. MASSAGUER, J. y SALELLES, J.: “El derecho de propiedad intelectual ante los desafíos...”, *op.cit.*, p. 226; ESTEVE PARDO, M^aA.: *La obra multimedia en la legislación...*, *op.cit.*, p. 107; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 226 y ss para quien la calificación de estos actos de acuerdo con el derecho de distribución favorecería a las bibliotecas, como beneficiarios de préstamo público respecto a obras digitales y digitalizadas.

derecho exclusivo a controlar la distribución de la obra incorporada en un soporte tangible”, con lo que limita la incidencia del derecho a aquellos casos en que la obra se fija en un soporte material, y sustrae del mismo las transmisiones digitales de contenidos protegidos. Y añade en el Considerando (29) que el agotamiento “no se plantea en el caso de los servicios, y en particular, de los servicios en línea”, de forma que cada “servicio en línea es, de hecho, un acto que debe quedar sujeto a autorización cuando así lo exijan los derechos de autor”, con lo que se admite, como sostiene GÓMEZ SEGADE, que la utilización en línea de una obra puede producirse de forma indefinida⁶⁶⁴. Y el art. 3 de la DDASI establece un nuevo derecho, que los Estados miembros concederán y que consistirá en “autorizar o prohibir la puesta a disposición del público” de acuerdo con la forma en que la comunicación se realiza ahora a través de Internet, es decir, *on demand*⁶⁶⁵.

La DDASI asume en esta regulación un triple objetivo, como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ sugiere⁶⁶⁶. En primer lugar, armonizar la legislación de derechos de autor de forma que las divergencias normativas no supongan un fraccionamiento del nuevo mercado digital comunitario que, al amparo de las nuevas tecnologías de la información, se está formando. En segundo lugar, adapta esa regulación a una nueva realidad tecnológica implementando los tratados de la OMPI de 1996. Y finalmente, encuentra un punto de equilibrio entre todas las partes implicadas, fundamentalmente, usuarios, proveedores de contenidos y prestadores de servicios en línea⁶⁶⁷.

En definitiva, se trata de establecer el marco jurídico de la explotación digital de contenidos protegidos, determinando qué derechos se ven afectados en estas

⁶⁶⁴ GOMEZ SEGADE, J.A.: “La propuesta de directiva sobre determinados...”, *op.cit.*, p. 32.

⁶⁶⁵ GÓMEZ SEGADE, J.A.: “El derecho de autor en el entorno digital...”, *op.cit.*, p. 5.

⁶⁶⁶ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 222.

⁶⁶⁷ Como GOMEZ SEGADE, J.A.: “La propuesta de directiva sobre determinados...”, *op.cit.*, p. 26 apunta la *Alliance for a Digital Future* se mostró muy crítica con la propuesta de Directiva, de modo que consideraban que esta regulación desincentivaría la inversión en innovación, limitaría el derecho de comunicación, así como el derecho a la intimidad de las personas, ya que los intermediarios deberían controlar el tráfico de contenidos.

transmisiones. Por ello, en esta directiva el tratamiento ya no es sectorial, como en las anteriores, sino “horizontal”, como apunta la doctrina, en un doble sentido. En el sentido de que pasa a abordar “el núcleo del derecho de autor que son los derechos de explotación”⁶⁶⁸, derechos de reproducción, distribución y comunicación pública⁶⁶⁹, para regular los actos de explotación de contenidos protegidos, tanto en su distribución *offline* (digitalizados o no), como en su transmisión *online*. Y en la medida que, en línea con lo establecido en otras directivas⁶⁷⁰, aborda una regulación no sólo de los derechos de los autores, sino también de la afección que estas transmisiones tienen respecto a los derechos vecinos, incluso como apunta PLAZA PENADÉS superando al TIEF. Ya que estas nuevas formas de explotación afectarán en gran medida a trabajos protegidos por derechos afines, como “música grabada, producciones audiovisuales o productos multimedia”, pues “la apertura al público de una base de datos para la oferta directa a la carta” puede sustituir la venta de copias en soportes materiales⁶⁷¹.

Aunque como hemos dicho, la DDASI implementa los tratados de la OMPI (TDA y TIEF), también llamados tratados de Internet, podemos decir que en algunos aspectos va más allá de estas normas internacionales. Especialmente, en lo que respecta al derecho de reproducción, por cuanto, sostiene un concepto amplio del mismo, y a diferencia de aquellos, incorpora de modo expreso el concepto de “reproducciones temporales”⁶⁷² dentro de la definición del contenido del derecho. Pero, en la línea de lo ya establecido en los tratados de la OMPI, introduce el nuevo derecho de puesta a disposición de contenidos protegidos en redes digitales, para su disfrute *on demand*. Se busca, con ello, una armonización comunitaria de las

⁶⁶⁸ GOMEZ SEGADE, J.A.: “La propuesta de directiva sobre determinados...”, *op.cit.*, p. 27.

⁶⁶⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 222.

⁶⁷⁰ Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, modificada por la Directiva 2011/77/UE del Parlamento europeo y del Consejo, y Directiva 92/100/CE del Consejo de 19 de noviembre de 1992 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

⁶⁷¹ PLAZA PENADÉS, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 188.

⁶⁷² Lo que suscitó la viva oposición de la Alliance for a Digital Future, vid. GÓMEZ SEGADE, J.A.: “La propuesta de Directiva sobre determinados...”, *op.cit.*, p. 29.

transmisiones digitales en coherencia con una regulación internacional marcada por los tratados de la OMPI. Y en este sentido se considera también que no es acertado recurrir a un derecho nuevo o ajeno al contenido de los derechos patrimoniales ya reconocidos⁶⁷³. Así, se crea el derecho de puesta a disposición dentro de la órbita del derecho de comunicación pública, en aras del principio de seguridad jurídica⁶⁷⁴.

De este modo, se excluye la opción de incluir un nuevo derecho general de explotación de obras y prestaciones protegidas para entorno de Internet. De acuerdo con GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, esta opción se debió a diversas razones: la necesidad de conservar la tradición dogmática y jurisprudencial de los Estados miembros para aplicarla al nuevo entorno digital y dotar de seguridad jurídica al nuevo e incipiente mercado interior digital, para crear confianza en los operadores, así como mantener la coherencia con la línea ya marcada por los tratados de la OMPI⁶⁷⁵.

4. Construcción jurídica de las transmisiones digitales en Internet: propuestas para un debate.

La calificación jurídica de las transmisiones interactivas de contenidos protegidos en Internet, de acuerdo con las categorías de derechos de explotación reconocidas en el Derecho de autor, ha sido acogida tanto a nivel internacional, como en la legislación norteamericana y la normativa comunitaria. A pesar de que éste ha sido un posicionamiento que ha tratado de dar seguridad al tratamiento jurídico de estas transmisiones en cuanto a su afectación al Derecho de autor ha sido cuestionado desde algunas posiciones doctrinales.

En especial, desde la doctrina norteamericana se ha criticado que los derechos de explotación atribuidos al autor provocan en su traslación a Internet un cierto

⁶⁷³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 233 y ss.

⁶⁷⁴ BRAGA DE SIQUEIRA, M.R.: “El derecho de puesta a disposición del público: antecedentes normativos y primera jurisprudencia”, *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, 2010, nº 34, p. 62 y ss.

⁶⁷⁵ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 233 y ss.

solapamiento de derechos⁶⁷⁶. Se ha argumentado que las transmisiones telemáticas son actos complejos⁶⁷⁷, en este sentido no pueden ser definidos como un solo acto de explotación, y que se efectúan copias técnicas, que deben quedar al margen del derecho de autor en el propio proceso de transmisión telemática de la información. Por ello, desde este sector doctrinal se ha postulado la necesidad de crear un nuevo derecho de explotación digital de las obras en Internet, que incida no tanto en los derechos patrimoniales afectados, sino en el control genérico del acceso y uso de los contenidos protegidos⁶⁷⁸.

Hemos visto como la tecnología incide en la forma de explotación en este entorno, pero también en la respuesta que la industria y el Derecho ha dado a su protección. La tutela en estos entornos desde un punto de vista técnico se ha articulado a partir de medidas tecnológicas de protección, con un régimen jurídico específico, tanto en la legislación norteamericana como europea. La importancia que estas medidas han adquirido en los entornos en línea, ha situado el punto de mira, más que en los concretos actos de explotación que estas transmisiones comportan, en la idea genérica del acceso a los contenidos protegidos. Por ello, algunos autores han venido hablando de un derecho al acceso o uso de estos contenidos en Internet, en ocasiones, como substitutivo del propio Derecho de autor.

Esta visión de la explotación en Internet desde un punto de vista unitario del acceso, y no de los actos de explotación individuales que se producen, podría implicar algunas ventajas desde el punto de vista de la gestión de estos derechos. En primer lugar, podría conducir a un sistema más racional de gestión de licencias en un nuevo escenario multiterritorial. De forma que con una única negociación de este derecho de acceso, y una única autorización, quedaría cubierto todo el acto transmisivo. Del mismo modo, la existencia de un derecho único de acceso, podría

⁶⁷⁶ LEMLEY, M.A.: “Dealing with Overlapping Copyrights on the Internet”, *op.cit.*, p. 45.

⁶⁷⁷ KLAFKOWSKA-WANIOWSKA, K.: “Public Communication Right Towards Full Harmonisation”, *op.cit.*, p. 751.

⁶⁷⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 563; XALABARDER PLANTADA, R.: “Les llicències Creative Commons...”, *op.cit.*, p.5.

facilitar la implantación de los *Electronic Copyright Management System* o ECMS.

Pero si reducimos el derecho de autor en Internet a un derecho de control sobre el acceso el acto de explotación ya no se entendería producido con la puesta a disposición de los contenidos en Internet, sino con el acceso efectivo por parte de los usuarios. Y sólo cuando el autor hubiera limitado ese acceso de forma tecnológica o contractual, podríamos hablar en propiedad de un derecho de explotación, por lo tanto esta visión del derecho de autor exclusivamente como un derecho de acceso tiende a reducir el ámbito material del derecho de autor en el entorno en línea, así como a restringir la protección autoral.

A mi modo de ver, considero que este derecho a controlar el acceso se halla implícitamente reconocido, al haberse regulado el uso de medidas tecnológicas de protección, y haber dotado a las mismas de un régimen jurídico propio. Se otorga, con ello, al autor el derecho a decidir sobre su incorporación o no, en definitiva a limitar de forma tecnológica el acceso a la obra y a gozar, por ello, de una protección adicional.

Ahora bien, esto no conlleva que esta posibilidad de control tecnológico de contenidos que se ofrece a los autores deba absorber y substituir el contenido propio del derecho de autor en el entorno en línea. No sólo porque como hemos expuesto cambiaría la manera en que hoy se entiende producida la comunicación de contenidos protegidos en Internet, sino porque además la identificación del derecho de autor en Internet con el derecho al control tecnológico sobre los contenidos, no integraría el contenido moral del derecho de autor, ni tomaría en consideración las interacciones que en la explotación de contenidos protegidos pueden producirse entre los entornos en línea y fuera de línea.

***CAPÍTULO SEGUNDO.- EL DERECHO DE
REPRODUCCIÓN***

1. La importancia clásica del derecho de reproducción en materia autoral: la fijación de la obra como presupuesto para su explotación patrimonial.

La importancia del derecho de reproducción o su preeminencia respecto al resto de derechos patrimoniales del autor ha sido una cuestión pacífica en la doctrina, al menos hasta la llegada de Internet. En este sentido, y en la medida que la reproducción no consiste sólo en la obtención de copias de la obra, sino también en la fijación del original en un medio que permita su comunicación⁶⁷⁹, se convierte no sólo en un acto de explotación propio, sino también en un presupuesto previo para la posterior explotación de la obra⁶⁸⁰.

De ahí su importancia, como “columna vertebral del Derecho de autor”⁶⁸¹, siendo la base de los derechos de explotación patrimonial. De esta forma este derecho ha caracterizado, como PLAZA PENADES apunta, “la concepción más patrimonialista de los derechos de autor” en el sistema anglosajón de protección denominado “copyright” poniendo de manifiesto en su propia denominación la relevancia del derecho de copia⁶⁸². Además es un derecho que posee una vis expansiva más allá del autor, hacia otros titulares de derechos afines o conexos sobre la obra protegida. Así, este derecho se reconoce en el TRLPI, como vimos, también al artista, intérprete y ejecutante sobre su interpretación, al productor de fonogramas y de obras audiovisuales respecto de sus producciones, a las entidades de

⁶⁷⁹ RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 18” en *Comentarios de la Ley de Propiedad..., op.cit.*, p. 155; DELGADO, A.: “La incorporación de la Directiva 2001/29 al Derecho español de propiedad intelectual (derecho de autor y derechos afines al de autor), *RIDA*, 2006, nº 210, p. 7.

⁶⁸⁰ PLAZA PENADES, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información..., op.cit.*, p. 98 y ss; GALAN CORONA, E.: “Los derechos patrimoniales del autor (reproducción, distribución y puesta a disposición) tras la reforma introducida por la Ley 23/2006, de 7 de julio”, *Reformas recientes de la Propiedad Intelectual*, dir. ROGEL VIDE, ed. REUS, Madrid, 2007, p. 40.

⁶⁸¹ GENDREAU, Y.: “Le droit de reproduction et l’Internet”, *RIDA*, 1998, nº178, p. 2. En el mismo sentido, CARBAJO CASCÓN, F.: “Reproducción y copia privada en el entorno digital”, *op.cit.*, p. 47; GOMEZ SEGADE, J.A.: “El derecho de autor en el entorno digital”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1999, nº 3, p. 7 <http://www.editorialreus.es/rglj/documentos/imprimeitem.php?ID=333>

⁶⁸² PLAZA PENADES, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información..., op.cit.*, p. 98 y ss.

radiodifusión respecto a sus emisiones, a los autores de meras fotografías y bases de datos no originales, así como a las editoriales respecto a las ediciones especiales.

En la Galaxia Gutenberg la preeminencia del derecho de reproducción resultaba incuestionable. Los ejemplares eran tangibles y tenían dos cualidades según GENDREAU: permitían un acceso directo a la obra a través del propio soporte y eran duraderos⁶⁸³, en este sentido, podía hablarse de una reproducción permanente. Hasta tal punto que como vimos en la parte introductoria de este trabajo con la invención de la imprenta se produjo una cierta confusión entre el *corpus mechanicum* y el *corpus mysticum*, de forma que la protección se otorgó al copista por la vía de regalías o concesiones exclusivas de explotación, en lugar de al autor de la obra.

Con el desarrollo de Internet la reproducción adquiere una significación tecnológica, se adapta al nuevo entorno⁶⁸⁴ y se inserta dentro del proceso técnico que permite la transmisión de la información. De esta forma, se convierte en una pieza o herramienta del sistema, y ello produce una inversión de sus dos notas definitorias.

En primer lugar, la reproducción en Internet deja de ser material e inmediata en un nuevo entorno digital, en el sentido de que no se fija en un soporte corpóreo que permite un conocimiento directo de la obra⁶⁸⁵, sino que requiere de un dispositivo electrónico que permite su visualización de forma remota⁶⁸⁶ y “on demand”⁶⁸⁷. En este sentido, la obra queda fijada sin la necesidad de incorporarse a un soporte independiente, pues esa fijación se produce como forma de

⁶⁸³ GENDREAU, Y.: “Le droit de reproduction...”, *op.cit.*, p. 9.

⁶⁸⁴ Sobre la plasticidad de este derecho y su adaptabilidad a la evolución tecnológica vid. VIVANT, M. y BURGUIERE, J.M.: *Droit d’auteur...*, *op.cit.*, p. 323 para quien: “Le droit de reproduction qui est une prérogative essentielle du droit d’auteur, a toujours s’adapter aux nouvelles techniques. Conçu a l’origine pour le livre, il accueillira sans difficultés les phonogrammes ou le cinématographe. Cette même capacité d’adaptation se vérifie aujourd’hui avec la numérisation”.

⁶⁸⁵ Como GENDREAU, Y.: “Le droit de reproduction...”, *op.cit.*, p. 11 pone de manifiesto como la idea de que puede existir reproducción incluso cuando la obra no se ha incorporado a un soporte que permita su visualización. Se va abriendo camino en la Copyright Act 1956, en la Ley francesa de 1957 o la Copyright Act 1976. Así, la legislación recoge como el derecho de reproducción evoluciona al compás del desarrollo tecnológico.

⁶⁸⁶ SALELLES, J.P. : “La armonización comunitaria proyectada...”, *op.cit.*, p. 15112.

⁶⁸⁷ PLAZA PENADES, J.: “La propuesta de directiva de derechos de autor...”, *op.cit.*, p. 89.

almacenamiento de información en un disco duro o en un servidor para su transmisión en Internet. En este sentido, como CARBAJO CASCON apunta, se produce “un proceso de desidentificación entre el soporte y la obra o prestación incorporada al mismo”⁶⁸⁸, de forma que ésta puede fijarse en un soporte inmaterial, como la memoria de un disco duro o de un servidor, y como parte de la información o contenido almacenado⁶⁸⁹.

En segundo lugar, en este nuevo entorno tecnológico, la reproducción comienza a adquirir un carácter temporal, precisamente al desligarse de un soporte material⁶⁹⁰, y adquirir un nuevo valor instrumental en el proceso de transmisión de información en Internet. Comienza a distinguirse entre las copias intermedias dentro del proceso de transmisión digital y las copias que se obtienen al final de dicho proceso⁶⁹¹, así como se vinculan de manera necesaria al derecho de puesta a disposición del público de los contenidos protegidos.

En este sentido el art. 17 del TRLPI establece, en la redacción dada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, que: “Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”. Esta Ley que incorpora a nuestro ordenamiento la directiva DDASI añade respecto a la versión originaria de este artículo la precisión de que la fijación puede ser “directa o indirecta”, así como “provisional o permanente”. Una modificación, que en el marco europeo de la DDASI, responde a la necesidad de adaptar el Derecho de autor a las exigencias de un nuevo entorno digital en Internet. En este sentido, y como se ha apuntado, lo verdaderamente novedoso de la DDASI, en lo que

⁶⁸⁸ CARBAJO CASCON, F.: “Reproducción y copia privada...”, *op.cit.*, p. 47.

⁶⁸⁹ VERMUT, R.: “File Caching on the Internet: Technical Infringement or Safeguard for Efficient Network Operation?”, *Journal of Intellectual Property Law*, 1997, v. 4, disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/ISP/cache1.html>; LUCAS, A. y LUCAS, H.J.: *Traité de la propriété littéraire...*, *op.cit.*, p. 207.

⁶⁹⁰ PLAZA PENADES, J.: “La propuesta de directiva de derechos de autor...”, *op. cit.*, p. 93.

⁶⁹¹ RIVERO HERNANDEZ, F.: “Comentario art. 18”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 285.

respecta a la regulación del derecho de reproducción y su adaptación al entorno digital, es la referencia explícita a las reproducciones temporales.

Pues las reproducciones indirectas existían ya en el entorno analógico. Surgieron como resultado de la evolución tecnológica, al incorporar otras formas de reproducción que no eran una copia idéntica de la primera fijación, y que no permitían visualizar o disfrutar de un modo inmediato la obra⁶⁹². Sin embargo, respecto a las reproducciones temporales existió una cierta reticencia a su inclusión dentro del concepto de derecho de reproducción. Tal vez porque éste seguía ligado en un entorno analógico a la idea de fijación como acción que hace “perceptible” la obra en un sentido corpóreo o material, ya que la propia “fijación”, por su vinculación al requisito de forma, sugería la necesidad de que se tratara de una forma permanente donde se fijara “para siempre” la obra.

De ahí que ni el Convenio de Berna recogiera una definición de lo que debía entenderse por derecho de reproducción, ni ninguno de los dos llamados “Tratados de Internet” de la OMPI, el Tratado de derecho de autor (TDA) ni el Tratado sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TIEF) incluyera una referencia expresa a esas reproducciones temporales⁶⁹³, omitiéndola incluso de forma sorprendente respecto al propio derecho de reproducción⁶⁹⁴. Se ofrece, así, en el art. 8 del TDA

⁶⁹² Vid. GENDREAU, Y.: “Le droit de reproduction...”, *op.cit.*, p. 11 y ss.

⁶⁹³ GOMEZ SEGADE, J.A.: “El derecho de autor en el entorno...”, *op.cit.*, p. 7.

⁶⁹⁴ No obstante una referencia a las reproducciones provisionales se contenía en el texto de la Propuesta básica de las disposiciones substantivas del tratado sobre ciertas cuestiones relativas a la protección de las obras literarias y artísticas para la consideración de la conferencia diplomática. El documento OMPI CRNR/DC/4, de 30 de agosto de 1996 establecía que: “El derecho exclusivo acordado a los autores de obras literarias y artísticas en el Artículo 9.1) del Convenio de Berna de autorizar la reproducción de sus obras incluirá la reproducción directa e indirecta de sus obras, tanto permanente como provisional, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”. Como ponen de manifiesto GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet*, *op.cit.*, p. 290 y ss., ese texto se convirtió “en uno de los grandes caballos de batalla de la Conferencia”, siendo rechazada esa referencia a las reproducciones provisionales, a pesar de la presión de EEUU y la UE, así como de sus respectivos socios comerciales, y los funcionarios de la OMPI, debido a la oposición de prestadores de servicios en línea, compañías de telecomunicaciones, e instituciones de investigación y enseñanza vid. al respecto HAYES, D.L.: “Advanced Copyright Issues on the Internet”, *Texas Intellectual Property Law Journal*, 1998, p. 7 para quien “Telecommunications companies and Internet providers particularly objected to Article 7 because they feared that protection for temporary copying would impose liability for the interim copying that inherently occurs in computer networks.

una “solución paraguas”, en palabras de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, de forma que se deja que “la cuestión de la implementación del derecho de reproducción en el entorno en línea” a la libre disposición de las partes, de acuerdo con el Convenio de Berna y sus propias legislaciones nacionales⁶⁹⁵. Será la DDASI en el contexto de una directiva comunitaria con un propósito armonizador de impulso del mercado interior de las obras en línea, la que deba afrontar una cuestión decisiva para el desarrollo del intercambio de bienes culturales en Internet, con las suficientes garantías para someter a todos los Estados miembros a las mismas reglas de juego respecto a esta cuestión.

Sin embargo, como la DDASI no procede a una delimitación precisa del contenido del derecho, sino que introduce la exención en el ámbito material del derecho de ciertas reproducciones temporales o intermedias⁶⁹⁶, debemos abordar en primer término esta cuestión. En definitiva, se trata de determinar si ciertas reproducciones temporales que se producen en el proceso tecnológico de transmisión de la información quedan o no sometidas al ámbito del monopolio del titular de los derechos de explotación patrimonial sobre la obra, y en este sentido, requieren su autorización previa. Esto nos lleva a abordar en primer lugar algunas nociones previas en torno al funcionamiento de Internet y el papel que juegan esas reproducciones provisionales e intermedias en el proceso de transmisión de la información, así como establecer una tipología concreta sobre las diferentes copias que en ese proceso se producen y su diferente naturaleza.

On the other hand, content providers, such as the software, publishing, and sound recording industries, opposed any open-ended approach that would permit all temporary copying”. En el mismo sentido, vid. SAMUELSON, P. : “The Us Digital Agenda at WIPO”, *NYU Journal of International Law and Politics*, 1996-1997, p. 385 y ss. Sin perjuicio de que se adoptara una simple declaración concertada, cláusula interpretativa de eficacia incierta, respecto a la interpretación del art. 1.4 del TDA según la cual el derecho de reproducción del art. 9 del Convenio de Berna se aplica en el entorno digital también al almacenamiento digital en un soporte electrónico, vid. DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho Privado de Internet, op.cit.*, p. 674.

⁶⁹⁵ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet, op.cit.*, p. 296, y también para este autor la importante cuestión de “si deben aplicarse cumulativamente los derechos de reproducción y comunicación pública en el caso de las transmisiones digitales”.

⁶⁹⁶ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet, op.cit.*, p. 277.

2. Actos de reproducción en Internet: la copia como parte del sistema de transmisión de la información.

2.1 Reproducciones permanentes de contenidos protegidos en Internet.

Consideramos como una reproducción permanente de contenidos protegidos en Internet aquellos actos que generan “una copia estable y duradera”⁶⁹⁷ de dichos contenidos en el disco duro del usuario o en el servidor adonde se transmite la información, es decir, en “soportes estables de memoria conectados a la red”⁶⁹⁸. Así, constituyen actos de reproducción tanto la introducción de contenidos protegidos en los servidores u ordenadores conectados a la red (*uploading*) como la descarga de estos contenidos en el ordenador del usuario desde el lugar donde se hayan puestos a disposición de los usuarios en Internet (*downloading*)⁶⁹⁹.

En el caso del *uploading* resulta claro que el acto de cargar una obra en un servidor *web*, a los efectos de ponerlo a disposición de los usuarios en Internet, exige un acto previo de fijación o introducción de dicho contenido en el disco duro del servidor donde se pretende localizar la información. Sin duda, se trata de un acto de reproducción de la obra, con una significación económica propia y evidente. Pues, esta acción permite ubicar la obra en Internet para su posterior puesta a disposición del público, por medio de su simple visualización, o incluso, permitiendo su descarga. Si esta transmisión de los contenidos protegidos se realiza punto a punto, desde el servidor donde se localiza, o incluso desde el ordenador del usuario en una red *peer-to-peer*, hasta el ordenador del usuario-destinatario, la propia acción de descarga del contenido transmitido en su ordenador supone un nuevo acto de reproducción.

⁶⁹⁷ DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho Privado de Internet*, *op.cit.*, p. 673.

⁶⁹⁸ SAP de Barcelona de 27 de junio de 2002, *LA LEY* 7680/2002.

⁶⁹⁹ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet*, *op.cit.*, p. 276; CARBAJO CASCÓN, F.: “Reproducción y copia privada...”, *op.cit.*, p. 47; LOPEZ MATA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 14.

Respecto a estos actos de reproducción no ofrece duda la afectación al derecho de reproducción del autor, y la necesidad de contar con la autorización previa del mismo. Fenómenos como las redes *peer-to-peer* han puesto de manifiesto la vulnerabilidad de los contenidos protegidos en Internet, con actos masivos de vulneración del derecho de reproducción, *uploaders* que adquieren recompensas de descarga en el sistema por el volumen de copias y archivos compartidos. A pesar de que la propia tecnología, como vimos, trata de responder a través de las medidas tecnológicas de protección, estos fenómenos no han desaparecido de Internet.

Pero en ese proceso de transmisión de los contenidos protegidos en la red, desde un servidor o desde el disco duro de otro usuario, se producen también otros actos de reproducción provisional, copias más o menos efímeras, cuya afectación al derecho de reproducción resulta en algunos casos mucho menos clara. La explotación digital de los contenidos protegidos en Internet exige un proceso de transmisión telemática de los mismos para su disfrute *online*. En este proceso se producen actos de reproducción provisional o copias efímeras.

Estas copias se asocian a determinados procesos técnicos en la transmisión electrónica. En primer lugar, para que esos contenidos se transmitan desde su lugar de origen a su lugar de destino por los distintos *routers*. En segundo lugar, respecto al almacenamiento necesario de la información transmitida en la memoria RAM del ordenador del usuario para su visualización en la pantalla. Y en tercer lugar, en otras ocasiones poseen una “provisionalidad variable”, como en el caso de las copias caché, y su consideración como parte necesaria de un proceso tecnológico, como veremos, puede resultar más discutible.

2.2 Reproducciones provisionales: tipos.

A) Reproducciones efímeras en los *routers*.

El proceso de transmisión de datos en Internet se realiza a través de *routers* o enrutadores. La obra o prestación se descompone en paquetes numerados y cada fragmento es reproducido por separado, para que sea transmitido por un *router* por la

dirección o camino más eficaz y rápido para que llegue a su destino⁷⁰⁰. Para ello los routers leen o decodifican la información de las tramas que lleguen hasta ellos y averiguan la dirección a la que van dirigidos⁷⁰¹. En ese proceso de decodificación los *routers* efectúan una copia parcial del contenido transmitido o paquete de información asignado⁷⁰². Una vez que llegan a su lugar de destino, esos fragmentos se vuelven a unir para presentar el contenido tal y como fue enviado por el emisor.

La afectación al derecho de autor en este proceso transmisivo deriva, siguiendo a HAYES⁷⁰³, por un lado de que gran parte de los datos transmitidos son contenidos protegidos, y de otro de la propia naturaleza del acto de transmisión en línea y los actos de copia que se realizan a través de los distintos nodos de la Red⁷⁰⁴.

⁷⁰⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 281 n.23.

⁷⁰¹ RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, ed. DYKINSON, Madrid, 2002, p. 350.

⁷⁰² LOPEZ MATA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 137 para quien es importante distinguir entre copias provisionales totales en los procesos de almacenamiento en memoria *caché* y las provisionales parciales que se producen en los routers: “En el primer caso, se trata de copias completas de la obra o prestación, mientras que en el segundo caso estamos ante copias parciales. En el proceso de transmisión de datos a través de los *routers*, la obra o prestación se descompone en paquetes numerados y cada fragmento es reproducido por separado. Una vez que llegan al ordenador de destino, todos esos fragmentos se vuelven a unir para presentar el contenido tal como lo envió el emisor”. En el mismo sentido, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 281 n. 23 que define estos pedazos de la obra transmitidos a través de los *routers* como “fragmentos amorfos” que no pueden equipararse a la copia íntegra de la obra.

⁷⁰³ HAYES, D.L.: “Advanced Copyright...”, *op.cit.*, p. 2 quien considera que: “Copyright law will provide one of the most important forms of intellectual property protection on the Internet for at least two reasons. First, much of the material that will move in commerce on the Internet will be works of authorship, such as musical works, multimedia works, audiovisual works, movies, software, database information, and the like, which are within the usual subject matter of copyright. Second, because the very nature of an electronic online medium requires that data be copied as it is transmitted through the various nodes of the network, copyright rights are obviously at issue”.

⁷⁰⁴ HAYES, D.L.: “Advanced Copyright...”, *op.cit.*, p. 4 ilustra de este modo que la copia forma parte de la transmisión de la información en Internet del siguiente modo: “To illustrate the number of interim copies, in whole or in part, that may be made when transmitting a work through the Internet, consider the example of downloading a picture from a website. During the course of such transmission, no less than seven interim copies of the picture may be made: The modem at the receiving and transmitting computers will buffer each byte of data, as will the router, the receiving computer itself (in RAM), the Web browser, the video decompression chip, and the video display board. These copies are in addition to the one that may be stored on the recipient computer’s hard disk”.

B) Reproducciones en memoria RAM para visualización en pantalla.

La RAM (*Random Access Memory*) es una memoria volátil de lectura y escritura. Esto significa, por un lado que su contenido se pierde cuando se apaga el ordenador o desaparecen los contenidos de la pantalla⁷⁰⁵, y por otro que, al ser una memoria de escritura y lectura, el usuario puede leer y escribir en ella todas las veces que quiera. Estos datos se almacenan electrónicamente, no de forma magnética como en un disco duro, por ello una vez que la corriente eléctrica desaparece los datos se pierden⁷⁰⁶.

En la transmisión de información en Internet los distintos paquetes de datos en los que se ha fragmentado la información llegan a la memoria RAM. Y esta memoria de acceso directo o aleatorio se encarga de decodificar esos paquetes mediante el protocolo correspondiente y ensamblarlos para recomponer la información en el mismo estado que fue enviada por el emisor, y de este modo se visualiza o reproduce en la pantalla la obra o prestación. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se procede a la audición de fonogramas, la visualización de grabaciones audiovisuales o la lectura de obras literarias desde la pantalla del ordenador⁷⁰⁷. En estos casos estamos ante una reproducción provisional, pero que supone a diferencia del caso anterior o la copia parcial efectuada en los *routers* de los contenidos protegidos, una copia ya íntegra de la obra. Pues, recompone en la memoria RAM los diferentes paquetes de información que han llegado desde los distintos *routers*.

La propia navegación en Internet, a través de los hipervínculos que constituyen “los entramados de conexión que conforman la World Wide Web”⁷⁰⁸, y

⁷⁰⁵ LOPEZ MATA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 138; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet*, *op.cit.*, p. 282.

⁷⁰⁶ MATHEWS, K.J.: “Misunderstanding RAM: Digital Embodiments and Copyright”, 1997 B.C. Intell. Prop. & Tech. F. 041501, disponible en: http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/st_org/iptf/articles/content/1997041501.html

⁷⁰⁷ LOPEZ MATA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 138.

⁷⁰⁸ RIBERA BLANES, B.: “Hiperínculos y frames desde la perspectiva del derecho de reproducción del autor. (Análisis de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de

permiten al internauta pasar de una página web a otra, a través de los enlaces alojados en ellas, incorpora también el mecanismo de las copias temporales en memoria RAM.

Dentro de la navegación en Internet, y a los efectos de las reproducciones temporales en RAM, debemos distinguir la posición de los dos sujetos que intervienen en este proceso: el proveedor y el usuario del enlace.

En primer lugar, la actividad del proveedor del enlace se limita a proporcionar la dirección URL en la que el usuario puede encontrar la obra o prestación protegida, que desea conocer⁷⁰⁹. En la medida que sólo proporciona esa dirección URL, al ser un mero dato fáctico⁷¹⁰, no efectúa una copia de esos contenidos⁷¹¹, sino que se limita a ofrecer el lugar donde esa información está disponible.

El proveedor del enlace puede establecer ese link de cuatro modos por su afeción a contenidos protegidos por el derecho de autor: a) un enlace simple, de superficie, normal o “surface link” en el que se ofrece la URL del directorio donde se halla la información o sea, se ofrece la página inicial de esa *website*; b) un enlace profundo o “deep link” que dirigen al usuario hacia una de las páginas interiores de una *website* ajena, y evitando su paso por la página inicial; c) un enlace ensamblado o “inlining o embedded link”, que dirige al usuario a parte del contenido alojado en una *website*, por ejemplo a una fotografía contenida en él o a un archivo de vídeo; d) un enlace marco o “frame”, dirige al usuario a otra *webiste* pero abriendo una ventana en la propia página *web* donde se halla el usuario, de modo que éste sin salir

determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información)”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2003, nº 13, p. 51.

⁷⁰⁹ RIBERA BLANES, B.: “Hipervículos y frames...”, *op.cit.*, p. 52.

⁷¹⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 360 y ss.

⁷¹¹ RIBERA BLANES, B.: “Hipervículos y frames...”, *op.cit.*, p. 52 y ss.; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 360 y ss.

de la página donde se ha alojado el *frame*, accede al contenido de la *website* enlazada.

En segundo lugar, el usuario del enlace, al darle al *link* y activar el enlace, se dirige en Internet a esa dirección URL. Cuando la información se transfiere del sitio de origen al ordenador del usuario, esa transmisión se efectúa de acuerdo con la tecnología de conmutación de paquetes. En el ordenador del usuario se ensamblan las tramas, de modo que el usuario puede visualizar en pantalla la web donde se encuentra la información solicitada, a través de la copia en memoria RAM que se efectúa de la misma.

C) Copias en memoria *caché*.

La expansión de Internet ha determinado que cada vez sea mayor el número de usuarios, así como el número de conexiones a los servidores. Con ello se ha intensificado de forma considerable el tráfico en la red, a pesar del ancho de banda. Así, se producen momentos de saturación por la alta demanda de los usuarios, que se han resuelto a través de la técnica del *caching* o almacenamiento *caché*⁷¹².

A través del *caching* se reduce el tiempo que tarda un ordenador en recuperar los contenidos. En este sentido, es una técnica de maximización de los recursos disponibles por los servidores que prestan acceso a una red telemática para mejorar su servicio⁷¹³. Permite agilizar el tráfico de datos entre los proveedores de contenidos y los usuarios, favoreciendo el acceso rápido a sitios en línea ya visitados⁷¹⁴ mediante su reproducción o almacenaje provisional. De forma que estos contenidos

⁷¹² RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 357 y ss; VERMUT, R.: "File Caching on the Internet...", *op.cit.* para quien: "The internet is headed for a transmission overload dilemma as more users convey more information over the same existing network and telephone lines. As it expands in size and number of connected computers, network engineers seek fresh solutions to ease overall internet congestion. One response that has been implemented for several years is file caching. Information originating from one point on the internet is temporarily stored at an intermediate location that it happens to pass through on its way to its intended destination. Consequently, future requests for that same information may be retrieved from this intermediary reducing travel time significantly".

⁷¹³ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet*, *op.cit.*, p. 77.

⁷¹⁴ CARBAJO CASCÓN, F.: "Reproducción y copia privada...", *op.cit.*, p. 49.

almacenados permanecen a la espera de futuras solicitudes, en un lugar más próximo geográficamente al usuario, o en un ordenador más potente o con menor congestión en la ruta de datos que desde su sitio de origen⁷¹⁵. En este sentido, esta técnica acerca los datos a ubicaciones intermedias más próximas al lugar desde donde se solicitan, lo que genera beneficios para el propio cliente-usuario que solicita la información, así como para el funcionamiento de la red. Pues, disminuye la intensidad del tráfico, el tiempo de espera, el consumo de ancho de banda y la carga para los servidores⁷¹⁶.

Ahora bien es necesario distinguir dos tipos básicos de memoria caché: el *caché* local y el *caché* del sistema o *proxy-caché*, según el lugar en el que se produzca la reproducción provisional.

a) *Caché* del sistema o *proxy-caché*.

En este tipo de memoria caché los servidores almacenan de forma automática los contenidos visitados por los usuarios por primera vez en un espacio de su disco duro. De esta forma, si los usuarios vuelven a pedir estos contenidos los mismos puedan ser ofrecidos de un modo más rápido. Así, cuando el cliente demanda una información a un servidor remoto, éste envía la información solicitada y el servidor *proxy* la entrega al cliente, pero guarda una copia de esos datos o contenidos en la memoria caché. Y cuando un nuevo *host* solicite la información el servidor *proxy* podrá suministrar esa información solicitada directamente, sin necesidad de que intervenga el servidor remoto.

⁷¹⁵ HAYES, D.L.: “Advanced Copyright...”, *op.cit.*, p. 34.

⁷¹⁶ RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 357 y ss. No obstante, la necesidad técnica del *caching* es puesta en duda por algunos autores, en el sentido de entenderla como una necesidad transitoria del estado de la técnica actual, que irá abandonándose a medida que el ancho de banda aumenta. En este sentido, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 318 para quien: “el caching es un fenómeno temporal, provocado y ligado esencialmente a las limitaciones en el ancho de banda que el uso del cable de cobre coaxial provoca. En una red global de banda ancha, donde el tiempo de transmisión es prácticamente cero el caching desaparece ya que no es consustancial con el funcionamiento de la Internet”. Del mismo modo, HARDY, T.: “Computer RAM Copies: Hit or Myth? Historical Perspectives on Caching as an Microcosm of Current Copyright Concerns”, *University of Dayton Law Review*, 1997, Spring, p. 430 y ss.: “Thus there would be no need toworry about caching because it is destined to be a short-lived phenomenon in the history of the Internet, soon to disappear”. Sin embargo, y a pesar de los nuevos avances en este tiempo, en especial la expansión de la fibra óptica y el ADSL, no parece que el incremento de ancho de banda haya eliminado la técnica del *caching*.

La técnica del *caching* es ampliamente utilizada por los motores de búsqueda en Internet. Google dispone de unos robots de búsqueda que exploran o rastrean la información disponible en Internet, y proceden a almacenar contenidos o datos encontrados en Internet, y a continuación de forma automática proceden a su clasificación o indexación. Además, esas reproducciones provisionales se efectúan también como contenidos almacenados en la memoria caché de sus servidores, en un sistema *proxy-caché*, que permite al usuario visualizar sus resultados de búsqueda de un modo más rápido en su pantalla.

b) *Caché* local.

No sólo los servidores utilizan la memoria caché o tampón para acelerar los procesos de transmisión de la información en Internet, también los ordenadores de los usuarios disponen de este recurso. De esta forma, el ordenador del usuario cuenta con un determinado espacio de memoria llamado, caché, tampón o memoria rápida, que almacena la información recibida para su posible uso posterior, y de esta forma acelerar el intercambio de datos. El *caching* a nivel local se produce en el ordenador del usuario final, bien en la memoria RAM, en el disco duro, o en una combinación de ambos.

Los navegadores almacenan las páginas web visitadas en la memoria RAM o en el disco duro, de forma que si el usuario las vuelve a solicitar el navegador recupera la página almacenada en caché. Como RIBERA BLANES apunta según el tipo de navegador esta memoria puede ser persistente (*Netscape, Explorer*), se mantiene a pesar de la desconexión de la computadora y no persistente (*Mosaic*) de forma que la información desaparece cuando el ordenador se apaga, funcionando de manera similar a como lo hace la memoria RAM⁷¹⁷.

⁷¹⁷ RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 358.

3. Reproducciones y *copyright* en EEUU: de la *Copyright Act 1976* a la *DMCA*.

3.1 El derecho de reproducción en la *Copyright Act* de 1976 y en la *DMCA*.

Como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ pone de manifiesto una de las principales dificultades que los derechos anglosajones han tenido para adaptar el derecho de reproducción a Internet deriva de su noción legal de copia⁷¹⁸. Así, el § 101 de la *Copyright Act* define la reproducción y considera la copia como una fijación de la obra por cualquier medio actualmente conocido o que se desarrolle en un futuro que permite su percepción, reproducción o comunicación, bien directamente, o con la ayuda de una máquina o dispositivo⁷¹⁹.

Esta definición de copias como “material objects” se convierte en principio en un obstáculo para la adaptación del derecho de reproducción a Internet. Pues parece una noción poco acorde con un entorno donde la copia se ha desmaterializado.

A pesar de que la *DMCA* incorpora los dos tratados de Internet de la WIPO, Tratado de derecho de autor (TDA) y el Tratado sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TIEF), sólo realiza un tratamiento muy residual de las reproducciones provisionales que se efectúan en Internet, y dentro de la órbita del caso *MAI*. Así en su título III, secciones 301 y 302 aborda el tema en relación a los programas de ordenador y sus operaciones de mantenimiento, en realidad, la cuestión que se planteó en el caso *MAI Systems Corp. v. Peak Computer Inc*, sin que esta regulación mínima pueda considerarse como un tratamiento general de la cuestión de las reproducciones provisionales en Internet. Así, en EEUU ha sido la doctrina y la jurisprudencia la que ha ido acotando el tema de estas reproducciones como contenido propio del *copyright* o como actos que quedan fuera de su ámbito.

⁷¹⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 297.

⁷¹⁹ Así se define el concepto de copia en § 101 de la *Copyright Act* como: “Copies are material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed, and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. The term *copies* includes the material object, other than a phonorecord, in which the work is first fixed”.

Precisamente en torno a su posicionamiento dentro o fuera de la doctrina que se sentó en el caso MAI en un entorno previo a la eclosión de Internet. Y sin perjuicio, de que el tema se aborde también en el marco de la responsabilidad de los ISP.

3.2 Reproducciones provisionales.

A) Copias en memoria RAM.

a) El caso *MAI Systems Corp. v. Peak Computer Inc.* y la jurisprudencia posterior.

La consideración de la copia creada en memoria RAM como un acto de reproducción sometido al derecho de autor se planteó de forma pionera en la sentencia *MAI Systems Corp. v. Peak Computer Inc.*⁷²⁰. MAI Systems era una compañía que además de dedicarse a la creación de *software* ofrecía a sus clientes determinados servicios de mantenimiento. Peak era una empresa fundada en 1990 dedicada al mantenimiento de los ordenadores de sus clientes en el Sur de California, representando esta actividad entre el 50% y el 70% de su volumen de negocio, según se relata en la sentencia. Pero esta empresa para prestar a sus clientes sus servicios de mantenimiento cargaba el software producido por MAI en la memoria RAM. Pues, esta acción era necesaria para ver el registro de errores del sistema y diagnosticar el problema del ordenador. Y es precisamente esta acción, necesaria para efectuar las operaciones de mantenimiento y reparación, la que determina que la sentencia considere la misma como una violación del *copyright* de MAI. Ya que la copia del programa creada en la memoria RAM del ordenador, cuyo servicio de mantenimiento se acomete por Peak, puede ser "percibida, reproducida o comunicada de otro modo". Y por ello, se sostiene en la sentencia que la carga de *software* en la memoria RAM crea una copia bajo la *Copyright Act*⁷²¹. Hay que apuntar que en el caso *Stern Electronics, Inc. v. Kaufman* ya se había sostenido que

⁷²⁰ *MAI Systems Corp. v. Peak Computer Inc.*, 991F.2d 511 (9th Cir.1993).

⁷²¹ Así se afirma en la sentencia de este caso que: "However, since we find that the copy created in the RAM can be *perceived, reproduced, or otherwise communicated*, we hold that the loading of software into the RAM creates a copy under the Copyright Act".

el almacenamiento de cualquier parte de un videojuego, incluso en memorias de tipo programable, como la PROM, constituía una fijación a los efectos de la *Copyright Act*, y por tanto era una copia en sentido legal⁷²².

El tema de las reproducciones provisionales se vuelve a plantear en el caso *Religious Technology Center y otro v. Netcom on-line Communication Services, Inc. y otros*⁷²³. En este caso, si bien se acoge en esencia el espíritu de la doctrina MAI, se introducen ya diferencias de matiz, que han llevado a GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ a considerar que en esta sentencia está latente las diferencias de trato que deben darse a los distintos tipos de reproducciones provisionales. Así, en la sentencia del caso MAI se estableció que la carga de datos desde un dispositivo de almacenamiento en la RAM constituye una copia en sentido legal porque los datos se mantiene en la memoria RAM el tiempo suficiente para que pueda ser percibida. Sin embargo, en la sentencia *Religious Technology Center y otro v. Netcom on-line Communication Services* se considera que una “reproducción que se mantuvo once días en un servidor” es lo bastante duradera como para ser considerada una fijación de la obra, y por tanto, como una reproducción en sentido legal⁷²⁴. Con ello parece que esa percepción o reconocibilidad que se exige en la *Copyright Act* debe gozar de una cierta nota de permanencia.

⁷²² *Stern Electronics, Inc. v. Kaufman*, 669 F.2d 852 (2d.Cir. 1982): “Whether located in the PROM prepared for this particular game or elsewhere in the total assembly, all portions of the program, once stored in memory devices anywhere in the game, are fixed in a tangible medium within the meaning of the Act”.

⁷²³ *Religious Tecchnology Center y otro v. Netcom on-line Communication Services*, 907F. Supp. 1361 (N.D.Cal 1995).

⁷²⁴ Así se establece en la sentencia que: “Even though the messages remained on their systems for at most eleven days, they were sufficiently “fixed” to constitute recognizable copies under the Copyright Act”. En este caso Netcom diseñó o implementó un sistema que automáticamente y de manera uniforme creaba copias temporales de todos los datos enviados a través de él y almacenados temporalmente en el ordenador del administrador del BBS. El mensaje se conservaba tres días en el servidor de BBS y once en el de Netcom a los efectos de que los demás suscriptores pudieran acceder a él. El caso de violación de derechos de autor se plantea en relación al uso que hizo uno de sus usuarios de determinados fragmentos de las obras de L.Ron Hubbard, fundador de la Iglesia de la Cienciología, lo que motivó la demanda de *Religious Technology Center v. Netcom*, como cesionario de los derechos de autor.

b) División doctrinal en torno al caso *MAI*.

A partir de estas decisiones judiciales la doctrina norteamericana se divide. Algunos autores, como TROTTER HARDY y NIMMER defienden la postura *MAI*, en cuanto a considerar las copias en memoria RAM necesarias para visualizar la información en pantalla, y como auténticas copias dentro del ámbito del *copyright*. Y por tanto, entienden que deben someterse a la autorización del autor o sus derechohabientes⁷²⁵.

Pero se abre en la doctrina norteamericana una posición crítica hacia estos pronunciamientos judiciales, que se suma a la reticencia manifestada por usuarios, fabricantes de equipos informáticos y prestadores de servicios en Internet⁷²⁶. Así, se invoca la irrelevancia del elemento volitivo en las copias RAM y su consideración como “copias inocentes”⁷²⁷, ausencia de lesividad de la copia⁷²⁸, evanescencia o transitoriedad, en función de la arquitectura de sistema o el tipo de archivo, que llevará abandonar la consideración de estas reproducciones evanescentes como fijaciones⁷²⁹, la necesidad de introducir un análisis casuístico⁷³⁰, así como una errónea asimilación de la copia en RAM a la copia en disco duro, una exigencia de la propia evolución de Internet⁷³¹, ya que la doctrina *MAI* se aplica también a las

⁷²⁵ TROTTER HARDY, I.: “Computer RAM Copies: Hit or Myth?...”, *op.cit.*, p. 460 y ss; NIMMER, D.: “Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age”, *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 10, nº 1, 1996, p. 19.

⁷²⁶ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 298 y ss.

⁷²⁷ HAYES, D.L.: “Advanced Copyright...”, *op.cit.*, p. 9 para quien: “In addition to copies made automatically on the Internet, many infringing copies may be made innocently. For example, one may innocently receive an e-mail message that infringes the copyright rights of another and print that message out. Or one may innocently encounter (and copy into the RAM of one’s computer or print out) infringing material in the course of browsing”.

⁷²⁸ MATHEWS, K.J.: “Misunderstanding RAM: Digital...”, *op.cit.*

⁷²⁹ PERZANOWSKI, A.: “Fixing RAM copies”, *Northwestern University Law Review*, v. 104, nº 3, p. 1095; MATHEWS, K.J.: “Misunderstanding RAM: Digital...”, *op.cit.*

⁷³⁰ PERZANOWSKI, A.: “Fixing RAM copies...”, *op.cit.*, p. 1085.

⁷³¹ MATHEWS, K.J.: “Misunderstanding RAM: Digital...”, para quien: “Additionally, courts have failed to recognize that the degree to which a RAM embodiment is transient depends on the particular system architecture and the type of file being embodied. Moreover, the holding has serious implications for the use of other kinds of non-computer RAM, and for the internet. As technology and internet usage increases, the *MAI* holding must be reevaluated or narrowed”. Vid. también CHON,

páginas webs⁷³², o el restringido valor comercial de estas reproducciones en RAM⁷³³. Así, se llega a considerar la doctrina MAI como un expansión arrolladora del control del titular del derecho de autor sobre los usos privados de las copias legalmente adquiridas⁷³⁴, e incluso, como una subversión de la noción de lo público y lo privado⁷³⁵, y se cuestiona en estos casos, incluso, el fundamento de su tutela constitucional⁷³⁶.

Todos estos argumentos exigen su revisión y el abandono de su aplicación con criterios automáticos. Así como la consideración de que las copias RAM, aún constituyendo un acto de reproducción provisional no autorizado por el autor o derechohabientes, no constituyen una infracción del derecho de autor. Pero la doctrina MAI ha quedado atenuada por: a) el *fair use*, como límite genérico del *copyright*, cuya regulación se contiene en el §107 de la DMCA, b) el establecimiento de un régimen específico de responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet, y c) una teoría de construcción específica, la denominada teoría de la licencia implícita, aplicable dentro del ámbito de las copias temporales en Internet.

c) Enlaces en Internet.

a') Copias en memoria RAM de los contenidos enlazados: el caso paradigmático de los enlaces simples.

Como ya hemos visto cada vez que un usuario le da a un enlace para acceder a la información contenida en una *website*, se produce una copia temporal en RAM de dicho contenido que permite su visualización en pantalla. Con independencia del

M.: "New Wine Bursting From Old Bottles: Collaborative Internet Art, Joint Works, and Entrepreneurship", *Oregon Law Review*, v. 75, 1996, p. 262 y ss.

⁷³² BEAL, K.: "The Potential Liability of Linking on the Internet: An Examination of Possible Legal Solutions", *Brigham Young University Law Review*, 1998, iss.2, article 14, p. 724.

⁷³³ PERZANOWSKI, A.: "Fixing RAM copies...", *op.cit.*, p. 1106.

⁷³⁴ PERZANOWSKI, A.: "Fixing RAM copies...", *op.cit.*, p. 1074.

⁷³⁵ PERZANOWSKI, A.: "Fixing RAM copies...", *op.cit.*, p. 1102.

⁷³⁶ MATHEWS, K.J.: "Misunderstanding RAM: Digital...", *op.cit.*, en el sentido de que estas copias no contribuyen lo suficiente a la sociedad para merecer la protección.

tipo de enlace establecido, simple, profundo, ensamblado o marco, esa copia temporal en RAM se efectúa para que el usuario pueda ver la información tal y como aparece en el *webiste* o la *web* enlazada, o en el caso de los enlaces ensamblados al contenido enlazado, tal y como aparece allí.

Esta copia en RAM es un acto de reproducción provisional, puesto que la memoria RAM sólo está activa mientras el usuario está conectado. De forma que cuando cesa el suministro electrónico se pierde la información, y al ser una memoria de escritura y lectura, esta memoria va llenándose de nuevos contenidos reproducidos que van eliminando los anteriores. Esa reproducción provisional, en principio, afectaría al derecho de reproducción y exigiría, en consecuencia, la autorización del titular de los derechos.

Sin embargo, se han articulado medidas legislativas que permiten exonerar esa autorización previa desde diferentes posiciones, a los efectos de evitar que esa autorización colapse el tráfico en Internet. Sobre todo, porque esa copia temporal se convierte en parte del propio proceso tecnológico de transmisión de la información, necesaria para ensamblar las tramas que llegan a través de los *routers*.

Las medidas legislativas han venido de dos lados, por un lado a través del régimen de responsabilidad establecido para los PSL en la § 512 c) de la DMCA, y de otro, de la exención de responsabilidad para el usuario establecido en la § 107 en base al *fair use*. En realidad ambas responsabilidades se hallan conectadas, puesto que si se afirma que el usuario no ha violado el derecho de reproducción no habrá *direct infringer*, y por tanto, no podría considerarse al proveedor del enlace como *contributory infringer*, pues no existiría un infractor principal. Por ello la § 512 c) de la DMCA establece un régimen general de exoneración de responsabilidad de los PSL cuando dirigen a los usuarios a materiales en línea a través de enlaces, bajo ciertas condiciones.

Así, la § 512 c) de la DMCA establece que en estos casos los PSL (proveedores de enlaces) quedarán exentos de responsabilidad cuando cumpla las siguientes condiciones: a) debe desconocer que en la página enlazada determinados

contenidos infringen los derechos de autor; b) no debe tener ninguna información que evidencie su carácter ilegal; c) en el caso de que tenga conocimiento de que en la página enlazada existen estos contenidos lesivos para el derecho de autor actúa de forma rápida eliminando esos contenidos o bloqueando el acceso a ellos; d) no debe extraer ningún beneficio económico de esos contenidos; y e) debe cumplir con el régimen de notificaciones⁷³⁷. Cuando se incumplan estas condiciones el PSL será

⁷³⁷ La § 512 c) establece: “(1) In general.—A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider—
(A)(i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;
(ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or
(iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;
(B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and
(C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity”.

En cuanto al régimen de la notificación trata de establecer un contenido mínimo que debe ser notificado de forma que pueda identificarse la obra leisonada, el material que constituye la actividad infractora y un cauce de comunicación entre el titular de los derechos lesionados y el prestador del servicio donde se ha producido la infracción, a fin de dotar de seguridad jurídica a la notificación, puesto que de ella dimana el conocimiento efectivo del prestador de servicio, y en consecuencia, su responsabilidad. En este sentido este precepto establece: “3) Elements of notification.— (A) To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following:

- (i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.
 - (ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site.
 - (iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material.
 - (iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted.
 - (v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law.
 - (vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.
- (B)(i) Subject to clause (ii), a notification from a copyright owner or from a person authorized to act on behalf of the copyright owner that fails to comply substantially with the provisions of

responsable por la creación del enlace a contenidos que vulneren los derechos de autor, incluso si la conducta del usuario queda amparada por el *fair use*.

b') Enlaces profundos y ensamblados.

No obstante, fuera de los enlaces simples, otros tipos de enlaces pueden afectar de un modo más profundo al derecho de reproducción. En el caso de los enlaces profundos se produce una afectación de mayor alcance al derecho de reproducción, puesto que el enlace se establece no a toda la *website*, sino a parte de ella. Así, no se reproduce del modo que sería normal, del mismo modo que ocurre en los enlaces ensamblados donde sólo algunos contenidos de estas *websites* son enlazados. Sin embargo, la afectación al derecho de reproducción sólo se producirá si el enlace profundo se realiza a una *website* que es creación original. En el caso del enlace ensamblado no se afectará al derecho de reproducción, ni siquiera aunque la *website* sea creación original, porque no se protege el contexto de presentación.

d) Aplicación de los límites del *copyright: fair use* y teoría de la licencia implícita.

a') *Fair use*.

El §107 de la DMCA establece que el uso no autorizado de un “copyrighted work” no constituye en todo caso infracción de los derechos de autor, sino que esa utilización puede constituir en determinados casos un uso justo. Aunque en el propio precepto se invocan una serie de finalidades (crítica, comentario, información periodística, enseñanza, beca, investigación), la enumeración no posee carácter exhaustivo. Son los cuatro factores que se enumeran en el precepto los que codifican

subparagraph (A) shall not be considered under paragraph (1)(A) in determining whether a service provider has actual knowledge or is aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent.

(ii) In a case in which the notification that is provided to the service provider’s designated agent fails to comply substantially with all the provisions of subparagraph (A) but substantially complies with clauses (ii), (iii), and (iv) of subparagraph (A), clause (i) of this subparagraph applies only if the service provider promptly attempts to contact the person making the notification or takes other reasonable steps to assist in the receipt of notification that substantially complies with all the provisions of subparagraph (A).

la doctrina del uso justo y permiten a los tribunales valorar la concurrencia de *fair use*, como excepción del *copyright*. Los cuatro factores, sin perjuicio de otros criterios de valoración⁷³⁸, sobre los que se ciñe el juicio de *fair use* son: a') propósito o carácter del uso, b') Naturaleza de la obra protegida por el derecho de autor, c') Cantidad y sustancialidad de la parte utilizada de la obra, y d') Efecto del uso sobre el mercado potencial o valor del *copyright*.

En cuanto al propósito o carácter del uso, aunque resulta irrelevante el carácter comercial del uso o si ese uso se realiza por una corporación⁷³⁹, la jurisprudencia ha destacado la existencia de usos transformadores del uso originario⁷⁴⁰ y el valor social de la utilización⁷⁴¹. Ha abierto la posibilidad, incluso, a “usos socialmente valiosos” en la medida que proporcionan un beneficio público⁷⁴². La naturaleza de la obra pesa en cuanto al juicio de *fair use*, poseyendo más peso si su naturaleza es artística frente a otros tipos de obras de carácter divulgativo o educativo⁷⁴³. La cantidad y sustancialidad de la parte utilizada de la obra en el uso, también es objeto de valoración, pesando en contra del uso justo copias íntegras de la obra, como pueden ser por ejemplo, las copias en memoria RAM al visualizar en pantalla una página web. Y en último lugar, se sitúa el factor al que la jurisprudencia norteamericana suele otorgar mayor importancia, el efecto del uso sobre el mercado

⁷³⁸ Como fue el criterio genérico de la buena fe en *Field v. Google, Inc.*, 412 F.Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006).

⁷³⁹ OVANEZIAN, D.: “Internet Search Engine Copying...”, *op.cit.*, p. 295.

⁷⁴⁰ Especialmente se ha planteado en relación a los motores de búsqueda en el caso *Kelly v. Arriba Soft*, en el sentido de que el uso del motor de búsqueda poseía un carácter funcional respecto al uso originario artístico de las fotografías. Sobre el uso transformador de los motores de búsqueda se ha pronunciado también la jurisprudencia norteamericana en los casos *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.* y *Field v. Google, Inc.*

⁷⁴¹ Así en la sentencia del caso *Field v. Google, Inc.* se alude a esos usos socialmente valiosos, con invocación expresa de los casos *Sony* y *Kelly v. Arriba Soft Corporation*

⁷⁴² SIEGFRIED DÍAZ, A.: “Fair use & mass digitization: the future of copy-dependent technologies after authors guild v. Hathitrust”, *Berkeley Technology Law Journal*, 2013, v. 23, p. 704.

⁷⁴³ En el sentido que apunta SIEGFRIED DÍAZ, A.: “Fair use & mass digitization...”, *op.cit.*, p. 694 de que las obras creativas están más cerca del núcleo del derecho de autor, y en ese sentido, se entiende que deben recibir una mayor protección. De forma que para este autor resulta justificado este factor del *fair use*, en la medida que el alcance de la protección es mayor en las obras creativas que en otro tipo de obras, como pueden ser las funcionales.

potencial o valor del *copyright*, especialmente puesto de relieve en casos como *Kelly v. Arriba Soft*⁷⁴⁴. En este caso se planteó si un buscador de imágenes que ofrecía al usuario como resultado de sus búsquedas copias en miniatura de las imágenes encontradas violaba el derecho de reproducción. En este asunto se sostuvo que en la medida que no ofrecían la imagen real, sino que remitían a la página de origen no existió un impacto en el mercado potencial de las fotografías indexadas, sino más bien un uso secundario⁷⁴⁵ o incidental, y en cualquier caso menos explotador⁷⁴⁶. Aunque la jurisprudencia ha matizado que la potencialidad del mercado de la obra remite, incluso, a usos no implementados por el titular de los derechos, como el muestreo u otros⁷⁴⁷.

b') Teoría de la licencia implícita.

Esta teoría se construye sobre todo pensando en las páginas web, para asegurar que la doctrina *MAI* no suponga un obstáculo al desarrollo de la WWW, como una parte destacada de Internet. Por ello, algún autor como GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ apunta la necesidad de una aplicación prudente, con cautelas, para otros supuestos⁷⁴⁸. Resulta muy acertada esta precisión para limitar la aplicación de esta teoría a la web, frente a otros posibles contenidos protegidos y colocados en la web no autorizados por sus legítimos titulares, que constituirían infracción al derecho de autor.

Los defensores de esta teoría consideran que si alguien crea una página web y

⁷⁴⁴ *Kelly v. Arriba Soft Corporation*, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002).

⁷⁴⁵ SIEGFRIED DÍAZ, A.: "Fair use & mass digitization...", *op.cit.*, p. 694.

⁷⁴⁶ GINSBURG, J.: "Copyright Use and Excuse on the Internet", *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, v. 24, Fall 2000, p. 15.

⁷⁴⁷ Como se puso de manifiesto en el caso *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F. 3d 1004 (9th Cir., Feb 12, 2001). Una de las alegaciones de Napster se basó en que algunos de los usos que permitía Napster eran novedosos como el muestreo de canciones que permitían al usuario conocer las canciones que incluía un CD y decidirse a comprarlo. Sin embargo, el tribunal consideró que se trataba de un uso comercial que competía con el propio mercado potencial de muestreo que podía desarrollar la demandante y en este sentido, no quedaba amparado por el *fair use*. Vid. al respecto GINSBURG, J.: "Copyright Use and Excuse...", *op.cit.*, p. 32.

⁷⁴⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 300 y ss.

la coloca en Internet asume que la web y sus contenidos van a ser vistos por quien acceda a la página. Pues de manera implícita ha licenciado a los usuarios de Internet para verla⁷⁴⁹. No obstante, esa “licencia implícita” puede ser excluida por parte del titular del derecho, como apunta GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, si manifiesta esa voluntad de una forma inequívoca, “bien por medio de un contrato en línea, bien insertando en la obra condiciones de uso que impliquen la necesaria autorización para visualizar la obra”⁷⁵⁰, así como estableciendo una medida tecnológica de control de acceso.

B) Copias en memoria caché.

a) Principales problemas asociados al almacenamiento en caché: La regulación establecida en § 512 (b) de la DMCA y posiciones doctrinales.

Como hemos visto existen dos tipos de copias caché, por un lado, las llamadas copias caché del sistema, que se efectúan en el servidor en los procesos de transmisión de la información, para agilizar ese proceso de envío y por otro lado, las copias caché locales persistentes que se crean en el propio ordenador del usuario. Estas copias íntegras de la información solicitada, a diferencia de las copias en RAM, poseen una duración más persistentes porque pueden residir en memoria RAM, pero también en el disco duro o una combinación de ambos.

En la medida en que constituye una copia íntegra y más o menos permanente de contenidos protegidos por el derecho autor, se ha planteado si estos almacenamientos, óptimos desde un punto de vista técnico, pueden constituir una infracción al derecho de autor. Desde la doctrina se han señalado una serie de consecuencias perjudiciales. En este sentido, el almacenamiento caché puede: a) ofrecer información desfasada, al no recoger las actualizaciones de la página

⁷⁴⁹ BEAL, K.: “The Potential Liability of Linking...”, *op.cit.*, p. 725 y ss lo explica de este modo: “But given the voluntary act of constructing a web page, and the assumption that page was constructed to be viewed, it would be absurd to hold a viewer liable. Therefore, the viewer can assert a defense of implied license. Logically, the existence of any web site implies to the viewer a license to take all action that is incidental to viewing that site”.

⁷⁵⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 300 y ss.

original, o incluso puede mostrar como disponible un sitio *web* que se ha cerrado o bloqueado, como por ejemplo, por albergar contenidos protegidos por el derecho de autor, sin autorización de los titulares de estos derechos⁷⁵¹; b) afectar a la publicidad que contiene la página original, respecto a aquellos anuncios nuevos que se incorporan o respecto a los que se ofrecen a una determinada hora distinta a la que se produjo el almacenamiento en caché⁷⁵²; c) arrojar una cifra inexacta de número de visitas a la página original⁷⁵³, lo que repercute en la fijación de las tarifas publicitarias⁷⁵⁴; d) posee una duración incierta que si bien es menor que las copias en RAM puede oscilar de forma significativa⁷⁵⁵; e) y en el caso, de sitios *webs* con contenidos de acceso restringido, puede permitir el almacenamiento de la información en un servidor *proxy* y la utilización de esos contenidos restringidos por otros usuarios que se aprovechen de modo fraudulento⁷⁵⁶.

La DMCA en su § 512 (b) reguló el tema del *caching* desde el punto de vista de la responsabilidad de los prestadores de servicios. En el sentido de que si reúnen las condiciones establecidas no responderán por la vulneración de derechos de autor ocasionada con estas copias. Se establece por tanto en el ámbito de la DCMA un régimen de exención de responsabilidad de los operadores que se basa en que el operador no realice ninguna conducta sobre el material almacenado que pueda ocasionar un perjuicio económico al titular de la página web original. Así, a modo de síntesis, no debe ni modificar la publicidad alojada en el sitio web original ni afectar a los sistemas de recuento de visitas que pueda tener éste. Además debe actualizar la web en el sentido determinado por la persona que pone a disposición el material en

⁷⁵¹ TROTTER HARDY, I.: “Computer RAM Copies...”, *op.cit.*, p. 437; HAYES, D.L.: “Advanced Copyright Issues...”, *op.cit.*, p. 13.

⁷⁵² GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 311.

⁷⁵³ TROTTER HARDY, I.: “Computer RAM Copies...”, *op.cit.*, p. 437 para quien: “When a site is cached by another site, it is the second site that records the *hit* not the site from which the cached material originated. Absent some arrangements to have the hit count returned to the original site, the owner loses valuable information from the caching”.

⁷⁵⁴ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 311.

⁷⁵⁵ TROTTER HARDY, I.: “Computer RAM Copies...”, *op.cit.*, p. 447.

⁷⁵⁶ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 311.

línea o por los estándares de la industria⁷⁵⁷.

Con anterioridad a la DMCA gran parte de la doctrina norteamericana había defendido esa exención de responsabilidad en base a la aplicación del *fair use*⁷⁵⁸, como límite genérico del derecho de autor, o incluso habían aplicado la teoría de la licencia implícita al ámbito de los almacenamientos en *cache*⁷⁵⁹. Pues, el

⁷⁵⁷ La § 512 de la DMCA establece las siguientes condiciones en las que se basa el régimen de exención de responsabilidad del operador por el caching:

“(A) the material described in paragraph (1) is transmitted to the subsequent users described in paragraph (1)(C) without modification to its content from the manner in which the material was transmitted from the person described in paragraph (1)(A);

(B) the service provider described in paragraph (1) complies with rules concerning the refreshing, reloading, or other updating of the material when specified by the person making the material available online in accordance with a generally accepted industry standard data communications protocol for the system or network through which that person makes the material available, except that this subparagraph applies only if those rules are not used by the person described in paragraph (1)(A) to prevent or unreasonably impair the intermediate storage to which this subsection applies;

(C) the service provider does not interfere with the ability of technology associated with the material to return to the person described in paragraph

(1)(A) the information that would have been available to that person if the material had been obtained by the subsequent users described in paragraph

(1)(C) directly from that person, except that this subparagraph applies only if that technology—

(i) does not significantly interfere with the performance of the provider’s system or network or with the intermediate storage of the material;

(ii) is consistent with generally accepted industry standard communications protocols; and

(iii) does not extract information from the provider’s system or network other than the information that would have been available to the person described in paragraph (1)(A) if the subsequent users had gained access to the material directly from that person;

(D) if the person described in paragraph (1)(A) has in effect a condition that a person must meet prior to having access to the material, such as a condition based on payment of a fee or provision of a password or other information, the service provider permits access to the stored material in significant part only to users of its system or network that have met those conditions and only in accordance with those conditions; and (E) if the person described in paragraph (1)(A) makes that material available online without the authorization of the copyright owner of the material, the service provider responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), except that this subparagraph applies only if—

(i) the material has previously been removed from the originating site or access to it has been disabled, or a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled; and

(ii) the party giving the notification includes in the notification a statement confirming that the material has been removed from the originating site or access to it has been disabled or that a court has ordered that the material be removed from the the person described in subparagraph (A), if the conditions set forth in paragraph (2) are met”.

⁷⁵⁸ OVANEZIAN, D.: “Internet Search Engine Copying: Fair Use Defense to Copyright Infringement”, Santa Clara High Technology Law Journal, v.14, Iss.1, art. 5, 1998, p. 282.

⁷⁵⁹ VERMUT, R.: “File Caching on the Internet...”, *op.cit.* para quien no ofrecía duda que: “Whether an implied license exists between cache operators and authors of on-line works depends upon how a

almacenamiento en *caché* al constituye una necesidad operativa del sistema de Internet, un mecanismo que solventa el tráfico en la red y sus limitaciones técnicas. Aunque no han faltado voces que han considerado este sistema como provisional, dado el carácter transitorio del ancho de banda⁷⁶⁰. Esta técnica, lejos de ser una situación coyuntural, ligada a un estado puntual de la tecnología, ha pasado a formar parte de la idiosincrasia de Internet. Se ha convertido, así, en una pieza insoslayable de su funcionamiento, y con un valor comercial hoy incuestionable⁷⁶¹. A pesar del incremento del ancho de banda, el almacenamiento en *caché* sigue siendo necesario porque crece la información (se habla ya de *big data* quizá como una evolución de la propia sociedad de la información), el número de usuarios y los disfrutes *in streaming*. Lo que lleva a considerar el almacenamiento en *caché* aún como una necesidad técnica.

Además, el almacenamiento en *caché* se convierte, también, en un elemento de la navegación en Internet, que facilita no sólo la transmisión de la información, sino también su previa localización a través de los motores de búsqueda, esenciales dada la multitud de información que se encuentra en la red⁷⁶². En este sentido, estos

court views the sequence of events. Authors who place works on the internet know in advance that the works are available to millions of users around the world. No royalties may reasonably be expected in return by the author since the mere placing of a work on-line does not necessarily entail any compensatory scheme. From an objective point of view, someone placing a work on-line has no expectation of payment or limited distribution and intends that it be viewed by others. Authors who place their works on-line are expected to realize that other users may only view their works through use of the network hardware. Users do not go to an author's computer to view the works. The works are transferred over the internet to users. Given this constant of network and computer technology, the author must concede to this type of operation if anyone is ever to view his works on-line. Caching is a necessary mechanical part of network operations. In order for an author to know about the internet, he or she most likely has used it before through browser software. Authors must anticipate that others access the internet in the same manner and have also been introduced to one caching scheme or another, particularly, a cache that is contained within their browser software”.

⁷⁶⁰ TROTTER HARDY, I.: “Computer RAM *Copies...*”, *op.cit.*, p. 429.

⁷⁶¹ TROTTER HARDY, I.: “Computer RAM *Copies...*”, *op.cit.*, p. 448 destacó el valor comercial de esa acción de almacenamiento, poniendo de relieve la existencia de los llamados “Offline Browsers” como sistemas de navegación automática que muestran sitios previamente identificados como de interés por parte del usuario del software. Y ya existen empresas como Amazon que ofertan estos servicios de almacenamiento caché vid. <http://aws.amazon.com/es/elasticache/details/>

⁷⁶² Los más conocidos son Google, Yahoo y MSN, aunque existen también otros generales como Ask o Bing, entre otros, y algunos de alcance territorial limitado, como pueden ser Baidu para China o Naver para Corea del Sur.

motores de búsqueda incorporan un programa automático o robot que permite rastrear continuamente la información en Internet. De esta forma se localiza, analiza, cataloga e indexa las páginas *web* en el índice de búsqueda, para ello copia estas páginas en la memoria caché del sistema y almacena sus códigos HTML en un repositorio temporal. En la medida que la copia de páginas web y sus contenidos se convierte en una necesidad del motor de búsqueda se ha planteado si estas copias recopilatorias que permiten la búsqueda y con ello la navegación por Internet vulneran el *copyright*.

b) Las copias caché de webs efectuadas por motores de búsqueda: el caso *Field v. Google, Inc.*

En este caso Blake Field presenta una demanda de infracción de derechos de autor contra Google Inc. Blake Field registró las obras que había creado y pocos días después las subió a una página www.blakeswritings.com, que fue indexada por Google e incluida en su motor de búsqueda⁷⁶³. El demandante sostiene que Google violó sus derechos de autor al permitir que los usuarios de Internet accedieran a las copias de 51 de sus obras, almacenadas por Google en su repositorio en línea.

En esta sentencia se hace una aplicación de la teoría de la licencia implícita y el uso justo para desestimar la demanda, y exonerar de responsabilidad a Google. Respecto a la aplicación de la teoría de la licencia implícita se establece que en la medida que Blake Field conocía cómo operaba el motor de búsqueda de Google, es decir que efectuaba copia de las *web* encontradas por su programa robot en el caché del sistema, tenía un conocimiento preciso sobre el *modus operandi* de este buscador⁷⁶⁴. Y en la medida que guardó silencio y no desplegó ninguna acción, como

⁷⁶³ 412 F.Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006).

⁷⁶⁴ Ese conocimiento se evalúa en los siguientes términos en la sentencia: "Field concedes he was aware of these industry standard mechanisms, and knew that the presence of a "no archive" meta-tag on the pages of his Web site would have informed Google not to display "Cached" links to his pages Despite this knowledge, Field chose not to include the no-archive meta-tag on the pages of his site. He did so, knowing that Google would interpret the absence of the meta-tag as permission to allow access to the pages via "Cached" links. Thus, with knowledge of how Google would use the copyrighted works he placed on those pages, and with knowledge that he could prevent such use, Field instead made a conscious decision to permit it. His conduct is reasonably interpreted as the grant of a license

la introducción de meta-tags que pudieran advertir al programa robot de Google para no indexar la web, otorgó un permiso o una licencia implícita a este motor de búsqueda para almacenar su web en caché, indexarla y mostrar el enlace en sus resultados de búsqueda⁷⁶⁵.

Pero la Corte para el Distrito de Nevada va más allá y analiza también la actividad de este motor de búsqueda desde el punto de vista de su posible inclusión en un uso justo de las obras de Blake Field. Considerando que el uso justo crea un privilegio de utilización se analizan en la sentencia los cuatro factores que determinan el carácter justo del uso⁷⁶⁶. En primer lugar, en cuanto a los fines y carácter del uso, se destaca la función instrumental del motor de búsqueda en la arquitectura propia de Internet. Se califica como uso socialmente valioso, en el sentido de que mejora el acceso a la información⁷⁶⁷. En segundo lugar, se valora el carácter artístico de la obra, que, en principio, otorgaría un menor peso en cuanto al uso justo, aunque el tribunal en este caso concreto dio poca importancia a este factor⁷⁶⁸. En tercer lugar, en cuanto al carácter substancial de la utilización, se valora la necesidad de utilizar una copia íntegra de la web para que el buscador pueda desplegar su función⁷⁶⁹. Y finalmente, en cuarto lugar, por lo que respecta al efecto

to Google for that use”.

⁷⁶⁵ Así se establece en la sentencia el marco en el que opera esta construcción teórica de la licencia implícita: “Consent to use the copyrighted work need not be manifested verbally and may be inferred based on silence where the copyright holder knows of the use and encourages it. See *Keane Dealer Servs., Inc. v. Harts*, 968 F. Supp. 944, 947 (S.D.N.Y. 1997) (“consent given in the form of mere permission or lack of objection is also equivalent to a nonexclusive license”).

⁷⁶⁶ Tal y como se reconoció en el caso *Fisher v. Dees* 794 F.2d 432, 435 (9th Cir. 1986), en el sentido de que: “The fair use doctrine creates a limited privilege in those other than the owner of a copyright to use the copyrighted material in a reasonable manner without the owner's consent”.

⁷⁶⁷ En este sentido se reconoce en la sentencia que: “The fact that the owners of billions of Web pages choose to permit these links to remain is further evidence that they do not view Google's cache as a substitute for their own pages”.

⁷⁶⁸ Así establece que : “Field thus sought to make his works available to the widest posible audience for free. Accordingly, assuming the works at issue are creative, as in Kelly, the “nature” of the works weighs only slightly in Field's favor”. Vid. OVANEZIAN, D.: “Internet Search Engine Copying...”, *op.cit.*, p. 294, para quien el motor de búsqueda es un instrumento valioso en Internet para encontrar la información.

⁷⁶⁹ Sobre la necesidad de copiar la página web en su totalidad se razona del siguiente modo: “Also like the fair uses in *Sony and Kelly*, Google's use of entire Web pages in its Cached links serves multiple

del uso sobre el mercado potencial o valor de la obra, si bien Google es una empresa y por tanto despliega su actividad con ánimo de lucro, no se benefició por el uso de las obras ni queda acreditado que las copias cachés tuvieran un impacto potencial en el mercado de la obra⁷⁷⁰. Y finalmente se introduce un factor adicional sobre la buena fe de Google, que no proporciona enlaces a *webs* cuando sus propietarios no desean aparecer en estos motores de búsqueda y advierte a los usuarios sobre el carácter no original de la página mostrada.

4. Derecho de reproducción e Internet en la DDASI.

4.1 El problema de las reproducciones provisionales y la necesidad de armonización comunitaria.

Como ya hemos visto en el apartado anterior las reproducciones provisionales en Internet, fue uno de los problemas principales a los que tuvo que enfrentarse la DMCA. Las soluciones vinieron a través de medidas legislativas introducidas en la DMCA, como en el caso, del *caching*, de la aplicación de los límites propios del *copyright*, como la doctrina codificada del *fair use*, un régimen específico de responsabilidad para los proveedores de servicios de Internet, e incluso a través de construcciones teóricas de carácter doctrinal, como la teoría de la licencia implícita, acogida por la jurisprudencia norteamericana.

Este problema se plantea también en el ámbito comunitario, con un matiz añadido, si bien el derecho de reproducción se hallaba hasta ese momento regulado

transformative and socially valuable purposes. These purposes could not be effectively accomplished by using only portions of the Web pages. Without allowing access to the whole of a Web page, the Google Cached link cannot assist Web users (and content owners) by offering access to pages that are otherwise unavailable”.

⁷⁷⁰ En este sentido se valora la propia ausencia de explotación comercial por parte del autor de las obras indexadas por Google en los siguientes términos: “Here there is no evidence of any market for Field's works. Field makes the works available to the public for free in their entirety, and admits that he has never received any compensation from selling or licensing them. See Field Dep. at 132:10-17. There is likewise no evidence that by displaying *Cached* links for pages from Field's site, Google had any impact on any potential market for those Works”. y añade en relación a la posible afectación al mercado de las obras de Field: “While Google is a for-profit corporation, there is no evidence Google profited in any way by the use of any of Field's works. Rather, Field's works were among billions of works in Google's database”.

en las legislaciones nacionales, sin grandes diferencias, la aparición de Internet exige dar una respuesta unitaria al problema de las reproducciones provisionales. Se trata de evitar, con ello, que las diferentes soluciones legislativas afecten al establecimiento de un mercado único de transmisión en línea de obras y prestaciones protegidas.

No obstante, se debe tener en cuenta que en el ámbito comunitario había existido una armonización parcial de este derecho para dos tipos de obras, los programas de ordenador y las bases de datos. Así, el art. 4 a) de la Directiva del Consejo 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador y el art. 5 a) de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo, sobre la protección jurídica de las bases de datos regulan el derecho de reproducción con un contenido amplio, que quiere incluir las reproducciones transitorias o temporales⁷⁷¹, anticipando la posición que al respecto se mantendrá en la DDASI⁷⁷².

4.2 El contenido del derecho de reproducción.

A) Actos incluidos en el art. 2 de la DDASI.

Este artículo establece que: “Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte: a) a los autores, de sus obras; b) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones

⁷⁷¹ Así el art. 4 a) de la Directiva del Consejo 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador establece que. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6, los derechos exclusivos del titular con arreglo al artículo 2 incluirán el derecho de realizar o de autorizar: a) la reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa necesitan tal reproducción del mismo, estos actos estarán sujetos a la autorización del titular del derecho”. El art. 5 a) de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo, sobre la protección jurídica de las bases de datos establece que: “El autor de una base de datos tendrá el derecho exclusivo, respecto de la forma de expresión de dicha base susceptible de la protección de los derechos de autor, de realizar o autorizar: la reproducción temporal o permanente, total o parcial, por cualquier medio y de cualquier forma”.

⁷⁷² GARROTE FERNÁNDEZ DÍAZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 320.

de sus actuaciones; c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas; d) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas; e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite”.

Como vemos el derecho de reproducción se reconoce en la DDASI a favor tanto del autor como de una serie de sujetos titulares de derechos conexos respecto a sus prestaciones protegidas, y que por supuesto, confluyen a los propios derechos que sobre la obra puedan corresponder al autor. A todos ellos les corresponde un ámbito de monopolio jurídico sobre las obras o prestaciones protegidas, que la DDASI les atribuye. Sin perjuicio de que sean las normas contractuales de cada Estado miembro sobre el régimen de cesión de estos derechos las que delimiten el ámbito material de la cesión, es decir, qué parte de ese monopolio es cedida al cesionario y cuáles conservan estos sujetos.

Respecto al contenido del derecho de reproducción el art. 2 de la DDASI incluye dentro del mismo una serie de actos de reproducción, que configuran un concepto muy amplio del derecho de reproducción⁷⁷³. Se incluye tanto la primera fijación como la realización de copias posteriores⁷⁷⁴, ya sean analógicas o digitales⁷⁷⁵, directas o indirectas⁷⁷⁶, permanentes o provisionales⁷⁷⁷, totales o

⁷⁷³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 323; DELGADO, A.: “La incorporación de la Directiva 2001/29...”, *op.cit.*, p. 7; RIBERA BLANES, B.: “El derecho de reproducción...”, *op.cit.*, p. 346 y ss.

⁷⁷⁴ DELGADO, A.: “La incorporación de la Directiva 2001/29...”, *op.cit.*, p. 7

⁷⁷⁵ RIBERA BLANES, B.: “El derecho de reproducción...”, *op.cit.*, p. 346 y ss.

⁷⁷⁶ El concepto de reproducciones indirectas incluiría las reproducciones por medio de una fase intermedia. Para RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 346, n.32 esta disposición “pretende dejar claro que el derecho no se ve afectado por la distancia existente entre el lugar en que se encuentre una obra original y el punto en el que se haga una copia de la misma”. En este sentido y como ERDOZAIN, J.C.: *Derechos de autor y la propiedad...*, *op.cit.*, p. 124, apunta la interpretación al adjetivo “indirecta” debe ser funcionalmente amplia entendiendo por tal “todas aquellas actividades, usos y procedimientos que permitan o tengan por finalidad la reproducción de la materia protegida”. Este concepto, abierto también a los posibles desarrollos tecnológicos y unido a la idea de temporalidad, permite incluir dentro del derecho de reproducción aquellos actos en que se ofrece la reproducción de la obra o prestación protegida “aunque técnicamente el derecho protegido no pase o se reproduzca en los soportes técnicos del usuario u oferente. De este modo, tecnologías que

parciales⁷⁷⁸, y sin que resulte relevante el soporte en que estas reproducciones queden fijadas, “por cualquier medio y en cualquier forma”. Se supera de manera definitiva la exigencia de que la obra o prestación quede fijada en un soporte material o tangible que permita visualizar la obra⁷⁷⁹.

No obstante, y en la medida que este concepto amplio del derecho de reproducción puede suponer un freno al desarrollo de la sociedad de la información a la que trata de dar respuesta la DDASI, se hace necesario introducir una excepción que cubra una serie de reproducciones provisionales o efímeras. En concreto, aquellas que poseen una significación tecnológica y resulten necesarias para la transmisión de la información en Internet.

Algunos autores han esgrimido críticas a este modelo atributivo de la DDASI, contenido amplio del derecho y excepción limitada a los actos de reproducción provisional que reúnen determinadas condiciones establecidas en el art. 5.1 de la

permitan el intercambio telemático de obras o prestaciones a un grupo cerrado de usuarios, directamente entre sí y sin intermediación técnica del oferente, también quedarán sujetos al derecho exclusivo del titular”.

⁷⁷⁷ En este sentido, la DDASI aborda, como una de las cuestiones claves, el tema de las reproducciones provisionales de obras o prestaciones protegidas en Internet, a la hora de establecer un marco de seguridad jurídica para los operadores del sector, y que al mismo tiempo permita la armonización del mercado comunitario emergente de transmisión en línea de obras y prestaciones protegidas, vid. GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 321 y ss.

⁷⁷⁸ La inclusión de las reproducciones totales o parciales dentro del contenido específico del derecho de reproducción que contiene el art. 2 de la DDASI se recogía de modo expreso ya en algunas legislaciones como la francesa (art.122.4 del Code de la propriété intellectuelle) y la legislación española (art. 18 del TRLPI). Como veremos en la última parte dedicada a los límites del derecho de autor, la reproducción parcial plantea el tema de si debe considerarse como un acto sujeto al derecho de autor, o bien como una excepción amparada en el derecho de cita, lo que se manifiesta en el ámbito de los motores de búsqueda y los pequeños resúmenes de las *webs* indexadas y que ofrecen en el listado de resultados. Cabría sostener con ERDOZAIN, J.C.: *Derechos de autor y la propiedad...*, *op.cit.*, p. 125 que el criterio determinante sería el de la reconocibilidad de la obra o prestación protegida, con afectación posible incluso al derecho moral de autor (derecho a la integridad de la obra art. 14.4 del TRLPI) en aquellos casos en que esa reproducción parcial se haga pasar por la obra o prestación protegida en su totalidad.

⁷⁷⁹ ERDOZAIN, J.C.: *Derechos de autor y la propiedad...*, *op.cit.*, p. 124 y ss. Sobre la evolución histórica y tecnológica del derecho de reproducción en este sentido vid. GENDREAU, Y.: “Le droit de reproduction...”, *op.cit.*, p. 11 y ss.

DDASI⁷⁸⁰. Así, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ apunta que hubiera sido preferible excluir de la definición normativa “las copias sin significado económico” con un argumento decisivo, como es considerar que “el concepto de reproducción está ligado íntimamente al acto de explotación de la obra”. Para este autor estas reproducciones efímeras “no tienen ni el efecto ni la intención de explotar una obra”, por cuanto “son invisibles al usuario, que no accede de ninguna manera a la obra mediante ellas”⁷⁸¹.

Aunque esta argumentación resulta defendible, a nuestro modo de ver, respecto a gran parte de reproducciones provisionales (como pueden ser las copias en los routers), resulta mucho más discutible respecto a otras, como las copias *caché*, que pueden tener una aplicación funcional ligada a un proceso tecnológico, pero pueden poseer también una significación económica. No sólo desde el punto de vista del perjuicio económico en los entornos *webs*, sino que el almacenamiento *caché* es ya una actividad comercial cuya significación económica no ofrece duda. Pero coincidimos con este autor, en que hubiera sido más deseable ofrecer un contenido más limitado del derecho de reproducción que excluyera determinadas reproducciones provisionales o efímeras, siempre que reunieran las condiciones establecidas en el art. 5.1 de la DDASI.

También hubiera sido deseable, un grado de concreción mayor en cuanto a los diferentes actos de reproducción provisional que se producen en Internet, con exclusión expresa del contenido del derecho de reproducción de las copias en *routers*

⁷⁸⁰ GARROTE FERNÁNDEZ DÍAZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op. cit.*, p. 323 y ss; RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 346; GÓMEZ SEGADE, J.A.: “Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la información”, *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, coord. ROGEL VIDE, Madrid, 2002, p. 29 y ss; ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet...*, *op.cit.*, p. 74.

⁷⁸¹ GARROTE FERNÁNDEZ DÍAZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op. cit.*, p. 323 y ss. En el mismo sentido se manifiesta también RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 346 para quien: “Desde un punto de vista sistematico, consideramos que hubiera sido preferible que esos actos que no forman parte del derecho exclusivo de reproducción se hubieran excluido del propio concepto de reproducción que el legislador reconoce en el art. 2 de la Directiva, sin tener, que recurrir a un precepto independiente ubicado en el ámbito de las excepciones para dejar al margen de la exclusiva de los titulares de los derechos aquellos actos de reproducción que se producen como consecuencia de un proceso tecnológico”.

vinculadas a un proceso tecnológico sin significación económica independiente. Y porque además no reproducen de manera íntegra los contenidos trasmistidos, sino sólo de manera fragmentada. Y aunque si bien las copias parciales pueden ser actos de reproducción resulta evidente en este caso que estos pedazos que circulan por las tramas no permiten identificar a la obra o prestación de origen, y en este sentido, no consituye un acto de reproducción.

En definitiva, y como advierte GOMEZ SEGADE, al referirse al art. 5.1 de la DDASI, “no estamos ante una limitación, sino ante la delimitación del contenido conceptual del derecho de reproducción”⁷⁸², por lo que hubiera sido deseable abordar esta cuestión dentro del contenido del derecho, y no por medio de una excepción.

B) Actos excluidos en el art. 5 de la DDASI.

En este artículo en su apartado 1 se establece la excepción al contenido amplio del derecho de reproducción en los siguientes términos: “Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2”.

Cabe apuntar, que esta excepción es de cumplimiento obligatorio por parte de los Estados miembros. Ya que estas reproducciones efímeras, vinculadas al uso de una obra o prestación protegida, se producen, como RIBERA BLANES apunta, normalmente en actos de explotación de carácter transnacional. Se trata, con ello, de evitar distorsiones en el mercado interior de la transmisión en línea de obras o

⁷⁸² GÓMEZ SEGADE, J.A.: “Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos...”, *op.cit.*, p. 29 y ss.

prestaciones protegidas⁷⁸³, pero sobre todo, a nuestro modo de ver, de hacer funcionar la red desde un punto de vista técnico, sin que una interpretación excesivamente amplía del derecho de autor, que impida su desarrollo.

Los actos de reproducción provisional a los que se refiere el art. 2 de la DDASI para quedar fuera del derecho de reproducción y, por tanto, dentro de la excepción deben cumplir una serie de requisitos de forma acumulativa.

En primer lugar se exige que el acto de reproducción posea un carácter transitorio o accesorio. La reproducción transitoria parece definida por oposición a las reproducciones permanentes, aunque como hemos visto a la hora de abordar el tema en Estados Unidos, la jurisprudencia ha sido vacilante en cuanto a determinar el tiempo de pervivencia de la copia para que pueda ser defendido su carácter transitorio.

Aunque la alusión al carácter accesorio parece utilizarse como sinónimo de transitorio, en realidad, está haciendo referencia a una realidad distinta. En cierto sentido, las reproducciones transitorias cubiertas dentro de la excepción del art. 5.1 de la DDASI siempre son accesorias, en cuanto, forman parte de integrante y esencial de un proceso tecnológico. En este sentido, las copias en los *routers* permiten la transmisión de la información en la red⁷⁸⁴. Las copias en memoria RAM permiten reproducir la obra o prestación protegida en pantalla, e incluso, en el caso de las copias *caché* se podría hablar de su carácter accesorio. Por cuanto estas copias hacen posible la transmisión de la información en la Red, evitando así su congestión⁷⁸⁵.

⁷⁸³ RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 350. Vid., al respecto DE MIGUEL ASENSIO, P. : *Derecho privado de Internet...*, *op.cit.*, p. 677; DESURMONT, T.: “La Communauté Européenne, les droits des auteurs et la Societé de l’Information”, *RIDA*, 2001, nº 190, p. 13 y ss.

⁷⁸⁴ Además de por esta razón para GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 329, estas copias efímeras son siempre accesorias, porque son instrumentales del acto de comunicación pública que la transmisión por Internet implica.

⁷⁸⁵ Esta es la razón que para GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 329 explica la inclusión de las copias accesorias junto a las transitorias en el art. 5.1 de la

En segundo lugar, deben cumplir una de estas dos finalidades específicas: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario (PSL), o b) en el resto de los casos que esa copia transitoria no se efectúe por un PSL en un proceso de transmisión en red de la información, debe ir asociada a una utilización lícita de una obra o prestación protegidas⁷⁸⁶.

Y por último, como cláusula de cierre, se exige que esa copia transitoria no tenga por sí misma una significación económica independiente. Hay que matizar que esta cuestión queda desligada del carácter comercial o no de quien efectúa ese proceso de transmisión de la información. Es decir, de si se trata de un PSL, incluso, de un prestador de un servicio de la sociedad de la información, siempre por supuesto, que se trate de una utilización autorizada. De modo que sea una mera copia técnica que no permita una utilización comercial posterior. Si la reproducción transitoria admitiera esa utilización comercial autónoma poseería una significación económica independiente del propio proceso técnico en el que se generó, y no se incluiría dentro de la excepción.

En la medida que en el propio art. 5.1 de la DDASI hay una cierta alusión implícita a los PSL, GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ plantea la relación entre la DDASI y la DCE⁷⁸⁷. Coincidimos con este autor en que existen importantes diferencias entre ambas normas, que se pueden resumir siguiendo la argumentación de este autor, del siguiente modo.

En primer lugar, en cuanto al ámbito material, el régimen de responsabilidad que establece la DCE no se ciñe a la vulneración del derecho de autor, sino que comprende un marco más amplio que incluye otras cuestiones. El art. 5.1 de la

DDASI, en cuanto “al deseo de ampliar la cobertura de la exención a las copias caché del sistema – que aunque son accesorias no puede decirse que sean en todo caso transitorias– aunque, como veremos, la cuestión no queda definitivamente zanjada”.

⁷⁸⁶ Como GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 330 señala: “De este modo se pretende que la exención del art. 5.1 sea utilizada como vía de escape para autorizar copias efímeras que no sean únicamente las vinculadas al proceso técnico de transmisión de las obras en las redes digitales, sino todas aquellas que forman parte del proceso técnico que tiene que llevar a cabo un usuario legítimo para hacer un uso lícito de la obra”.

⁷⁸⁷ GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 325 y ss.

DDASI establece una excepción al derecho patrimonial de reproducción respecto a determinadas reproducciones provisionales, y excluye de forma indirecta la responsabilidad del PSL⁷⁸⁸.

En segundo lugar, los destinatarios de ambas normas son distintos, en el caso de la DOCE son los “prestadores de servicios de la sociedad de la información”, mientras que en la DDASI, al aplicarse el art. 5.1 a todas las actividades en línea, se aplica a los usuarios, así como a empresas o instituciones que no pueden ser considerados como prestadores de servicios de la sociedad de la información, de acuerdo con lo establecido en el art. 2 a) de la DOCE, en su remisión a la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE⁷⁸⁹.

Y por último, ambas normas recurren a técnicas legislativas diferentes, en el caso de la DDASI el art. 5.1 delimita un derecho patrimonial de autor, mientras que en la DOCE se establece un régimen especial de responsabilidad para los PSL en el ámbito de Internet⁷⁹⁰.

4.3 Análisis de los diferentes tipos de reproducciones provisionales en Internet a la luz de la excepción prevista en el art. 5 de la DDASI.

A) Reproducciones efímeras o técnicas en los *routers*.

Estas reproducciones quedan amparadas en la excepción prevista en el art. 5.1 de la DDASI, al cumplir los requisitos establecidos en este precepto. Así, son copias provisionales⁷⁹¹, puesto que tras la lectura de la trama, el *router* envía esa

⁷⁸⁸ GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 326.

⁷⁸⁹ GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 326.

⁷⁹⁰ GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 327, señala al respecto que: “si no hay infracción del derecho de reproducción de acuerdo con los términos del art. 5 de la DDASI carece de sentido preguntarse si juegan las condiciones de la DCE.

Lo que sí puede ocurrir es que si se considera que las copias RAM o copias caché del sistema violan el derecho de reproducción de acuerdo con la DDASI, se exima de responsabilidad a ciertos tipos de infractores –los prestadores de acceso– bajo las condiciones de la DCE, que actúa como un colchón de seguridad para las empresas que quieren entrar en el negocio de Internet”.

⁷⁹¹ GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I.: “Comentario al art. 31”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 541 ni

información por el puerto que considere mejor y una vez es enviada la elimina de su memoria, de modo que permanece permanece de una manera muy efímera⁷⁹².

En segundo lugar, estas copias forman parte de un proceso tecnológico que constituye la base del funcionamiento de Internet, al permitir la transmisión de la información en la red⁷⁹³. Y además, ese proceso de transmisión de la información constituye la propia finalidad de la copia⁷⁹⁴.

Y finalmente, estas copias no poseen una significación económica independiente. Fundamentalmente porque no hacen posible el uso de la obra⁷⁹⁵, ya que por un *router* no pasan necesariamente todas las tramas que pertenecen a una misma obra o prestación transmitida. Además, pasan de forma desordenada, como fragmentos inconexos⁷⁹⁶, de acuerdo con la tecnología de conmutación de paquetes⁷⁹⁷. Incluso el *router* inicial y final se limitan a leer la dirección a la que debe transmitirse la información⁷⁹⁸.

Ahora bien, como ORTEGA DÍAZ apunta, la preocupación del legislador de que el intermediario pudiera paralizar estos paquetes de datos y recomponer la obra o prestación protegida, se manifestó en el régimen establecido en la DOCE. En concreto en su art. 12⁷⁹⁹, al establecer que no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el

siquiera las considera como reproducciones en sentido legal “porque no tienen como función un uso ulterior de la obra”.

⁷⁹² RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 351.

⁷⁹³ Como señala RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 351 “el router no puede ejecutar su labor sin realizar este tipo de copias efímeras y, sin la actividad de estos equipos electrónicos, la red no podría funcionar, quedando clara la interdependencia existente entre ambos”.

⁷⁹⁴ Pues como apunta RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 352 “el router está integrado en una red de datos y su función consiste en llevar la información del origen al destino en calidad de intermediario”.

⁷⁹⁵ GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 331.

⁷⁹⁶ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet...*, *op.cit.*, p. 75.

⁷⁹⁷ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet...*, *op.cit.*, p. 74.

⁷⁹⁸ RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 352.

⁷⁹⁹ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet...*, *op.cit.*, p. 76.

prestador de servicios: a) no haya originado él mismo la transmisión; b) no seleccione al destinatario de la transmisión; y c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos, en definitiva, no trate la información transmitida.

B) Copias RAM.

El tema de las copias RAM y su afección al derecho de reproducción se abordó en la Directiva del Consejo 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. Su artículo 4 establece un contenido amplio del derecho de reproducción que incluye el derecho a autorizar o realizar no sólo actos de reproducción permanente, sino también transitorios. Como la propia carga del programa en el ordenador del usuario exigía la realización de una copia en RAM fue necesario introducir una excepción en el art. 5.1, que permitiera realizar este acto al usuario legítimo. Así, en este precepto se establece que no se exigirá la autorización del titular los actos de reproducción provisional que “sean necesarios para la utilización del programa de ordenador por parte del adquirente legítimo con arreglo a su finalidad propuesta, incluida la corrección de errores”.

Y posteriormente, se abordó el tema de las reproducciones provisionales en la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo, sobre la protección jurídica de las bases de datos. De nuevo se configuró el derecho de reproducción en términos tan amplios como en la Directiva 91/250/CEE y volvió a resultar necesaria la introducción de una nueva excepción en el art. 6.1. Así se atempera el rigor de este derecho con las propias necesidades operativas de este tipo de obras, permitiendo aquellos actos necesarios “para acceder al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el usuario”. Pero estableciendo en su art. 7.2 a) que se entenderá por «extracción» no sólo la transferencia permanente, sino también temporal de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base de datos a otro soporte, cualquiera que sea el medio utilizado o la forma en que se realice, que incluiría las copias en memoria RAM cuando se consulta una base de datos.

Como ya hemos dicho, la DDASI es continuista en el sentido marcado por estas dos directivas anteriores, en cuanto a establecer un contenido amplio del

derecho de reproducción. O lo que es lo mismo, un amplio monopolio a favor de los titulares de los derechos de autor, con excepciones, también genéricas, que autorizan determinados usos legítimos. Sin embargo, en la DDASI esas excepciones se multiplican al ser mayor también el número de usuarios, y al suponer la visualización de contenidos en la red y su copia en memoria RAM, una exigencia de “lectura electrónica” o visualización de contenidos en línea. En definitiva, un *modus operandi* de la transmisión de información en Internet y de la propia navegación por la Red.

En la medida que el art. 5.1 de la DDASI no establece una referencia expresa a actos de reproducción provisional concretos, se ha planteado si se pueden entender incluidas estas reproducciones dentro del ámbito de la excepción⁸⁰⁰. Para abordar esta cuestión, seguiremos el patrón de análisis ya establecido respecto a las copias en los *routers*, partiremos de los requisitos establecidos en la excepción, y veremos si respecto a este tipo de reproducciones provisionales se cumplen y en qué medida.

No parece ofrecer duda que las copias en memoria RAM constituyen reproducciones transitorias y accesorias, en cuanto forman parte de un proceso tecnológico, *browsing*⁸⁰¹, que hace posible una utilización lícita de la obra⁸⁰². En este sentido en el Considerando 33 de la DDASI se establece de forma expresa que la excepción debe cubrir “los actos que permitan hojear (...) ficheros (...)”. Ahora bien, en cuanto a si estas reproducciones poseen o no una significación económica independiente se trata de una cuestión más compleja que exige un razonamiento más detenido. Sobre todo porque existe un “mercado de visualización, lectura y audición

⁸⁰⁰ A favor de la inclusión dentro de la excepción establecida en el art. 5.1 de la DDASI, cabe citar a autores como GARROTE FERNANDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 336 y ss.; RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 354 y ss.; ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en inetrnet...*, *op.cit.*, p. 86 y ss. En contra, se manifiestan JULIÀ BARCELÓ, R.: “On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks”, *E.I.P.R.*, Issue 3, p. 116; GENDRAU, Y.: “Le droit de reproduction et l’internet”, *op.cit.*, p. 41 y ss.

⁸⁰¹ GARROTE FERNANDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 336.

⁸⁰² En este sentido, y como CASTELLÓ PASTOR, J.J.: *Motores de búsqueda y derechos de autor. Infracción y responsabilidad*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2014, p. 44 apunta a través del *browsing* se produce un acceso individual.

de obras en línea”, en la modalidad de disfrute *in streaming*⁸⁰³, favorecida por el crecimiento del ancho de banda.

En primer lugar, siguiendo a GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ debemos distinguir entre la navegación en Internet y los actos de transmisión de obras que se producen a través de Internet. Y dentro de la navegación en la WWW debemos distinguir, a su vez, entre *webs* de acceso libre y *webs* de acceso restringido.

Aunque en Internet existen una gran cantidad de *websites* abiertos que utilizan la red como una forma de acceder a un público ilimitado, y dar a conocer sus contenidos, también existen otras *websites* de acceso restringido. En éstos se exige como requisito de acceso contar con la autorización del autor, previo pago normalmente de una cantidad económica, que se satisface por diversos medios, aunque también puede realizarse el acceso de forma gratuita previa inscripción e inclusión en la *website* como miembro o usuario autorizado⁸⁰⁴.

En el primer caso, *websites* abiertas, parece claro que la actuación del usuario que reproduce esas webs en RAM para visualizarlas en pantalla queda amparada por la excepción del art. 5.1 de la DDASI, y que dichos actos carecen de una significación económica independiente. Podríamos sostener que existe una especie de presunción *iuris tantum* que permite la visualización de la página. Esta presunción se basaría, de un lado en la inexistencia de mecanismos de control de acceso por parte de su titular, y de otro, en el propio funcionamiento de Internet, basado en la libre utilización de información por sus usuarios. Por lo que como acertadamente sostiene GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, iría en contra de la doctrina de los actos

⁸⁰³ GARROTE FERNANDEZ DÍEZ, I.: “Comentario al art. 31” en Comentarios a la LPI, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 543. En este sentido, GALÁN CORONA, E.: “Los derechos patrimoniales del autor (Reproducción, distribución y puesta a disposición) tras la reforma introducida por la Ley 23/2006, de 7 de julio”, en *Reformas Recientes de la Propiedad Intelectual*, coord. ROGEL VIDE, ed. REUS, Madrid, 2007, p. 49 y ss. recuerda que “existe una forma de explotación de contenidos que es la realizada mediante el acceso de los usuarios a la información recogida en un sitio web mientras dura la conexión y que se suele denominar *streaming*”. Vid. también LEDESMA IBÁÑEZ, J.: *Piratería digital...*, *op.cit.*, p. 45 y ss.

⁸⁰⁴ RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 356 apunta que las técnicas que permiten ese control de acceso son variadas y van desde los *passwords*, pagos con tarjetas de crédito o ingresos en cuentas bancarias.

propios demandar por infracción de los derechos de autor respecto a esas visualizaciones y reproducciones en RAM. Cuando se pone una obra en una *website* de acceso libre⁸⁰⁵, se permite un uso legítimo de las mismas, lo que presupone, obviamente, que se cuelgan en Internet por quien ostenta la titularidad de los derechos de autor sobre la obra (al menos, el derecho de reproducción y puesta a disposición) o con su autorización.

En el caso de las webs de acceso restringido no puede sostenerse, en cambio, esta afirmación, al menos de modo genérico. Esa significación económica independiente se hallará presente en aquellos casos en que la propia visualización de la obra es remunerada. Pero también cuando esas visualizaciones no posean una significación económica para su autor, porque no cobra por mostrarla y sólo se ha reservado el derecho de autorizar su visionado al usuario. Por lo que si éste viola las normas del control de acceso, como por ejemplo reenviando un enlace a otro usuario no autorizado, vulnera los derechos patrimoniales del autor, entre los que se encuentra el derecho de reproducción⁸⁰⁶. No obstante, coincidimos con ORTEGA DÍAZ, en cuanto que siempre que el usuario este autorizado y respecto a los visionados que efectúe en virtud de esa autorización, la reproducción RAM entrará dentro del ámbito de la excepción⁸⁰⁷.

Fuera de la navegación, y en aquellos casos en que se efectúa una transmisión completa de la obra a través de Internet, y no un mero visionado, las copias en RAM no quedarán dentro de la excepción. Por cuanto ese acto posee un significado económico al vincularse al acto de explotación patrimonial que envuelve a la transmisión de la obra en la red. Por lo que se necesitara contar con la autorización

⁸⁰⁵ GARROTE FERNANDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 338. Sobre la idea de la autorización implícita vid. también este mismo autor en “Comentario al art. 31”, *op.cit.*, p. 544.

⁸⁰⁶ Podemos ver aquí una manifestación de ese derecho difuso al control de acceso, que se va erigiendo en Internet, en este caso, para perfilar incluso aquellos usos no dotados de una significación económica, pero que el autor reserva a su monopolio de decisión.

⁸⁰⁷ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en internet...*, *op.cit.*, p. 88.

del titular de los derechos, y sólo en ese sentido se podrá hablar de un uso lícito⁸⁰⁸. En cualquier caso, al tratarse de una excepción y someterse a las reglas de los tres pasos, deberá tomarse en consideración la idea de “explotación normal de la obra”, como límite propio de la excepción. De forma que cuando respecto a estas reproducciones el derechohabiente “pueda legítimamente esperar obtener un rendimiento económico por una utilización concreta”, estaremos ante un acto con un “significado económico independiente”, y por tanto, no se incluirá en la excepción⁸⁰⁹.

C) Copias *cachés*.

La doctrina, a diferencia de los anteriores tipos de reproducción provisional, respecto a los que existe más o menos un cierto consenso, ha manifestado posiciones diversas en cuanto a considerar a estas copias incluidas en la excepción del art. 5.1 de la DDASI⁸¹⁰. Pero debemos diferenciar entre las copias que se generan en el caché del sistema y las copias que se producen no en el servidor, sino en el caché local o disco duro del usuario. Y por lo que respecta a la copias generadas en la navegación por la red, deberíamos diferenciar también entre webs abiertas y de acceso restringido, respecto a estas últimas habrá que estar a las condiciones de la licencia y los términos de acceso, para saber el alcance de las posibilidades de almacenamiento caché.

⁸⁰⁸ GARROTE FERNANDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 339.

⁸⁰⁹ GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I.: “Comentario al art. 31”, *op.cit.*, p. 544.

⁸¹⁰ Así GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 357 considera que las copias cachés locales permanentes poseen una significación económica independiente, y en este sentido, no pueden caer dentro de la excepción del art. 5.1 de la DDASI. Del mismo modo se manifiesta RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...op.cit.*, p. 361. Otros autores como ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet...*, *op.cit.*, p. 86 y ss. niegan que la reproducción en caché local posea una significación económica independiente, y en este sentido abren la posibilidad de aplicar la excepción prevista en el art. 5.1 de la DDASI. Por otro lado, las copias *caché* del sistema en cuanto que tienen un ámbito delimitado de responsabilidad del prestador de este servicio en la DCO (art. 13) parecen que no suscitan demasiada polémica.

a) Copias *cachés* del sistema.

Respecto a las copias que se producen en los servidores, debemos comenzar por analizar si se cumplen todos y cada uno de los requisitos establecidos en el art. 5.1 de la DDASI. Dentro del supuesto de hecho de este precepto se incluyen no sólo las copias transitorias sino también las copias accesorias que forman parte integrante y esencial de un proceso tecnológico. Aunque el carácter provisional de estas copias, resulta dudoso, por cuanto depende del administrador del servidor⁸¹¹, y no se puede abordar de una forma genérica, parece que pueden permanecer algún tiempo en el servidor, fenómeno habitual, incluso respecto a las webs más solicitadas. Aunque se ha destacado que esta duración indeterminada elimina su carácter transitorio, lo cierto es que la frontera entre transitorio y permanente, tal y como ha mostrado la jurisprudencia norteamericana, resulta difusa.

No obstante, el propio art. 5.1 de la DDASI parece haber previsto este inconveniente incluyendo en el ámbito de la excepción también a las reproducciones accesorias, cuyo carácter encaja con este tipo de copias⁸¹². En la medida, que como vimos, la técnica *caching* agiliza la transmisión de información al usuario, permite descongestionar la red, y se convierte en un proceso tecnológico asociado al propio funcionamiento de la red. Así, asegura que la transmisión de la información se realice de manera efectiva. A pesar de los augurios en cuanto a la desaparición del almacenamiento caché con la llegada de la banda ancha, y la generalización de la fibra óptica, el ancho de banda crece sin que se abandone, como dijimos, esta técnica.

En segundo lugar, no basta con que esas copias cachés sean parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, sino que además deben perseguir una de las dos finalidades específicas previstas en la excepción. Se ha señalado que estas copias, a diferencia de lo que ocurre con las reproducciones en RAM, no facilitan la utilización de la obra, sino que son una fase intermedia para el disfrute de la misma a

⁸¹¹ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en internet...*, *op.cit.*, p. 77.

⁸¹² ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en internet...*, *op.cit.*, p. 77.

través de la transmisión en Internet. Pero en la medida que evita el colapso de la red, en este sentido permiten que el proceso tecnológico de transmisión de la información se realice de manera correcta.

En tercer lugar, y aquí parece hallarse la cuestión más controvertida, estas reproducciones provisionales no deben poseer una significación económica independiente. EL TJUE ha interpretado este requisito en el sentido de que estas reproducciones provisionales no deben generar “una ventaja económica adicional, que vaya más allá de la derivada de dicha utilización de la obra protegida”. En el auto del TJUE de 17 de enero de 2012 (caso Infopaq) se sostiene que “una ventaja derivada de un acto de reproducción provisional es distinta y separable si el autor de dicho acto puede obtener beneficios de la explotación económica de las propias reproducciones provisionales”⁸¹³. En este sentido, en la medida que estas copias no permiten una explotación adicional de la obra, porque no se desligan del proceso tecnológico del que forman parte, no poseen esa significación económica independiente⁸¹⁴.

Desde este punto de vista, resulta irrelevante que la propia actividad de almacenamiento *caché* sea o no una actividad comercial, a efectos del art. 5.1 de la DDASI. Porque sólo resulta relevante si el prestador de este servicio obtiene una ventaja adicional, más allá del mero almacenamiento ligado a un proceso tecnológico, con esa copia, que transgreda los propios límites de la excepción establecidos en el art. 5.6 de la DDASI. De forma que entraría en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y perjudicaría injustificadamente los intereses del titular del derecho.

⁸¹³ Auto del TJUE 17 de enero de 2012, Sala Tercera, *Infopaq International A/S y Danske Dagblades Forening*, C-302/2010 (EDJ 2012/8346).

⁸¹⁴ Esta es una de las notas que permiten distinguir el *caching* del *mirroring* que consiste en la clonación de *websites* para colocarlos en un servidor más cercano al usuario. Las diferencias entre ambos fenómenos radican en que el *mirroring* no se produce de forma automática, sino que requiere el consentimiento de la *website* clonada, y además posee una significación económica independiente. Sobre esta técnica vid. también SPOOR, J.H.: “The copyright approach to Copying on the Internet: (Over) Stretching the Reproduction the Reproduction Right?”, *The future of copyright in a digital environment*, ed. BERNT HUGENHOLTZ, pub. Kluwer Law International, The Hague, 1996, p. 70.

Además, hay que tener en cuenta que el régimen de responsabilidad del prestador del servicio de almacenamiento caché queda establecido en el art. 13 de la DCO. De modo que, como regla general establece este precepto que “no puede ser responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizada con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos”.

Ahora bien, para gozar de esta exención de responsabilidad el prestador de este servicio debe reunir las condiciones establecidas en el art. 13 de la DCO: a) no debe modificar la información; b) debe cumplir las condiciones de acceso a la información; c) también debe cumplir las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector; d) no debe interferir en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información; y e) debe actuar con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

En realidad, a nuestro modo de ver, este régimen de responsabilidad especial establecido en el art. 13 de la DCO no excluye la posible aplicación a los prestadores de estos servicios de almacenamiento *caché* de la excepción del art. 5.1 y 5.6 de la DDASI. El ámbito material de ambas normas es diverso. Así, cuando el art. 13 de la DCO regula la responsabilidad de estos prestadores lo hace en relación a la información como concepto genérico donde pueden existir obras o prestaciones protegidas junto a otros contenidos. En cualquier caso, las condiciones que determinan el régimen de exoneración de responsabilidad del prestador deben darse, en este sentido no puede modificar la información, además debe respetar las normas de acceso a la información. En este sentido, no puede hacer accesibles *websites* de acceso restringido, tampoco puede mantener en caché una información que ya no se

corresponde con la actualización de la *website* o que ha sido retirada. Ni tampoco puede interferir en la tecnología que permite el recuento de usuarios de páginas *web*, lo que ocasionaría un perjuicio económico a estas *websites* que obtienen sus ingresos por publicidad según el número de visitas.

Ahora bien, puede que un prestador de estos servicios de almacenamiento caché, aún cumpliendo esas condiciones, infrinja los derechos de autor respecto a contenidos protegidos. Como ocurriría cuando se excediera del propio proceso tecnológico y utilizara las copias almacenadas para explotarlas económicamente. En este caso, resulta claro que no podría invocarse la excepción del art. 5.1 de la DDASI, ya que de acuerdo con el art. 5.5 esta excepción se aplicarán en determinados casos concretos siempre que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación.

b) Copias *cachés* locales.

Algunos autores como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ distinguen entre copias cachés permanentes y temporales. Así las copias permanentes al poseer una significación económica independiente, no entrarían dentro de la excepción⁸¹⁵. Pero el carácter temporal o permanente de dicha copia dependerá del navegador⁸¹⁶, así como de otros factores técnicos como la capacidad que destine el *browser* para el caché local y el tiempo que tarde en llenarse y ser borrado de forma automática⁸¹⁷. Además estas copias adquieren un carácter automatizado, tal y como reconoce el art. 13 de la DCO, que se desliga de la propia voluntad del usuario, y parece que incluso para este autor debe acudir a algún mecanismo, como la excepción por copia privada para exonerar de responsabilidad al usuario⁸¹⁸. Al margen del posible colapso que se produciría si cada vez que estas copias se producen debiera recabarse

⁸¹⁵ GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 357.

⁸¹⁶ RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 358.

⁸¹⁷ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en internet...*, *op.cit.*, p. 82.

⁸¹⁸ GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 357.

la autorización del titular de los derechos⁸¹⁹. De acuerdo con esta teoría, estas copias cachés que se efectúan en el disco duro del usuario, y se vinculan a una utilización lícita de la obra o prestación protegida, llevarían a declarar responsable por infracción del derecho de reproducción al usuario, que muchas veces ni siquiera es consciente de que estas copias se producen en su disco duro.

Aunque el posible juego de la excepción de copia privada llevaría a exonerar de responsabilidad al usuario legítimo, se ha destacado la inconveniencia de aplicar esta excepción respecto a unas copias que poseen un mero valor instrumental y que se realizan de forma mecánica, sin ninguna participación activa por parte del usuario⁸²⁰. Además de las consecuencias indeseables de aplicar un canon compensatorio por unas reproducciones instrumentales que redundan no sólo a favor del usuario concreto, sino del resto de usuarios de la red, que se ven beneficiados de un tráfico ágil de la información. Y que en cualquier caso pueden ser evitadas con la incorporación de medidas tecnológicas que impedirían este almacenamiento caché local⁸²¹. Junto a estos argumentos puede esgrimirse también que la propia finalidad de esta excepción es permitir el acceso de la obra al usuario. Aunque esa finalidad pueda llegar a darse en algún caso, la finalidad de estas copias, a diferencia de lo que ocurre con las reproducciones en memoria RAM, no es permitir el acceso a la obra, sino facilitar en mejores condiciones un proceso de transmisión de la información al usuario⁸²².

Por otro lado, en cuanto el usuario realizara actos respecto a esas copias *cachés* con una significación económica independiente, traspasaría los propios límites de la excepción establecidos en el art. 5.5 de la DDASI. Bien porque realizara una explotación económica en paralelo de la obra o prestación protegida que entraría

⁸¹⁹ RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 359 y ss.

⁸²⁰ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en internet...*, *op.cit.*, p. 83.

⁸²¹ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en internet...*, *op.cit.*, p. 84.

⁸²² En este sentido consideramos que debe atenderse a la finalidad de estas copias dentro del proceso tecnológico del que forman parte, que es agilizar la transmisión, y no a si realmente permiten o no el acceso a la obra como sostiene GARROTE FERNÁNDEZ DÍAZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 357.

en conflicto con su explotación normal, bien porque perjudicara injustificadamente los intereses legítimos de sus titulares. Fuera de estos casos la mera reproducción automática en caché no puede considerarse como una vulneración al derecho de reproducción por parte del usuario. Ni siquiera si esa reproducción se ha limitado en los *terms of use* de una *website*, dado que estas copias se producen de forma automática, sin un acto volitivo del usuario, y en la medida que la *web* sea de acceso abierto, el consentimiento del titular se entendería implícito con la misma puesta a disposición abierta de la *website* en Internet. Por lo que consideramos que, atendiendo a us forma de generación, la única manera de evitar este automatismo sería a través de una medida tecnológica que evitara la realización de estas copias en *caché*, del mismo modo automático que éstas se crean.

5. El derecho de reproducción en el TRLPI.

5.1 Incorporación de la DDASI al TRLPI: modificación del art. 18 del TRLPI por la Ley 23/2006, de 7 de julio.

Ley 23/2006, de 7 de julio, incorpora al ordenamiento jurídico español la DDASI, y en este sentido modifica el TRLPI. Respecto al derecho de reproducción, por un lado modifica el art. 18 y por otro, incorpora la excepción de aplicación obligatoria para los Estados miembros prevista en el art. 5.1 de la DDASI al art.31.1 del TRLPI. Como prácticamente reproduce el contenido de la directiva, e incluso adopta su estructura, contenido amplio del derecho de reproducción en el art.18 del TRLPI, y exclusión por vía de excepción (art. 31.1 TRLPI) de determinadas reproducciones provisionales, nos remitimos a las consideraciones anteriormente efectuadas respecto a los distintos tipos de reproducciones provisionales.

No obstante, señalamos la falta de sistemática del legislador español al transponer la directiva comunitaria. Por cuanto coloca las reproducciones provisionales dentro de la regulación de las excepciones o límites al derecho de autor, cuando en realidad lo que hace el art. 31.1 es delimitar el concepto de reproducción, al menos en un sentido negativo. Y por tanto, su sede natural hubiera

sido el art.18 del TRLPI⁸²³. Y como RODRIGUEZ TAPIA manifiesta la procedencia del art. 31.1 respecto al art. 5.1 de la DDASI “no significa que forzosamente tuviera que ser encuadrado en el capítulo sobre límites”⁸²⁴. Sobre todo porque como señala GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ estas reproducciones no quedan exentas porque entre en juego un interés público que justifique la excepción o límite al derecho de autor, o exista un fallo de mercado , con unos elevados costes transaccionales, sino que responde a una necesidad más de tipo técnico. Y por tanto, no deberían formar parte del concepto normativo de reproducción⁸²⁵.

Por otro lado, y en cuanto a la modificación del art. 18 del TRLPI, en su nueva redacción se establece que: “Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”.

Con esta reforma se expande el contenido del derecho de reproducción hacia nuevas formas de reproducción ligadas a las transmisiones de información en Internet, en la línea del marco regulador de la DDASI. En este sentido, la reproducción adquiere una significación tecnológica, dando entrada dentro de este concepto a las fijaciones de la obra o parte de ella, tanto permanentes como provisionales. Estas reproducciones provisionales pasan a formar parte de modo expreso del contenido del derecho de reproducción, y por tanto del monopolio del autor, aunque sometidas en algunos casos a excepción. Se amplía el contenido del derecho hacia otras formas de reproducción, que incluye no sólo las copias en soporte material, sino también las copias generadas en un entorno digital o

⁸²³ GARROTE FERNANDEZ DÍEZ, I.: “Comentario al art. 31” en Comentarios a la LPI, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *op.cit.*, p. 539; RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 18”, *op.cit.*, p. 154.

⁸²⁴ RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 18”, *ult.cit.*

⁸²⁵ GARROTE FERNANDEZ DÍEZ, I.: “Comentario al art. 31”, *op.cit.*, p. 540 n. 32. Así este autor señala que “en lugar de aceptar un concepto muy amplio de reproducción (art. 18 LPI) y luego crear una *excepción ad hoc* en el artículo 31.1 para todo tipo de *reproducciones provisionales*, me hubiera parecido más correcto acudir desde un principio a una definición más refinada de reproducción que excluya actividades meramente instrumentales asociadas a otros derechos exclusivos, como el derecho de puesta a disposición del público”.

digitalizadas, que normalmente serán también reproducciones indirectas efectuadas a través de la red.

Por último, y aún cuando nos hemos remitido a las consideraciones efectuadas al analizar el tratamiento que la DDASI ofrece respecto a las reproducciones provisionales, consideramos necesario abordar un análisis más detenido de la STS de 3 de abril de 2012. En ella se trató el tema de las copias caché y los motores de búsqueda, en un caso muy similar al caso norteamericano *Field v. Google, Inc.*, lo que debería ofrecernos, al menos en teoría, un posicionamiento propio respecto a este tema desde la perspectiva de la DDASI y del TRLPI. Todo ello, sin perjuicio, de las consideraciones que en la última parte de este trabajo realizaremos sobre los límites de los derechos de explotación patrimonial en Internet, y del test de las tres etapas como cláusula de salvaguarda.

5.2 Almacenamiento caché y motores de búsqueda: la STS de 3 de abril de 2012.

A) Antecedentes.

El autor de una página web de apuestas (www.megakini.com) demandó a Google España S.L. por su copia no autorizada en el motor de búsqueda de esta compañía. Argumentaba el demandante que no había autorizado la incorporación de su página web ni la utilización de su contenido a Google.

La sentencia en primera instancia desestimó íntegramente la demanda razonando que “el propio demandante, al decidir la difusión de su obra por Internet, optó por el medio que le permitía la mayor difusión posible del contenido de su página”. Pues el objeto de esta página web era “captar interesados en mayor número alcanzable para jugar conjuntamente en apuestas deportivas o similares”, fin que “se ve precisamente reforzado y estimulado por la introducción en los motores de búsqueda disponibles en Internet, sean los de Google o los de otros prestadores de servicios similares, de la dirección de la página web del autor”. Por lo que la utilización de una parte de los contenidos de las páginas web por los buscadores era encuadrable entre “los usos sociales tolerados”. En la medida que “el buscador ni

copia el contenido total de la página web ajena, sino sólo una mínima parte que ofrece como orientación del contenido al usuario buscador, ni lo hace de modo definitivo, sino por medio de archivos en memoria caché temporal, destinados a su actualización periódica o borrado definitivo”. Se argumenta además que Google tenía a disposición de los titulares de páginas web incluidas en la base de datos de su buscador “un procedimiento de simple solicitud por el que poder excluir de modo definitivo su página web de aquella base de datos”.

De acuerdo con estos argumentos “plenamente asumibles y desde la perspectiva de normas concretas del ordenamiento jurídico”⁸²⁶, la sentencia de instancia entiende que la conducta enjuiciada se encuadra en el art. 31.1 del TRLPI. Sin perjuicio, de la exención de responsabilidad del operador por realizar copias temporales y enlaces, de acuerdo con lo dispuesto en los art. 15 y 17 de la LSSI, al no participar Google en la selección de contenidos, que se realiza de forma automática por sus robots, ni conocer el contenido enlazado.

Contra esta sentencia se interpuso por el demandante recurso de apelación. Aunque el tribunal de segunda instancia lo desestimó y confirmó el fallo de instancia, no compartió del todo su motivación en algunas cuestiones. Así, en primer lugar, consideró que la actividad desplegada por Google en cuanto a la copia en memoria caché que se produce en el proceso de indexación de la información constituía una reproducción total o parcial de las páginas web. Por lo que, en principio se exigiría la autorización del titular de los derechos de autor. Aunque acaba reconociendo que este acto de reproducción quedaría excluido por la aplicación del art. 31.1 del TRLPI⁸²⁷. En segundo lugar y en cuanto a la reproducción

⁸²⁶ PLAZA PENADES, J.: “La aparente inocuidad...”, op.cit., p. 65.

⁸²⁷ Aquí habría que distinguir las copias que se producen en diferentes procesos. En primer lugar, las copias de las páginas webs que realizan los robots de Google (Googlebots) para proceder a la indexación de contenidos en la base de datos de Google. En segundo lugar, la provisión del enlace de acceso a la copia caché guardada que constituye un acto de comunicación pública, en la modalidad de puesta a disposición (diferente del acto que realiza el usuario al hacer clic en el enlace que es un acto de reproducción). Y en tercer lugar, los extractos de contenido o *snippets* que se muestran al usuario como resultado de la búsqueda y resumen del contenido de la página. Vid. al respecto RODRIGUEZ QUIROS, E.M^a: “Límites de los derechos de autores de páginas web ante la puesta a disposición de *snippets* y de enlaces de acceso a la *copia caché*”, (Comentario a la de 3 de abril de 2012, Megakini

parcial del texto de los sitios *web* se entiende que se trata de una reproducción y comunicación “tan efímera, incidental y mínima que, como veremos más adelante, carece de relevancia infractora”. Y sostiene que adquiere un cierto valor instrumental, por cuanto trata de “ayudar al usuario de Internet a discriminar fácilmente los resultados obtenidos con la búsqueda”. Y en tercer lugar, respecto al servicio caché o *Proxy caching* admite la duda de su inclusión en la excepción del art. 5.1 de la DDASI y en el art. 31.1 del TRLPI, pero solventa esa incertidumbre con la aplicación de la doctrina del *fair use*. Considerando que se trata de “trasladar a la esfera de la propiedad intelectual lo que el *ius usus inoqui* ha sido para la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, un límite natural del derecho de propiedad”. Por lo que considera que el *caching* realizado por Google debe considerarse lícito puesto que su finalidad es “contribuir a la difusión y puesta a disposición del público que pretende el titular de la obra que *cuelga* en un sitio Web y permite que pueda ser localizada por un buscador”⁸²⁸.

B) Fundamentación de la STS de 3 de abril de 2012: sobre la supuesta “inocuidad” del caso Google.

Tal y como reconoce el TS en el fundamento tercero, la sentencia recurrida considera para su decisión absolutoria los factores que regulan la excepción de *fair use* en la sección 107 de la DMCA. Por ello, el recurso de casación se fundamenta, entre otros motivos, en que se ha alterado el sistema de fuentes mediante una aplicación del derecho estadounidense. No obstante el TS considera que esa referencia al *fair use* se enlaza con la que la propia sentencia hace al “*ius usus inocui*” como una doctrina propia de nuestro derecho, y que enlaza con la propiedad como un derecho limitado por su función social. Así como se manifiesta también en

vs. Google Spain, S.L.), *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 2013, nº 13, p. 298 y ss.

⁸²⁸ No obstante para RODRIGUEZ QUIROS, E.M^a: “Límites de los derechos de autores de páginas...”, op.cit., p. 304 y ss. resulta dudoso que estos actos no posean una significación económica independiente, por cuanto cuando Google pone a disposición de los usuarios las copias cachés de las páginas indexadas y los usuarios acceden a las mismas, está desviando el tráfico hacia estas páginas almacenadas disminuyendo el número de visitas de las páginas originales, en ocasiones compitiendo con ellas, y generando beneficios a costa de esas copias para el propio buscador.

la disciplina del derecho de autor, considerando que la denominada regla o prueba de los tres pasos contenida en el art. 40 bis LPI, es una “manifestación especial de la doctrina del *ius inoffensivum*”, así como del principio general del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe, el principio general de la prohibición del abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. La propia invocación de estos principios se basaría en los términos maximalistas en que formula el recurrente su pretensión.

Esta sentencia ha sido criticada por PLAZA PENADES por cuanto prescinde de los límites específicos de los derechos de autor, para aplicar principios generales del derecho, de origen norteamericano⁸²⁹. Si bien como sostiene este autor tamizados por sus conexiones con la configuración constitucional del derecho de propiedad y los principios generales que limitan el ejercicio de los derechos subjetivos (buena fe y prohibición del abuso de derecho). Coincido con este autor en que hubiera sido deseable que el TS hubiera abordado el tema de la interpretación del art. 18 y 31.1 del TRLPI, de los propios límites del derecho de reproducción, de una forma “más ajustada a la dogmática de la propiedad intelectual”⁸³⁰.

La teoría de los usos inofensivos resulta contraria a la regla de los tres pasos contenida en el art. 40 bis del TRLPI, ya que como sostiene este autor “el primer paso es que los límites a los derechos de autor estén tipificados y perfectamente delimitados en la propia Ley de Propiedad Intelectual, tal y como exige el art.9.2 del Convenio de Berna (donde se consagra la prueba de tres fases o pasos)”⁸³¹. Y todo ello, sin perjuicio de que, obviamente los límites genéricos del derecho subjetivo,

⁸²⁹ PLAZA PENADES, J.: “La aparente inocuidad...”, *op.cit.*, (BIB 2012/3247). Sobre la inadecuación de exportar la doctrina del “*fair use*” en Europa, vid. TORREMANS, P. : “*Fair use for Europe?: Private international rather than substantive law*”, *Actas de Derecho Industrial*, 2011-2012, t.32, p. 382 y ss., respecto a un sistema de protección del derecho de autor como el europeo donde las excepciones y limitaciones están definidas y tasadas.

⁸³⁰ PLAZA PENADES, J.: “La aparente inocuidad...”, *op.cit.*, (BIB 2012/3247).

⁸³¹ PLAZA PENADES, J.: “La aparente inocuidad...”, *op.cit.*, (BIB 2012/3247).

actúen respecto al derecho de reproducción⁸³², que queda conformado normativamente no sólo por su contenido positivo (art. 18 TRLPI), sino también por su “delimitación negativa, o imagen en negativo” (art. 31.1 TRLPI)⁸³³.

Además, y como PLAZA PENADES, apunta el TS no entra en esta sentencia a abordar una cuestión fundamental, como es determinar si el texto contenido en la página web en cuestión era o no un objeto protegido por el derecho de autor, y cumplía en consecuencia la exigencia de originalidad establecida en el art. 10 del TRLPI⁸³⁴. Tal vez este análisis o enfoque hubiera dado un resultado negativo, excluyendo la aplicación de la normativa en materia de derecho de autor, y hubiera determinado la aplicación del principio genérico de proscripción del abuso de derecho a la pretensión del demandante.

⁸³² En este sentido RODRIGUEZ QUIROS, E.M^a: “Límites de los derechos de autores de páginas web...”, *op.cit.*, p. 291 considera que esta sentencia supone “un importante pronunciamiento que instituye el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del derecho como límites intrínsecos de los derechos de autor”.

⁸³³ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 18”, *op.cit.*, p. 286 para quien esta delimitación “negativa o imagen en negativo, tiene ahora particular importancia, e integra funcionalmente la definición legal de reproducción, frente a una idea demasiado general de reproducción-fijación del artículo 18”.

⁸³⁴ PLAZA PENADES, J.: “La aparente inocuidad...”, *op.cit.*, (BIB 2012/3247).

***CAPÍTULO TERCERO.- EL DERECHO DE PUESTA
A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO***

1. El nuevo derecho de puesta a disposición del público en la DDASI.

1.1 Naturaleza jurídica.

A) Derecho de comunicación pública y derecho de poner a disposición del público obras o prestaciones protegidas.

El art. 3 de la DDASI reconoce en favor de los autores el derecho de comunicación pública en sentido amplio (art. 3.1) y a favor de autores y titulares de derechos afines, un derecho de contenido más específico, el derecho de puesta a disposición del público sobre sus obras (art. 3.1 y 3.2), para aquellos supuestos en que “cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”. Este precepto reproduce, como ya hemos visto, lo dispuesto en el art. 8 de la TDA y los art. 10 y 14 del TIEF, en la línea de una armonización no sólo europea sino también a un nivel internacional, marcada por los convenios de la OMPI⁸³⁵.

La primera diferencia destacable radica en que el derecho de comunicación pública sólo se predica como exclusivo de los autores (si bien debe interpretarse de manera integrada con la Directiva 2006/115/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006), mientras que el derecho de puesta a disposición del público se reconoce como derecho exclusivo también a favor de determinados titulares de derechos afines⁸³⁶.

⁸³⁵ GONZÁLEZ CABRERA, I.C.: “El derecho de puesta a disposición del público: ¿un nuevo derecho o un subgénero del derecho de comunicación pública? Comentario a la luz del Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 23 de enero de 2003”, *Actualidad Civil*, 2004, nº 19, Wolters Kluwer Revistas, p. 1.

⁸³⁶ Ahora bien, y como el art. 8 de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual establece los artistas, intérpretes y ejecutantes tienen el derecho exclusivo de comunicación pública sobre las fijaciones de sus actuaciones, salvo que la actuación constituya en sí misma una actuación transmitida por radiodifusión y si la actuación se hace a partir de una fijación previamente autorizada, en estos casos se atribuye un derecho de simple

La segunda diferencia es que la Directiva, por un lado, pretende regular de forma amplia y armonizada el derecho genérico de comunicación pública de los autores sobre sus obras respecto a entornos fuera de línea, y por otro, reconoce un nuevo derecho específico de aplicación en la sociedad de la información, y las transmisiones en línea, el denominado en el ámbito internacional como derecho de puesta a disposición del público⁸³⁷.

La explicación de esta sistemática del art. 3 de la DDASI, como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ pone de manifiesto, se debe a que en ese momento no existía en el ordenamiento comunitario un derecho de comunicación al público reconocido de forma general a los autores. Se habían producido regulaciones armonizadoras con carácter parcial de este derecho en sectores específicos, como el art. 5 d) de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo, sobre la protección jurídica de las bases de datos y el art. 2 de la Directiva 93/83/CEE de transmisión vía satélite y retransmisión por cable. Esta ausencia de un reconocimiento genérico en la normativa existente, fuerza a esta sistemática específica. De este modo, primero se reconoce el derecho de comunicación a los autores, y luego como derecho específico aplicado a la sociedad de la información, y con encaje en ese otro derecho más amplio de comunicación pública⁸³⁸, el derecho de puesta a disposición del público, tanto a favor de los autores como de determinados titulares de derechos vecinos.

En cierta medida, podemos considerar que se recurre a la creación de este derecho específico ya que la formulación del primero no resulta apta para las transmisiones digitales. No sólo porque no está armonizado a nivel comunitario, sino también porque las distintas legislaciones internas no comparten un mismo concepto de “público” que se pueda adaptar a las nuevas formas de acceso en Internet. En definitiva, y como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ apunta, “lo que ha intentado

remuneración.

⁸³⁷ ERDOZAIN, J.C.: *Derechos de autor y la propiedad intelectual...*, *op.cit.*, p. 127.

⁸³⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 232.

hacer el legislador es distribuir el ámbito de aplicación del derecho de comunicación al público entre los entornos en línea y fuera de línea”. Así como hacer prevalecer la “seguridad jurídica” sobre la “coherencia doctrinal y científica”, lo que llevaría a incluir este nuevo derecho dentro de otro derecho existente⁸³⁹, para ofrecer un marco jurídico de referencia.

El Considerando (23) de la DDASI, de acuerdo con su función interpretativa, establece lo que debe entenderse por “comunicación pública” a los efectos de la DDASI. Se establece que debe interpretarse en un sentido amplio “que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación”. Este derecho abarca “cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión”, y no debiendo abarcar ningún otro tipo de actos. No se refiere, por tanto, a la exhibición pública o representaciones en directo, sino a aquellos otros casos en que no existe un disfrute en vivo de la obra por el público. De esta forma queda acotado el derecho de comunicación pública, a los efectos de su armonización comunitaria en la DDASI. Sin perjuicio de que esas otras formas de comunicación directa sean objeto de este derecho en las legislaciones de los Estados miembros⁸⁴⁰. En definitiva, esta delimitación responde a razones prácticas, pues estos actos de comunicación directa no tienen incidencia en la sociedad de la información, que a fin de cuentas es el marco regulatorio general de la DDASI⁸⁴¹. Y la referencia al derecho de comunicación pública posee un cierto valor instrumental, permitir el reconocimiento

⁸³⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 233 y ss.

⁸⁴⁰ Así lo ha interpretado la STJUE de 24 de noviembre de 2011, Sala Tercera, *Circul Globus București (Circ & Variete Globus București) y Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România - Asociația pentru Drepturi de Autor (UCMR -ADA)*, rec. C-283/2010, LA LEY 223829/2011 y en la STJUE de 4 de octubre de 2011, Sala Gran Sala, *Football Association Premier League y otros*, C-403/08 y C-429/08, LA LEY 181925/2011.

⁸⁴¹ La comunicación de obras protegidas por el Derecho de autor ha sufrido una evolución histórica, desde una forma de comunicación directa o inmediata de contenidos, hacia una forma de comunicación indirecta, de forma que como señala RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 20” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 329 en la que “la reproducción está cada vez más integrada en el proceso de comunicación”, aunque la comunicación siga siendo incorporal, vid. MARCO MOLINA, J.: *La propiedad intelectual...*, *op.cit.*, p. 269.

a nivel nacional del derecho de puesta a disposición del público.

Por último, el art. 3.3 de la DDASI precisa que “ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público” podrá dar lugar al agotamiento de estos derechos. Lo que resulta evidente, teniendo en cuenta que la DDASI, en contra de lo establecido en el Libro Verde, optó por calificar estas transmisiones en línea como actos de comunicación, dada su inmaterialidad⁸⁴², en lugar de como distribución de contenidos digitales. Como PLAZA PENADÉS apunta se aclara con ello que los contenidos puestos a disposición del público en Internet no son “material de libre utilización” que los usuarios puedan revender, alquilar o prestar, puesto que para ello deben ser titulares del derecho de puesta a disposición del público de dichos contenidos⁸⁴³.

No obstante, aunque esta calificación encaja con la inmaterialidad de los contenidos digitales y ha permitido erradicar ciertos malentendidos⁸⁴⁴, también plantea, otras exclusiones. Incluso, amparadas por excepciones, como la posibilidad de préstamo por parte de bibliotecas y otros establecimientos públicos en las condiciones establecidas en la Directiva 2006/115/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual⁸⁴⁵.

⁸⁴² GONZÁLEZ CABRERA, I.C.: “El derecho de puesta a disposición del público: ¿un nuevo derecho...”, *op.cit.*, p. 6.

⁸⁴³ PLAZA PENADES, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 189.

⁸⁴⁴ PLAZA PENADES, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *ult.cit.* Y como KEREVER, A.: “La directive européenne d’harmonisation de certains aspects des droits d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information”, *Bulletin du Droit d’Auteur*, 2001, v. 35, nº 1, p. 7 apunta se descarta la idea de que estas transmisiones puedan entenderse como una suma de comunicaciones individuales que escapan al derecho de autor.

⁸⁴⁵ El Considerando 10 de esta norma establece que se excluye del concepto de préstamo la consulta *in situ*. Con lo que abre el camino al legislador interno para que la comunicación de obras o su puesta a disposición mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados en estos establecimientos, bajo determinadas condiciones, puedan ser objeto de una excepción, tal y como ha hecho el legislador español en el art. 37.3 del TRLPI, y estudiaremos con mayor detenimiento en la última parte dedicada a los límites de la explotación digital de contenidos protegidos en Internet. Con ello, se trata de salvar la advertencia que hicieron algunos autores en cuanto a la posibilidad de cerrar, con esta calificación e inaplicación de la doctrina del *first sale*, el acceso del público a los contenidos que se editan sólo en forma digital, vid. REESE, R.A.: “The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks”, *Boston College Law Review*, 2003, v.44, p. 644.

Como tendremos oportunidad de analizar con mayor detenimiento en la última parte de este estudio.

B) El derecho de puesta a disposición del público: ¿derecho autónomo o versión específica del derecho de comunicación pública?

La doctrina mayoritaria sostiene que se trata de una especie dentro del género del derecho de comunicación al público⁸⁴⁶, y que se integra, por tanto, en el concepto de comunicación pública⁸⁴⁷. De forma expresa el art. 3.1 al atribuir a los autores el derecho de comunicación pública sobre sus obras, entiende “incluida” la puesta a disposición del público de éstas, por lo que parece incluirlo dentro de una categoría mayor. En el caso español, este derecho se entiende como un acto de comunicación pública, y así el art. 20.2 apartado i) del TRLPI enumera entre dichos actos “la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”. Pero abre la posibilidad para que aquellas legislaciones internas, donde a diferencia de la española, no se reconozca un genérico derecho de comunicación pública, ese nuevo derecho pueda ser incorporado.

Sobre la inclusión en la DDASI de un derecho genérico de comunicación pública en el entorno en línea, cabe apuntar también la teoría sostenida por RAMÍREZ SILVA, de acuerdo con la cual ese derecho genérico serviría para encuadrar en el nuevo entorno aquellos actos de comunicación en la red, que no constituyen una puesta a disposición del público en sentido estricto. Para este autor, este derecho de comunicación pública genérico serviría para encuadrar el establecimiento de enlaces respecto a aquellos archivos que contienen obras o prestaciones protegidas por parte de quien no es titular del sitio (web, servidor o

⁸⁴⁶ GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J.: “La Propuesta de Directiva relativa a la armonización...”, *op.cit.*, p. 92; GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: “Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos...”, *op.cit.*, p. 30 y ss; GONZÁLEZ CABRERA, I.C.: “El derecho de puesta a disposición del público: ¿un nuevo derecho...”, *op.cit.*, p. 10; RAMÍREZ SILVA, P.: “Webs de enlaces y propiedad intelectual”, *InDret, Revista para el Análisis de Derecho*, 2012, nº 2, p. 7; ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet...*, *op.cit.*, p. 91.

⁸⁴⁷ PLAZA PENADÉS, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 189 y ss.

equipo) donde se alojan, y por tanto, de acuerdo con este autor no tendría un poder de disposición real sobre dichos archivos⁸⁴⁸. No obstante habría que distinguir si se trata de un enlace simple o profundo, y en el primer caso si la propia *website* es un contenido protegido, como obra multimedia. Dejamos la idea apuntada, para retomar más adelante el tema con mayor detenimiento, cuando tratemos de los enlaces y su afectación al derecho de disposición pública.

Para GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, en cambio, se trata de un nuevo derecho específico para el entorno en línea, por tres razones. En primer lugar, porque se ofrece dos definiciones distintas, lo que sólo se hace necesario si se trata de dos derechos distintos. En segundo lugar, mientras que en la comunicación pública el factor determinante para que se entienda realizado el acto de explotación es que la obra llegue al público, en el nuevo derecho la mera puesta a disposición del público en Internet debe ser objeto de autorización, con independencia de si se produce el acceso efectivo o no. En tercer lugar, porque la titularidad de ambos derechos es distinta. Sólo el nuevo derecho se reconoce, como derecho exclusivo, en la DDASI también respecto a determinados titulares de derechos afines, sin olvidar que el TIEF sólo reconocía este derecho como exclusivo (sin mención al derecho de comunicación pública reservado como derecho exclusivo sólo a los autores en el TDA) en sus art. 10 y 14⁸⁴⁹.

En este sentido, y en base a estos argumentos, algunos autores manifiestan que hubiera sido deseable configurarlo como un derecho nuevo⁸⁵⁰. Sin embargo, consideramos que su propia regulación normativa impide considerarlo como tal, al menos en los ordenamientos internos que reconocen el derecho de comunicación pública, y como en el caso español se califica como una modalidad de explotación dentro del derecho de comunicación pública. Como PLAZA PENADES señala la cuestión de determinar si el nuevo derecho tiene sustantividad propia, no resulta sólo

⁸⁴⁸ RAMÍREZ SILVA, P. : “Webs de enlaces y propiedad intelectual”, *op.cit.*, p. 17.

⁸⁴⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 234 y ss.

⁸⁵⁰ PLAZA PENADES, J.: “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva...”, *op.cit.*, p. 15.

una cuestión teórica, sino que debería concretarse “tanto en las menciones legales como en las cesiones contractuales”, para determinar si este derecho “está incluido en la expresión *comunicación pública*”⁸⁵¹. Tema que no queda resuelto en la transposición de la directiva en nuestro derecho, por cuanto el nuevo derecho se integra como un acto de comunicación pública más. Y sin que se haya introducido, como acertadamente sugería este autor, un precepto en el ámbito de la cesión de derechos de explotación, que aclarase si cuando se dice cedido sin más matices “el derecho de comunicación pública” se entiende cedido o no el nuevo derecho. Respecto a las cesiones anteriores a la transposición de la directiva, no podría invocarse el posible efecto directo de la misma, a pesar del retraso del legislador español en la transposición, dado el carácter restrictivo y excepcional de dicho efecto directo respecto a las directivas comunitarias⁸⁵². Todo ello sin perder de vista el art. 43.5 del TRLPI, de forma que “no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión”, y el art. 43.2 del TRLPI, en cuanto que “la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo”⁸⁵³.

1.2 Titulares.

El derecho de puesta a disposición del público se reconoce en el art. 3 de la DDASI, como derecho exclusivo, tanto respecto a los autores (art. 3.1) como

⁸⁵¹ PLAZA PENADES, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 189.

⁸⁵² Vid. al respecto SOLÉ RESINA, J.: “Sentencia de 26 de marzo de 2009: Nulidad del acto constitutivo de la sociedad anónima por objeto o causa ilícita”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 81, 2009, p. 2157, en relación al uso restringido de dicho efecto en relación a las directivas comunitarias, en materia de sociedades anónimas.

⁸⁵³ Vid. PLAZA PENADES, J.: “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva...”, *op.cit.*, p. 15.

Por ello, no compartimos el argumento esgrimido por GONZÁLEZ CABRERA, I.C.: “El derecho de puesta a disposición del público: ¿un nuevo derecho...”, *op.cit.*, p. 10, en cuanto a que se pagaría dos veces cuando se decidiera explotar la obra en Internet, “por un derecho que no deja de ser un paso previo a la comunicación en sí misma”. Por cuanto se trataría de modalidades de explotación distintas, aunque obviamente si sólo se comunicase la obra mediante su puesta a disposición en Internet sólo se exigiría la autorización respecto a esta forma de comunicación, lo que daría lugar a una sola remuneración por este acto comunicativo.

respecto a determinados titulares de derechos vecinos (art. 3.2). En concreto, el art. 3.2 de la DDASI establece que este derecho corresponderá a: a) artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones; b) productores de fonogramas respecto a éstos; c) productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas; y d) organismos de radiodifusión de las fijaciones de sus emisiones, “con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite”.

Podemos decir que, a diferencia de lo que ha ocurrido respecto al reconocimiento del derecho de comunicación pública, estos titulares de derechos vecinos han gozado en el ámbito de la DDASI de un tratamiento unitario respecto al derecho de puesta a disposición del público. En el texto de la DDASI este derecho se reconoce, sin ambages como derecho exclusivo, tanto para los titulares de derechos vecinos del sector sonoro como audiovisual, más allá de lo establecido en el TIEF, y anticipándose al Tratado Beijing⁸⁵⁴.

Si bien debemos destacar que la armonización internacional y comunitaria de este derecho choca con la fragmentación, también a ambos niveles, del reconocimiento del derecho de comunicación público como derecho exclusivo respecto a estos titulares. Así en el ámbito comunitario se han efectuado sólo reconocimientos parciales del derecho de comunicación pública de los titulares de derechos vecinos como derecho exclusivo⁸⁵⁵.

⁸⁵⁴ El Tratado Beijing de la OMPI de 24 de junio de 2012 sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales ha venido a dar respuesta al vacío normativo en el que se encontraban este tipo de prestaciones, y a diferencia de lo establecido en el TIEF para el sector sonoro. Respecto al derecho de puesta a disposición de estos titulares (artistas, intérpretes y ejecutantes) hay una regulación simétrica respecto a lo dispuesto en el TIEF, en el sentido de otorgar un derecho exclusivo sobre estas prestaciones, en la línea de lo que ya la DDASI había reconocido de modo conjunto para el sector sonoro y audiovisual. Sin embargo respecto al derecho de comunicación pública, esa regulación dista mucho de lo establecido en el TIEF. Por cuanto no se acotan ámbitos materiales concretos de reconocimiento de derechos exclusivos o derechos de simple remuneración, sino que se otorga a las partes firmantes la potestad de reconocerlo de una forma u otra, e incluso, se establecen fórmulas de cesión presunta para asegurar su transmisión y gestión a favor del productor.

⁸⁵⁵ Estos reconocimientos se concretan en la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993 sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos

Del análisis de la DDASI desde el punto de vista de la titularidad del nuevo derecho reconocido pueden extraerse una serie de conclusiones. En primer lugar, que existía ya en los Estados miembros un consenso en cuanto a reconocer el derecho de puesta a disposición del público en el entorno en línea a favor de titulares de derechos vecinos respecto a sus prestaciones, tanto en los sectores sonoros como audiovisuales. Y en segundo lugar, que el derecho de comunicación pública, como derecho de puesta a disposición del público, adquiere un régimen más proteccionista, no sólo respecto a los titulares de derechos vecino en el entorno en línea, tanto en el ámbito de la DDASI, como a nivel internacional. Y en tercer lugar, que esa omisión de los titulares de derechos vecinos en el art. 3.1 de la DDASI, sigue teniendo hoy su razón de ser, dada la inexistencia de un verdadero consenso internacional sobre esta cuestión, como ha revelado el Tratado de Beijing. Y en cuarto lugar, que quizá la mención de ambos derechos en el art. 3 de la DDASI, se deba a la necesidad de determinar las fronteras propias de derecho de comunicación pública en ambos entornos, en cuanto a la diferente titularidad atribuida, más que a la consideración como dos derechos autónomos.

afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, así como en la Directiva 92/100/CEE, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, derogada después por la Directiva 2006/115/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

Estas normas atribuyen el derecho exclusivo de artistas, intérpretes y ejecutantes de autorizar o prohibir la fijación de sus actuaciones (art. 7.1 de la Directiva 2006/115/CEE), así como a las empresas de radiodifusión respecto a la fijación de sus emisiones, “tanto si se transmiten por vía alámbrica como inalámbrica, cable y satélites incluidos” (recogiendo así lo establecido en la Directiva 93/83/CEE). Y además el art. 8.1 de la Directiva 2006/115/CEE establece que los Estados miembros concederán a los artistas, intérpretes y ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la emisión inalámbrica y comunicación al público de sus actuaciones, salvo en dos casos: a) cuando esa actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión y b) cuando la actuación se realiza a partir de una fijación. En estos dos casos no se otorga a estos titulares un derecho exclusivo, sino un derecho de simple remuneración que deberán pagar quienes utilicen los fonogramas publicados con fines comerciales o sus reproducciones en que se incluyan estas actuaciones. Sin embargo, nada se dice respecto a los titulares de derechos vecinos sobre obras audiovisuales, lo que revela un cierto fraccionamiento en cuanto a la regulación de estos derechos en el ámbito comunitario, y sugieren la conveniencia de una armonización comunitaria.

1.3 Caracterización.

A) La estructura de transmisión punto a punto y la forma de acceso como elemento configurador del acto de comunicación.

El art. 3 de la DDASI, en sus párrafos 1 y 2, califica este derecho, en función de la “modalidad de hacer accesibles las obras al público”⁸⁵⁶, de forma que “cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”. El acceso se efectúa de acuerdo con una estructura punto a punto, en vez de punto a multipunto⁸⁵⁷, que permite al usuario elegir el momento en que procederá a disfrutar de los contenidos. Sin que exista necesariamente un disfrute simultáneo, aunque pueda llegar a darse. Pues este disfrute simultáneo ya no caracteriza el acto de explotación, como en otros actos de comunicación pública, en especial, en algunos servicios de comunicación audiovisual. Como ERDOZAIN apunta en este acto comunicativo se rompe “con el modelo o estructura tradicional de comunicación pública en el que existía una intermediación espacio-temporal entre el organizador del acto y el público al que se dirigía”⁸⁵⁸. Y esa estructura tradicional punto a multipunto se rompe por la propia interactividad de las comunicaciones en el nuevo entorno en línea. Ya no existe una emisión puntual en el tiempo y el espacio por parte de un organismo y una recepción simultánea por un público, más o menos amplio, que recibe esos contenidos emitidos (de forma inalámbrica, vía satélite, o por cable y por medio de la infraestructura técnica necesaria), en el sentido de la radiodifusión convencional. Pues en Internet se ofrece una posibilidad de acceso abierto y *on demand* según la propia voluntad del usuario⁸⁵⁹ que accede ahora de forma individualizada a los contenidos ofrecidos⁸⁶⁰.

⁸⁵⁶ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 237.

⁸⁵⁷ GONZÁLEZ CABRERA, I.C.: “El derecho de puesta a disposición del público: ¿un nuevo derecho...”, *op.cit.*, p. 9.

⁸⁵⁸ ERDOZAIN, J.C.: *Derechos de autor y la propiedad intelectual...*, *op.cit.*, p. 130.

⁸⁵⁹ PLAZA PENADÉS, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 184; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 172.

⁸⁶⁰ PLAZA PENADÉS, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 183.

En este sentido, se plantean dos cuestiones. En primer lugar, si es necesario que el acceso se produzca de manera efectiva para entenderse realizado el acto de explotación. Y en segundo lugar, cuál es el concepto de público aplicable al nuevo entorno en línea, dadas las características específicas del acto de transmisión y las nuevas formas de acceso a los contenidos y prestaciones protegidas.

B) Puesta a disposición y accesibilidad de contenidos en la red.

Como en el entorno en línea ya no existe una simultaneidad entre el acto de emisión y la recepción por parte del público, sino que esta recepción es una decisión que corresponde al propio usuario, se plantea la necesidad de delimitar los dos momentos que permiten la transmisión en línea de contenidos y prestaciones protegidas. Estos dos momentos son, de un lado, la puesta a disposición de los mismos en la red, lo que exigirá, como ya hemos visto, de modo previo la realización de diferentes actos de reproducción y el acceso por parte de los usuarios a esos contenidos.

Desde el punto de vista de este derecho de explotación patrimonial, la doctrina y la jurisprudencia ha planteado si basta con este acto de puesta a disposición de contenidos protegidos en una *website*, bases de datos en línea, redes *peer-to-peer*, o servidores de almacenamiento de contenidos, o sería necesario además que se produjera un acceso efectivo. Es decir, que al menos alguien accediera a los mismos.

Considero que la propia interactividad de la transmisión en línea hace que en cualquier momento, una vez el contenido se coloca en la red, se hace susceptible de poder ser disfrutado por otros usuarios. Por tanto, como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ pone de manifiesto, resulta irrelevante que la obra “llegue a ser efectivamente

solicitada por alguien”⁸⁶¹, basta con la posibilidad de que los usuarios puedan acceder a estos contenidos⁸⁶².

En realidad, estas ideas habían sido objeto de reflexión por la doctrina respecto a los entornos fuera de línea, apuntándose dos direcciones. Así, mientras algunos autores sostienen que el acto de comunicación se produce incluso cuando no asiste nadie al acto⁸⁶³, otra posición doctrinal entiende que en el acto de comunicación pública se exige el acceso por una pluralidad de personas⁸⁶⁴. Como ERDOZAIN apunta, de lo que se trata es que el disfrute de estos contenidos se ofrezca a una pluralidad indeterminada de personas, es decir, se haga accesible a una pluralidad de personas.

En el caso de Internet, la oferta se realiza siempre a una pluralidad indeterminada de usuarios, y esa posibilidad queda abierta *sine die*, dado el carácter continuo y permanente de la oferta, mientras la obra o prestación esté disponible en la red. Por tanto, el acto de comunicación se entiende producido con independencia de que exista acceso o no por parte de usuarios concretos.

Ahora bien, cabría plantear si determinados casos en que no exista la posibilidad técnica de acceso por parte de los usuarios, por problemas de tipo técnico que impidan su reproducción, no de manera individualizada respecto a especificaciones técnicas determinadas y usuarios concretos, sino de modo generalizado. En estos casos debería entenderse que el acto de comunicación no se

⁸⁶¹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 237 y ss.

⁸⁶² GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *ult.cit.*; RAMÍREZ SILVA, P.: “Webs de enlaces y propiedad intelectual”, *op.cit.*, p. 17.

⁸⁶³ PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Aproximación al significado de la expresión ámbito estrictamente doméstico en la regulación legal de la facultad patrimonial de comunicación pública”, *Pe.i, Revista de propiedad intelectual*, 2002, p. 34. Para esta autora existiría acto de comunicación pública incluso si nadie acudiera a ver una representación teatral.

⁸⁶⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 20”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op.cit.*, p. 334.

ha efectuado, ya que no ha existido puesta a disposición efectiva, ni posibilidad técnica de acceso efectivo.

La forma de acceso individualizado en los entornos en línea nos lleva a plantear si el concepto de público sigue siendo aplicable a estos actos de explotación. Para GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ el concepto de público y sus divergencias en las legislaciones internas resulta irrelevante para calificar estos actos de puesta a disposición como actos de explotación, puesto que lo que determina la explotación no es el acceso por parte del público, sino su puesta a disposición⁸⁶⁵. Sin embargo, no compartimos esta idea, pues ese concepto de público se integra en la propia definición normativa del acto, por cuanto se define como “puesta a disposición del público”, y nos permite delimitar el ámbito material de aplicación de este derecho.

C) El carácter público de la puesta a disposición de contenidos en Internet: evolución del concepto de público en las transmisiones en línea.

El concepto de público ha evolucionado para adaptarse a las nuevas tecnologías aplicadas a las comunicaciones⁸⁶⁶. De esta forma, la primera evolución se produjo cuando determinadas invenciones permitieron un disfrute de las obras que ya no exigían su comunicación directa. Así, se efectuaba una comunicación indirecta, sin coincidencia en el tiempo y el espacio entre quienes comunicaban la obra y quienes la recibían. De este modo se rompió la coincidencia espacio-temporal entre emisores y receptores, pero siguió existiendo simultaneidad en cuanto a la recepción, por cuanto estas emisiones se dirigían a una pluralidad indeterminada de personas de modo simultáneo. La evolución de la radiodifusión, en las modalidades de emisión vía satélite⁸⁶⁷ y emisiones codificadas, permitirá acotar o determinar el público al que se dirigen.

⁸⁶⁵ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 237.

⁸⁶⁶ KLAFKOWSKA-WANIOWSKA, K.: “Public Communication Right Towards...”, *op.cit.*, p. 751.

⁸⁶⁷ ERDOZAIN LÓPEZ, J.C.: *Las Retransmisiones por Cable y el Concepto de Público en el Derecho de autor*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 196.

Con anterioridad a Internet, y la puesta a disposición de contenidos en línea, ya se había producido un cierto tránsito del concepto de público simultáneo al concepto de público sucesivo. En este sentido, se había considerado que no era necesario que existiese un disfrute simultáneo para que pudiera entenderse efectuados actos de comunicación al público, y se había procedido también a redefinir el concepto de público en la distribución por cable de televisión a las habitaciones de hotel⁸⁶⁸.

Sin embargo, con la llegada de Internet y el acceso individualizado de los contenidos ofrecidos en la red, la propia idea de público parece que se diluye, en el sentido clásico, adquiere un significado más virtual. Resulta que más que de público como pluralidad de personas se trataría de un acceso público individualizado, abierto a múltiples accesos. Sin embargo, de acuerdo con la propia evolución referida en el entorno fuera de línea del concepto de público, consideramos que cabría su aplicación al entorno en línea. Si bien con las características propias definidas por el propio medio, y que podemos determinar a partir de las conclusiones a las que el TJUE ha llegado al abordar el concepto de público respecto a otros actos de comunicación pública.

⁸⁶⁸ Hasta la STJUE de 7 de diciembre de 2006, Sala Tercera, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles S.A.*, Asunto prejudicial C-306/05, *LA LEY 145348/2006* no se había mantenido una posición definida en nuestra jurisprudencia en torno a si estos servicios ofrecidos por los hoteles debían ser considerados o no como actos de comunicación pública. La sentencia del TJCE de 7 de diciembre de 2006 sienta respecto a esta cuestión una serie de conclusiones importantes que pueden resumirse del siguiente modo: a) Sostiene un concepto amplio de comunicación pública, b) el concepto de público se define como un número indeterminado de telespectadores potenciales, c) la clientela del hotel constituye un público nuevo frente a un nuevo acto de explotación o uso secundario de la emisión, d) para que haya un acto de comunicación pública debe haber un previo acto de puesta a disposición, y e) el carácter privado o público del lugar en que se produce la comunicación no tiene relevancia. Como RIVAS PRIETO, P. : “El concepto de comunicación al público del TJUE: los criterios que informan los asuntos del Corso y Phonographic Performace”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2013, nº 43, p. 61 apunta en esta sentencia el TJUE se posicionó en cuanto a sustraer la definición de público a la potestad de los Estados miembros (vid. apartado 31 de la referida sentencia).

En primer lugar, el acceso se realiza de forma individualizada y *on demand* por el usuario que en Internet adquiere una posición mucho más activa⁸⁶⁹. Podemos seguir hablando de que el acto de puesta a disposición del público de contenidos y prestaciones protegidas, se dirige a una pluralidad de usuarios, todos los potenciales de Internet que pueden acceder a esos contenidos. En definitiva, se trataría del concepto de “público potencial” que se ha sostenido por el TJUE⁸⁷⁰.

En segundo lugar, en la medida que ese público potencial accede de forma individualizada, se rompe con la idea de simultaneidad en el disfrute del acto. Se trata, por tanto, de un público sucesivo, que puede o no coincidir en el disfrute de la obra, pues dicha simultaneidad no configura el acceso, a diferencia del modelo de radiodifusión. Pues el único elemento que singulariza esta forma de acceso es su carácter individualizado. La jurisprudencia del TJUE ha desarrollado este concepto de público sucesivo para incluir como actos de comunicación pública determinados actos de puesta a disposición de obras protegidas emitidas o radiodifundidas en usos secundarios no autorizados⁸⁷¹.

En tercer lugar, aunque el acceso se realice de forma individualizada, de acuerdo a la estructura punto a punto, podemos hablar de un público potencial elevado (en principio todos los usuarios de Internet), lo que nos situaría dentro de planteamientos como los sostenidos por el TJUE cuando introduce determinados criterios cuantitativos⁸⁷². Entendemos que este criterio cuantitativo debe ponerse en

⁸⁶⁹ GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: “El derecho de autor en el entorno digital”, *op.cit.*, p. 5.

⁸⁷⁰ Vid. STJUE de 2 de junio de 2005, Sala Tercera, *Mediakabel BV y Commissariaat voor de Media*, C-89/04, *LA LEY 125092/2005*, de 14 de julio de 2005, (asunto Lagardère Active Broadcast), STJUE de 7 de diciembre de 2006, Sala Tercera, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles S.A.*, Asunto prejudicial C-306/05, *LA LEY 145348/2006*, STJUE de 16 Abr. 2007, (Rec. 2454/1999 *LA LEY 23117/2007*), STJUE de 7 de Marzo de 2013, Sala Cuarta, *ITV Broadcasting Ltd. y otros contra TV Catch Up Ltd.*, C-607/2011, *LA LEY 9943/2013*, STJUE de 27 de febrero de 2014, (C-351/2012 *LA LEY 7773/2014*).

⁸⁷¹ STJUE de 7 de diciembre de 2006, Sala Tercera, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles S.A.*, Asunto prejudicial C-306/05, *LA LEY 145348/2006*.

⁸⁷² STJUE de 15 de marzo de 2012, Sala Tercera, *Società Consortile Fonografici (SCF) contra Marco Del Corso*, C-135/10, *LA LEY 18971/2012*.

relación con las nociones de “público potencial”⁸⁷³, “público sucesivo”⁸⁷⁴ e incluso “público renovable”⁸⁷⁵ y que se sostienen con independencia de que la conexión sea individualizada⁸⁷⁶.

En cuarto lugar, aunque el acceso se realiza por parte de los usuarios de un modo individualizado, e incluso doméstico, la propia red donde se colocan los contenidos protegidos constituye un espacio virtual y público, abierto al “público general”⁸⁷⁷. De forma que permite el acceso a estos contenidos por el resto de usuarios y con independencia del carácter público o privado del lugar desde el que se accede⁸⁷⁸. Con ello se genera, por tanto, un “público nuevo” respecto al de aquellos actos de comunicación originarios que fueron autorizados por el autor o por el titular del derecho de comunicación sobre la obra⁸⁷⁹.

No obstante, el concepto de público en Internet, adquiere, como veremos, unos contornos más difusos en relación a determinados supuestos en los que se crean redes reducidas de intercambio de archivos. Bien *peer-to-peer*, o a través de redes sociales, que plantean la necesidad de deslindar de un modo preciso aquellos supuestos de puesta a disposición pública de contenidos protegidos de aquellos otros que podrían asimilarse al disfrute en un ámbito estrictamente doméstico o privado.

⁸⁷³ Vid. RIVAS PRIETO, P.: “El concepto de comunicación al público del TJUE...”, *op.cit.*, p. 73.

⁸⁷⁴ STJUE de 7 de diciembre de 2006, Sala Tercera, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles S.A.*, Asunto prejudicial C-306/05, *LA LEY 145348/2006*.

⁸⁷⁵ STJUE de 7 de diciembre de 2006, Sala Tercera, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles S.A.*, Asunto prejudicial C-306/05, *LA LEY 145348/2006*.

⁸⁷⁶ STJUE de 7 de Marzo de 2013, Sala Cuarta, *ITV Broadcasting Ltd. y otros contra TV Catch Up Ltd.*, C-607/2011, *LA LEY 9943/2013*.

⁸⁷⁷ KLAFKOWSKA-WANIOWSKA, K.: “Public Communication Right Towards...”, *op.cit.*, p. 753.

⁸⁷⁸ STJUE de 7 de diciembre de 2006, Sala Tercera, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles S.A.*, Asunto prejudicial C-306/05, *LA LEY 145348/2006*.

⁸⁷⁹ STJUE de 7 de diciembre de 2006, Sala Tercera, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles S.A.*, Asunto prejudicial C-306/05, *LA LEY 145348/2006* y STJUE de 27 de febrero de 2014, Sala Cuarta, *OSA-Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. y Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, C-351/2012, *LA LEY 7773/2014*.

1.4 Ámbito de aplicación: la transmisión pública en línea.

A) Delimitación en sentido positivo.

De acuerdo con las consideraciones efectuadas hasta el momento podemos decir que el ámbito de aplicación de este derecho será una transmisión pública en un entorno en línea. Este concepto no aparece definido en la DDASI, lo que hubiera sido deseable para delimitar de forma precisa el ámbito material de aplicación del nuevo derecho reconocido. Este acto vendrá caracterizado por una serie de elementos configuradores, que surgen de la propia regulación normativa del derecho, así como de la construcción doctrinal y jurisprudencial al respecto.

En primer lugar, esta transmisión se produce según una estructura punto a punto, pero se dirige a una pluralidad indeterminada de usuarios que pueden acceder a la misma, lo que en términos de la jurisprudencia del TJUE puede calificarse como “público en general”⁸⁸⁰. A pesar de que en las redes P2P se ha sostenido el carácter de ámbito doméstico para defender la legalidad de estas redes⁸⁸¹, consideramos que estos actos de puesta a disposición de contenidos protegidos, se dirigen también a una pluralidad indeterminada de personas. Aunque los archivos se comparten entre pares, el ofrecimiento se dirige a una pluralidad indeterminada de personas, que sólo en el momento de acceso se concreta en un usuario determinado, y sin perjuicio, también de que el archivo, pueda ser compartido por una pluralidad de usuarios. De esta forma, los *uploaders* no eligen ni conocen a las personas que descargan sus archivos, por lo que no se puede hablar de que estas redes constituyan ámbitos domésticos, por cuanto los usuarios ni siquiera conocen su identidad real, ni

⁸⁸⁰ KLAFKOWSKA-WANIOWSKA, K.: “Public Communication Right Towards...”, *op.cit.*, p. 753.

⁸⁸¹ Así lo ha considerado la Circular num.1/2006 del Fiscal General del Estado, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la ley orgánica 15/2003, al establecer que: “En cuanto a la conducta del que se limita a bajarse de la Red una obra para su disfrute personal, no realiza un acto de comunicación, sino una copia privada, sin que concurra tampoco el elemento subjetivo de ánimo de lucro en el sentido estricto de lucro comercial”. Vid. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/cir01-2006.pdf?idFile=fd5890d0-bd89-4b5e-a6c3-0fad66d2347

establecen relaciones personales entre ellos. Además, entraría dentro del concepto de “público nuevo” respecto a los contenidos compartidos, en el sentido apuntado por la jurisprudencia del TJUE de que no coincide con el previsto para el acto de comunicación original de la obra y que fue autorizado por el autor o titular de derechos sobre la obra⁸⁸². Se trataría, por tanto, de “un uso secundario”, y de una forma de explotación autónoma que debería ser autorizada por el titular del derecho de puesta a disposición del público.

Respecto al fenómeno cada vez más frecuente de intercambio de archivos y contenidos protegidos en redes más reducidas, que permiten filtrar usuarios y contenidos, hay que distinguir distintos supuestos. En el caso de las *websites* abiertos al público de forma indiscriminada, la puesta a disposición de contenidos protegidos, parece que se enmarca sin ninguna duda dentro de una transmisión pública en línea. Por cuanto la misma se ofrece de forma indiscriminada a una pluralidad indeterminada de personas, todos los usuarios potenciales de Internet.

En segundo lugar, la transmisión puede efectuarse por procedimientos alámbricos e inalámbricos, siendo en este sentido irrelevante que la transmisión se efectúe por procedimientos inalámbricos (wifi, vía satélite) o de forma alámbrica (cables de datos), incluyendo redes telemáticas pero también otros dispositivos, como la telefonía móvil o la televisión digital⁸⁸³.

En tercer lugar, en estas transmisiones el acceso a los contenidos puestos a disposición del resto de usuarios se realiza de forma individualizada e interactiva por parte del usuario, que será quien decide desde qué lugar y en qué momento disfrutará de los contenidos ofrecidos.

Y en cuarto lugar, aunque el art. 3 de la DDASI no se refiere de modo expreso al carácter digital de estos contenidos, esta exigencia deriva del contexto de

⁸⁸² STJUE de 7 de diciembre de 2006, Sala Tercera, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles S.A.*, Asunto prejudicial C-306/05, LA LEY 145348/2006 y STJUE de 27 de febrero de 2014, Sala Cuarta, *OSA-Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. y Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, C-351/2012, LA LEY 7773/2014.

⁸⁸³ ERDOZAIN LÓPEZ, J.C.: *Derechos de autor y propiedad intelectual...*, *op.cit.*, p. 131.

la DDASI, así como de la propia interactividad del usuario respecto a los mismos, tal y como en el propio Considerando 25 de la DDASI se pone de manifiesto al considerar estas transmisiones como “interactivas a la carta”.

B) Delimitación en sentido negativo.

De acuerdo con las consideraciones efectuadas podemos delimitar aquellos supuestos que no constituyen una transmisión pública en línea. Así, en primer lugar, quedarían fuera las transmisiones privadas mediante correo electrónico. Si bien aquellas comunicaciones efectuadas a una lista de correo, o mediante la acción de compartir en la nube, siempre que no fueran dirigidas a una pluralidad indeterminada de personas, deberían quedar fuera del ámbito material de este derecho. Así como las transmisiones privadas de contenidos protegidos en los denominados teléfonos inteligentes, y aplicaciones gratuitas, como WhatsApp o Line, que permiten compartir archivos multimedia.

Por la misma razón deberían excluirse también aquellas otras transmisiones de contenidos protegidos en línea que no se dirijan a una pluralidad indeterminada de personas. Como podrían ser aquellas *websites* que en las redes sociales, por ejemplo un muro de Facebook, restringieran el acceso a familiares o grupos reducidos de amigos, y de acuerdo con las propias opciones de compartir, que el usuario de estas redes haya configurado. Si bien en el caso de la familia parece resultar, más o menos, clara su exclusión del ámbito material del derecho, resulta más dudoso en el caso de acceso restringido a amistades. Por cuanto se tiende a un concepto laxo de las mismas en las redes sociales, que distan mucho del concepto estricto de “ámbito doméstico” fuera de línea.

En segundo lugar, la necesidad de que exista un acceso individualizado y a la carta por parte de los usuarios, deja fuera del ámbito material de las mismas, la radiodifusión televisiva en el sentido amplio, como televisión analógica, digital, vía satélite, de libre acceso o por cable, la emisión por Internet y difusión de contenidos

en la *web*, así como el cuasivideo a petición⁸⁸⁴. Por cuanto en todos estos casos se produce un “visionado” simultáneo, en el momento y lugar que decide no el usuario, sino la entidad de radiodifusión, en lo que la Directiva 2010/13/UE denomina “servicios de comunicación individuales lineales”.

Respecto a los otros servicios de comunicación audiovisual la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010, los define en el art. 1 g) como “servicio de comunicación audiovisual a petición” o “servicio de comunicación audiovisual no lineal”. Estos servicios se definen como aquellos servicios ofrecidos “por un prestador del servicio de comunicación para el visionado de programas en el momento elegido por el espectador y a petición propia sobre la base de un catálogo de programas seleccionados por el prestador del servicio de comunicación”. Habría que distinguir diferentes tipos de servicios a la carta. De acuerdo con el Considerando 21 de esta directiva, los sitios web de titularidad privada y los servicios consistentes en la prestación de servicios o distribución de contenidos audiovisuales generados por usuarios privados para compartirlos, deben someterse a la DDASI, por lo que, a sensu contrario, resulta que el resto de “servicios de comunicación audiovisual a petición” quedan al margen de la DDASI.

No obstante, como la sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2013 (C-607/2011), en el asunto TVCatchup Ltd., ha constatado, esta exclusión no impide calificar como acto de comunicación pública (art. 3.1 de la DDASI) los servicios de difusión de emisiones televisivas prestados en Internet⁸⁸⁵. Pues, al ser una

⁸⁸⁴ En este supuesto de radiodifusión, no existe propiamente interactividad, sino varias emisiones de un mismo programa en breves intervalos de tiempo, vid. GOMEZ SEGADÉ, J.A.: “El derecho de autor en el entorno digital”, *op.cit.*, p. 9. Sobre el cuasivideo a la carta, vid. STJUE de 2 de junio de 2005, Sala Tercera, *Mediakabel BV y Commissariaat voor de Media*, C-89/04, *LA LEY 125092/2005* que considera que en estos servicios la oferta sigue siendo simultánea y la transmisión es punto a multipunto.

⁸⁸⁵ En esta sentencia se plantea un litigio entre la compañía TVC que ofrece en Internet servicios de difusión de emisiones de televisión y las compañías que realizan dichas emisiones. Los servicios de TVC permiten a los usuarios recibir «en directo» por medio de Internet flujos de emisiones televisivas en abierto, tras comprobar que quien solicita el acceso dispone de licencia territorial para verlo. TVC utiliza las señales de radiodifusión normales, terrestres y por satélite, transmitidas por las compañías demandantes que se captan por medio de una antena. Estas señales se transmiten a los servidores de adquisición para luego pasar a los servidores de codificación que convierten esos flujos a un formato que permite ser transmitido por Internet. Los servidores de destino están conectados al ordenador o al

transmisión o retransmisión de una obra que utiliza un medio técnico específico y distinto al de la emisión originaria, debe ser autorizada de manera individualizada. Y añadiendo además que el medio técnico utilizado, en este caso Internet, para efectuar esta emisión secundaria, debería mantener o elevar la calidad de la recepción de una transmisión ya existente, sin que pueda servir para realizar una transmisión diferente de esta última.

Y finalmente, debe tratarse de una transmisión digital de contenidos protegidos, lo que excluye aquellos supuestos en que sólo se efectúan por medio de Internet y las correspondientes *websites*, la oferta de estos contenidos. Pero que no se comunican a través de la red, sino sólo se ofertan para su posterior distribución mediante un soporte físico, produciéndose una explotación fuera de línea de los mismos.

1.5 Actos específicos de puesta a disposición de contenidos en línea.

Una vez hemos determinado el ámbito de aplicación propio del derecho de puesta a disposición, procede ahora analizar aquellos actos de explotación que implican su ejercicio, advirtiendo que el propio carácter complejo de las transmisiones en línea hace que estos actos incluyan operaciones de reproducción previas, que permiten poner a disposición del público estos contenidos en línea.

Así, en el entorno en línea el disfrute de obras y prestaciones protegidas que se quieren poner a disposición de otros usuarios, exige su previa fijación, en una unidad de almacenamiento (servidor, disco duro o formas de *cloud storage*). Como ya hemos apuntado, la tecnología digital permite reducir una obra o prestación protegida a una sucesión de *bits* que se almacena en unidad de memoria. Desde allí

teléfono móvil del usuario a través de Internet que recibe dichas emisiones. Aunque el programa informático del servidor de destino crea un flujo separado para cada usuario que solicita un canal y cada paquete individual de datos va dirigido a un usuario individual y no a un grupo de usuarios, se mantienen en esta sentencia las construcciones jurisprudenciales de la noción de público de las sentencias anteriores, si bien con alguna modulación como en el caso de “público nuevo” dada la simultaneidad entre dichas transmisiones y las emisiones originales.

puede ponerse a disposición de otros usuarios, bien en redes *peer-to-peer* de intercambio de información, o a través de *websites* que albergan dichos contenidos pudiendo permitir su disfrute *in streaming* o también su descarga. Como ya hemos indicado, tanto la carga de los contenidos como su descarga constituye un acto de reproducción, que deberá en consecuencia ser autorizado por el titular del derecho de reproducción sobre los mismos.

La primera precisión que cabe realizar es que no siempre que se suba a una unidad de almacenamiento un archivo con contenidos protegidos, se estarán poniendo los mismos a disposición del público. No ocurrirá esa puesta a disposición del público cuando el usuario suba copias legales de contenidos protegidos a sus espacios de almacenamiento virtual en la nube, en ejercicio del derecho de copia para uso privado, o a su disco duro, y no proceda a compartir los mismos con el resto de usuarios. En estos casos sólo existirán actos de reproducción amparados por una excepción. En la medida, que estos sistemas de almacenamiento, como regla general, son de uso privado, aunque ofrecen la posibilidad de compartir los archivos con otros usuarios, debería, en principio, sostenerse la regla de la puesta a disposición privada de los mismos.

Por el contrario, determinados servicios de alojamiento de archivos, normalmente con acceso *web*, se configuran específicamente para permitir a los usuarios subir contenido multimedia, así como permitir la descargar de estos archivos, y por tanto, permiten su puesta a disposición del público⁸⁸⁶.

A) *Websites*.

En el caso de las *websites* habría que distinguir entre aquellos que están abiertos a todos los usuarios de Internet y los de acceso restringido. Las *websites* de acceso restringido no permiten su uso por cualquier usuario de Internet, sino sólo por aquellos que han sido autorizados por el propietario de la *website* o titular de los derechos sobre la misma, previo pago normalmente de una cantidad económica, que

⁸⁸⁶ LINCOFF, B.: “Common Sense, Accommodation and Sound Policy for the Digital Music Marketplace”, *Journal on International Media and Entertainment Law*, 2008, v.2, p. 33.

se satisface por diversos medios, como pueden ser las suscripciones a periódicos digitales. Aunque también puede realizarse el acceso de forma gratuita previa inscripción e inclusión en la *website* como miembro o usuario autorizado⁸⁸⁷.

Si los contenidos protegidos se alojan en *webs* de acceso abierto no ofrece duda que constituye un acto de puesta a disposición del público, que debe ser autorizado por el autor o el titular del derecho de puesta a disposición del público. Si quien realiza el acto de puesta a disposición del público es el propio autor de los contenidos comunicados, su publicación en Internet en una web de acceso abierto, supone que el autor autoriza el acceso al resto de usuarios. Sin perjuicio, de que en cualquier momento, como titular del derecho de puesta a disposición sobre su obra, pueda proceder a retirar dichos contenidos de la *website*. Y sin perjuicio de que el tiempo que estuvieron accesibles haya podido generar una confianza legítima respecto a su uso libre. En el caso, de que no sea el autor, sino un cesionario quien realiza el acto de puesta a disposición del público de esos contenidos, considero que habría que estar a los términos de la cesión, y que en cualquier caso, una vez expirada su duración, al recuperar el autor la titularidad del derecho éste podría decidir sobre la puesta a disposición de dichos contenidos en la *website*.

Por el contrario, si esos contenidos se alojan en webs de acceso restringido, habría que distinguir dos supuestos. En primer lugar, las webs de acceso restringido previo pago, en este caso la puesta a disposición de contenidos protegidos al resto de usuarios, sin contar con la autorización del titular del mismo, supone una infracción al derecho de autor. En segundo lugar, respecto a las webs de acceso restringido, previa invitación por otros usuarios, podría cuestionarse el carácter “público” de la puesta a disposición. El argumento para defender su consideración como acto de explotación debería ser el mismo que en el caso de las redes *peer-to-peer*, por lo que nos remitimos a las consideraciones efectuadas.

⁸⁸⁷ RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 356 apunta que las técnicas que permiten ese control de acceso son variadas y van desde los passwords, pagos con tarjetas de crédito o ingresos en cuentas bancarias.

B) Bases de datos en línea.

La Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos reguló de una forma amplia las bases de datos electrónicas, tal y como se reconoce en su Considerando 33, al afirmar que “la protección de las bases de datos por el derecho de autor abarca igualmente la puesta a disposición de bases de datos en forma distinta de la distribución de copias”. Y en este sentido, en su art. 5 d) establece que el autor de una base de datos tendrá el derecho exclusivo de autorizar “cualquier forma de comunicación”, entre las que se incluye los actos de puesta a disposición del público de dichas bases de datos en Internet. Por tanto, sólo en aquellos casos que la base de datos sea en sí misma un objeto protegido por el derecho de autor, se otorga a su autor la potestad de autorizar su puesta a disposición del público. En el caso de que la base de datos no sea un objeto protegido por el Derecho de Autor, sino objeto de un derecho *sui generis*, que protege como hemos visto la inversión, su titular no podrá impedir al usuario legítimo de dicha base extraer y/o reutilizar partes no sustanciales de su contenido, evaluadas de forma cualitativa o cuantitativa, con independencia del fin a que se destine.

Aunque parece que el usuario legítimo de estas bases de datos no originales goza de una cierta libertad en cuanto al destino de su utilización. La remisión que la directiva efectúa a los propios límites de la copia privada, impidiendo aquellos actos que sean contrarios a la explotación normal de dicha base o que lesionen injustificadamente los intereses legítimos del fabricante de la base, le otorga un contexto de utilización específico. En la medida que se permite la utilización privada, no autoriza al usuario a efectuar una puesta a disposición de otros usuarios de los contenidos extraídos o reutilizados.

En este sentido, se ha planteado la reutilización de datos contenidos en bases de datos disponibles *online* por parte de metamotores de búsqueda. Así, se planteó en la STJUE de 19 de diciembre de 2013, en relación a un sitio de Internet www.gaspedaal.nl que ofrecía un metamotor de búsqueda dedicado a la venta de

vehículos⁸⁸⁸. Este metamotor de búsqueda utilizaba los motores de búsqueda de otros sitios de Internet transfiriendo las órdenes de búsqueda de sus usuarios a estos otros motores de búsqueda. De forma, que se producía una extracción repetida de partes no sustanciales del contenido de otras bases de datos. El TJUE considera que este metamotor de búsqueda funciona de manera similar a una base de datos, aunque no contiene ningún dato, y constituye un producto competidor parasitario⁸⁸⁹. Por cuanto se sirve de la inversión realizada por otros respecto a la recopilación de la información, y utiliza su propio sitio web para ofrecer los resultados de búsqueda, lo que constituye “una *puesta a disposición* del contenido de dicha base de datos en el sentido del artículo 7, apartado 2, letra b), de la Directiva 96/9”⁸⁹⁰, y por tanto, un acto de explotación que excede la explotación normal de la base de datos, y es susceptible de perjudicar los legítimos intereses de su titular⁸⁹¹.

C) Enlaces.

Como ya hemos indicado, el hipertexto constituye un elemento fundamental de la navegación en Internet, de forma que permite saltar mediante un hipervínculo de un recurso contenido en la red a otro⁸⁹². El enlace permite, así, obtener un acceso rápido a estos recursos, sin tener que escribir la dirección completa de la URL de la *webiste* que se desea visitar⁸⁹³. El enlace se activa haciendo clic, mediante una *interface* gráfica de usuario⁸⁹⁴, bien sobre la propia URL que se ha enlazado o sobre

⁸⁸⁸ STJUE de 19 de diciembre de 2013, Sala Quinta, C-202/2012, LA LEY 196406/2013.

⁸⁸⁹ STJUE de 19 de diciembre de 2013, Sala Quinta, C-202/2012, LA LEY 196406/2013, fundamento 48.

⁸⁹⁰ STJUE de 19 de diciembre de 2013, Sala Quinta, C-202/2012, LA LEY 196406/2013, fundamento 50.

⁸⁹¹ STJUE de 19 de diciembre de 2013, Sala Quinta, C-202/2012, LA LEY 196406/2013, fundamentos 21 y 47.

⁸⁹² IGLESIAS POSSE, R: “Provisión de enlaces electrónicos...”, *op.cit.*, p. 148; RIBERA BLANES, “Hipervínculos y frames desde la perspectiva del derecho...”, *op. cit.*, p. 51; BEAL, K.: “The Potential Liability of Linking...”, *op.cit.*, p. 703.

⁸⁹³ RAMÍREZ SILVA, P. : “Webs de enlaces y propiedad intelectual”, *op.cit.*, p. 16. BEAL, K.: “The Potential Liability of Linking on the Internet: An Examination...”, *op.cit.*, p. 734.

⁸⁹⁴ BEAL, K.: “The Potential Liability of Linking on the Internet: An Examination...”, *op.cit.*, p. 705.

alguna palabra o símbolo que conduce a ella⁸⁹⁵, aunque también suele ser habitual la utilización de imágenes o *thumbnails*⁸⁹⁶.

Así, el hipervínculo en Internet se convierte en un instrumento que permite a los usuarios compartir información a través de diferentes acciones, y en una pieza clave de la “accesibilidad” de la cultura web⁸⁹⁷. Estas acciones se resumen en la introducción de contenidos mediante la creación de una URL que permite su localización en Internet, el acceso a esos hipervínculos, y la creación de enlaces a esos contenidos por otros usuarios distintos a quienes los han creado.

Podemos distinguir, en primer lugar al usuario que crea una URL en Internet para albergar determinados contenidos. Como vimos en el capítulo dedicado al derecho de reproducción, esta acción no afecta al derecho de reproducción, por cuanto esa dirección constituye un mero dato fáctico⁸⁹⁸. Pero corresponde ahora analizar su afección al derecho de puesta a disposición del público. De acuerdo con los razonamientos expuestos, a la hora de delimitar la noción de público en Internet, el usuario que crea una URL y coloca contenidos protegidos por el derecho de autor, realiza un acto de puesta a disposición del público de los mismos.

En segundo lugar, y respecto al usuario que accede a esa URL, en la medida que el acto de comunicación se entiende realizado con la puesta a disposición y no

⁸⁹⁵ La URL en este sentido permite en primer lugar, localizar la información de acuerdo con un protocolo establecido, y en segundo lugar, ser enlazada por los usuarios que acceden a ella para ofrecer esa dirección a otros usuarios.

⁸⁹⁶ CASTELLÓ PASTOR, J.J.: *Motores de búsqueda y derechos de autor...*, *op.cit.*, p.50.

⁸⁹⁷ BEAL, K.: “The Potential Liability of Linking on the Internet: An Examination...”, *op.cit.*, p. 728.

⁸⁹⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 360 y ss; RIBERA BLANES, “Hiperínculos y frames desde la perspectiva del derecho...”, *op. cit.*, p. 52. Así GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Propiedad intelectual en internet: el derecho a establecer enlaces en la W.W.W.”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 1999, nº 1, p. 74 considera que estas direcciones electrónicas son “el equivalente electrónico” a las direcciones que aparecían en el caso *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co* del Tribunal Supremo de los EEUU que fueron consideradas como no protegidos por el *copyright*. Sin embargo añade este autor, que “una página web que consistiera en una lista de enlaces podría ser considerada una colección (compilation) objeto de protección si la selección y presentación de los enlaces son lo suficientemente originales de acuerdo con la doctrina Feist que establece un estándar mínimo de originalidad”.

con el acceso, ese acceso por parte de los usuarios no constituye un acto de puesta a disposición. Ni siquiera si el acceso se ha limitado y se efectúa por un usuario no autorizado para su uso particular. En este caso podríamos hablar de vulneración del derecho de reproducción, pero no del derecho de puesta a disposición, salvo que el usuario se excediera de ese acceso y sin autorización pusiera a disposición del público estos contenidos.

En tercer lugar, tenemos el supuesto del usuario que crea un enlace que conduce a los contenidos y recursos ubicados en una URL ya creada. Éste es el supuesto más problemático en cuanto a su encuadramiento como acto de puesta a disposición del público, y exige un análisis más detenido. En este punto, debemos distinguir diferentes tipos de enlaces. A pesar de las múltiples afecciones al derecho de la competencia o el derecho de marcas, que estos enlaces pueden ocasionar, nuestro análisis debe ceñirse al ámbito estricto del Derecho de autor. Respecto a los tipos de enlaces existentes podemos distinguir entre enlaces de superficie, profundos, ensamblado y marcos⁸⁹⁹.

a) Enlaces de superficie.

Estos enlaces reciben diferentes denominaciones, así se les conoce como de superficie⁹⁰⁰, simples⁹⁰¹, normales⁹⁰², directos⁹⁰³, “hyperlink”⁹⁰⁴, “hypertext link”⁹⁰⁵

⁸⁹⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. I.: “Propiedad intelectual en Internet...”, *op.cit.*, p. 71 y ss., distingue entre enlaces HREF y enlaces marco. Los enlaces HREF muestran la URL y el contenido enlazado, dentro de los cuales se encuentran los enlaces de superficie, profundos. Los enlaces IMG (*IMG link o image link*) o enmarcados constituyen un proceso electrónico específico utilizado por los creadores de páginas web para “llamar” a una imagen, texto, sonido o vídeo que son parte integrante de otro sitio web. Como este autor señala los enlaces marco parten de un desarrollo de Netscape y su navegador “Navigator 2” que permitía al usuario “visualizar la pantalla dividida en varias ventanas más pequeñas o marcos”, desde donde se pueden mostrar otras websites. Vid. también JACKSON, M.: “Linking Copyright to Homepages”, *op.cit.*, p. 737.

⁹⁰⁰ IGLESIAS POSSE, R.: “Provisión de enlaces electrónicos...”, *op.cit.*, p. 150; RAMÍREZ SILVA, P.: “Webs de enlaces y propiedad intelectual”, *op.cit.*, p. 10 y ss.

⁹⁰¹ IGLESIAS POSSE, R.: “Provisión de enlaces electrónicos...”, *op.cit.*, p. 150.

⁹⁰² GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. I.: “Propiedad intelectual en Internet...”, *op.cit.*, p. 73.

⁹⁰³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. I.: “Propiedad intelectual en Internet...”, *ult.cit.*

o “surface links”⁹⁰⁶. Este tipo de enlaces simplemente conducen a la página de inicio de una *website*⁹⁰⁷. Y actúa, por tanto, como una vía de conexión entre dos recursos de Internet⁹⁰⁸, siendo el usuario consciente de que visita una página nueva⁹⁰⁹. No se altera, por tanto, la presentación ni el orden de visualización de la página enlazada⁹¹⁰. En este sentido, ha sido bastante pacífico por parte de la doctrina y la jurisprudencia la consideración de que estos enlaces, que constituyen una herramienta fundamental para navegar en Internet, no afectan a los derechos de explotación patrimonial. De modo que no afectan, ni al derecho de reproducción, como vimos en el capítulo anterior, ni tampoco al derecho de puesta a disposición del público⁹¹¹. Así, se ha apuntado por parte de algunos autores que el enlace no constituye ni siquiera un acto de puesta a disposición del público de contenidos protegidos. En la medida que quien crea el enlace únicamente indica el lugar de la WWW donde se encuentra un determinado recurso, pero no comunica dichos contenidos por colocar ese enlace en su propio *website*⁹¹².

En el derecho norteamericano, como apuntamos en el capítulo anterior, se ha desarrollado la doctrina de la licencia implícita para dejar al margen del *copyright* este tipo de enlaces, y superar las insuficiencias en este ámbito de la doctrina del “fair use”⁹¹³. De esta forma, la mera colocación de una *website* en Internet, sin

⁹⁰⁴ KEITH FULTON, B.: “The use of disclaimers & the internet's...”, *op.cit.*, p. 3.

⁹⁰⁵ BEAL, K.: “The Potential Liability of Linking on the Internet: An Examination...”, *op.cit.*, p. 710.

⁹⁰⁶ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet*, *op.cit.*, p. 123.

⁹⁰⁷ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet*, *ult.cit.*

⁹⁰⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. I.: “Propiedad intelectual en Internet...”, *op.cit.*, p. 71.

⁹⁰⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. I.: “Propiedad intelectual en Internet...”, *ult.cit.*

⁹¹⁰ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet*, *op.cit.*, p. 125.

⁹¹¹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. I.: “Propiedad intelectual en Internet...”, *op.cit.*, p. 73; ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet*, *op.cit.*, p. 123; RAMÍREZ SILVA, P.: “Webs de enlaces y propiedad intelectual”, *op.cit.*, p. 11; IGLESIAS POSSE, R.: “Provisión de enlaces electrónicos...”, *op.cit.*, p. 151.

⁹¹² ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet*, *op.cit.*, p. 125.

⁹¹³ Sobre la licencia implícita JASIEWICZ, M.I.: “Copyright protection in an opt-out world...”, *op.cit.*, p. 844; FISCHMAN AFORI, O.: “Implied license: an emerging new standard in copyright law”, *Santa Clara Computer and High Technology*, 2008, v. 25, p. 303 y ss.

restricciones de acceso, otorga “implícitamente” permiso a otros para enlazar a la página principal de esa *website*. Esta licencia implícita se basa en que los hipervínculos forman parte de la arquitectura de Internet, son esenciales a la propia WWW, de forma que se haría inoperativa la búsqueda de información si debiera autorizarse cada enlace. Además la publicación en Internet, como red abierta, implica una presunción legal de consentimiento para enlazar el documento⁹¹⁴. Todo ello, sin perjuicio de que esa presunción legal de consentimiento, no substituye la voluntad del propietario que se puede manifestar de forma expresa mediante una medida tecnológica antienlace o unos *terms of use* en la propia *website*⁹¹⁵.

En el ámbito europeo el TJUE se ha planteado recientemente sobre los enlaces de superficie en la sentencia de 13 de febrero de 2014 (C-466/2012), en el asunto *Retriever Sverige AB*, en relación a la inserción en una página de Internet de artículos de prensa con derechos de autor⁹¹⁶. *Retriever Sverige* sostenía, en su defensa, que la presentación de listas con enlaces de Internet hacia obras comunicadas al público en otras páginas de Internet no era un acto que vulnerase los derechos de autor. Además se afirmaba que no se había realizado ninguna transmisión de obras protegidas, dado que su actividad se limitaba a indicar a sus clientes las páginas de Internet en las que se encontraban estas obras. En esta sentencia el TJUE se pronuncia sobre esta cuestión, buscando una solución acorde con el acervo de decisiones judiciales sobre determinados usos secundarios de obras comunicadas fuera de línea y la noción de público que hemos analizado.

Así, se recurre a uno de los conceptos claves en esta cuestión, la existencia o no de un “público nuevo”, que trasladado al entorno en línea, conduce a importantes conclusiones en esta materia. En primer lugar, debemos precisar que en este asunto se planteaba un supuesto de enlace directo a obras protegidas, y la sentencia analiza

⁹¹⁴ FISCHMAN AFORI, O.: “Implied license: an emerging new standard...”, *ult.cit.*

⁹¹⁵ FISCHMAN AFORI, O.: “Implied license: an emerging new standard...”, *op.cit.*, p. 303 y ss.

⁹¹⁶ STJUE 13 de febrero de 2014, Sala Cuarta, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd y Retriever Sverige AB*, C-466/2012, LA LEY 2875/2014.

si estas acciones de enlazar contenidos protegidos en Internet debe considerarse como un acto de puesta a disposición del público. Y por tanto, como un acto de comunicación pública, en la medida que se dirige a una pluralidad de destinatarios. Sin embargo, para que se entienda realizado el acto de puesta a disposición del público de dichos contenidos mediante el enlace no basta con la pluralidad potencial de destinatarios que ofrece Internet, sino que debe tratarse de un público nuevo, en el sentido especificado en su apartado 24, como “público que no se tomó en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público”. En este caso se estima que no existe un “público nuevo”, por cuanto sigue siendo el mismo respecto a la primera comunicación inicial de la obra en Internet. Es decir, todos los internautas que pueden consultarla libremente, tanto en el sitio de origen como en la página de enlaces. Como la propia sentencia reconoce esa identidad de público se produce porque en la página de origen donde se alojaban esos contenidos protegidos no se estableció ninguna medida restrictiva de acceso.

Por tanto, para el TJUE el enlace a contenidos protegidos por el derecho de autor no constituye un acto de puesta a disposición del público, cuando se trata de un enlace directo y si no se ha aplicado al sitio de origen una medida restrictiva de acceso. Además, aunque no lo dice expresamente la sentencia, debemos añadir que para dar cumplimiento a esa tesis de identidad de público que sostiene el TJUE ambas comunicaciones deberían de producirse en el mismo entorno en línea, y con las mismas características de acceso. Tampoco se pronuncia la sentencia sobre si la limitación de las condiciones de acceso, en forma de *terms of use*, sin la introducción de una medida tecnológica antienlace daría lugar o no a una vulneración del derecho de puesta a disposición del público. En la medida, que el TJUE entiende que en este tipo de enlaces no se produce un nuevo acto de puesta a disposición del público, porque no existe un público nuevo, considero que el enlace de superficie realizado contra la propia prohibición expresa del titular de la *website* debería ser considerado

como una infracción del derecho de autor, siempre que se haya manifestado dicha oposición de forma expresa en la website enlazada⁹¹⁷.

Incluso, en aquellos casos que la propia *website* tuviera la consideración de obra protegida, no se entendería efectuado el acto de puesta a disposición del público. Pues el propio autor o titular de los derechos sobre ella ya habría autorizado a todos los usuarios potenciales de Internet su comunicación, no dando lugar su enlace en superficie a un público nuevo ni a un acto de puesta a disposición del público. Sobre todo, teniendo en cuenta la posibilidad de restringir el acceso a este contenido protegido, o de insertar una medida tecnológica antienlace. Y sin perjuicio, de la propia idea de beneficio patrimonial asociada a la publicidad que el enlace provoca respecto a estos contenidos⁹¹⁸.

b) Enlaces profundos.

Este tipo de enlaces, también denominados *deep links*⁹¹⁹, dirigen al usuario no hacia la página principal de una *website*, sino hacia alguna de sus páginas interiores, evitando el paso por la página de inicio. De esta forma el usuario que accede al enlace ve la *website* de una forma distinta, ya que se produce una alteración del “orden de visionado previsto por el autor de la página”. De esta forma se priva al usuario que accede a esos contenidos, de la publicidad que suele insertarse en la página principal⁹²⁰. Pero como IGLESIAS POSSE apunta ni todas las páginas son diseñadas para ser consultadas según un orden establecido ni todas incorporan publicidad⁹²¹.

En relación a la primera cuestión, por el contrario, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ sostiene que ese orden secuencial configura el acto comunicativo, por cuanto el autor da su consentimiento para que esos contenidos

⁹¹⁷ En contra ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet, op.cit.*, p. 125.

⁹¹⁸ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet, op.cit.*, p. 126.

⁹¹⁹ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet, ult.cit.*

⁹²⁰ IGLESIAS POSSE, R.: “Provisión de enlaces electrónicos...”, *op.cit.*, p. 151.

⁹²¹ IGLESIAS POSSE, R.: “Provisión de enlaces electrónicos...”, *ult.cit.*

sean vistos de la manera y disposición que considere oportuno⁹²². A nuestro modo de ver, el orden secuencial desde el punto de vista del derecho de autor, sólo será relevante en aquellos casos que la *website* tenga la consideración de obra protegida, con el matiz de que no bastará que se trate de una creación original, sino que habrá que analizar el caso concreto. En casos de un producto multimedia creativo y original, parece que la alteración de ese orden secuencial afectará al derecho de puesta a disposición del público de ese contenido. Y todo ello, sin perjuicio de que el salto del enlace profundo hacia páginas interiores pueda atentar además contra los derechos morales del autor de la *website* o de los contenidos protegidos albergados en él, el derecho a la integridad de la obra o el derecho a su paternidad intelectual.

En relación a la segunda cuestión, a nuestro modo de ver, el tema de la publicidad excede el campo de nuestro análisis, por cuanto no es materia autoral. A pesar de que la privación de acceso a los recursos publicitarios haya centrado el discurso norteamericano tanto en relación a los enlaces profundos como a los agregadores de noticias, consideramos que esta cuestión queda al margen de nuestro análisis.

c) Enlaces ensamblados.

Estos enlaces, también denominados *inlining o embedded links*⁹²³, *enlaces en línea o enlace IMG*⁹²⁴, dirigen al usuario sólo hacia algunos contenidos de la *website*, colgados bien en su página principal o en sus páginas interiores. Afectan no sólo al derecho de reproducción, como hemos visto, sino también al derecho de puesta a disposición del público⁹²⁵.

En la doctrina norteamericana se ha planteado la afectación de este tipo de enlaces a otros derechos de explotación patrimonial, como el derecho de

⁹²² GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 66.

⁹²³ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet*, *op.cit.*, p. 130.

⁹²⁴ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Propiedad intelectual en Internet...”, *op.cit.*, p. 72.

⁹²⁵ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet*, *op.cit.*, p. 131.

transformación⁹²⁶. A nuestro modo de ver, sólo cuando la *website* constituya un objeto protegido y el elemento enlazado forme parte de ella, se habrá realizado una previa transformación sin autorización, y también una puesta a disposición del público de la obra derivada generada.

Respecto a contenidos protegidos contenidos en *websites*, siempre que estas páginas permitan efectuar este tipo de enlaces, entendemos que deben considerarse autorizados de manera implícita. Y en la medida que el sitio que alberga los contenidos y el que establece el enlace compartan un mismo tipo de acceso, el enlace no se dirige a un público nuevo, y por tanto, no se habrá afectado al derecho de puesta a disposición del público. No obstante, habrá que atender al caso concreto, dada la afectación que este tipo de enlaces pueden tener respecto a los derechos morales del autor sobre estos contenidos ensamblados, en concreto, el derecho a la integridad de la obra o el derecho a la paternidad intelectual sobre la misma⁹²⁷.

d) Enlaces marco.

El creador de una página *web* puede dividir la misma en varias ventanas e integrar en una de ellas una *website* ajena, mediante el uso de *frames*. De este modo, la *website* ajena se ve en una ventana dentro de la propia página que establece el enlace, manteniendo su propia publicidad y logotipo en la pantalla⁹²⁸. En estos casos, entiendo que en la medida que el acto comunicativo se integra en una *website*

⁹²⁶ BEAL, K.: “The Potential Liability of Linking...”, *op.cit.*, p. 725 este autor sostiene que este caso se estarían rebasando los límites de la licencia implícita. Por el contrario FISCHMAN AFORI, O.: “Implied license: an emerging new standard...”, *op.cit.*, p. 305 sostiene que este tipo de enlaces plantean un amplio espectro de situaciones, como intereses comerciales o no comerciales, existencia o no de publicidad, condiciones y términos de los servicios que ofrece el sitio, necesidad de explicaciones introductorias, siendo una cuestión de grado determinar si se aplica o no la licencia implícita y bajo qué condiciones y circunstancias debe aplicarse. Por lo que este autor estaría dejando abierta la puerta, bajo determinadas condiciones, a la aplicación de la teoría de licencia implícita, incluso, respecto este tipo de enlaces.

⁹²⁷ Sin perjuicio de que además puedan ser lesionados otros derechos de explotación patrimonial como apunta ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet*, *op.cit.*, p. 133 cuando estos enlaces conducen a páginas que se configuran como una base de datos. En este caso, podría además vulnerarse este derecho de autor o derecho *sui generis* sobre la base de datos, salvo, como precisa este autor, que la web sea una mera *interface* o puerta de acceso a una base de datos autónoma.

⁹²⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. I.: “Propiedad intelectual en Internet...”, *op.cit.*, p. 73.

diferente a la de origen, y como parte de su contenido, podría considerarse que el acto va dirigido a un público nuevo. Y por tanto, se trata de un acto de disposición a un público nuevo, aunque ambas *websites* se dirijan a todos los visitantes potenciales de Internet, la puesta a disposición se efectúa a través de localizaciones diferentes, y por tanto, de hecho pueden ser accedidas por usuarios diferentes, podemos decir, que a diferencia del enlace de superficie, no se facilita un mero dato o localización, sino que la *website* enlazada integra el espacio virtual donde se coloca el enlace. En cualquier caso los *terms of use* de la *website* pueden autorizar este tipo de enlaces, en cuyo caso, la polémica quedará resuelta con la autorización del autor o titular de los derechos sobre la *website* enmarcada⁹²⁹.

e) Un caso específico, los enlaces P2P.

En relación a los enlaces P2P debemos distinguir dos supuestos. En primer lugar, los denominados P2P link en sentido propio, que como ORTEGA DÍAZ aclara “son instrumentos ajenos al ámbito de la WWW”, pues estos enlaces surgen en los sistemas de intercambio *peer-to-peer* entre particulares⁹³⁰. Para acceder a los archivos que desean los usuarios utilizan los instrumentos de búsqueda que estos programas ofrecen y obtienen los enlaces que les permiten acceder a ellos. Aunque el acceso a estos enlaces no constituye un acto de puesta a disposición del público, sí lo constituye el ofrecimiento de este tipo de archivos por parte de los usuarios, nos

⁹²⁹ No obstante el tema de los enlaces enmarcados suscita la afectación a otros derechos patrimoniales, en especial, el derecho de transformación, y derecho *sui generis* sobre bases de datos. También podrían verse afectados los derechos morales, como el derecho de integridad de la obra, ya que podría lesionarse la integridad de la obra no sólo si se afectase a su forma, sino también si se presentase en un contexto diferente que alterase su significado, vid. al respecto GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. I.: “Propiedad intelectual en Internet...”, *op.cit.*, p. 83 y CÁMARA AGUILA, M.P. : *El derecho moral del autor...*, *op.cit.*, p. 275.

En la jurisprudencia norteamericana este tipo de enlaces ha suscitado dos pronunciamientos judiciales en los casos *Washington Post v. Total News, Inc.* y en el caso *Futurodotics, Inc. v. Applied Anagramics*. En el primer caso, se planteó el tema de los enlaces de noticias enmarcados en el webiste *Total News*, bajo su propio logo y su publicidad propia. No obstante, en este caso no se llegó a una decisión judicial de fondo, porque el procedimiento acabó con un acuerdo previo de las partes. En el segundo caso se rechazó que las *websites* enmarcadas pudieran ser consideradas como obras derivadas.

⁹³⁰ ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet*, *op.cit.*, p. 136.

remitimos en este punto a las consideraciones efectuadas sobre la noción de público y su aplicación al ámbito de las redes P2P.

En segundo lugar, estarían aquellos enlaces a redes P2P que se establecen dentro de la WWW, y por tanto fuera de las redes de intercambio. A diferencia de los P2P link del sistema, estos ponen a disposición de otros usuarios estas redes, de forma que las mismas se nutren de más usuarios, y en definitiva, de más material disponible e intercambiable. Estos enlaces pueden ser de superficie, en la medida que dirigen al usuario a la página principal de estas redes de intercambio. Respecto a ellos deberíamos sostener que, en principio, no existiría una infracción de los derechos de autor, por cuanto, no remite a contenidos específicos sino a una dirección en Internet que ya es pública y disponible para el resto de usuarios, y que exige la descarga del programa para poder operar en la red de intercambios.

Por el contrario, respecto a los enlaces profundos que llevan a localizaciones concretas donde se encuentran una obra determinada, ruta hasta el equipo del usuario donde se halla la obra compartida, en la medida que se comunica y se pone a disposición del público, se realiza un acto de puesta a disposición de dichos contenidos. Resulta irrelevante que el usuario que enlaza no tenga el poder de disposición sobre dichos contenidos, ya que esta nueva ruta de acceso crea un público diferente a aquellos usuarios que forman parte de la red P2P, sirviendo de atractivo para que nuevos usuarios se unan a la red de archivos compartidos.

2. Adaptación de la DDASI por los Estados miembros. En especial, el caso español.

2.1 Consideraciones generales sobre la adaptación de la DDASI por los Estados miembros.

En la adaptación de la DDASI por parte de los Estados miembros, en lo que respecta a este derecho, se ha partido de marcos normativos previos bastantes diferentes. En este sentido, la primera diferencia destacable, de acuerdo con la

sistemática y esquema normativo del art. 3 de la DDASI, ha sido la existencia o no de un reconocimiento previo del derecho de comunicación pública en los ordenamientos internos. En este sentido, y como PLAZA PENADÉS, apunta este derecho “no responde al mismo concepto” en todos los Estados miembros, pues algunas legislaciones internas contemplan derechos específicos de características muy dispares y respecto a ámbitos específicos⁹³¹. La inexistencia del derecho en algunas legislaciones de los Estados miembros⁹³², lleva a la necesidad de una armonización en cuanto a su reconocimiento con carácter genérico, y no de modo sectorial como hasta entonces se había hecho⁹³³, que la DDASI aborda en el art. 3.1.

Otra diferencia destacable entre las legislaciones de los Estados miembros era, como hemos visto, que no compartían un mismo concepto de público⁹³⁴. La DDASI omitió esta cuestión, que resultaba decisiva en cuanto a la configuración del derecho de puesta a disposición del público, y en definitiva, respecto a los actos de comunicación que se producen en el nuevo entorno en línea de Internet. Como

⁹³¹ PLAZA PENADÉS, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 184, y cita este autor a título de ejemplo, los derechos de ejecución y representación, derecho de comunicación al público mediante sonido o grabaciones audiovisuales, derechos de comunicación al público por medios inalámbricos, derecho de radiodifusión, derecho a incluir una obra en un programa de cable

⁹³² En este sentido, algunas legislaciones como la francesa, no reconocían un derecho de comunicación pública con carácter general, sino un derecho de representación donde se integraban actos de comunicación directa e indirecta. En este sentido el art. L122-2 del Code de la Propriété Intellectuelle establece que: “La représentation consiste dans la communication de l'oeuvre au public par un procédé quelconque, et notamment: 1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'oeuvre télédiffusée; 2° Par télédiffusion”. Y añadiendo el precepto que: “La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature”.

⁹³³ Como ya hemos indicado, se habían producido regulaciones armonizadoras con carácter parcial de este derecho en sectores específicos, como el art. 5 d) de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo, sobre la protección jurídica de las bases de datos y el art. 2 de la Directiva 93/83/CEE de transmisión vía satélite y retransmisión por cable.

⁹³⁴ Así, como RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 20”, *op.cit.*, p. 337 y ss., apunta existían en las legislaciones de los Estados miembros diferentes formas de delimitar este concepto. Así, mientras algunas legislaciones como la francesa y la italiana, delimitaban en sentido negativo este concepto, por referencia al círculo familiar y la gratuidad del acto, la legislación alemana, prescindía de una referencia expresa al círculo familiar y su sustitución por un concepto más flexible como el de “círculo restringido de personas”, en la línea del “ámbito estrictamente doméstico” que recoge la legislación española.

hemos visto, ha sido la jurisprudencia del TJUE quien ha ido perfilando ese concepto, primero en el entorno fuera de línea, y después para el entorno en línea, con una cierta coherencia argumental entre ambos.

Este marco normativo previo influyó en la forma en que el art. 3 de la DDASI fue transpuesto por los diferentes Estados miembros. Así, en las legislaciones donde se reconocía un derecho genérico de comunicación pública normalmente no se optó por crear un derecho nuevo⁹³⁵, sino más bien ampliar el contenido de ese derecho de comunicación pública, introduciendo, la puesta a disposición del público, como parte de ese contenido. En unos casos, dando por supuesto que estaba incluido, como en el caso de la ley holandesa y que resultaba innecesaria la creación de un nuevo derecho⁹³⁶. En otros, como en el caso español, aprovechando el contenido amplio del derecho de comunicación pública y el “numerus apertus” de los actos de comunicación enumerados, para introducir la puesta a disposición del público, como una nueva modalidad de comunicación específica para las transmisiones en línea⁹³⁷. No han faltado las soluciones híbridas como en el caso de Reino Unido, en el que dentro del concepto de “transmisiones electrónicas” se encuadran también determinados actos comunicativos que pueden considerarse radiodifusiones⁹³⁸.

No obstante, la inexistencia de una armonización comunitaria en cuanto a la categoría de obras y trabajos afines protegidos, lleva a que la transposición genere divergencias significativas, que de acuerdo con PLAZA PENADES podrían provocar “importantes lagunas jurídicas”⁹³⁹.

⁹³⁵ Como en el caso de la Ley holandesa de 6 de julio de 2004, por la que se traspuso la DDASI, y las leyes y el Decreto-ley italiano de 9 de abril de 2003.

⁹³⁶ Vid. HUGENHOLTZ, P. B.: “The implementation of Directive 2001/29/EC in the Netherlands”, *RIDA*, 2005, nº 206, p.121 y ss.

⁹³⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 20”, *op.cit.*, p. 360.

⁹³⁸ Vid. al respecto SEVILLE, C.: “The United Kingdom’s implementation of the copyright directive”, *RIDA*, 2004, nº 202, p.189 y ss., aunque la transposición de la directiva europea sirva, como sostiene esta autora, para encuadrar la legislación inglesa en materia de derechos de autor en la órbita DDASI, y afiance que estas transmisiones no son actos de distribución.

⁹³⁹ PLAZA PENADES, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 184. Así, cabe destacar en este punto como la ley austríaca reconoce el derecho de puesta a disposición del

2.2 En especial, el caso español.

A) El derecho de puesta a disposición del público y su encaje en el TRLPI.

La Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modificó el TRLPI y se transpuso la DDASI a nuestro ordenamiento, despejó algunas de las dudas doctrinales en torno a la forma que el legislador español utilizaría para incorporar este nuevo derecho⁹⁴⁰. La transposición se sitúa en sintonía con la posición doctrinal mayoritaria en cuanto a considerar las transmisiones interactivas en Internet como un acto de comunicación pública⁹⁴¹, por tanto, comprendido en el art. 20 del TRLPI. Y ello pese a que algún autor como PLAZA PENADES, ha señalado la conveniencia de que este nuevo derecho hubiera sido regulado como un derecho independiente⁹⁴², dado el reconocimiento de un genérico derecho de explotación patrimonial en nuestro ordenamiento (art. 17 del TRLPI) y la consideración como “*numerus apertus*” de las

público como derecho exclusivo más allá del marco del art. 3.2 de la DDASI y de los titulares de derechos afines expresamente referidos en la norma, a otros titulares de derechos afines según esta legislación. En concreto, y como WALTER, M.M.: “The implementation of the Infosoc-Directive in Austria. The Copyright Amendment 2003”, *RIDA*, 2004, nº 202, p. 51 y ss señala se reconoce el derecho de puesta a disposición del público como derecho exclusivo también a favor de titulares de derechos *sui generis* sobre las bases de datos, a los organizadores de acontecimientos culturales y de las simples fotografías.

⁹⁴⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 245.

⁹⁴¹ GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J.: “La Propuesta de Directiva relativa a la armonización...”, *op.cit.*, p. 92; GÓMEZ SEGAGE, J.A.: “Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos...”, *op.cit.*, p. 30 y ss; GONZÁLEZ CABRERA, I.C.: “El derecho de puesta a disposición del público: ¿un nuevo derecho...”, *op.cit.*, p. 10; RAMÍREZ SILVA, P.: “Webs de enlaces y propiedad intelectual”, *InDret, Revista para el Análisis de Derecho*, 2012, nº 2, p. 7; ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet...*, *op.cit.*, p. 91; MASSAGUER, J. y SALELLES, J.: “El Derecho de propiedad intelectual ante los desafíos del entorno digital...”, *op.cit.*, p.10.954; BERCOVITZ, A.: “Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales...”, *op.cit.*, p. 101; ESTEVE PARDO, M.A.: *La obra multimedia...*, *op.cit.*, p. 113; DELGADO, A.: “El futuro digital: la protección de los derechos en la red”, *Derechos de autor y derechos afines al de autor*, ed. Instituto del Derecho de autor, Madrid, 2007, p. 303; BOUZA, M.A. y CASTRO MARQUES, M.: “El caso Napster”, *op.cit.*, p. 442; GÓMEZ SEGAGE, J.A.: “Propuesta de directiva sobre determinados aspectos...”, *op.cit.*, p. 30.

⁹⁴² PLAZA PENADES, J.: “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva...”, *op.cit.*, p. 15.

facultades de explotación patrimonial enunciadas⁹⁴³. Y en este sentido, el marco idóneo que nuestro ordenamiento ofrecía para introducir un derecho nuevo en el ámbito de las transmisiones en línea que se hubiera visualizado de una manera más efectiva, sobre todo a la hora de negociar la cesión de derechos. De modo que se hubiera dado más seguridad jurídica al acto transmissivo, en el sentido de determinar si la cesión del derecho de comunicación pública comprendía como contenido específico del mismo el derecho de puesta a disposición del público.

No obstante, el legislador español opta por introducir la puesta a disposición del público de obras protegidas en Internet de forma interactiva, es decir, de modo que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija, como un acto de comunicación pública dentro del art. 20 del TRLPI. Sin perjuicio, de que en la propia exposición de motivos de esta ley, se dejara caer la idea de que incluso con anterioridad este derecho se entendía incluido en el contenido amplio del derecho de comunicación pública. Con la reforma se incorpora de modo expreso, como una modalidad de explotación dentro del derecho de comunicación pública, específica para las explotaciones en línea de contenidos protegidos. Aunque cabe apuntar que, con anterioridad a esta reforma, ya se había reconocido como acto de comunicación la puesta a disposición de obras en Internet desde bases de datos (art. 20.2 j) del TRLPI). Y en este sentido, estas transmisiones en línea conformaban el contenido del derecho de comunicación pública, sin perjuicio de que en Internet se efectúen transmisiones de datos a través de otras plataformas, como *websites*, redes *peer-to-peer*, correos electrónicos o transferencias FTP.

La propia definición “omnicomprensiva” de comunicación pública, en palabras de RIVERO HERNÁNDEZ⁹⁴⁴, que el legislador recoge en el art. 20 del TRLPI, permiten subsumir en ella nuevas formas y procedimientos de comunicación,

⁹⁴³ RODRIGUEZ TAPIA, J.M: “Comentario al art. 17” en *Comentarios de la Ley de Propiedad..., op.cit.*, p. 152 y ss; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet..., op.cit.*, p. 246.

⁹⁴⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 20”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op.cit.*, p. 330.

surgidos con el desarrollo de la tecnología como son, sin duda, las transmisiones en línea que se producen en Internet.

En este sentido, las transmisiones en línea son actos o modalidades de explotación, que encajan en el concepto general de comunicación que se establece en el art. 20 del TRLPI. Y con los elementos que configuran el acto de comunicación en dicho precepto, en un doble sentido positivo y negativo, es decir, aquellos que determinan el acto comunicativo, y aquellos que provocan su desafectación respecto al ámbito del Derecho de autor.

Desde la delimitación en sentido positivo recogida en el párrafo primero del apartado 1 del art. 20 del TRLPI se establece la necesidad de que exista una pluralidad de personas susceptibles de percibir la obra comunicada, y en este sentido, puedan acceder a ella, pero sin que ese acceso se produzca mediante la distribución previa de ejemplares materiales. Desde la delimitación en sentido negativo, se exige que la comunicación no pueda considerarse efectuada en un “ámbito estrictamente doméstico”⁹⁴⁵.

a) La pluralidad de personas en Internet.

La referencia expresa que el art. 20 del TRLPI efectúa al destinatario plural del acto, conduce a excluir aquellos actos comunicativos dirigidos a un solo destinatario⁹⁴⁶. En el caso de las transmisiones en línea, y como ya tuvimos oportunidad de ver en el primer capítulo de esta tercera parte, la comunicación se produce punto a punto. Por ello, podría pensarse que no existe un solo acto comunicativo dirigido a una pluralidad de usuarios, sino, más bien, una acumulación de comunicaciones individuales. Sin embargo, si partimos de que no es el acceso

⁹⁴⁵ Es lo que la doctrina considera como la delimitación en un doble sentido, positivo y negativo, del acto comunicativo, a partir de la propia sistemática del art. 20 del TRLPI. Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 20”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op.cit.*, p. 333; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 251.

⁹⁴⁶ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 252.

sino la puesta a disposición el verdadero elemento caracterizador del acto comunicativo en Internet, podemos llegar a una conclusión distinta. En este sentido, la obra se ofrece en Internet a una pluralidad de usuarios, todos los potenciales de Internet, o bien de manera restringida sólo a algunos. De esta forma, se realiza una oferta a un público indeterminado de personas, aunque el acceso de los usuarios, por la propia estructura de conexión de Internet, se efectúe de modo individualizado.

Por otro lado, la propia evolución del concepto de “público” en nuestra jurisprudencia, acogiendo dentro de él la noción de público sucesivo, asumida de forma general a partir de la sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2006 (Asunto prejudicial C-306/05)⁹⁴⁷ para las recepciones de emisiones en habitaciones de hotel, se adapta a las nuevas formas de comunicación en Internet. Y ha dado lugar, como vimos, a un cuerpo importante de sentencias del TJUE en cuanto a la forma en que los Estados miembros deben interpretar el concepto de “público” en los nuevos entornos en línea. Un concepto que experimenta modulaciones, en este sentido se habla de un una nueva posición activa, derivada de la interactividad que ofrece Internet, pero que se adapta a los nuevos medios⁹⁴⁸.

⁹⁴⁷ En la jurisprudencia española la STS de 10 de mayo de 2003, *LA LEY 1912/2003* había considerado que estas emisiones no constituían un acto de comunicación pública, por cuanto se desarrollaba en un ámbito estrictamente privado, y debían considerarse como comunicaciones privadas, pues se trataba según argumentaba la sentencia de un “mero traslado de la señal de antena a los aparatos receptores” del mismo modo que ocurre en los hogares y comunidades de vecinos. En el mismo sentido se manifestaban otras sentencias, como la STS de 24 de septiembre de 2002, *LA LEY 7862/2002*. Como GONZÁLEZ CABRERA, I.: “Apuntes sobre el llamado derecho de puesta a disposición del público y su incidencia en los establecimientos hoteleros. Especial referencia al Anteproyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 23 de enero de 2003”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2004, nº 41, p. 119 apunta, la influencia que en esta línea jurisprudencial tuvo la STC de 17 de enero de 2002 al considerar que las habitaciones de los hoteles podían considerarse, si bien a otros efectos, domicilio de los huéspedes.

A partir de la STJUE de 7 de diciembre de 2006, Sala Tercera, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles S.A.*, Asunto prejudicial C-306/05, *LA LEY 145348/2006* el TS marca ya una línea definida en cuanto a la consideración de estos servicios como actos de comunicación pública vid. STS de 16 de abril de 2007, *LA LEY 23117/2007*, STS de 17 de julio de 2007, *LA LEY 79271/2007*, STS de 6 de julio de 2007, *LA LEY 72191/2007*, STS de 10 de julio de 2008, *LA LEY 96249/2008* y STS de 25 de marzo de 2009, *LA LEY 14364/2009*, entre otras.

⁹⁴⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 20”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op.cit.*, p. 335.

b) Accesibilidad de los contenidos protegidos.

Cabe plantearse en este punto dos cuestiones. En primer lugar, si el acto comunicativo configurado en el art. 20 del TRLPI exige el acceso efectivo a los contenidos comunicados, y en segundo lugar, si aunque no se exija ese acceso efectivo, se requiere, al menos, la accesibilidad a los mismos para que se pueda entender efectuado el acto de comunicación.

Para responder a la primera cuestión, debemos acudir a la propia definición del acto de comunicación, que de forma específica se produce cuando se ofrecen contenidos protegidos en Internet. Es decir, a la puesta a disposición del público descrita en el art. 20.2 i) del TRLPI. En este sentido, y como ya hemos sostenido, es el acto de puesta a disposición de contenidos en Internet el acto de comunicación en sí, aunque la forma de acceso se convierte en un elemento configurador de este específico acto comunicativo. Ahora bien, en la medida que el concepto genérico de comunicación pública exige que el público “pueda tener acceso a la obra”, resulta que tal y como la doctrina ha sostenido, se exige para que exista comunicación pública en el sentido del TRLPI, la posibilidad de acceso del público a la obra⁹⁴⁹.

Por tanto, aunque no se exige el acceso efectivo de los usuarios a los contenidos difundidos en Internet, sí se exige que el acto de puesta a disposición del público de los mismos, sea susceptible de generar ese acceso. Del mismo modo que se ha entendido en la amplia jurisprudencia recaída en relación a la recepción de emisiones en las habitaciones de hoteles, al considerar que para entenderse efectuado el acto de comunicación basta con la mera posibilidad de los huéspedes en cuanto a encender los aparatos de televisión⁹⁵⁰. Lo que en el ámbito de Internet, podría

⁹⁴⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 251; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 20”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op.cit.*, p. 334; ERDOZAIN, J.C.: *Las retransmisiones por cable...*, *op.cit.*, p. 348.

⁹⁵⁰ Vid. nota 1019, y en especial la STS de 16 de abril de 2007, LA LEY 23117/2007.

trasladarse al supuesto de quien cuelga determinados contenidos protegidos en una *website* que no registra ninguna visita⁹⁵¹.

En este sentido, en la medida que para entenderse realizado el acto comunicativo basta la con posibilidad de acceso, podemos seguir sosteniendo que la puesta a disposición del público se produce desde el momento que los contenidos protegidos se ponen a disposición del público en el servidor web que permite su acceso a los usuarios de Internet. Además, esa accesibilidad potencial de la obra, excluye la realización de un acto de comunicación pública en el sentido del TRLPI, en los casos de que se emita contenidos con una señal codificada, o contenidos encriptados respecto a los que no se facilita la clave de descifrado⁹⁵², pero también cuando el archivo que contiene está dañado, o no funciona el enlace que lleva hacia estos contenidos.

c) La puesta a disposición del público sin previa distribución de ejemplares.

Parece que el legislador con esta referencia expresa a la inexistencia de distribución de ejemplares, quiso, de un lado, deslindar los ámbitos del derecho de reproducción y del derecho de comunicación pública, y además, vincular la comunicación pública a supuestos de comunicación inmaterial de la obra. Aunque algunos calificaron de innecesaria esta alusión⁹⁵³. Como GARROTE FERNÁNDEZ-

⁹⁵¹ Otros supuestos que por analogía se podrían asimilar son las transmisiones vía satélite, y la consideración como acto de comunicación de la inyección de la señal al espacio a través del satélite, incluso, en aquellos casos en que por motivos técnicos esa señal no llegase al público. En este sentido, y como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 256 sostiene, la argumentación podría trasladarse a la puesta a disposición de contenidos protegidos en un servidor *web* o base de datos, en este caso sostiene el autor que lo relevante para entender producido el acto de comunicación es la propia actividad del operador del sitio web o base de datos accesible en línea “de producir señales portadoras de programas, y no la efectiva recepción por parte del público”.

⁹⁵² GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 256.

⁹⁵³ ERDOZAIN, J.C.: *Las retransmisiones por cable...*, *op.cit.*, p. 363.

DÍEZ apunta el legislador español introdujo una cláusula que cobraría un significado especial con la llegada de Internet⁹⁵⁴.

En este sentido, hemos visto como en los grandes escenarios donde la llegada de esta nueva tecnología reclama una reforma del derecho de autor se plantea como primera cuestión si encuadrar el derecho dentro del derecho de distribución. La DDASI marca una línea definida en cuanto a relegar el derecho de distribución a los entornos fuera de línea donde la obra, no se fija de manera magnética, sino mediante un soporte físico. Como vemos, y con anterioridad, a la DDASI, ya el TRLPI establecía el esquema conceptual que permitiría la incorporación de la DDASI y la inclusión del derecho de puesta a disposición de la obra en Internet como parte del derecho de comunicación pública.

d) El carácter público de la puesta a disposición del público en Internet: la exclusión del ámbito estrictamente doméstico integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

En la medida que el acto de comunicación en el art. 20 del TRLPI excluye “el ámbito estrictamente doméstico” debemos dilucidar que debe entenderse por tal, y si puede tener alguna forma de aplicación, en el entorno en línea. En primer lugar, y por lo que respecta al concepto de “ámbito estrictamente doméstico” se ha definido en relación a conceptos utilizados por otras legislaciones. En especial, para algunos autores se ha equiparado a “círculo familiar”, aunque el lugar en que estos actos se realicen no tenga por qué ser el hogar familiar⁹⁵⁵, mientras que otros han sostenido un concepto más amplio que englobaría no sólo a familiares y amigos próximos a la familia, también a personas que sin llegar a tener vínculos de amistad, mantienen relaciones personales⁹⁵⁶. Sin duda, la irrupción de las redes sociales llevan como

⁹⁵⁴ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 257.

⁹⁵⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 20”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op.cit.*, p. 337.

⁹⁵⁶ ERDOZAIN, J.C.: *Las retransmisiones por cable...*, *op.cit.*, p. 384.

hemos apuntado a una evolución en el concepto de público, y a una redefinición de estos ámbitos.

No obstante, creemos que esta excepción está llamada a tener una nula relevancia en el ámbito de Internet, desde el momento que sólo juega en aquellos ámbitos que no estén integrados o conectados a una red de difusión de cualquier tipo. Aunque con esta limitación se trató de dar respuesta al problema de los llamados “vídeos comunitarios”⁹⁵⁷, la solución se adapta a la irrupción en los hogares de Internet. Y por tanto, permite la inaplicación de la excepción con carácter general al ámbito de Internet, al menos en aquellos casos, en que existe un acto de puesta a disposición a una pluralidad de usuarios no determinados de modo previo, salvo aquellas transmisiones privadas de contenidos, como sería el correo electrónico.

B) El derecho de puesta a disposición al público en España: jurisprudencia y el nuevo procedimiento de restablecimiento de la legalidad en la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el TRLPI.

Si bien el encaje del derecho de puesta a disposición del público en el art. 20 del TRLPI no ha planteado problemas, una cuestión mucho más controvertida ha sido la calificación de los actos concretos. En especial, el problema se ha planteado en relación a las páginas de enlaces a contenidos protegidos.

En la jurisprudencia ha sido pacífico que las subidas de contenidos protegidos en una *website* afecta tanto al derecho de reproducción como al derecho de puesta a disposición del público⁹⁵⁸. Del mismo modo se ha considerado que constituía un acto

⁹⁵⁷ GUERRERO ZAPLANA, J.: “Los llamados vídeos comunitarios y los delitos contra la propiedad intelectual cometidos por éstos”, *La Ley*, 1989-3, p. 811.

⁹⁵⁸ Vid. SAP de Barcelona de 24 de febrero de 2011, *EDJ 2011/10783*, en la que se plantean tres cuestiones en relación a contenidos protegidos ofrecidos en el sitio web DIRECION000: a) descargas directas de archivos musicales ofrecidos de forma directa en la propia página; b) servicios de audición *in streaming* de fonogramas; y c) descargas de archivos con contenidos protegidos mediante enlaces a la red p2p eDonkey, que utiliza el sistema emule. Respecto a las dos primeras acciones, se consideran que suponen actos de reproducción y puesta a disposición al público no autorizados. Así, en su

de puesta a disposición del público, el ofrecimiento en una *website* para su disfrute *in streaming* de contenidos protegidos por otros usuarios⁹⁵⁹. Pero respecto a las páginas que ofrecían enlaces a redes P2P se ha mantenido por parte de la jurisprudencia española una posición más ambigua.

Normalmente estos planteamientos se han abordado por parte de la jurisdicción penal, que han debido calificar el acto como comunicación pública, por cuanto constituye uno de los elementos del tipo penal⁹⁶⁰. En este sentido, se ha desarrollado una línea jurisprudencial de acuerdo con la cual quien coloca en su *website* enlaces a contenidos protegidos ofrecidos por usuarios en redes P2P realiza con esa acción un acto de puesta a disposición del público de dichos contenidos⁹⁶¹.

La consideración del enlace a contenidos ofrecidos en redes P2P como actos de comunicación pública se basa en que estos enlaces permiten a los usuarios acceder a contenidos protegidos. Además los responsables de estas *websites* no se limitan a facilitar el enlace, sino que como la Audiencia Provincial de Alicante en el auto de 20 de septiembre de 2010 reconoce “su actividad consiste en organizar y

Fundamento de Derecho segundo se establece que: “El demandado, al permitir desde su página web la descarga directa, lleva a cabo una puesta a disposición del público, y en concreto del que visita página web y solicita la descarga, de las obras afectadas. Y del mismo modo al permitir también la audición de los archivos, sin descarga, pues con la audición el solicitante tiene acceso al archivo musical, aunque se limite a escucharlo en ese momento. En la medida en que ambas acciones se realizan desde la página web del demandado, puede concluirse que es ése quien lleva a cabo la puesta a disposición del público de las obras, al margen de si ha sido él u otro quien las haya colgado en la red”. Sobre la consideración de actos de puesta a disposición del público de contenidos protegidos en los actos de *uploading* vid. la SAP de Madrid de 27 de abril de 2010, LA LEY 89244/2010.

⁹⁵⁹ Vid. SAP de Barcelona de 24 de febrero de 2011, EDJ 2011/10783 y SAP de Valencia de 26 de octubre de 2010, LA LEY 188450/2010.

⁹⁶⁰ Vid. Autos de la AP de Alicante de 20 de septiembre de 2010, LA LEY 208708/2010, AP de Murcia 16 de septiembre de 2009, LA LEY 349434/2009, AP de Barcelona de 11 de noviembre de 2009, LA LEY 268980/2009, AP de Valencia de 26 de octubre de 2010, LA LEY 188450/2010, AP de Madrid de 11 de septiembre de 2008, LA LEY 142459/2008, y AP de Madrid de 27 de abril de 2010, LA LEY 89244/2010.

⁹⁶¹ Vid. Autos de la AP de Alicante de 20 de septiembre de 2010, LA LEY 208708/2010, AP de Murcia 16 de septiembre de 2009, LA LEY 349434/2009, AP de Barcelona de 11 de noviembre de 2009, LA LEY 268980/2009, AP de Valencia de 26 de octubre de 2010, LA LEY 188450/2010.

seleccionar de forma activa los *elinks* suministrados por ellos mismos o por otros usuarios”⁹⁶². En este sentido, los titulares de estas páginas no sólo facilitan el enlace sino que cooperan de forma activa, ofreciendo medios adicionales, para que esos contenidos ofrecidos sin autorización lleguen a un gran número de usuarios, de forma más rápida. Ya que estas páginas incorporan listados con títulos, e incluso carátulas que permiten identificar de modo visual los contenidos. Además se sostiene en este auto que estas páginas de enlaces constituyen un verdadero negocio económico⁹⁶³. Se defiende en este auto el carácter de *numerus apertus* del art. 20 del TRLPI y los actos de comunicación pública que enumera, para incardinar la conducta del titular de la página de enlaces dentro de dicho precepto, y en consecuencia, en el art. 270.1 del Código Penal⁹⁶⁴.

Por otro lado, una amplia jurisprudencia ha sostenido que el acto de enlazar con redes P2P contenidos protegidos mediante *elinks*, no constituye un acto de puesta a disposición del público de estos contenidos protegidos⁹⁶⁵. Los argumentos esgrimidos se basan en la consideración de que estas páginas efectúan un enlace

⁹⁶² Vid. Auto de la AP de Alicante de 20 de septiembre de 2010, *LA LEY* 208708/2010.

⁹⁶³ Puesto que como se reconoce en el Fundamento de Derecho primero de este auto exige el desembolso de unos gastos de inversión en cuanto al registro del dominio y pago de un servidor, así como otros derivados del mantenimiento de la web y actualización de su contenido, que no se realizan de forma desinteresada por sus titulares.

⁹⁶⁴ El art. 270.1 del Código Penal establece que: “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5”.

⁹⁶⁵ Auto de la AP de Madrid de 11 de septiembre de 2008, *LA LEY* 142459/2008, Auto de la AP de Madrid de 27 de abril de 2010, *LA LEY* 89244/2010, SAP de Barcelona de 24 de febrero de 2011 *EDJ* 2011/10783 y SAP de Barcelona de 7 de julio de 2011 *EDJ* 2011/136224.

simple o de superficie⁹⁶⁶, es decir, indican sólo donde se efectúa la comunicación, pero no aloja en sus archivos los títulos descargados⁹⁶⁷. Además argumentan que la retribución que obtienen no deriva de la descarga de contenidos, sino de la publicidad derivada del acceso a la página⁹⁶⁸.

Sin embargo, centrándonos en el propio acto transmisivo resultan mucho más interesantes la argumentación recogida en las sentencias de la AP de Barcelona, de 24 de febrero de 2011 y de 7 de julio de 2011⁹⁶⁹. En ambas sentencias se establece que la acción de facilitar el enlace a una red P2P no constituye un acto de puesta a disposición del público. Por cuanto, en una red P2P quien pone a disposición del público estos contenidos es el usuario que los sube a su carpeta de archivos compartidos. Pues la transmisión de los contenidos se efectúa desde el propio ordenador del usuario, y sin que estos contenidos pasen en ningún momento por el servidor donde se aloja el sitio web de enlaces. Como en ambas sentencias se afirma no hay ni siquiera una participación en la transmisión, que “pueda entenderse como una retransmisión”. Aunque se reconozca que el titular de estas *websites* contribuya indirectamente a la infracción, no efectúa el acto de comunicación pública.

Desde un punto de vista técnico, atendiendo al propio acto transmisivo, este segundo posicionamiento sólo será aplicable a aquellos supuestos en que se realice un enlace de superficie a la red P2P, pero no se enlacen contenidos protegidos específicos en estas redes de intercambio. En estos casos, estas webs sistematizan

⁹⁶⁶ Vid. Auto de la AP de Madrid de 11 de septiembre de 2008, *LA LEY* 142459/2008.

⁹⁶⁷ Vid. Auto de la AP de Madrid de 27 de abril de 2010, *LA LEY* 89244/2010. En esta sentencia se plantea si www.rojadirecta.com había efectuado el delito previsto en el art. 270.1 del CP, al recoger en su página determinados enlaces a grabaciones de partidos de fútbol emitidos en abierto. Se recoge una argumentación errónea en cuanto a confundir las medidas tecnológicas de protección con los propios actos de explotación, que entiendo se producen de manera independiente a que se hayan dispuesto determinadas medidas de control de acceso a contenidos. En este sentido, al vulneración del derecho de puesta a disposición del público puede producirse también respecto a contenidos emitidos en abierto, grabados y puestos a disposición del público.

⁹⁶⁸ Vid. Auto de la AP de Madrid de 27 de abril de 2010, *LA LEY* 89244/2010.

⁹⁶⁹ Vid. SAP de Barcelona de 24 de febrero de 2011, *EDJ 2011/10783* y SAP de Barcelona de 7 de julio de 2011, *EDJ 2011/136224*.

contenidos protegidos que ofrecen sin autorización previa por parte de sus titulares, y despliegan una actividad económica que utiliza las redes P2P como parte de su modelo de negocio basado en la explotación ilegal de contenidos protegidos en Internet. más bien, a determinadas reformas legislativas, que prevean de modo expreso estas conductas.

En esta línea se mueve la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica el TRLPI, al regular el procedimiento de restablecimiento de la legalidad en el entorno digital. En este sentido el art. 158 ter del TRLPI establece que este procedimiento ante la Comisión de Propiedad Intelectual se podrá dirigir contra determinados prestadores de servicios de la sociedad de la información. En concreto, según se establece en su apartado B) contra: “Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual de la forma referida en el párrafo anterior, facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. En particular se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio”.

Como ya advertimos en la primera parte de nuestro estudios el nuevo artículo 158 ter que propone la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, asume el criterio de vinculación del servicio a una actividad económica como criterio de imputación de responsabilidad. Pero de un modo más sutil, o implícito al vincular en el apartado A) donde se establece el supuesto genérico de PSI infractor, la idea de servicio a la de modelo de negocio. Por lo que parece reconducir al concepto de prestador de un servicio de la sociedad de la información de la LSSI que colabora en la infracción, en el marco de una actividad económica. Y la alusión expresa que contiene a las páginas

de enlaces resuelve el dilema que la jurisprudencia había sostenido en cuanto a considerar estos actos de enlace como infracciones a los derechos de autor.

Ya hemos destacado la falta de técnica legislativa de este precepto, y es que en este punto, ofrece solución al problema planteado por estas páginas de enlaces, pero sin explicar cómo se justifica esa responsabilidad, y establecer de modo expreso que realizan a través de estos enlaces actos de puesta a disposición del público de los contenidos protegidos, por lo que son responsables directos de estas infracciones, aunque no hayan subido dichos contenidos a las red de intercambio.

CUARTA PARTE

***LÍMITES A LA EXPLOTACION EN
LÍNEA DE OBRAS O PRESTACIONES
PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE
AUTOR***

PREÁMBULO

Una vez delimitado el contenido del derecho de autor respecto a la explotación digital de contenidos protegidos en Internet, determinado, por tanto, qué actos entran dentro del monopolio exclusivo de explotación y deben ser autorizados por el autor o el derechohabiente, corresponde ahora abordar si ese monopolio de decisión admite excepciones o límites en aras de otros intereses. Como hemos visto tanto la doctrina del *fair use* como la existencia de excepciones tasadas en otros sistemas de protección distintos al *copyright*, evidencian que ese poder de decisión que se otorga al titular del derecho de autor no es absoluto⁹⁷⁰. Pues la función social que este derecho de propiedad especial está llamado a cumplir⁹⁷¹ y su conexión a determinados derechos constitucionales, la existencia de algunos fallos del mercado o la ausencia de perjuicio económico en determinadas utilidades⁹⁷², hace ceder el interés del autor o del derechohabiente frente al derecho al uso de otros sujetos⁹⁷³.

Para hacer prevalecer estos usos frente a la voluntad del titular del derecho de autor se introducen determinadas excepciones o límites. Algunos autores, como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ prefieren hablar de excepciones y no de límites, por cuanto éste último quedaría reservado a los llamados “límites naturales”, en especial, a la duración limitada de los mismos o al principio general de no

⁹⁷⁰ LÓPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 34. Precisamente para HUGENHOLTZ, P.B.: “Adapting Copyright to the Information Superhighway”, en *The Future of Copyright in a Digital Environment of Copyright in a Digital Environment*, coord. HUGENHOLTZ, Kluwer Law International, La Haya, 1996, p. 94 la diferente justificación que se halla detrás de cada excepción nos permitirá discernir cuáles de ellas están llamadas a sobrevivir en el entorno digital, y cuáles no. Así, las imperfecciones del mercado tienden a desaparecer en el nuevo entorno digital donde se otorga al titular de los derechos de autor un poder de controlar el acceso a sus contenidos mediante las medidas tecnológicas de protección.

⁹⁷¹ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, ed. Comares, Granada, 2008, p. 79; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 31” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 595.

⁹⁷² LÓPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *ult.cit.*

⁹⁷³ SOL MUNTAÑOLA, M.: “Las excepciones al derecho de autor. Una aproximación a su origen”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, nº 40, 2012, p. 43.

tutelabilidad de las ideas por medio del derecho de autor⁹⁷⁴. Otros autores, por el contrario, como HUGENHOLTZ, defienden que estas utilizaciones deben ser considerados como límites al contenido propio del derecho de autor, y no como meras excepciones a una regla general⁹⁷⁵. A nuestro modo de ver, dependiendo del caso será más conveniente hablar de límites (como los establecidos por un derecho constitucional) o excepciones en otros casos (como puede ser el caso de la copia privada), con independencia de que en muchos casos respondan a varias finalidades⁹⁷⁶. No obstante hemos optado por su consideración general como límites, en concordancia con el TRLPI⁹⁷⁷, así como con la DDASI que se refiere a excepciones y limitaciones (art. 5.5). Y también porque esta denominación encaja en la propia estructura expositiva que hemos desarrollado a lo largo de todo el trabajo, de tomar en consideración la explotación digital de contenidos protegidos en Internet desde una óptica de derecho subjetivo.

En la medida que el objeto de nuestro estudio se centra en la explotación digital de contenidos protegidos de forma *online*, y nuestro sistema de límites no es de tipo genérico como el *fair use*, en esta última parte nos centraremos sólo en aquellas excepciones que tienen incidencia en Internet, y en “esta forma desmaterializada de explotación”. Y para ser más precisa, en las excepciones establecidas por la DDASI y en cómo se han traspuesto por el legislador español. Ya que, como veremos con más detalle, de acuerdo con la DDASI en el entorno en línea no se pueden crear nuevas excepciones por parte de los Estados miembros. No abordaremos, por tanto, ni los llamados “límites naturales” del derecho de autor, ni tampoco las excepciones que sólo pueden ser aplicadas en un entorno fuera de línea, aunque se utilicen soportes digitales.

⁹⁷⁴ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 256, siguiendo en este punto a LUCAS, A.: *Droit d'auteur et numérique*, ed. Litec, París, 1998, p. 165.

⁹⁷⁵ HUGENHOLTZ, P.B.: “Adapting Copyright...”, *ult.cit.*

⁹⁷⁶ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada...*, *op.cit.*, p. 108.

⁹⁷⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Las limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual y el equilibrio entre los intereses enfrentados en el Derecho español”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, noviembre, 2011, p. 14.

Algunas de estas excepciones, como la única excepción prevista en la DDASI con carácter obligatorio, la establecida respecto al derecho de reproducción en el art. 5.1 de la DDASI, no será objeto de análisis en esta parte. Ya que desde un punto de vista sistemático hemos considerado que, a pesar de la opción del legislador comunitario por configurarlo como un límite, en realidad, la exclusión de determinadas reproducciones transitorias o accesorias, conforma el propio contenido del derecho de reproducción en el entorno en línea. Por eso, hemos considerado más conveniente proceder a su estudio en la parte anterior, dentro del contenido propio del derecho de reproducción.

Finalmente, resta indicar que antes de abordar las excepciones aplicables al entorno en línea, de acuerdo con la DDASI y el TRLPI, vamos a abordar su regulación a nivel internacional, como en distintos tratados internacionales se introdujeron dichos límites al monopolio de explotación del titular de los derechos de autor, y la fractura que se produjo entre el sistema anglosajón y de derecho continental en cuanto al enfoque o tratamiento jurídico de la propia idea de límite.

***CAPÍTULO PRIMERO.-* LOS LÍMITES A LOS
DERECHOS DE AUTOR DESDE UNA
PERSPECTIVA INTERNACIONAL**

1. Tratados internacionales: la consagración de la regla de los tres pasos.

1.1 El proceso de creación de un marco internacional en cuanto a los límites del derecho de autor.

El art. 9.2 del Convenio de Berna consagró, a partir del Acta de Estocolmo de 1967, la regla de los tres pasos, como criterio general de admisibilidad de las excepciones al derecho de reproducción, y, como SOL MUNTAÑOLA apunta, al hilo del propio reconocimiento de este derecho en el convenio⁹⁷⁸. De forma, que este precepto reserva a las legislaciones de los países de la Unión la posibilidad de permitir la reproducción de obras protegidas, y la fijación de límites específicos al derecho de autor, siempre que se cumplieran tres requisitos o pasos. En primer lugar, sólo en casos concretos establecidos en la ley, introduciendo en palabras de PLAZA PENADES, “una suerte de principio de tipicidad”, que lleva a la necesidad de una interpretación restrictiva⁹⁷⁹. En segundo lugar, se introduce un límite al ejercicio de la excepción, en el sentido de que no puede atentar contra “la explotación normal de la obra”. Y en tercer lugar, el ejercicio de la excepción o los usos que autoriza no pueden ocasionar un “perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

Con posterioridad, el art. 13 de los ADPIC generalizó la regla de los tres pasos a otros derechos patrimoniales⁹⁸⁰. Y sirvió como base para su reconocimiento posterior también en el TDA y en el TIEF, y el traslado de esta regla general o “decálogo del buen límite”, del que habla SOL MUNTAÑOLA, también a Internet.

⁹⁷⁸ ERDOZAÍN, J.C., GONZÁLEZ, A.; MARÍN, J.J., SOL, M: “El test de las tres etapas y la comunicación pública. Mesa redonda”, Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital, *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 1, UOC. Disponible en: <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda01.pdf>

⁹⁷⁹ PLAZA PENADES, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 116 y ss.

⁹⁸⁰ De acuerdo con GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 398 esta ampliación resulta razonable “si tenemos en cuenta que Internet tiende a difuminar las fronteras tradicionales entre los derechos, sobre todo en lo que respecta a los derechos de reproducción y comunicación pública”. Vid. también LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 75.

Pues esta cuestión resulta decisiva en el trasfondo de la discusión de estos tratados internacionales, ya que traducen la tensión entre los derechos de los usuarios de Internet y los titulares de derechos de autor, e imponen la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre ambos. Esa posición de consenso se traduce también en la necesidad de aproximar el sistema *copyright* y el sistema continental de derecho de autor, lo que ofrecerá ciertas modulaciones o concesiones *Common Law*, en la enunciación de la regla de los tres pasos.

Las dos cuestiones centrales que el tema de los límites plantea en el nuevo entorno de Internet son: a) si es posible crear, partiendo del marco internacional de regulación, nuevos límites ajustadas al nuevo medio, “excepciones Internet” como sugiere GARROTE FERNÁNDEZ- DÍEZ; b) y si es posible mantener las excepciones existentes en el nuevo entorno.

El TDA (art. 10) considera que es posible tanto el mantenimiento de las “viejas excepciones” en el nuevo entorno como la creación de “nuevas excepciones” ajustadas a Internet, siempre que se respete en ambos procesos, adaptación o nueva creación, la regla de los tres pasos. El TIEF (art. 15.2) y el TIEA (art. 13) asumen que las limitaciones y excepciones de los derechos de autor son también aplicables a los intérpretes, artistas y ejecutantes, y que éstas se someten del mismo modo a la regla de los tres pasos. De esta forma esta regla se convierte en el estándar internacional en materia de límites, como un test que se traslada al entorno de Internet, y se convierte en el criterio decisivo para sostener la admisibilidad de límites en Internet de nueva creación o trasladados del entorno fuera de línea. Por lo que procede a continuación, un análisis de cada una de las fases o etapas en las que se concreta el juicio de admisibilidad.

1.2 La regla de los tres pasos.

A) Excepciones sólo con carácter especial.

Esta primera parte de la regla de los tres pasos fue la que más inquietaba a la delegación de EEUU en la negociación del proyecto de TDA. Parecía suponer una

amenaza al sistema flexible del *fair use*, basado en la aplicación de unos criterios generales para determinar caso por caso la concurrencia de un “uso justo”. La codificación del *fair use* en la DMCA nos advierte de la pervivencia que este sistema en el Derecho Norteamericano a pesar de la implementación del TDA en dicha norma. En este sentido, puede parecer que esta primera fase del test sería contraria a la tradición *fair use*. Aunque para GEIGER esta conclusión debe rechazarse por el propio “contexto diplomático” de adopción del CB. En primer lugar, porque su formulación definitiva fue propuesta por el Reino Unido donde se aplicaba la excepción de *fair dealing*. Y en segundo lugar, porque los EEUU no modificaron su legislación en el momento de adhesión al CB en 1989⁹⁸¹, y además el *fair use* quedó codificado en la DMCA⁹⁸².

El carácter especial de la excepción exigiría, por un lado, su previsión normativa para un supuesto específico y acotado. Se sometería, de un modo más intenso en el sistema continental y de un modo más amplio en el *copyright*, al principio de legalidad, en palabras de MARÍN LOPEZ⁹⁸³. Pero se elimina la posibilidad de excepciones en blanco o generales⁹⁸⁴. Ese principio de tipicidad o de legalidad que introduce la regla de los tres pasos, determina que el legislador interno deba pronunciarse, al menos, de acuerdo con MARÍN LÓPEZ, sobre dos cuestiones

⁹⁸¹ GEIGER, CH.: “El papel del test de las tres etapas en la adaptación del derecho de autor a la Sociedad de la información”, *Bulletin du Droit d’auteur*, enero-marzo, 2007, p. 6.

⁹⁸² No obstante COHEN-JEHORAM, H.: “Restrictions on Copyright and Their Abuse”, *E.I.P.R.* 2005, p. 359. sostiene la incompatibilidad de esta primera fase de la regla de los tres pasos con el sistema *copyright* y la excepción *fair use*. Y TAWFIK, M.J.: “La legislation internationale sur le droit d’auteur et l’utilisation équitable comme droit des utilisateurs”, *Bulletin du Droit d’Auteur*, avril-juin, 2005, p.2 llega a considerar este sistema “en peligro de desaparición” ante la especificidad exigida en la primera fase de la regla de los tres pasos.

⁹⁸³ ERDOZAÍN, J.C., GONZÁLEZ, A.; MARÍN, J.J., SOL, M: “El test de las tres etapas y la comunicación pública. Mesa redonda”, *op.cit.*, p. 25.

⁹⁸⁴ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 398. En el mismo sentido GERVAIS, D.J.: “Making copyright whole: a principled approach to copyright exceptions and limitations”, *University of Ottawa Law & Technology Journal*, nº 5, 2008, p. 31, lo que para este autor determina que debemos hablar de dos fases, en lugar de tres, ya que la primera se dirige al legislador.

fundamentales⁹⁸⁵. En primer lugar, qué derecho o derechos resultarán afectados. En segundo lugar, debería aclarar también si respecto a esa excepción al monopolio del autor se compensa con una remuneración a su favor o no. Y además no sólo se exige que responda a un fin particular o limitado⁹⁸⁶, sino también que posea una justificación para limitar el monopolio del autor, en cierta manera como una justa causa, para “expropiarle”⁹⁸⁷ de los usos autorizados.

B) La excepción no debe atentar a la explotación normal de la obra.

Si bien la primera fase de la regla de los tres pasos parece ser clara en el entorno en línea. Las otras dos fases han sido consideradas por la doctrina como de determinación mucho más incierta, sobre todo, en el nuevo entorno de Internet. Ya que en este medio se otorga al autor un poder tecnológico de control sobre la obra, así como de licenciar mediante la contratación electrónica cada uso de la obra. Con lo cual desaparecen ciertos fallos o imperfecciones de mercado que habían justificado determinadas excepciones, como la copia privada. No obstante, y como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ apunta, resulta evidente que la copia privada en Internet afecta a la explotación normal de la obra⁹⁸⁸. Mucho más discutible, a nuestro modo de ver, es entender que la agregación de contenidos afecta a esa explotación normal, y deba dar lugar, en consecuencia, a una remuneración a los titulares de derechos sobre dichos contenidos.

En cualquier caso, y como PLAZA PENADÉS, apunta con la exigencia de que la excepción no perjudique la “explotación normal” de la obra, se trata de limitar ciertas prácticas abusivas en la aplicación de las excepciones⁹⁸⁹. El Grupo especial de

⁹⁸⁵ ERDOZAÍN, J.C., GONZÁLEZ, A.; MARÍN, J.J., SOL, M: “El test de las tres etapas y la comunicación pública. Mesa redonda”, *op.cit.*, p. 25.

⁹⁸⁶ GEIGER, CH.: “El papel del test de las tres etapas en la adaptación del derecho...”, *op.cit.*, p. 6.

⁹⁸⁷ El concepto de expropiación aplicado a los límites del derecho de autor lo utiliza BENSAMOUN, A.: “Perspectives d’avenir en matière d’exercice des exceptions au droit d’auteur. vers un changement de paradigme?”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, adenda, noviembre, 2011, p.84.

⁹⁸⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 399.

⁹⁸⁹ PLAZA PENADES, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 117.

la OMC estimó que el criterio de la explotación normal incluía aquellas formas de explotación que generan en la actualidad un ingreso para el autor así como las que, con toda probabilidad, serían susceptibles de generarlo en el futuro. En definitiva, se incluirían los usos secundarios de la obra, y también lo que dentro del *fair use* se considera como mercado potencial de la obra⁹⁹⁰. GEIGER crítica que esta interpretación impone de manera forzosa un *statu quo* en el régimen de las excepciones, de modo que se dificulta su aplicación a supuestos nuevos⁹⁹¹. A mi modo de ver, las nuevas formas de explotación, que, por ejemplo, puedan surgir con el desarrollo tecnológico, forman parte del contenido del derecho de autor, y están llamadas a integrar el concepto de explotación normal de la obra. Aunque coincido con este autor, en que sería deseable una concepción más normativa de este requisito, por más que el análisis económico parezca imponerse en última instancia⁹⁹².

C) La excepción no puede ocasionar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Aunque se ha considerado que por dicho perjuicio cabe entender un perjuicio económico real o potencial, y que debe ser interpretado de acuerdo con un criterio de razonabilidad, debemos defender con PLAZA PENADÉS un concepto amplio de perjuicio que englobaría también los intereses morales del autor. Pues, como razona este autor la cobertura de los intereses patrimoniales ya se realiza en el requisito o fase anterior⁹⁹³. No compartimos, en cambio, otras interpretaciones más amplias que consideran como titulares de esos intereses al público en general, lo que a nuestro modo de ver, desvirtuaría la propia naturaleza de la regla de los tres pasos⁹⁹⁴.

2. Sistema anglosajón de *fair use* vs. sistema de excepciones tasadas en Derecho europeo.

⁹⁹⁰ Vid. al respecto el caso *Kelly v. Arriba Soft Corporation*, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002).

⁹⁹¹ GEIGER, CH.: “El papel del test de las tres etapas en la adaptación del derecho...”, *op.cit.*, p. 8.

⁹⁹² GEIGER, CH.: “El papel del test de las tres etapas en la adaptación del derecho...”, *ult.cit.*

⁹⁹³ PLAZA PENADES, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *ult.cit.*

⁹⁹⁴ HEIDE, T.: “The Berne Three-Step Test and the Proposed Copyright Directive”, *E.I.P.R.*, 1999, p. 106.

Como ya hemos ido apuntando en otras partes de este trabajo, se han desarrollado dos modelos o sistemas de configurar los límites del derecho de autor, en los sistemas de *copyright* y en los modelos de derecho de autor *Civil Law*, que responden a las diferentes tradiciones jurídicas anglosajona y europea. Sin perjuicio de las ideas apuntadas, abordamos ahora el tema del *fair use* desde una perspectiva más general.

2.1 El *fair use* como sistema abierto de límites en el sistema *copyright*.

El *fair use* es una doctrina de origen jurisprudencial que, en la aplicación práctica del *copyright* por los tribunales, tomó en consideración determinados fallos o imperfecciones del mercado para justificar la licitud de determinados usos no autorizados por el titular del *copyright*. En este sentido, se admiten dichos usos cuando se asocian a la gestión de la licencia por sus titulares unos costes transaccionales desproporcionados o prohibitivos⁹⁹⁵, que actúan como barreras de mercado al superar los beneficios⁹⁹⁶, o cuando se producen otro tipo de ineficiencias derivadas del monopolio⁹⁹⁷ o fallos en la asignación de recursos por el mercado⁹⁹⁸. Además, la doctrina justifica también estas excepciones al monopolio del titular del *copyright* de acuerdo con el valor social de dichos usos⁹⁹⁹, así como ciertas características de bienes públicos asociados a la creación¹⁰⁰⁰, o la superposición de un objetivo social o público al control propietario¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁵ GORDON, W.J.: “Fair use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the *Betamax* Case and its Predecessors”, *Columbia Law Review*, v. 82, 1982, p. 1618.

⁹⁹⁶ GORDON, W.J.: “Fair use as Market Failure...”, *op.cit.*, p. 1627.

⁹⁹⁷ VON LOHMANN, F.: “Fair use as Innovation Policy”, *Berkley Technology Law Journal*, v. 23, nº 2, 2008, p. 840.

⁹⁹⁸ GORDON, W.J.: “Fair use as Market Failure...”, *op.cit.*, p. 1615. Vid. también DOWELT, J.: “Bytes and pieces: Fragmented Copies, Licensing, and Fair Use in a Digital World”, *California Law Review*, v. 86, iss. 4, july, 1998, p. 846.

⁹⁹⁹ GORDON, W.J.: “Fair use as Market Failure...”, *op.cit.*, p. 1636.

¹⁰⁰⁰ GORDON, W.J.: “Fair use as Market Failure...”, *op.cit.*, p. 1611.

¹⁰⁰¹ DOWELT, J.: “Bytes and pieces: Fragmented Copies...”, *op.cit.*, p. 845.

En el nuevo entorno tecnológico de Internet esta justificación económica del *fair use* pierde gran parte de su razón de ser, en la medida que la contratación electrónica y el ofrecimiento de licencias de uso en línea elimina dichos costes. Además, las medidas tecnológicas de protección otorgan a los titulares del *copyright* un medio efectivo para controlar cada una de las utilidades de sus contenidos, tanto con carácter previo, mediante el control de acceso, como con posterioridad mediante técnicas de monitoreo o seguimiento de la obra o prestación en Internet. Además, en el marco de la DMCA se establece un régimen específico de protección contra su elusión, que ha llevado a algunos autores a sostener que esta regulación socava la doctrina del *fair use*¹⁰⁰².

No obstante, como DOWELT apunta estos mercados tampoco son perfectos, y persistirán también en él ciertos fallos de mercado como la copia de fragmentos, las externalidades y beneficios sociales que comportan ciertos usos, así como la existencia de usos transformadores¹⁰⁰³, como los generados por los motores de búsqueda, o la importancia creciente, que en Internet y los nuevos entornos participativos, adquiere la obra derivada¹⁰⁰⁴. Lo que nos invita a pensar que el papel de las excepciones o límites del derecho de autor en Internet no desaparece, aunque sí sufre transformaciones por las condiciones de este medio.

El §107 de la DMCA establece que el uso no autorizado de un “copyrighted work” no constituye en todo caso infracción de los derechos de autor, sino que esa utilización puede constituir en determinados casos un uso justo. Aunque en el propio precepto se invocan una serie de finalidades (crítica, comentario, información

¹⁰⁰² VON LOHMANN, F.: “Fair use as Innovation Policy”, *op.cit.*, p.861, COHEN, J.E.: “Some Reflections on Copyright...”, *op.cit.*, p.177 y ss; NIMMER, D.: “A riff on fair use in the Digital Millennium Copyright Act”, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 148, nº 3, 2000, p. 739. Además se ha desarrollado en los últimos años una sólida jurisprudencia norteamericana que hace prevalecer el régimen anti-elusión de las medidas tecnológicas de protección frente al *fair use*, sobre todo en relación a DVD con contenidos audiovisuales, vid. *Universal City Studios Inc. v. Corley* 273 F. 3d. 429, 452-53 (2D Cir. 2001), *Paramount Pictures Corp. v. 321 Studios, No 03-CV-8970 (RO)*, *321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios Inc.*, 307 F. Supp. 2d. 1095 (N. O. Cal. 2004).

¹⁰⁰³ DOWELT, J.: “Bytes and pieces: Fragmented Copies...”, *op.cit.*, p. 862 y ss.

¹⁰⁰⁴ PATEL, R.: “First World Problems A fair use Analysis of Internet Memes”, *UCLA Entertainment Law Review*, v. 20, 2013, p. 250.

periodística, enseñanza, beca, investigación), la enumeración no posee carácter exhaustivo. Son los cuatro factores que se enumeran en el precepto los que codifican la doctrina del uso justo y permiten a los tribunales valorar la concurrencia de *fair use*, como excepción del *copyright*. Los cuatro factores, sin perjuicio de otros criterios de valoración¹⁰⁰⁵, sobre los que se ciñe el juicio de *fair use* son: a') propósito o carácter del uso, b') Naturaleza de la obra protegida por el derecho de autor, c') Cantidad y sustancialidad de la parte utilizada de la obra, y d') Efecto del uso sobre el mercado potencial o valor del *copyright*.

En primer lugar, en cuanto al propósito o carácter del uso, aunque resulta irrelevante el carácter comercial del uso o si ese uso se realiza por una corporación¹⁰⁰⁶, la jurisprudencia ha destacado la existencia de usos transformadores del uso originario¹⁰⁰⁷, así como el valor social de la utilización¹⁰⁰⁸. Y ha abierto la posibilidad, incluso, a “usos socialmente valiosos” en la medida que proporcionan un beneficio público¹⁰⁰⁹.

En segundo lugar, la naturaleza de la obra pesa en cuanto al juicio de *fair use*, poseyendo más peso si su naturaleza es artística frente a otros tipos de obras de carácter divulgativo o educativo¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁵ Como fue el criterio genérico de la buena fe en *Field v. Google, Inc.*, 412 F.Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006).

¹⁰⁰⁶ OVANEZIAN, D.: “Internet Search Engine Copying...”, *op.cit.*, p. 295.

¹⁰⁰⁷ Especialmente se ha planteado en relación a los motores de búsqueda en el caso *Kelly v. Arriba Soft*, en el sentido de que el uso del motor de búsqueda poseía un carácter funcional respecto al uso originario artístico de las fotografías. Sobre el uso transformador de los motores de búsqueda se ha pronunciado también la jurisprudencia norteamericana en los casos *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.* y *Field v. Google, Inc.* Vid. PATEL, R.: “First World Problems A fair use...”, *op.cit.*, p. 244.

¹⁰⁰⁸ Así en la sentencia del caso *Field v. Google, Inc.* se alude a esos usos socialmente valiosos, con invocación expresa de los casos *Sony* y *Kelly v. Arriba Soft Corporation*

¹⁰⁰⁹ SIEGFRIED DÍAZ, A.: “Fair use & mass digitization: the future of copy-dependent technologies after authors guild v. Hathitrust”, *Berkeley Technology Law Journal*, 2013, v. 23, p. 704.

¹⁰¹⁰ En el sentido que apunta SIEGFRIED DÍAZ, A.: “Fair use & mass digitization...”, *op.cit.*, p. 694 de que las obras creativas están más cerca del núcleo del derecho de autor, y en ese sentido, se entiende que deben recibir una mayor protección. De forma que para este autor resulta justificado este factor del *fair use*, en la medida que el alcance de la protección es mayor en las obras creativas que en

En tercer lugar, la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada de la obra en el uso, también es objeto de valoración, pesando en contra del uso justo copias íntegras de la obra, aunque debe tomarse en consideración el contexto para determinar el grado de afectación¹⁰¹¹, así como abordar esta cuestión tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo¹⁰¹².

Y en último lugar, se sitúa el factor al que la jurisprudencia norteamericana suele otorgar mayor importancia, el efecto del uso sobre el mercado potencial o valor del *copyright*, especialmente puesto de relieve en casos como *Kelly v. Arriba Soft*¹⁰¹³. En este caso se planteó si un buscador de imágenes que ofrecía al usuario como resultado de sus búsquedas copias en miniatura de las imágenes encontradas violaba el derecho de reproducción. En este asunto se sostuvo que en la medida que no ofrecían la imagen real, sino que remitían a la página de origen no existió un impacto en el mercado potencial de las fotografías indexadas, sino más bien un uso secundario¹⁰¹⁴ o incidental, y en cualquier caso menos explotador¹⁰¹⁵. Aunque la jurisprudencia ha matizado que la potencialidad del mercado de la obra remite, incluso, a usos no implementados por el titular de los derechos, como el muestreo u otros¹⁰¹⁶. En cualquier caso, y como sostiene PATEL, habrá que estar al caso concreto para determinar en qué condiciones prevalece uno de estos factores sobre el

otro tipo de obras, como pueden ser las funcionales. Vid. al respecto *Núñez v. Caribbean International News Corporation*, 235F. 3d. 18, (2000).

¹⁰¹¹ Vid. PATEL, R.: “First World Problems A fair use...”, *op.cit.*, p. 246 y ss. Así, en el caso *Harper and Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 US, 539, 566 (1985) se consideró que el uso de 300 palabras en el contexto de un libro debía considerarse como un uso justo.

¹⁰¹² PATEL, R.: “First World Problems A fair use...”, *ult.cit.*

¹⁰¹³ *Kelly v. Arriba Soft Corporation*, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002).

¹⁰¹⁴ SIEGFRIED DÍAZ, A.: “Fair use & mass digitization...”, *op.cit.*, p. 694.

¹⁰¹⁵ GINSBURG, J.: “Copyright Use and Excuse on the Internet”, *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, v. 24, Fall 2000, p. 15.

¹⁰¹⁶ Como se puso de manifiesto en el caso *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F. 3d 1004 (9th Cir., Feb 12, 2001). Una de las alegaciones de Napster se basó en que algunos de los usos que permitía Napster eran novedosos como el muestreo de canciones que permitían al usuario conocer las canciones que incluía un CD y decidirse a comprarlo. Sin embargo, el tribunal consideró que se trataba de un uso comercial que competía con el propio mercado potencial de muestreo que podía desarrollar la demandante y en este sentido, no quedaba amparado por el *fair use*. Vid. al respecto GINSBURG, J.: “Copyright Use and Excuse...”, *op.cit.*, p. 32.

resto¹⁰¹⁷.

2.2 La regla de los tres pasos y el establecimiento de un sistema de excepciones tasadas.

Como hemos visto el *fair use* se ha desarrollado como un principio general, de construcción jurisprudencial, que permite sustraer determinados usos del monopolio que corresponde al titular del *copyright*, y exige, pese a su actual codificación en la DMCA, su aplicación por parte del juez caso por caso. Sin embargo, en el marco internacional de regulación del derecho de autor, se ha optado por establecer unas reglas generales dirigidas a los Estados, y que éstos deberán respetar al establecer las excepciones al derecho de autor.

Ya nos hemos referido a la regla de los tres pasos, y como esta regla puede entrar en una cierta colisión con el *fair use*, por cuanto la primera regla o paso exige que las excepciones se establezcan de forma específica. Como hemos apuntado, la regla de los tres pasos admitiría aplicaciones más estrictas, en los sistemas de *Civil Law*, en los que el legislador establece un sistema de excepciones concretas y casi “tipificadas” por la norma, y otra aplicaciones más flexibles o abiertas, como las que siguen los países del *Common Law* (*fair use* o *fair dealing*), donde se establecen en la norma sólo los criterios específicos que permiten su apreciación a nivel jurisdiccional. Frente a este último sistema se ha alabado la flexibilidad que introduce, especialmente, porque permite una constante adaptación de los usos permitidos a la realidad tecnológica en cada momento.

A nuestro modo de ver, existe una cierta proximidad entre la doctrina del *fair use* y la regla de los tres pasos, de forma que las exigencias de que el uso autorizado no afecte a la explotación normal de la obra, ni perjudique injustificadamente a los legítimos intereses de sus titulares, se hallan implícitamente presentes en los criterios codificados del *fair use*. Ahora bien, esa proximidad conceptual entre ambos si

¹⁰¹⁷ PATEL, R.: “First World Problems A fair use...”, *op.cit.*, p.247.

stemas, no puede legitimar al juzgador para desplazar el sistema propio de excepciones, por un sistema foráneo, que responde a una tradición jurídica distinta a la nuestra. Por lo que reiteramos aquí, las críticas y consideraciones que efectuamos en la parte anterior respecto a la STS de 3 de abril de 2012.

Además, en el ámbito de la DDASI, no sólo se ha optado por una incorporación de la regla de los tres pasos, en coherencia con el marco internacional de protección del derecho de autor, sino que además se ha establecido un sistema de excepciones tasadas. De modo que se reduce la libertad de los Estados miembros a la hora de establecer excepciones al derecho de autor, en un doble sentido. En primer lugar, en cuanto que sólo se pueden establecer, eso sí de modo facultativo, las excepciones previstas en la DDASI. En segundo lugar, que el legislador interno deberá, en todo caso, respetar las otras dos reglas o fases, es decir, que “no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación” y “no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho” (art. 5.5 DDASI).

***CAPÍTULO SEGUNDO.- LA ARMONIZACIÓN
COMUNITARIA EN MATERIA DE LÍMITES A LOS
DERECHOS DE AUTOR EN LA DDASI***

1. La armonización de la DDASI en materia de límites.

1.1 La DDASI como primer intento de regulación horizontal de las excepciones del derecho de autor.

Las regulaciones de las excepciones se introducen en la DDASI como una forma de dejar “atado” el régimen jurídico del derecho de autor en el nuevo entorno de Internet¹⁰¹⁸, es decir, evitar que se pueda vaciar de contenido por vía de excepción. Por ello, esta regulación suscitó la fuerte oposición de algunos Estados miembros como Reino Unido que habían seguido el *fair dealing*, como un sistema abierto o flexible de excepciones¹⁰¹⁹.

La DDASI es la primera directiva que acomete una regulación horizontal de las excepciones o limitaciones al derecho de autor¹⁰²⁰, aunque si bien LEWINSKI apunta, de forma parcial, dado el carácter facultativo de casi todas las excepciones¹⁰²¹. Con anterioridad, la Directiva 91/250/CEE, sobre protección jurídica de los programas de ordenador, la Directiva 96/9/CE, sobre protección jurídica de las bases de datos y la Directiva 92/100/CEE sobre derechos afines, abordaron el tema de las excepciones con carácter parcial, respecto a los ámbitos específicos de sus regulaciones. Si bien en estas regulaciones no se opta por un sistema facultativo de excepciones, como norma general, sino que las excepciones establecidas se introducen como límites obligatorios para los Estados miembros. Respecto al “régimen general de excepciones y limitaciones” establecido por la DDASI podemos realizar una serie de consideraciones generales.

¹⁰¹⁸ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, op.cit., p.420.

¹⁰¹⁹ DOHERTY, M. y GRIFFITHS, I.: “The harmonisation of European Union Copyright Law for the Digital Age”, *E.I.P.R.*, 2000, p.17.

¹⁰²⁰ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, op.cit., p.420; LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, op.cit., p. 84.

¹⁰²¹ VON LEWINSKI, S.: “The implementation of the list of exceptions of article 5 of the information society directive 2001/29/EC in selected member states”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, Addenda, noviembre, 2011, p.33.

En primer lugar, la opción por parte del legislador europeo, por un régimen de excepciones tasadas, revela que en el ámbito europeo no se opta por un sistema flexible o abierto de excepciones, basado en unos principios generales, aplicables por el juzgador al caso concreto, sino por una cierta tipicidad normativa en la configuración de excepciones concretas. En definitiva, el triunfo en el ámbito europeo de la tradición continental¹⁰²².

En segundo lugar, el régimen de excepciones en la DDASI se establece en su art. 5, y las excepciones se dividen en dos tipos, una excepción obligatoria y una larga lista de excepciones facultativas. Así, se establece una excepción obligatoria respecto a determinados actos de reproducción provisional establecida en su apartado primero, y una lista de excepciones facultativas que los Estados miembros podrán incorporar o no a sus ordenamientos internos en los apartados segundo y tercero. Se establecen en el apartado segundo las excepciones facultativas al derecho de reproducción que podrán establecer los Estados miembros, y en el apartado tercero las excepciones o limitaciones tanto al derecho de reproducción como al derecho de comunicación pública. Además, en el apartado cuarto se establecen las excepciones que respecto al derecho de distribución pueden introducirse, “siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado”. Y finalmente, cierra este artículo la regla de los tres pasos, como cláusula de salvaguarda y cierre del sistema de excepciones diseñado por la DDASI.

Con ello, se ha querido por un lado, delimitar el concepto de reproducción en el ámbito del nuevo entorno digital, para dejar fuera del monopolio de los autores, determinadas reproducciones provisionales o técnicas. Y por otro lado, al someter el resto de excepciones a un régimen facultativo por parte de los Estados miembros se ha reforzado el monopolio de los autores. Y en cualquier caso la DDASI quien impone a los Estados miembros el contenido específico de las limitaciones al derecho de autor. Si bien al optar por un régimen de excepciones facultativas socava la finalidad armonizadora de la DDASI, ya que otorga a los Estados miembros, un

¹⁰²² DOHERTY, M. y GRIFFITHS, I.: “The harmonisation of European Union Copyright...”, *op.cit.*, p.19.

amplio margen de libertad en cuanto a la conformación del sistema nacional de excepciones¹⁰²³. Y por otro lado, la doctrina ha criticado que al establecer un marco cerrado de excepciones, impide que nuevos usos que surjan al amparo del desarrollo de la tecnología, puedan quedar excepcionados por el derecho de autor¹⁰²⁴.

En segundo lugar, este régimen de excepciones se establece tanto respecto a los derechos de los autores, como a determinados titulares de derechos afines sobre sus prestaciones a los que de modo expreso se refieren los art. 2 y 3 de la DDASI.

En tercer lugar, el régimen de excepciones establecidas no se establece sólo para el entorno en línea, sino que se acomete una regulación integral en ambos entornos, lo que, de alguna manera, se aparta del espíritu de la DDASI, pero encaja en esa ambigüedad normativa, ya manifestada al acometer la regulación del derecho de puesta a disposición del público.

En cuarto lugar, y como tendremos oportunidad de analizar, no se garantiza el régimen de excepciones en el entorno en línea. Ya que éste se deja a la libre conformación por la voluntad de los titulares de derechos, a través de las medidas tecnológicas y las condiciones de las licencias de uso.

Finalmente, cabe destacar que la tramitación de este régimen de excepciones no fue ni mucho menos pacífica. No sólo, como hemos apuntado por la posición de Reino Unido, en cuanto era continuador de una tradición de *fair dealing* que encajaba mal en un sistema de excepciones tasadas, también por el interés de los Estados miembros de ampliar la lista de excepciones, lo que se consiguió de dos modos. Por un lado, ampliando considerablemente el número de excepciones en fase

¹⁰²³ GUIBAULT, L.: “The nature and scope of limitations and exceptions to copyright and neighbouring rights with regard to general interest missions for the transmission of knowledge: prospects for their adaptation to the digital environment”, *Bulletin du Droit d’Auteur*, 2003, october-december, p. 6 pone en duda el efecto armonizador de la DDASI en este punto. En el mismo sentido, vid. LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 92.

¹⁰²⁴ HART, M.: “The Proposed Directive for Copyright in the Information Society: Nice Rights Shame about the Exceptions”, *E.I.P.R.*, 1998, p. 169; HUGENHOLTZ, P.B.: “Why the Copyright Directive is Unimportant...”, *op.cit.*, p. 501.

de tramitación, pasaron de siete a veintiuna¹⁰²⁵. Y por otro lado, introduciendo una “pequeña puerta” a la admisión de nuevas excepciones por los Estados miembros, si bien en un ámbito muy específico¹⁰²⁶. De esta forma, esa facultad se limita a “casos de importancia menor”, sin duda un concepto jurídico indeterminado, sólo para “usos analógicos”, y que ya estén previstas en el derecho nacional. Y que por, tanto, no tiene ninguna incidencia en el entorno en línea.

1.2 Excepciones tasadas y capacidad residual de los Estados miembros para crear nuevas excepciones.

La primera consecuencia que deriva del sistema de excepciones tasadas fijado en el art. 5 de la DDASI, es que la capacidad normativa de los Estados miembros queda en este ámbito ostensiblemente reducida. Por lo que abordamos a continuación, qué capacidad o margen de libertad tienen los Estados miembros, si es que la tienen, en el nuevo entorno tecnológico respecto al régimen de excepciones que establece la DDASI.

Del conjunto de excepciones establecidas en el art. 5 de la DDASI, sólo la excepción establecida en el art. 5.1 de la DDASI, respecto a determinados actos de reproducción provisional, tienen carácter obligatorio para los Estados miembros. Como ya apuntamos en la parte anterior, al abordar el derecho de reproducción, más que de una excepción se trataría en algunos casos, como en las copias técnicas en los routers, de un límite que determina, por exclusión, el contenido propio de este derecho en el nuevo entorno de Internet¹⁰²⁷, pero gozando de la consideración de excepciones las copias RAM y caché que reúnan los requisitos establecidos en este precepto. De ahí, que a diferencia del resto de excepciones, ésta se haya querido imponer de forma imperativa a todos los Estados miembros, para dar también

¹⁰²⁵ LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 87.

¹⁰²⁶ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p.425.

¹⁰²⁷ GARROTE FERNÁNDEZ DÍAZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op. cit.*, p. 323 y ss; RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 346; GÓMEZ SEGADE, J.A.: “Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la información”, *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, coord. ROGEL VIDE, Madrid, 2002, p. 29 y ss; ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet...*, *op.cit.*, p. 74.

seguridad a los prestadores de servicios de la sociedad de información en el ámbito de la UE.

Respecto al resto de excepciones que se establecen en el art. 5.2 de la DDASI, debemos plantear, en qué consiste la facultad de los Estados miembros. En primer lugar, los Estados miembros son libres de incorporar a sus ordenamientos internos, las excepciones previstas en el art. 5.2 de la DDASI. En este sentido, el art. 5.2 establece que “los Estados miembros podrán establecer”, y el Considerando 32 de la DDASI establece que: “La presente Directiva establece una lista exhaustiva de excepciones y limitaciones a los derechos de reproducción y de comunicación al público”.

Al ser un sistema de excepciones cerradas o casi cerrada, no pueden establecer nuevas excepciones respecto a usos digitales¹⁰²⁸. La única posibilidad residual que se ofrece a los Estados miembros de ampliar la lista se establece en el art. 5.2 o) y se refiere únicamente al ámbito de explotación analógica, respecto a “casos de importancia menor” y que ya existan en el Derecho nacional. Con ello, se cierra la posibilidad a los Estados miembros de crear excepciones *ex novo* tanto en el entorno digital como analógico.

Respecto a las excepciones que los Estados miembros ya contemplen en sus derechos internos en el momento de aprobarse la DDASI, se pueden mantener, tanto si son más o menos restrictivas para el derecho de autor, siempre que puedan ser reconducidas a alguno de los supuestos contemplados en el art. 5. El mantenimiento de las excepciones no previstas en la DDASI pero establecidas con anterioridad por

¹⁰²⁸ Esta es la posición mayoritaria que sostiene la doctrina, vid. al respecto GARROTE FERNÁNDEZ DÍAZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op. cit.*, p. 425 y ss.; RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 365; DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho Privado de Internet*, *op.cit.*, p.694; DOHERTY, M. y GRIFFITHS, I.: “The harmonisation of European Union Copyright...”, *op.cit.*, p.19; HART, M.: “The Copyright in the Information Society Directive: An Overview”, *E.I.P.R.*, 2002, p. 59. Por el contrario, LEPAGE, A.: “Vue générale sur les exceptions et les limitations au droit d’auteur dans l’environnement numérique”, *Bulletin du Droit d’Auteur*, 2003, janvier-mars, p.12 sostiene que la regla de los tres pasos permitiría el establecimiento de nuevas excepciones. A nuestro modo, de ver la regla de los tres pasos en el ámbito de la DDASI se dirige al legislador, pero sólo en cuanto a su poder de transposición de las excepciones establecidas en el art. 5 de la DDASI.

los ordenamientos internos, sólo se admite de forma residual, o a modo de cajón de sastre¹⁰²⁹, respecto a los “usos analógicos”¹⁰³⁰ y en “casos de importancia menor”.

Coincidimos con las críticas ya apuntadas por un sector de la doctrina, en cuanto al desacierto del legislador comunitario a la hora de establecer este régimen de excepciones en la DDASI. En primer lugar, la opción por un sistema de *numerus clausus* encaja con la finalidad armonizadora de la DDASI¹⁰³¹. Así, se trata de establecer un régimen de excepciones común a todos los Estados miembros, para, en definitiva, consolidar el mercado único con una regulación armónica del derecho de autor, también en un sentido negativo, es decir, desde el punto de vista de sus excepciones. Sin embargo, el carácter facultativo que la incorporación de estas excepciones posee en el texto de la DDASI no resulta coherente con esa supuesta finalidad armonizadora. En la medida, que se introduce una fragmentación en el régimen de las excepciones y se rompe, por tanto, a nivel de derecho interno con esa pretendida uniformidad¹⁰³².

En segundo lugar, se puede reprochar que limitar tanto la capacidad normativa del legislador nacional va en contra de principios generales del Derecho comunitario, como los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

En tercer lugar, este régimen resulta contrario también a los art. 10 del TDA y 16 del TIEF, por cuanto esta normativa permite a los estados parte crear excepciones dentro de los límites generales de la regla de los tres pasos.

¹⁰²⁹ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 211.

¹⁰³⁰ La propia referencia que el precepto realiza a los “usos analógicos” y no al entorno analógico, soluciona a mi modo de ver el tema de excepciones que pueden aplicarse a ambos entornos, como la copia privada, de forma que sólo cuando la excepción aparece referida a usos analógicos, podemos hablar de la excepción basada en el art. 5.3 o) de la DDASI. Vid., en contra LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 92.

¹⁰³¹ GARROTE FERNÁNDEZ DÍAZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op. cit.*, p. 426 sostiene que hubiera sido lógico permitir a los Estados miembros conformar su propio sistema de excepciones, de acuerdo con las particularidades del Derecho nacional. Si bien es cierto, que el entorno tecnológico de Internet es uniforme, coincidimos con este autor, en que pueden surgir divergencias a la hora de adaptar esta realidad tecnológica a las peculiaridades jurídicas de los derechos internos.

¹⁰³² DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho Privado de Internet*, *op.cit.*, p.694.

En cuarto lugar, y a nuestro modo de ver, es un sistema demasiado “encorsetado”, que puede carecer de la flexibilidad necesaria para adaptarse al desarrollo tecnológico.

En quinto lugar, establece un régimen general de excepciones aplicables tanto al entorno en línea como fuera línea, respecto a usos digitales como analógicos. Lo que introduce una cierta confusión normativa, en la medida que no se concreta qué excepciones tradicionales se aplican también al entorno en línea, y cuales se aplicarán sólo en el nuevo entorno tecnológico.

1.3 La incorporación de la regla de los tres pasos como cláusula de cierre.

El art. 5.5 de la DDASI establece que: “Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho”. Con ello, y a modo de cláusula cierre, se introduce en la DDASI la regla de los tres pasos, tal y como ya se había realizado en otros regímenes específicos de excepciones, como los establecidos en los art. 6.3 de la Directiva 91/250/CEE, sobre protección jurídica de los programas de ordenador y los art. 6.3, 7.5 y 8.2 de la Directiva 96/9/CE, sobre protección jurídica de las bases de datos.

Con ello, la DDASI enlaza la regulación comunitaria de las excepciones con el marco general internacional, que adopta la regla de los tres pasos como el *estándar* de admisibilidad de las excepciones o límites del derecho de autor. Respecto a la regla de los tres pasos nos remitimos a las consideraciones anteriormente realizadas, precisamente, a la hora de abordar ese marco internacional. Corresponde ahora centrarnos en los diferentes puntos de enfoque que en cada uno de estos instrumentos normativos se adopta.

Se ha señalado por la doctrina que el art. 5.5 hace referencia a que únicamente se aplicarán a “determinados casos concretos”, y a diferencia de los art. 10 del TDA y 16 del TIEF, que únicamente se refiere a “casos especiales”, y que con

ello se ha querido dar un carácter más restrictivo a las excepciones que el contenido en el TDA y el TIEF¹⁰³³. En realidad, ambas formulaciones son muy parecidas, y en ambos casos, no han sido obstáculo para que países con tradiciones como el *fair use* y el *fair dealing*, hayan transpuesto o adoptado esta normativa.

En cualquier caso, es el carácter de *numerus clausus* el que determina cómo debe interpretarse la expresión contenida en el art. 5.5 de la DDASI. A pesar de que autores como LEPAGE sostienen que este último apartado del art.5 de la DDASI da sentido de *numerus apertus* a la lista de excepciones admisibles al Derecho de autor, marcando la regla de los tres pasos el único límite del legislador interno¹⁰³⁴, consideramos que esta postura va en contra del espíritu de la DDASI. En concreto de su Considerando 32 donde de modo expreso se habla de “lista exhaustiva”, así como de la interpretación de la excepción o) como único ámbito de mantenimiento de excepciones nacionales fuera de la lista cerrada del art. 5.2 de la DDASI.

Por tanto, a nuestro modo de ver, la referencia contenida a “casos concretos” en el art. 5.5 de la DDASI no hace sino reforzar la consideración como lista cerrada de la enumeración de excepciones contenida en dicho artículo. De este modo, el primer paso de la regla, la admisión de la regla sólo en determinados casos concretos actúa como un límite del propio legislador comunitario, así como respecto a los legisladores internos. Estos a la hora de transponer la directiva deben respetar la regla de los tres pasos.

En primer lugar, sujeción al caso concreto, que exigirá la suficiente determinación normativa para no introducir excepciones en blanco que vacíen el contenido del derecho de autor.

En segundo lugar, que no limiten la explotación normal de la obra, lo que debe ser tenido en cuenta por el legislador que traspone la directiva, pero también por el juez que la aplica al caso concreto.

¹⁰³³ HEIDE, T.: “The Berne Three-Step Test and the Proposed ...”, *op.cit.*, p.107.

¹⁰³⁴ LEPAGE, A.: “Vue générale sur les exceptions et les limitations...”, *op.cit.*, p.12.

Y en tercer lugar, que no se perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho. En este punto debemos destacar que si bien ha existido una cierta tendencia a considerar la regla de los tres pasos como un test del perjuicio económico¹⁰³⁵, creo que no debe acogerse un planteamiento tan reduccionista. Pues si la norma hubiera querido establecer sólo un límite económico, lo habría establecido de forma expresa. Como no existe una referencia expresa al “perjuicio económico”, debe incluirse en la regla de los tres pasos, también otros intereses legítimos del titular, y dar entrada con ello, como apunta PLAZA PENADÉS, a los derechos morales¹⁰³⁶.

2. Tipos de excepciones.

2.1 Según su justificación o fundamento.

Como hemos visto la regla de los tres pasos establecida en la DDASI exige en primer lugar, que las excepciones se apliquen a casos concretos. Pero en la medida que se exceptiona el monopolio de explotación del titular del derecho de autor, se exige, además, no sólo que respondan a una finalidad concreta, sino algo más, una justificación a esa pérdida de poder de explotación. Estas causas o justificaciones pueden reconducirse a cinco supuestos: excepciones de tipo técnico en el nuevo entorno telemático, fallos de mercado, usos que no comportan perjuicio económico para el titular de los derechos de autor, la función social del derecho de autor, y su conexión con derechos constitucionales.

En primer lugar, el nuevo entorno tecnológico de Internet, introduce nuevas justificaciones en el contexto clásico, ligadas a razones tecnológicas que exige el propio desarrollo de las transmisiones telemáticas. Así, se establece la excepción obligatoria respecto a determinados actos de reproducción provisional, establecidos en el art. 5.1 de la DDASI. Y además, muy inspirada en la doctrina MAI, se

¹⁰³⁵ HEIDE, T.: “The Berne Three-Step Test and the Proposed ...”, *op.cit.*, p.107.

¹⁰³⁶ PLAZA PENADES, J.: *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información...*, *op.cit.*, p. 117.

introduce la excepción respecto a los usos en relación a la demostración o reparación de equipos, en el apartado l) del art. 5.2 de la DDASI.

En segundo lugar, determinadas excepciones contenidas en la DDASI se justifican por la existencia de determinados fallos de mercado, como puede ser los costes transaccionales excesivos¹⁰³⁷, la ausencia de mercado para determinados usos¹⁰³⁸, o incluso, la necesidad de preservar la obra más allá del deterioro del soporte en que se fija. En este sentido, se incluirían dentro de este grupo la excepción de copia privada establecida en los art. 5.2 a) y b) de la DDASI, así como la inclusión incidental de una obra o prestación en otro material (art. 5.3 i) de la DDASI).

En tercer lugar, tendríamos una serie de usos autorizados, que se basan en la inexistencia de perjuicio económico para el titular de los derechos de autor. El caso más claro sería el contenido en el apartado j) del art. 5.3 de la DDASI, “cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesario para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial”.

En cuarto lugar, otras excepciones enumeradas en la DDASI tendrían como justificación la propia función social del derecho de autor, como sería en todos aquellos casos que los fines educativos o de investigación prevalecen sobre el interés del titular del derecho de autor. Como ocurre en las excepciones reconocidas en los apartados a) y n) del art. 5.3 de la DDASI, y también respecto a la excepción establecida en favor de personas con discapacidad.

En quinto lugar, la conexión del derecho de autor, o de modo más preciso, de los contenidos protegidos a derechos constitucionales como la libertad de expresión o el derecho a la información, hace prevalecer el interés general en el ejercicio colectivo de estos derechos sobre el interés particular del titular del derecho

¹⁰³⁷ GORDON, W.J.: “Fair use as Market Failure...”, *op.cit.*, p. 1618; VON LOHMANN, F.: “Fair use as Innovation Policy”, *Berkley Technology Law Journal*, v. 23, nº 2, 2008, p. 840.

¹⁰³⁸ DOWELT, J.: “Bytes and pieces: Fragmented Copies...”, *op.cit.*, p. 857.

exclusivo. Así, la necesidad de proteger el libre ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información, en su doble lectura constitucional, lleva a establecer las excepciones contenidas en los apartados c), d) y f) del art. 5.2 de la DDASI.

2.2 Obligatorias o facultativas.

En el ámbito de la DDASI, sólo existe una excepción obligatoria, asociada a determinadas reproducciones provisionales que, de forma transitoria o accesoria forman parte integrante y esencial de un proceso tecnológico de una transmisión telemática, siempre que constituya una utilización lícita y no tenga una significación económica independiente.

El resto de excepciones al derecho de reproducción establecidas en el apartado segundo del art. 5 de la DDASI, así como las establecidas en el apartado tercero de este precepto, tanto respecto al derecho de reproducción como al derecho de comunicación pública, poseen carácter facultativo. Por lo que podemos concluir que el legislador comunitario sólo ha querido intervenir de modo imperativo en el ámbito del derecho de reproducción, dado, como ya hemos explicado, la significación tecnológica que la copia adquiere en el nuevo entorno de Internet, y la necesidad de ofrecer seguridad jurídica al marco de actuación de los operadores.

2.3 Según el derecho afectado.

El régimen del art. 5 de la DDASI establece excepciones tanto respecto al derecho reproducción (apartados 1 y 2), como de modo conjunto respecto a los derechos de reproducción y comunicación pública (apartado 3). Curiosamente, aunque el derecho de distribución es decididamente eliminado del ámbito material de la DDASI, por cuanto se partía de la consideración de las transmisiones en línea como servicios, el legislador recupera este derecho en sede de excepciones. Aunque lo vincula al derecho de reproducción, al establecer el apartado cuarto del art. 5 de la DDASI que cuando se hayan introducido excepciones al derecho de reproducción contenidas en los apartados segundo y tercero del art. 5 de la DDASI, podrán

establecerse excepciones o limitaciones al derecho de distribución, “siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado”.

2.4 Según se apliquen o no al entorno en línea.

Como ya hemos indicado, el régimen de excepciones no se establece por la DDASI en el art. 5 con carácter específico para el entorno en línea, sino que se establecen un conjunto de excepciones tanto para el entorno en línea como fuera de línea. Y además, la DDASI ni siquiera establece qué excepciones se aplican en cada entorno.

De acuerdo con este criterio podemos distinguir los siguientes tipos de excepciones: a) específicas para el nuevo entorno tecnológico, b) aplicables en el nuevo entorno de Internet, y c) exclusivamente aplicables al entorno fuera de línea.

En primer lugar, como excepciones específicas para el nuevo entorno tecnológico se establece la excepción respecto a determinados actos de reproducción provisional en el art. 5.1 de la DDASI.

En segundo lugar, nos encontramos un conjunto de excepciones aplicables en el entorno en línea. Entre estas excepciones se encuentran, las establecidas en el art. 5 de la DDASI, en el apartado 2 letras b) y c). Así como en el apartado 3 de este precepto, letras a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k), l), m). Quedan, por tanto, fuera del ámbito de Internet determinadas excepciones aplicables a radiodifusión, art. 5.2 d) y e), y otras dos excepciones que de modo expreso se refieren al entorno en línea. En primer lugar, la establecida respecto a las reproducciones en soporte papel, establecida en el art. 5.2 a). Y en segundo lugar, la cláusula abierta de admisibilidad de excepciones nacionales para usos analógicos, reconocida en el art. 5.2 o).

Además, de modo implícito se reconduce también al entorno fuera de línea, por cuanto hace referencia a colecciones propias y a la consulta en los terminales instalados en bibliotecas, centros de enseñanza y museos, la excepción establecida en el art. 5.2 n). En los términos previstos en la DDASI, es decir, “cuando el uso

consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no objeto de condiciones de adquisición o de licencia”. Excepción que excluye de modo expreso, la consulta interactiva de fondos, en el sentido de realizada en el tiempo y el lugar que decida el usuario, lo que no resulta coherente, ya que existirán determinados contenidos online que no podrán ser objeto de préstamo porque no se materializan en un soporte físico, y cuyo disfrute deberá realizarse por parte del usuario en el recinto de la biblioteca.

2.5 Según lleven aparejada o no compensación económica.

Respecto a aquellas excepciones que se fundan en determinados fallos de mercado o usos no comerciales, se establece a favor del titular del derecho de autor una compensación equitativa, que trata de resarcir a éste del supuesto perjuicio que estos usos le pueden producir. Así, esta compensación económica se establece respecto a determinadas excepciones reconocidas en el art. 5.2 respecto al derecho de reproducción en sus letras a), b) y e): la copia reprográfica, la copia privada para uso personal y en relación a determinadas reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales, como hospitales o prisiones.

En la medida, que la compensación equitativa se introduce en estas excepciones un elemento normativo, su transposición por parte de los Estados miembros, en el caso de que decidan incorporarla, debe realizarse en los mismos términos recogidos en la DDASI. Sin que sea facultativo su establecimiento, una vez el legislador comunitario ha optado por su inclusión dentro del régimen jurídico propio de la excepción.

3. El triunfo de la autonomía de la voluntad del autor o titular del derecho de autor en el entorno en línea.

3.1 Medidas tecnológicas de protección y excepciones en el entorno en línea: derecho de los contratos vs. derecho de autor.

El art. 6.4 de la DDASI establece que: “Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido”. Este precepto de la DDASI refleja una práctica habitual en la explotación en línea de contenidos protegidos. Pues, en el entorno en línea las medidas tecnológicas de protección suelen combinarse con fórmulas de contratación en línea, ofreciendo, así, una doble protección¹⁰³⁹. De esta forma, se otorga a los titulares de derechos de autor un gran control sobre sus contenidos¹⁰⁴⁰, y se articulan para ellos cauces seguros de explotación *online*¹⁰⁴¹,

¹⁰³⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada, op.cit.*, p.105, para quien esa doble protección consiste en la ofrecida por la medida tecnológica “que ejerce como *escudo* de la obra y la que proporciona una licencia (contrato) *on-line* que vincula al usuario y a la persona natural o jurídica que posee los derechos sobre las obras o prestaciones protegidas”. Vid. también LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 108.

¹⁰⁴⁰ MARÍN LÓPEZ, J.J.: “La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2005, nº 20, p. 39 para quien estas medidas serían mecanismos de tutela anticipatoria o *ex ante*: El titular de un derecho exclusivo de explotación tiene desde luego diferentes mecanismos de reacción *ex post* frente a las intromisiones ilegítimas de terceros lesivas de ese derecho, en forma de cese de la actividad ilícita y de indemnización de los daños causados (arts. 139 y 140 LPI). Las medidas tecnológicas son un complemento de esos remedios porque supone el establecimiento de una protección *ex ante* frente a esas hipotéticas intromisiones. Desde esta perspectiva, las medidas tecnológicas no son más que medios adoptados de forma unilateral por el titular para obtener una tutela anticipatoria o preventiva frente a hipotéticas intromisiones de terceros, que se han multiplicado exponencialmente en el ámbito digital”.

¹⁰⁴¹ LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 108 y ss., para quien: “Tomados conjuntamente, las medidas tecnológicas y los contratos crean un fuerte marco de protección para los titulares de derechos en este mundo digital”. En este sentido, este autor llega a afirmar que: “si las medidas tecnológicas estuvieran absolutamente a salvo de elusiones y la libertad de contratos fuera ilimitada, entonces el derecho de autor quedaría desplazado, pues los contratos gobernarían el acceso y el uso de las obras y prestaciones”. Vid. también SPURGEON, C.P.: *License or limit? On-line educational uses. Alternatives for preserving the exclusive rights of copyright owners*, *Bulletin du Droit d’Auteur*, june, 2003, p. 14; DE WERRA, J.: “Moving beyond the conflict between freedom of contract...”, *op.cit.*, p. 249.

aunque no infalibles¹⁰⁴². Además estos sistemas de control electrónico reducen los costes transaccionales respecto a otras formas de explotación¹⁰⁴³, lo que cuestiona, como veremos, el fundamento de algunas excepciones en Internet. Sobre todo, de aquéllas que se basan en determinados fallos o imperfecciones del mercado. Pero la contractualización de las relaciones entre los titulares de derechos de autor y los usuarios que establece la DDASI (art. 6.4) ha supuesto una cierta quiebra en el sistema de las excepciones o límites del derecho de autor.

En este sentido, si bien las medidas tecnológicas de protección y las licencias en línea, han otorgado un mayor control a los titulares de derechos de autor, se ha producido una cierta desprotección del usuario respecto a ciertos usos que en el entorno fuera de línea quedaban garantizados. En este sentido, esa libertad contractual ha generado la pérdida de determinados beneficios establecidos a su favor, al quedar el ámbito de las excepciones dentro del propio contenido negocial de la licencia de uso y normalmente enmarcarse las licencias de uso en el esquema negocial de los contratos de adhesión.

A favor de este modelo contractualizado de las relaciones titular de derecho de autor-usuario en el nuevo entorno de Internet, se han señalado una serie de ventajas. En primer lugar, se ha defendido que en un entorno tecnológico como Internet la mejor respuesta a la protección debe venir desde la propia tecnología¹⁰⁴⁴. En segundo lugar, se ha defendido una cierta ventaja informativa que poseen los particulares respecto a aquellos sujetos que establecen las reglas públicas en cuanto a la asignación de recursos. Y por tanto, respecto a la delimitación de las excepciones

¹⁰⁴² MARKS, D.S. y TURNBULL, B.H.: “Technical protection measures: the intersection of technology, law and comercial licences”, *E.I.P.R.*, 2000, p. 199 alertan sobre el crecimiento continuo de toda una ingeniería informática dirigida a la desactivación de estas medidas.

¹⁰⁴³ CHRISTUS, D., CORTINA, J., WAGNER, R., WINBURN, J.: “Intellectual Property in the Americas”, *American University International Law Review*, v. 13, 1998, p.1132.

¹⁰⁴⁴ CLARK, C.: “The Answer to the Machine is in the Machine”, disponible en <http://copyright-debate.co.uk/?p=641>

se estima que una adecuada discriminación de precios mejorará el bienestar social agregado¹⁰⁴⁵.

En contra de este modelo negocial de control tecnológico se han esgrimido diferentes argumentos. En primer lugar, se ha objetado que la información no es un bien privado sino público¹⁰⁴⁶. En segundo lugar, que como estas medidas tecnológicas de protección actúan a ciegas¹⁰⁴⁷, como barreras que autorizan o deniegan el acceso¹⁰⁴⁸, no discriminan entre “fair use” y usos infractores¹⁰⁴⁹. En tercer lugar, se ha objetado que en tanto estas medidas tecnológicas pueden sustraer en el entorno en línea determinados contenidos del dominio público¹⁰⁵⁰, que deberían ser de libre apropiación en Internet y quedan bajo el control tecnológico de la medida y el régimen de protección anti-elusión¹⁰⁵¹. En cuarto lugar, se ha apuntado que se trata de una negociación unilateral por parte del titular del derecho de autor, que impone sus condiciones al usuario¹⁰⁵². De esta forma, estas licencias se convierten en contratos de adhesión¹⁰⁵³, del tipo “lo tomas o lo dejas”¹⁰⁵⁴, no negociados por el

¹⁰⁴⁵ Vid. al respecto BENKLER, Y.: “An unhurried view of private ordering in information transactions”, *Vanderbilt Law Review*, nº 53, 2000, p. 2078 y ss.

¹⁰⁴⁶ BENKLER, Y.: “An unhurried view of private ordering...”, *op.cit.*, p. 2078 y ss.

¹⁰⁴⁷ DE WERRA, J.: “Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright...”, *op.cit.*, p. 251.

¹⁰⁴⁸ CASELLATI, A.M.: “The evolution of article 6.4 of the European Information Society Copyright Directive”, *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, v. 24, 2000-2001, p.371.

¹⁰⁴⁹ DE WERRA, J.: “Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright...”, *op.cit.*, p. 251.

¹⁰⁵⁰ DE WERRA, J.: “Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright...”, *op.cit.*, p. 346; SCHACK, H.: “Anti-circumvention measures and restrictions in licensing contracts as instruments for preventing competition and fair use”, *Journal of Law, Technology & Policy*, 2002, p. 327; VINJE, T.C.: “A brave new world of technical protection systems: will there still be room for copyright”, *E.I.P.R.*, 1996, p. 436.

¹⁰⁵¹ Para MARÍN LÓPEZ, J.J.: “La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección”, *op.cit.*, p. 40 sostiene que en la medida que respecto a estas obras, que han entrado en el dominio público, ya no existe propiedad privada, tampoco existiría infracción si se desactivara la medida tecnológica de protección.

¹⁰⁵² DE WERRA, J.: “Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright...”, *op.cit.*, p. 248.

¹⁰⁵³ LIDGARD, H.H.: “European perspective on licensing in a network environment”, *Suffolk Transnational Law Review*, v.23, 1999-2000, p. 444; BENKLER, Y.: “Free as the air to common use: first amendment constraints on enclosure of the public domain”, *New York University Law Review*,

usuario, como los contratos que se celebran con un *click*, “click-wrap”¹⁰⁵⁵, que dada la concentración del sector, pueden encubrir también un cierto abuso de poder de mercado¹⁰⁵⁶. Y en quinto lugar, se ha destacado que el problema de las licencias en línea es que agota su eficacia *inter partes*, por lo que no podrían hacerse valer esos acuerdos frente a terceros no infractores de las medidas de protección¹⁰⁵⁷.

A nuestro modo de ver, no se puede asumir que en el entorno en línea, el Derecho de contratos haya desplazado al Derecho de autor¹⁰⁵⁸. Ni tampoco que ese desplazamiento deba verse como una especie de compensación *favor auctoris* a la crisis de legitimidad del Derecho de autor¹⁰⁵⁹, o como un nuevo modelo de distribución en Internet¹⁰⁶⁰, o como una exigencia del control propietario¹⁰⁶¹, en el sentido convencional del derecho de propiedad como poder de exclusión¹⁰⁶².

v.74, 1999, p.430; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 68 y ss.

¹⁰⁵⁴ DE WERRA, J.: “Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright...”, *op.cit.*, p. 294.

¹⁰⁵⁵ LIDGARD, H.H.: “European perspective on licensing...”, *op.cit.*, p. 444.

¹⁰⁵⁶ LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 112.

¹⁰⁵⁷ SANCHEZ ARISTI, R.: “La copia privada digital”, *op.cit.*, p. 35. Aunque resulta complicado imaginar un supuesto en que se acceda a esos contenidos protegidos por la medida sin eludirla.

¹⁰⁵⁸ En contra GOLDSTEIN, P.: “Copyright and its substitutes”, *Wisconsin Law Review*, 1997, p. 871.

¹⁰⁵⁹ DE WERRA, J.: “Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright...”, *op.cit.*, p. 244.

¹⁰⁶⁰ DE WERRA, J.: “Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright...”, *op.cit.*, p. 250.

¹⁰⁶¹ MARÍN LÓPEZ, J.J.: “La copia privada frente a las medidas tecnológica...”, *op.cit.*, p. 38 y ss. considera que: “Salvadas todas las distancias, y a sabiendas de que son muchas las que separan una propiedad material de otra inmaterial, es claro que, de la misma manera que el propietario de un bien inmueble puede *cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquier otro modo* (art. 388 CC), también el titular de un bien inmaterial puede, si la tecnología le proporciona medios hábiles para ello, *cerrar o cercar sus derechos de aprovechamiento patrimonial para impedir utilizaciones indebidas de terceros*. La facultad de exclusión que caracteriza a todo derecho real es lo que explica semejante posibilidad, y, puesto que los derechos exclusivos de propiedad intelectual (art. 17 LPI y concordantes) tienen naturaleza real, no hay razón alguna para negar al titular de un derecho de autor o de un derecho conexo la facultad de *cerrar o cercar* esos derechos”. Aunque más adelante en este mismo trabajo admite que vulnera la función social de la propiedad intelectual aquellas medidas tecnológicas que no garantizan el régimen de excepciones previstas.

¹⁰⁶² GORDON, W.: “An inquiry into the merits of copyright: the challenges of consistency, consent and encouragement theory”, *Stanford Law Review*, v. 41, 1989, p. 1354 y ss.

En primer lugar, porque las creaciones intelectuales no son bienes de consumo, sino bienes inmateriales que nacen con una decidida vocación de bien público, y esa naturaleza determina su régimen de aprovechamiento y su destino final.

En segundo lugar, porque no se puede considerar que los usuarios sean sólo consumidores, lo que ofrecería un enfoque muy reduccionista o mercantilista, pues entre los beneficiarios de muchas excepciones figuran usuarios que son entidades gestoras de intereses generales, como pueden ser, bibliotecas o museos.

En tercer lugar, porque el derecho de contratos no está fuera del derecho de autor sino dentro del mismo, y rige el régimen de cesión de derechos de autor y negocios de licencia¹⁰⁶³. Ahora bien, y como veremos en los siguientes apartados, el régimen al que la DDASI somete las excepciones en el entorno en línea se caracteriza por una prevalencia de la autonomía de la voluntad frente a la intervención del legislador para garantizar estas excepciones. Y en este sentido representa un claro retroceso del régimen de excepciones como orden público en materia de derechos de autor¹⁰⁶⁴. Así, se abre una brecha decidida entre el régimen de las excepciones dentro y fuera de línea. De modo que se somete el régimen de las excepciones en Internet a una incoherente desregulación, que coloca dentro del mismo saco a todas las excepciones, con independencia de cual sea el fundamento que legitime cada uso autorizado.

Esta autonomía de la voluntad, que se inserta en el contexto de la contratación seriada y la prevalencia de los contratos de adhesión, como un modo singular de prestar el consentimiento a través de los denominados “click-wrap”¹⁰⁶⁵, se traduce en

¹⁰⁶³ DE WERRA, J.: “Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright...”, *op.cit.*, p. 246.

¹⁰⁶⁴ En este sentido, la implementación de la directiva en algunos ordenamientos como el belga, cuya ley de derechos de autor establecía el carácter imperativo de las excepciones, ha obligado a una reforma específica en el entorno en línea para eliminar en este ámbito dicha imperatividad, vid. CORBET, J.: “La transposition en droit belge de la Directive droit d’auteur dans la Société de l’Information”, *RIDA*, nº 206, 2005, p. 53.

¹⁰⁶⁵ LIDGARD, H.H.: “European perspective on licensing...”, *op.cit.*, p. 444.

un poder unilateral por parte de los titulares de los derechos de autor para conformar el régimen de usos autorizados¹⁰⁶⁶. Y por tanto, el régimen de las excepciones del derecho de autor, lo que parece poco coherente con el fundamento del régimen de excepciones, y excede el ámbito de negociación de la licencia, ya que algunas de esas excepciones se establecen a favor de otros beneficiarios que no participan en la contratación.

En este sentido, consideramos que delegar en el titular del derecho la posibilidad de establecer límites o no a su poder de monopolio, puede suponer *de facto* y por vía contractual la desaparición en el entorno en línea de cualquier uso autorizado. Incluso, de aquellas excepciones que protegen determinados intereses generales, sobre todo en aquellos casos, en que estos contenidos sólo se ofrecen en Internet¹⁰⁶⁷. De este modo, el juego combinado de las medidas tecnológicas de protección y la libertad contractual, supone otorgar a los titulares del derecho de autor un monopolio tecnológico que desdibuja los propios límites del derecho de autor. Como SCHACK afirma, sin vacilaciones, introduce un distorsionante “paracopyright”¹⁰⁶⁸. Así, el derecho de autor queda relegado a un orden privado regulado por los contratos y las medidas tecnológicas¹⁰⁶⁹.

En este sentido, hubiera sido deseable que el régimen de las medidas tecnológicas se hubiese centrado no sólo en el régimen anti-elusión, sino que hubiera abordado un tratamiento más integral de esta cuestión. De modo que se hubiera tomado en consideración también otros aspectos. En primer lugar, la necesidad de establecer un límite temporal a la medida de protección que hiciera compatible el

¹⁰⁶⁶ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, ed. Comares, Granada, 2010, p.104.

¹⁰⁶⁷ CASELLATI, A.M.: “The evolution of article 6.4 of the European Information...”, *op.cit.*, p. 401.

¹⁰⁶⁸ SCHACK, H. : “Anti-circumvention measures and restrictions in licensing...”, *op.cit.*, p. 324.

¹⁰⁶⁹ Contra este nuevo orden privado del derecho de autor se manifiestan NETANEL, N.: “*Copyright and a Democratic...*”, *op.cit.*, p. 283; BENKLER, Y.: “An unhurried view of private ordering...”, *op.cit.*, p. 2063. Y a favor del mismo vid. BELL, T.W.: “Fair use vs. fared use...”, *op.cit.*, p. 558, MERGES, R.: “Contracting into liability rules: intellectual property rights and collective rights organizations”, *California Law Review*, v. 84, 1996, p. 1293.

control tecnológico con el dominio público¹⁰⁷⁰. En segundo lugar, que se hubiera exigido unas determinadas especificaciones técnicas de diseño para favorecer determinadas excepciones, de modo que la medida actuará más como filtro que como barrera, e incluso, pudiera discernir a los usuarios privados de otras categorías como bibliotecas, investigadores o instituciones educativas¹⁰⁷¹. Aspectos que deberían haberse resuelto desde el plano legislativo, sobre todo cuando la DDASI partía de una decidida voluntad armonizadora. Ya que nada puede resultar más desarmonizador que dejar el régimen de las excepciones en Internet a la libre conformación contractual por las partes que “negocian” las licencias de uso.

Y todo ello, sin perjuicio que desde el derecho de consumo, se establezcan ciertas garantías a favor de los usuarios, que limiten el instantaneísmo y carácter estándar de las licencias *click-wrap*. Pues se pone de manifiesto que, quizá, el poder de control tecnológico otorgado a los titulares de derechos de autor puede introducir un segundo desequilibrio contractual en la negociación de los derechos de autor, esta vez, entre el usuario y el titular de los derechos de explotación patrimonial, generalmente un empresario o multinacional. Desde el plano contractual, se ha destacado la necesidad de introducir ciertos correctivos al poder de monopolio de los titulares de derechos de autor. En especial, cuando los contenidos no están disponibles en otras fuentes alternativas a Internet, que ha llegado a considerarse como un supuesto de acceso justo¹⁰⁷². Pero que en nuestro sistema de excepciones tasadas, adquiere pocos visos de legitimidad, más allá de los límites genéricos del derecho subjetivo, buena fe, abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo.

Por último, cabe apuntar que si bien es deseable una cierta evolución de las medidas tecnológicas hacia formas más inteligentes que permitan discriminar tipos

¹⁰⁷⁰ DE WERRA, J.: “Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright...”, *op.cit.*, p. 346; SCHACK, H.: “Anti-circumvention measures and restrictions in licensing contracts as instruments for preventing competition and fair use”, *Journal of Law, Technology & Policy*, 2002, p. 327; VINJE, T.C.: “A brave new world of technical protection systems...”, *op.cit.*, p. 436.

¹⁰⁷¹ DE WERRA, J.: “Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright...”, *op.cit.*, p. 366.

¹⁰⁷² DE WERRA, J.: “Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright...”, *op.cit.*, p. 350 y ss.

de uso y posean una duración limitada en el tiempo, no cabe esperar una mayor prevalencia de la voluntad de los usuarios en la determinación del contenido negocial de las licencias de uso. Y ello, porque la propia evolución tecnológica de Internet se halla ligada a los procesos de estandarización que conforma el propio sistema económico de atribución de bienes en Internet¹⁰⁷³, aplicados también a la contratación electrónica¹⁰⁷⁴, y dado el ahorro de costes que estas formas de negociación articuladas a través de condiciones generales de la contratación comportan¹⁰⁷⁵.

3.2 El régimen jurídico de las excepciones en Internet en el art. 6.4 de la DDASI.

A) Supuestos.

El Considerando 45 de la DDASI comienza estableciendo que: “Las excepciones y limitaciones a que se refieren los apartados 2, 3 y 4, del artículo 5 no deben ser un obstáculo para el establecimiento de relaciones contractuales encaminadas a asegurar una compensación equitativa a los titulares de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor”.

Hasta tal punto la DDASI parte de esa voluntad de hacer prevalecer la voluntad contractual por encima de las excepciones, que refleja esa primacía en el propio régimen jurídico de las medidas tecnológicas de protección. En este sentido, y partiendo del art. 6.4 de la DDASI podemos afirmar que el juego de las excepciones y limitaciones en el entorno en línea se desarrolla en función de dos variables: la

¹⁰⁷³ En este sentido, y como apunta ORDUÑA MORENO, F.: “Derecho de la contratación y condiciones generales I”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 4, 2000, p. 33 en la medida que las condiciones generales constituyen “una fuente de estandarización en materia contractual” que normaliza el contenido negocial en el tráfico patrimonial en masa.

¹⁰⁷⁴ DE WERRA, J.: “Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright...”, *op.cit.*, p. 375.

¹⁰⁷⁵ BENKLER, Y.: “Free as the air to common use: first amendment constraints...”, *op.cit.*, p. 434. Para una aproximación general a las características de la contratación electrónica vid. REYES LÓPEZ, M.J.: “Un paso más en la protección del consumidor: contratación electrónica y conformidad y garantía”, *Noticias de la Unión Europea*, 2002, nº 207, p. 75. Vid. también el interesante trabajo de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: “Contratos electrónicos anulables”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2009, nº 21, p. 23 y ss.

inclusión de una medida tecnológica de protección y el establecimiento de unas condiciones de uso mediante una licencia de uso o contrato. Lo que nos va a permitir distinguir cuatro supuestos.

En primer lugar, estaría el supuesto de aquellos contenidos que se introducen en el entorno en línea sin ninguna medida tecnológica de protección y sin que el titular del derecho haya fijado de forma contractual las condiciones de uso. Se trataría de un supuesto que, a nuestro modo de ver, y en la medida que no incorpora una medida tecnológica de protección, quedaría fuera del ámbito del art. 6.4 de la DDASI, y se englobaría dentro del art. 5.1 de la DDASI. Debería deslindarse si la excepción que se invoca opera en el entorno en línea, y si el derecho aplicable del Estado miembro, cuya jurisdicción es competente, ha incorporado o no la excepción. Dentro de este supuesto estarían todos aquellos contenidos que se ofrecen de modo abierto y libre en Internet.

En segundo lugar, estaría aquellos contenidos que se ofrecen en Internet sujetos a determinadas condiciones de uso, por ejemplo, unos *terms of use*, aunque no sea una licencia remunerada, pero que no incorporan una medida tecnológica de protección. En la medida que estos contenidos quedan fuera del control tecnológico y de las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas, deberíamos llegar a la misma solución que en el caso anterior.

En tercer lugar, estarían aquellos contenidos protegidos por una medida tecnológica, pero que no se han puesto a disposición del público en el entorno en línea en virtud de un contrato. En principio, la DDASI dispone que los titulares de derechos de autor sobre dichos contenidos establecerán, de acuerdo con el art. 6.4 apartados primero y segundo de la DDASI, “medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados”, con el fin de permitir el ejercicio de determinadas excepciones. Sólo si tales medidas voluntarias no se han establecido se faculta a los Estados miembros para tomar “las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d) y e) del apartado 2 del

artículo 5 o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegida”. Y añade el apartado segundo de este artículo que respecto a la copia privada se admite la intervención de los Estados miembros sólo con carácter subsidiario, cuando los propios titulares de derechos no hayan hecho posible el disfrute de la excepción de copia privada. Y además, se precisa que no se podrá “impedir a los titulares de los derechos la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones de conformidad con tales disposiciones”.

Por tanto, en el caso de que los titulares no quieran adoptar estas medidas, se permite que los Estados miembros intervengan garantizando el uso excepcionado, bajo determinados requisitos, proporcionalidad de la medida y acceso legal por parte del usuario a las obras o prestaciones protegidas. Sobre este precepto y la forma en que los Estados miembros deben suplir la voluntad correctora de los titulares de derechos, se ha criticado su falta de concreción¹⁰⁷⁶. Pues no se concretan qué tipos de acuerdos, individuales o colectivos, permitirán el ejercicio de la excepción, ni, en su caso, la forma en que los Estados miembros darán satisfacción a estos usos excepcionados¹⁰⁷⁷, ni el plazo del que se dispone para su cumplimiento voluntario¹⁰⁷⁸.

Con independencia de las fórmulas propuestas por medio de las cuales los Estados miembros puedan garantizar el cumplimiento de la excepción¹⁰⁷⁹ parece que

¹⁰⁷⁶ LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 127; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 103

¹⁰⁷⁷ HUGENHOLTZ, P.B.: “Why the Copyright Directive is Unimportant and Possibly Invalid”, *E.I.P.R.*, 2000, p. 500.

¹⁰⁷⁸ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 271.

¹⁰⁷⁹ Como el establecimiento de una obligación de depósito de copias sin protección tecnológica que permitan el ejercicio de las excepciones, descartada por GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 272 dados sus elevados costes, otras soluciones como la tipificación de medidas tecnológicas abusivas que no respeten las limitaciones legales, vid. LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 128.

se trata, más bien, de una obligación jurídica de “facilitar los cauces para obligar jurídicamente a los titulares a hacer posible el juego de las excepciones”¹⁰⁸⁰ y de reconocer a los particulares el ejercicio de su pretensión ante los tribunales, de forma individual o, incluso, mediante la acción colectiva¹⁰⁸¹. No obstante, cabe destacar que en la medida que el mandato de la DDASI atribuye a los Estados miembros una cierta posición de garantes, no una mera función de promoción¹⁰⁸². En este sentido, cabe destacar la oportunidad que la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el TRLPI y la LEC ha perdido de atribuir de forma expresa estas funciones a la Comisión de Propiedad Intelectual, y como contenido específico de sus funciones de mediación y arbitraje.

En cuarto lugar, tendríamos el supuesto que se describe en el art. 6.4 de la DDASI, es decir, aquellas “obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que

En este sentido, cabe destacar que el art. L. 331-8 del Code de propriété intellectuelle atribuye a la “Autorité de régulation des mesures techniques” la función de velar para que las medidas tecnológicas de protección no impidan el ejercicio de la copia privada a sus beneficiarios, vid al respecto DESURMONT, T.: “La transposition en France de la Directive 2001/29/CE sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la Société de l’Information”, *RIDA*, nº 201, 2006, p. 159 y ss. En Alemania en la transposición de la directiva se ha optado, en cambio, por establecer un régimen administrativo de multas para el caso de que el titular de los derechos no adopten las medidas voluntarias previstas en el art. 6 de la DDASI respecto a las excepciones privilegiadas, multas que pueden alcanzar una cuantía significativa. Además en la ley alemana se establece una acción colectiva a determinadas asociaciones y respecto a quienes establecen medidas tecnológicas de protección se impone un deber de información, en cuanto a facilitar al nombre de la sociedad y una dirección de contacto para que los beneficiarios de la facultad prevista en el art. 95 b) 2) de la LDA puedan hacerla valer, vid. al respecto VON LEWINSKI, S.: “The implementation of the Information Society Directive into German Law”, *RIDA*, nº 202, 2004, p. 37 y ss. En otros países, como Holanda, se ha optado por establecer una obligación por vía de orden gubernamental en defecto de medidas voluntarias adoptadas por los titulares de derechos, vid. al respecto HUGENHOLTZ, P. B.: “The implementation of Directive 2001/29/EC in the Netherlands”, *op.cit.*, p. 141. En Reino Unido se han previsto recursos de acción colectiva, vid. SEVILLE, C.: “The United Kingdom’s implementation...”, *op.cit.*, p. 211. También se han implementado fórmulas que autorizan a saltarse la medida al beneficiario que ha accedido de forma lícita, en un determinado plazo de tiempo tras la decisión del tribunal de licencias, SCHØNNING, P.: “Implementation of the directive on copyright in the Information Society: Denmark”, *RIDA*, nº 202, 2004, p. 95.

¹⁰⁸⁰ LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 128.

¹⁰⁸¹ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p.273.

¹⁰⁸² En contra, GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 272.

ella misma haya elegido”. Para que se aplique este supuesto, es necesario que se den tres condiciones. Primera, se trata de actos explotación *online*, caracterizados por la nota de interactividad, lo que se presupone en un entorno en línea¹⁰⁸³. Segunda, como GONZALEZ DE ALAIZA apunta, su aplicación se limita a los supuestos en que se hayan utilizado medidas tecnológicas de protección¹⁰⁸⁴. Y tercera, respecto a qué deba entenderse por contrato, debe darse una interpretación restrictiva, pues este término equivale en el art. 6.4 a una “forma contractualizada de acceso”, como serán las licencias en línea.

Como vemos, con esta regulación la DDASI, respecto a la explotación de contenidos protegidos en línea, otorga a los titulares de derechos sobre ellos el poder de impedir el acceso tecnológico de modo absoluto. Incluso, permite que éstos puedan evitar determinados usos o excepciones admitidos por la propia DDASI, siempre que esa “renuncia” por parte de los usuarios a la excepción haya sido aceptada por éstos en virtud del contrato de acceso. Con ello, la DDASI elimina del entorno en línea el carácter imperativo de las excepciones, al hacer prevalecer en este entorno el Derecho de contratos, e instaura un modelo de pago por uso o “pay per use”¹⁰⁸⁵, que supone de hecho una indeseable desarticulación en este entorno del régimen legal de las excepciones.

En la medida que crezca la explotación en línea, con cada vez más contenidos sólo disponibles en este entorno, se abrirá una mayor brecha entre los límites de la explotación fuera y dentro de línea. Este vacío normativo al que caerá el sistema de excepciones al derecho de autor en la red, no sólo pondrá en peligro usos individuales, amparados en excepciones legales, sino la propia pervivencia de estos contenidos, una vez, la pérdida de rentabilidad desaconseje su permanencia en la

¹⁰⁸³ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 279. Para este autor quedarían eliminados de este supuesto el pago por visión, el *webcasting* y el vídeo casi a la carta.

¹⁰⁸⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 277; CARBAJO CASCÓN, F.: “Reproducción y copia privada en el entorno digital”, *op.cit.*, p. 62.

¹⁰⁸⁵ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p. 573; GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 276.

red¹⁰⁸⁶. Se impone una reforma en materia de límites, quizá una segunda parte de la DDASI, que contemple Internet con la complejidad que hoy posee, y que articule cauces efectivos de satisfacción de las excepciones basadas también en la necesidad de satisfacer intereses generales en el disfrute legal de estos bienes en la red.

B) El régimen especial de las excepciones privilegiadas en el entorno en línea.

Como hemos visto, en aquellos casos en que los contenidos protegidos por medidas tecnológicas se explotan en línea, pero no por medio de licencias de uso, la DDASI dispone que el titular de los derechos establezca unas medidas voluntarias para permitir el ejercicio de determinadas excepciones, y atribuye al Estado miembro una función subsidiaria de garante. En este sentido, se garantizan respecto a la derecho de reproducción todas las excepciones previstas en el art. 5.2 de la DDASI. En concreto, las reproducciones en soporte papel [art. 5.2 a)], la reproducción en cualquier soporte para uso privado [art. 5.2 b)], respecto a actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centro de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos contemplados [art. 5.2 c)], determinadas grabaciones audiovisuales efímeras de obras realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios [art. 5.2 d)], y reproducciones de radiodifusión por instituciones sociales [art. 5.2 e)].

En cuanto a las excepciones previstas en el art. 5.3 de la DDASI, tanto respecto a los derechos de reproducción y puesta a disposición del público, los supuestos de excepciones con régimen privilegiado en la art. 6.4 de la DDASI son sólo tres. En primer lugar, respecto a la ilustración con fines educativos o de investigación científica [art. 5.3 a)]. En segundo lugar, respecto a la excepción establecida a favor de personas con minusvalías [art. 5.3 b)]. Y en tercer lugar, respecto a fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales [art. 5.3 e)].

¹⁰⁸⁶ FERNÁNDEZ-MOLINA, J.C. y CHAVES GUIMARAES, J.A.: “Las nuevas leyes de derecho de autor: ¿adecuadas para la preservación digital?”, *Information research*, v. 2, nº 4, octubre, 2007, paper 322, p.6 y ss. Disponible en <http://InformationR.net/ir/12-4/paper322.html>

En cuanto a la excepción prevista en el art. 5.2 b), en relación a la excepción de copia para uso privado, se rebaja la intensidad del mandato dirigido a los Estados miembros, por cuanto éstos no tienen la obligación de establecer las medidas necesarias para que el titular del derecho facilite al beneficiario el ejercicio de la excepción. Serán los propios Estados miembros quienes determinen si establecen estas medidas o no.

Por último, y por lo que respecta, a la determinación de las excepciones privilegiadas coincido con MARIN LÓPEZ, en que dicha discriminación del tipo de excepción que se quería garantizar ha sido una decisión de política legislativa, que ha partido de una cierta valoración de los intereses concurrentes¹⁰⁸⁷.

4. Principales excepciones en el entorno en línea.

4.1 Consideraciones generales.

Como hemos indicado al abordar la clasificación de las excepciones, podemos establecer una distinción basada en su aplicación al entorno en línea. Lo que nos ha llevado a distinguir entre excepciones específicas de dicho entorno, aplicables a él y otro grupo de excepciones que sólo poseen sentido fuera de línea. Respecto a las primeras, fueron tratadas en la parte dedicada al contenido de la explotación *online*, al abordar el derecho de reproducción. Corresponde ahora centrarnos en la segunda categoría, es decir, aquellas excepciones a las que se refiere el art. 5 de la DDASI y que pueden ser aplicadas en el entorno en línea.

Como indicamos, las excepciones que consideramos aplicables en este nuevo entorno es la establecida en el art. 5 de la DDASI, en el apartado 2 letras b). Así como las reconocidas en el apartado 3 de este precepto, letras a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k), l), m).

Por su claro impacto en Internet, destacamos la excepción de copia para uso privado [art. 5.2 b)]. Así como dado su carácter genérico, la excepción de ilustración

¹⁰⁸⁷ MARÍN LÓPEZ, J.J.: “La copia privada frente a las medidas tecnológicas...”, *op.cit.*, p.45.

con fines educativos o investigación científica [art.5. 3 a)], el uso en beneficio de personas con minusvalía [art. 5.3 b)], respecto a los artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa [art.5. 3 c)], a las citas con fines de crítica o reseña [art. 5.3 d)], inclusión incidental en otro material [art. 5.3 i)], cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche [art. 5.3 k)], y cuando se use en relación con la demostración o reparación de equipos [art. 5.3 l)].

De todas estas excepciones, sólo tienen la consideración de excepciones privilegiadas frente a las medidas tecnológicas de protección, a los efectos del art. 6.4 de la DDASI, la excepción de ilustración con fines educativos o investigación científica [art. 5.3 a)], y el uso en beneficio de personas con minusvalía [art. 5.3 b)]. Como ya hemos tenido oportunidad de indicar la opción por unas excepciones u otras dentro del listado del art. 5 de la DDASI, no responde a una justificación determinada, sino más bien a razones de oportunidad política. No podemos considerar, así, que se haya privilegiado a las excepciones basadas en la protección de intereses públicos, puesto que la excepción en relación a la difusión de los artículos de prensa, o las excepciones de cita o parodia, encuentran su razón de ser en la protección de bienes públicos, que el legislador europeo no ha considerado lo suficientemente valioso, lo que a nuestro juicio es desacertado, como para imprimir sobre ellas una protección especial frente a las medidas tecnológicas de protección.

4.2 En especial, sobre la copia para uso privado.

A) Sobre su dudosa existencia en el entorno en línea.

La excepción de copia para uso privado se plantea en el entorno en línea como una de las excepciones más importantes, pero también más polémicas¹⁰⁸⁸. Para entender el sentido de este debate doctrinal debemos partir de la diferencia entre la copia analógica y digital. De acuerdo con GONZALEZ DE ALAIZA “las dos variables que las distancian” son la posibilidad de control y de interferir en la explotación normal de la obra, ya que la tecnología digital permite, como vimos en la

¹⁰⁸⁸ LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 169.

parte introductoria, obtener de modo fácil y rápido, sin excesivos costes, copias idénticas al original¹⁰⁸⁹.

En este sentido, podemos decir que la copia adquiere una significación especial en el entorno digital. Las medidas tecnológicas permiten consolidar la idea de control efectivo, ligada a la propia evolución de la tecnología y formas cada vez más masivas de obtención de copias por procedimientos mecánicos¹⁰⁹⁰. Como el propio Considerando 38 de la DDASI reconoce: “La copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico. Por consiguiente, deben tenerse debidamente en cuenta las diferencias entre la copia privada digital y la analógica, y debe establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos”.

No obstante, la distinción entre uno y otro tipo de copias no resulta tan sencilla, puesto que se han invocado diferentes criterios para determinar la digitalidad de la copia obtenida. En este sentido, se pueden adoptar dos criterios, el carácter digital del soporte de origen o de destino. En la medida que el art. 5.2 b) se refiere a “reproducciones en cualquier soporte”, parece que se asume como criterio determinante el carácter digital del soporte de destino¹⁰⁹¹. Lo que resulta coherente con la digitalización y las características digitales que la copia adquiere como consecuencia de este proceso.

En contra de la supervivencia de la excepción de copia privada en el entorno en línea, se ha argumentado la ausencia de fundamento que la excepción adquiere en

¹⁰⁸⁹ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 213 y ss; LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 175 y ss.

¹⁰⁹⁰ Vid. LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 175 para quien: “ese argumento de la ausencia de perjuicio empieza a cuestionarse con la aparición de los primeros avances técnicos de reproducción reprográfica y mecánica (fotocopiadoras, reproductores y grabadores de vídeo y audio), que empezarán a favorecer la realización masiva de copias por los particulares a través de las cintas de vídeo o casete. Esto obligó a una adaptación de la propiedad intelectual al fenómeno de la copia privada. Estas copias reprográficas y mecánicas, a pesar de su inferior calidad respecto al original, sí que afectaban considerablemente a la explotación normal de la obra o prestación y a los intereses legítimos de los titulares de derechos (ya no era posible invocar el *ius usus innocui*). Comienza, entonces, a fundamentarse el límite en la imposibilidad de control de este tipo de copias”.

¹⁰⁹¹ En este sentido, y como GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 214 apunta “una foto sobre el papel sería copia analógica y digital si atendemos a la copia, y lo mismo sucede con el *sampling*”.

este medio. En primer lugar, porque se sostiene que determinadas imperfecciones de mercado o excesivos costes de transacción, se hallan poco presentes en Internet. En segundo lugar, porque la propia posibilidad de control tecnológico otorga al titular de los derechos la posibilidad de prohibir cualquier copia de la obra de un modo efectivo.

Aunque también se argumenta a su favor que esta excepción se basa en el nuevo entorno tecnológico en los conceptos de privacidad y protección de la intimidad, así como la imposibilidad de verificar en este ámbito si el usuario cumple las condiciones de la licencia¹⁰⁹². E incluso, como un mero uso que no constituye un acto de explotación¹⁰⁹³, que escaparía al monopolio de explotación patrimonial del autor¹⁰⁹⁴, y en este sentido, no podría ser considerado “como un modo *competitivo* en la explotación normal de la obra”¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹² GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 65.

¹⁰⁹³ En este sentido, y como SANCHEZ ARISTI, R.: “La copia privada digital”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, nº 14, 2003, p.11 y ss. apunta: “Se trata pues de la copia hecha en el ámbito doméstico para cubrir algunas utilidades no comerciales, tales como el *time-shifting* (el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación en un día y hora determinados, la graba en un soporte virgen para poder disfrutarla en un momento posterior), el *space-shifting* (el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación en un espacio determinado, la graba para poder disfrutarla en otro lugar), el *device-shifting* (el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación en un formato determinado, la graba en otro formato para poder emplearlo en un equipo diferente), o el *sampling* (el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación la graba a modo de muestra que ofrecer a alguna persona de su entorno privado)”.

¹⁰⁹⁴ Vid. XALABARDER PLANTADA, R.: Intervención en «La copia privada digital. Mesa redonda», *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?*, *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 1, 2005, p.36. En este sentido SANCHEZ ARISTI, R.: “La copia privada digital”, *op.cit.*, p.17 señala como las medidas tecnológicas de protección han permitido que se llegue a controlar no al explotador, sino al usuario o consumidor final. No obstante, a nuestro juicio, el concepto de uso debe ser valorado con atención, tal y como advertimos en el preámbulo de la tercera parte, y en especial, conectado a todas las posibilidades de explotación de la obra.

¹⁰⁹⁵ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 66 y 70, pues para este autor la excepción de copia privada digital “no afecta a la explotación normal de la obra porque, cuando no hay licencia en línea y medida tecnológica asociada, el titular no tiene una expectativa razonables de obtener un beneficio por las reproducciones que se hacen en el ámbito privado o doméstico”, pues razona este autor “no estamos ante una copia sustitutiva de otra que se pueda adquirir en el mercado, sino ante una copia redundante de otra ya adquirida en dicho mercado”. Aunque admite ciertas salvedades como cuando hay una medida anticopia y licencia en línea, y en los casos de programas de ordenador y bases de datos electrónicas.

Con anterioridad a la DDASI, existió un posicionamiento previo europeo en cuanto a la pervivencia de la copia para uso privado en el nuevo entorno digital. En este sentido, el Libro Verde sobre derechos de autor de 1995, advertía la posibilidad de control tecnológico que ofrecían las copias digitales, como posible nota distintiva a la hora de ofrecer un tratamiento adecuado a la copia para uso privado en el ámbito digital. Además, la Directiva 96/91/CE, de 11 de marzo, sobre protección jurídica de las bases de datos y la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre protección jurídica de los programas de ordenador ya habían decidido la exclusión en sus respectivos ámbitos de la excepción de copia privada. De este modo, el legislador europeo tenía dos opciones: a) mantener el límite en el nuevo entorno en línea, o b) aplicar el régimen propio de las bases de datos electrónicas y los programas de ordenador y prohibir la excepción de copia privada de modo absoluto en el ámbito digital.

La referencia como límite expreso en el art. 5.2 b) de la DDASI revela la opción clara de la DDASI por mantener la excepción en el ámbito digital. Ahora bien, con algunas precisiones importantes. Como la doctrina ha destacado la clave para entender el juego de esta excepción en el nuevo entorno tecnológico se halla en las medidas tecnológicas de protección¹⁰⁹⁶. Aunque debemos precisar, que no bastará con la introducción de una medida de control de acceso, para entender limitada la posibilidad de la copia para uso privado. Esta posibilidad del usuario sólo desaparecerá cuando la obra o prestación se haya protegido con una medida tecnológica anti-copia que prohíba cualquier copia, aunque subsistirá cuando la

¹⁰⁹⁶ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 213 y ss; LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 169; SANCHEZ ARISTI, R.: “La copia privada digital”, *op.cit.*, p.16. Este autor, incluso, llega a afirmar que la medida tecnológica de protección altera el propio objeto jurídico protegido, por cuanto en este caso se comercializa un soporte material. Este autor invoca la Directiva 98/84/CE sobre protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basado en este acceso, en la medida que entiende que lo condicionado no es el acceso a una obra o prestación protegida, sino el acceso a un servicio de radiodifusión. Posicionamiento que no compartimos, al entender que la medida tecnológica actúa en palabras de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 105, como un “escudo”, que en cierto sentido invisibiliza la obra o prestación protegida pero no la hace desaparecer, y mucho menos como objeto de protección. Ya que en Internet son protegidos por el Derecho de autor obras o prestaciones que reúnen las condiciones para gozar de esta protección, y no el servicio de transmisión en el que se enmarca su disfrute.

medida sólo restrinja el número de copias admisibles. No obstante, cuando sólo se haya protegido el acceso, es posible que la excepción de copia para uso privado se haya eliminado de acuerdo con las condiciones de la licencia de uso.

Por tanto, la DDASI opta por privilegiar el régimen de las medidas tecnológicas de protección y la autonomía de la voluntad en el entorno en línea frente a la excepción de copia para uso privado¹⁰⁹⁷. De modo que no se permite ni siquiera al usuario legítimo saltarse la medida, para obtener una reproducción para uso privado. Pues en este caso, deberá responder por una infracción al derecho de autor de acuerdo con el régimen jurídico que para estas medidas establezca el derecho nacional. Así, se manifiesta el art. 6.4 de la DDASI, y queda también corroborado por el Considerando 53 al establecer: “La protección de las medidas tecnológicas debe garantizar un entorno seguro para la prestación de servicios interactivos a la carta, de forma que el público pueda tener acceso a las obras u otras prestaciones desde el lugar y en el momento que prefiera. Cuando dichos servicios estén regulados por acuerdos contractuales, no deben aplicarse los párrafos primero y segundo del apartado 4 del artículo 6. Las formas no interactivas de servicios en línea deben seguir sometidas a dichas disposiciones”.

En este sentido, a nuestro modo de ver, el juego de la excepción en el entorno digital (fuera de línea) queda delimitado por las medidas tecnológicas, mientras que en el entorno en línea resulta determinante, como hemos visto, el juego combinado de las medidas tecnológicas de protección y las licencias de uso. En este sentido, la supervivencia de la copia para uso privado se limita en Internet, a aquellos supuestos que no se haya restringido al usuario esta posibilidad de forma tecnológica o contractual en la licencia de uso. Sólo en el primer caso, podrá intervenir el Estado miembro para garantizar la excepción por copia privada, pero como hemos visto, sólo cuando los titulares de derechos no hayan autorizado de forma voluntaria la

¹⁰⁹⁷ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 106. Para este autor se pretende con ello “reforzar en el entorno de Internet el modelo de pago por uso que ya existía en el Derecho comunitario para los programas de ordenador y las bases de datos electrónicas”, si bien con un enfoque más amplio que el establecido en el art. 5 de la Directiva sobre programas de ordenador y el art. 15 de la directiva sobre bases de datos.

copia (art. 6.4 apartado segundo de la DDASI) y sólo “en la medida necesaria para el disfrute de la excepción o limitación”. Pero sin que se otorgue al usuario una suerte de autotutela respecto a la excepción de copia privada, pues corresponde al Estado “tomar medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al usuario la excepción de copia privada”¹⁰⁹⁸.

En los demás casos, esto es, respecto al resto contenidos protegidos que se colocan en Internet para su disfrute interactivo, sin protección tecnológica anticopia, o sin condiciones que restrinjan la copia en la licencia de uso, debería entenderse, que existe una licencia implícita que autoriza la copia privada¹⁰⁹⁹. Aunque la consideración de la compensación equitativa como elemento de configuración normativa, otorgaría a sus titulares el derecho a obtener una compensación equitativa, al menos, en aquellos derechos nacionales que reconocen la excepción.

B) Elementos configuradores de la copia para uso privado en el art. 5.2 b) de la DDASI.

a) El concepto de reproducción en cualquier soporte.

La reproducción contemplada en el art. 5.2 b) de la DDASI, de acuerdo con su propio tenor literal, puede ser “en cualquier soporte”, es decir, tanto en soporte analógico como digital. Siempre que no se trate de una “reproducción sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares”, en cuyo caso estaríamos en la excepción prevista en el art. 5.2 b) de la DDASI.

La copia digital se enmarca en el supuesto previsto en el art. 5.2 b) de la DDASI, que contempla supuestos tanto de copia analógica como digital. En el caso de la copia digital, como hemos visto, el soporte de origen puede ser analógico o

¹⁰⁹⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 108.

¹⁰⁹⁹ LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 181; SANCHEZ ARISTI, R.: “La copia privada digital”, *op.cit.*, p.20.

digital. Pues para que estemos ante una reproducción digital, resulta determinante que la técnica digital se incorpore en el proceso de su obtención.

Y dentro de las copias digitales, debe distinguirse a su vez entre copias en soporte material o inmaterial, quedando ambas cubiertas por la excepción contemplada en el art. 5.2 b) de la DDASI. Así, en las formas de disfrute de contenidos en línea la copia digital queda desmaterializada, siendo una forma de fijación magnética que tienen lugar en los servidores y que permiten la transmisión en línea de contenidos protegidos, o que se almacena en una unidad de almacenamiento, como puede ser el disco duro del ordenador del usuario.

b) Beneficiario de la excepción.

El art. 5.2 b) de la DDASI admite las reproducciones efectuadas por una persona física, lo que nos lleva a plantear algunas cuestiones previas. En primer lugar, determinar si el beneficiario de la excepción debe ser el autor material de la copia o no. La propia dicción del precepto parece estar aludiendo a una “realización material” por parte de quien se va a beneficiar de la excepción¹¹⁰⁰. Este argumento adquiere su plena razón de ser en Internet, ya que el usuario dispone de la tecnología para efectuar de modo sencillo una copia digital de los contenidos protegidos puestos a disposición *online*. Precisamente una de las características de la tecnología digital es la facilidad de reproducción que ofrece. Sólo en los casos que estos contenidos se hayan protegido mediante medidas tecnológicas, podrá pensarse en una cierta intervención especializada de un tercero, que obviamente, queda al margen de la excepción.

La necesaria realización de la copia por parte del beneficiario, excluiría, en principio, siempre que el derecho nacional no lo contemple expresamente, las copias hechas en nombre de otro o por encargo. Aunque debe llegarse a una interpretación integradora con el propio uso privado autorizado, de modo que cabría su realización

¹¹⁰⁰ No obstante GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 228 admite la excepción aunque no exista identidad entre el usuario de la copia, el ejecutor material de la copia y el propietario de los medios de reproducción.

material por parte de algunos de los sujetos que integran el ámbito privado del beneficiario¹¹⁰¹.

En segundo lugar, en la medida que la DDASI configura al beneficiario de la excepción como una persona física, niega su atribución tanto a las personas jurídicas, públicas o privadas, como a aquellos entes que no poseen personalidad jurídica¹¹⁰². Así, tampoco podrán ser beneficiarias de la excepción las Administraciones Públicas, tanto territoriales como instrumentales. Hasta tal punto este criterio es importante que ha determinado en la jurisprudencia del TJUE la exención de la excepción en aquellos supuestos en que la utilización no se realizaba por una persona física¹¹⁰³, llevando a una modificación en el régimen español de la compensación equitativa por copia privada, a partir del caso PADAWAN, y manteniendo este criterio en su jurisprudencia reciente.

c) Carácter privado y no comercial del uso excepcionado.

En el ámbito de la excepción la copia sólo se autoriza para “uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales”. En primer lugar, y respecto a lo que debe entenderse por “uso privado” la doctrina entiende que dicho uso debe ir más

¹¹⁰¹ A favor de su admisión con carácter general se manifiesta GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 226, invocando la eliminación en el texto de la DDASI del “uso estrictamente personal”. De un modo menos rotundo se manifiesta MARÍN LÓPEZ, J.J.: “La copia privada frente a las medidas tecnológicas...”, *op.cit.*, p. 20 para quien: “Parece que la intención del Consejo fue admitir también bajo la cobertura de la excepción la reproducción realizada por un tercero. Pero lo cierto es que esa intención no ha quedado plasmada con seguridad en ningún lugar de la Directiva. En todo caso, las alternativas son únicamente dos: o se prohíbe la copia por encargo, como se ha hecho en Italia, o se permite sometida al requisito de que quien copia por encargo lo haga gratuitamente, como se ha decidido en Alemania”.

¹¹⁰² MARÍN LÓPEZ, J.J.: “La copia privada frente a las medidas tecnológicas...”, *op.cit.*, p.19 señala entre estos “la comunidad de bienes o la propiedad horizontal, o una sociedad civil carente del requisito de publicidad a que se refiere el artículo 1.669 CC, o una sociedad anónima o limitada, o una cooperativa, no inscrita en el Registro Mercantil o en el de Cooperativas, respectivamente (cfr. arts. 7.1 LSA, 11.1 LSRL y 7 de la Ley estatal de Cooperativas de 1999)”.

¹¹⁰³ Vid. STJUE de 5 de marzo de 2015, Sala Cuarta, *Copydan Båndkopi y Nokia Danmark A/S*, C-463/2012, *LA LEY 9737/2012*, fundamentos 50 y 51.

allá de lo personal, y llegar a abarcar amistades y familia¹¹⁰⁴. En definitiva, se trataría de incluir en la excepción el ámbito doméstico, que constituye el enclave de privacidad del individuo, donde se pueden desarrollar usos privados de los contenidos protegidos. Quedan, por tanto, fuera las copias efectuadas para un uso público y colectivo¹¹⁰⁵. En este sentido, no podrían quedar dentro de la excepción las copias generadas en las redes *peer-to-peer*, para ser compartidas con otros usuarios. Puesto que, como vimos al calificar los actos de *uploading* que se generan en estas redes, constituyen actos de explotación patrimonial, en la medida que permiten un disfrute público de los mismos dirigido hacia todos los usuarios potenciales de dichas redes de intercambio.

En segundo lugar, se exige que la reproducción se realice “sin fines directa o indirectamente comerciales”. Al haberse eliminado en el proceso de tramitación de la directiva la expresión “sin fines lucrativos”, algunos autores han sostenido una cierta ampliación del ámbito de la excepción, pues parece que el ámbito comercial es un entorno más específico que el meramente lucrativo. Y así, se ha llegado a admitir, con ciertos límites, la obtención de copias privadas mediante precio¹¹⁰⁶.

A nuestro modo de ver, esta interpretación pierde fuelle en el entorno digital, donde sería difícilmente admisible copias realizadas por un tercero más allá de un ámbito privado. No obstante cabe apuntar, que la copia privada puede poseer, si no un fin lucrativo para el usuario que realiza la copia, sí, al menos, una significación lucrativa para el explotador, ya que normalmente habrá sido objeto de negociación en la licencia de uso, y en el caso de que se haya colocado un dispositivo anti-copia, habrá condicionado también, como coste adicional, el precio del contenido protegido. En cualquier caso, parece que la justificación de este requisito no lucrativo

¹¹⁰⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 228; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet...*, *op.cit.*, p.471 y ss; PÉREZ DE ONTIVEROS, C.: “Comentario al art. 31”, *op.cit.*, p. 602.

¹¹⁰⁵ MARÍN LÓPEZ, J.J.: “La copia privada frente a las medidas tecnológicas...”, *op.cit.*, p.21; PÉREZ DE ONTIVEROS, C.: “Comentario al art. 31”, *ult.cit.*

¹¹⁰⁶ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 229.

de la reproducción sería evitar “el nacimiento de un mercado paralelo a la obra o prestación original”¹¹⁰⁷, y dado que en Internet la posibilidad de desarrollo de ese mercado secundario es muy elevada, por lo que debería realizarse una interpretación estricta al concepto “fines directa o indirectamente comerciales”. Así, quedarían excluidos del ámbito de la excepción aquellos supuestos en que no se obtuviera una remuneración por la copia, pero sí algún tipo de ventaja patrimonial que sustentara algún modelo de negocio.

d) Cantidad y calidad de la copia.

Como hemos visto el art. 6.4 de la DDASI establece que los titulares de derechos pueden adoptar medidas tecnológicas “adecuadas respecto del número de reproducciones”. En este sentido, se otorga a los titulares de derechos un control absoluto sobre el número de reproducciones admisibles bajo la excepción de copia para uso privado, que debe ser respetado por los Estados miembros al incorporar la directiva¹¹⁰⁸. De modo que la excepción se entiende cumplida, y queda bloqueada la acción del Estado¹¹⁰⁹, cuando los titulares de derechos permitan, al menos, una única reproducción.

De la lectura de este precepto resulta que el número de copias que pueden obtenerse en virtud de la excepción de copia privada, sería en principio ilimitado, salvo que se haya restringido mediante una medida tecnológica, o bien, cuando este extremo haya sido objeto de negociación en la licencia de uso. No obstante, habrá que estar a las determinaciones del legislador interno dentro de los límites del art. 6.4, en cuanto al número de copias admisibles. Y en cualquier caso, cabría un interpretación restrictiva, por la aplicación de la regla de los tres pasos.

¹¹⁰⁷ MARÍN LÓPEZ, J.J.: “La copia privada frente a las medidas tecnológicas...”, *op.cit.*, p. 22.

¹¹⁰⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 109. Este autor se manifiesta rotundamente sobre este límite a la capacidad legislativa de los Estados miembros: “El tenor de la Directiva se refiere muy claramente a que no se puede *expropiar* a los titulares la facultad que tienen de controlar su propiedad intelectual, fijando ellos mismos el número máximo de reproducciones que quieren autorizar en concepto de copia privada cuando un Estado miembro decide *garantizar* esta excepción en su legislación nacional”.

¹¹⁰⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 108.

A diferencia de lo que ocurre con el número de copias, la DDASI no se pronuncia sobre la calidad. Algunas medidas de protección permiten la realización de copias degradadas, que poseen una calidad inferior al original en formato digital. A nuestro juicio, esta copia será admisible siempre que permita el ejercicio normal de la excepción¹¹¹⁰, y no se traspase la frontera de lo digital¹¹¹¹.

e) Compensación equitativa.

La compensación equitativa es un elemento configurador de la copia privada en la DDASI, y condiciona el régimen jurídico de esta excepción en los derechos nacionales. De este modo, los Estados miembros que decidan incorporar esta excepción a sus ordenamientos internos, deberán prever y regular dicha compensación equitativa. Pero como el TJUE ha reconocido en la sentencia de 21 de octubre de 2010, caso PADAWAN, el concepto de compensación económica es “un concepto autónomo del Derecho de la Unión y debe interpretarse de forma uniforme”¹¹¹². Aunque el art. 5.2 b) de la DDASI se limita a prever su existencia, pero no a regular su régimen¹¹¹³, encontramos algo más de luz en los Considerandos 36 y 39, criterios unificadores que han sido invocados ampliamente en la jurisprudencia del TJUE.

El Considerando 36 establece que: “En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las

¹¹¹⁰GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 110.

¹¹¹¹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *ult.cit.*, en sentido contrario parece manifestarse al entender cumplida la excepción incluso cuando sólo se permitiera una copia analógica

¹¹¹² STJUE de 21 de octubre de 2010, Sala Tercera, PADAWAN, S.L. y SGAE, EGEDA AIE, AGEDI y CEDRO, C-467/2008, LA LEY 165620/2010, vid. fundamento 33.

¹¹¹³ En este sentido y como apunta GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Comentario al art. 25” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 458 no se determinan cuestiones claves en la práctica como “quienes deben ser los respectivos acreedores o deudores de la misma, qué soportes o aparatos deben soportarla, etc.”.

circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos. Cuando los titulares de los derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado. El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva. Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago”.

Y el Considerando 39 añade: “Al aplicar la excepción o limitación relativa a la copia privada, los Estados miembros deben tener en cuenta el desarrollo económico y tecnológico, en particular, en lo relativo a la copia digital privada y a los sistemas de retribución, siempre que existan medidas tecnológicas de protección eficaces. Dichas excepciones o limitaciones no deben impedir ni el uso de medidas tecnológicas ni su aplicación en caso de elusión”.

La DDASI establece, como vemos, una serie de criterios en cuanto a la aplicación de la compensación equitativa a la copia para uso privado que pueden sistematizarse del siguiente modo. En primer lugar, aunque la DDASI no establece la forma, modalidades y la posible cuantía de dicha compensación, determina que deberá tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. La sujeción al caso concreto preserva el vínculo entre la aplicación del canon y el uso efectivo con fines de reproducción privada¹¹¹⁴, y debe ser tenido en cuenta por los Estados miembros a la hora de regular la compensación equitativa¹¹¹⁵.

¹¹¹⁴ STJUE de 11 de julio de 2013, Sala Segunda, *Amazon.com International Sales Inc., Amazon EU Sàrl, Amazon.de GmbH, Amazon.com GmbH, en liquidación, Amazon Logistik GmbH y Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH*, C-521/2011, *LA LEY* 97631/2013, vid. fundamento 33.

¹¹¹⁵ Se debería tener en cuenta “datos objetivos del mercado” como apunta GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Comentario al art. 25”, *op.cit.*, p. 460, también las propias condiciones técnicas de la reproducción, en especial, y como sostiene este autor “la distinción entre soportes grabables una única vez (CD-R o DVD-R) regrabables (CD-RW o DVD-RW)”, así como “los formatos de compresión del audio y vídeo”, aunque también, a nuestro modo de ver, esta sujeción al

En este sentido en el fallo de la STJUE de 21 de octubre de 2010, caso PADAWAN, se establece que: “El artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que es necesaria una vinculación entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de éstos para realizar reproducciones privadas. En consecuencia, la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulta conforme con la Directiva 2001/29”¹¹¹⁶.

En segundo lugar, deberá tenerse en cuenta también “el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de derechos”. Esta exigencia, de alguna manera, es coherente con el carácter compensatorio o resarcitorio del canon, que surge precisamente ante la imposibilidad de identificar a todos los usuarios que se benefician de la excepción¹¹¹⁷. En cuanto a si se exige que el daño sea efectivo, mientras para unos autores bastaría con la idea de “daño hipotético o razonable”¹¹¹⁸, otros como KEREVER prefieren defender la exigencia de un “perjuicio efectivo”¹¹¹⁹. A nuestro modo de ver, consideramos que resulta aplicable la idea de perjuicio efectivo, en la medida que pueda establecerse una relación de causalidad con el hecho generador de la compensación.

Por ello establece la DDASI que “cuando los titulares de los derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por

caso concreto excluiría supuestos de aplicación discriminada que no tienen en cuenta el supuesto de hecho de aplicación de la excepción.

¹¹¹⁶ STJUE de 21 de octubre de 2010, Sala Tercera, PADAWAN, S.L. y SGAE, EGEDA AIE, AGEDI y CEDRO, C-467/2008, LA LEY 165620/2010.

¹¹¹⁷ STJUE de 21 de octubre de 2010, Sala Tercera, PADAWAN, S.L. y SGAE, EGEDA AIE, AGEDI y CEDRO, C-467/2008, LA LEY 165620/2010, vid. fundamento 46.

¹¹¹⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Comentario al art. 25”, *op.cit.*, p. 460.

¹¹¹⁹ KEREVER, A.: “La directive européenne d’harmonisation...”, *op.cit.*, p. 13.

separado”. Y además prevé un supuesto de exención en “determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular haya sido mínimo”.

En cuarto lugar, se declara la plena compatibilidad de esta excepción con las medidas tecnológicas de protección, de forma que éstas no deben impedir ni su utilización ni la aplicación de su régimen jurídico de protección en caso de elusión¹¹²⁰.

Y en quinto lugar, la colocación de una medida tecnológica de protección constituye un criterio de graduación del importe de la compensación. Respecto a los criterios de graduación del canon se ha valorado también por el TJUE el carácter principal o accesorio de la función de copia en el dispositivo. Así, recientemente el TJUE ha reconocido en relación a las copias y descargas que se efectúan en las tarjetas de memoria de teléfonos móviles¹¹²¹, que aunque esa función no sea principal en este soporte multifuncional puede generar una utilización que debe ser compensada.

f) Límites: las bases de datos y los programas de ordenador.

Como hemos visto, la directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre protección jurídica de los programas de ordenador y la directiva 96/9/CE, de 11 de marzo, sobre protección jurídica de las bases de datos, establecieron un régimen específico respecto a la copia para uso privado. Así, respecto a los programas de ordenador el art. 2 de la directiva 91/250/CEE admitió la realización de una única copia de salvaguarda, en base a la necesidad de limitar las reproducciones admisibles, dado los recursos destinados para la obtención del producto y el coste

¹¹²⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Comentario al art. 25”, *op.cit.*, p. 464 sostiene que: “la Directiva apuesta por un abandono gradual del sistema de compensación asociada a las reproducciones digitales que se explotan asociadas a dispositivos anticopia, abandono que deberá hacerse poco a poco teniendo en cuenta la evolución concreta del mercado”.

¹¹²¹ STJUE de 5 de marzo de 2015, Sala Cuarta, *Copydan Båndkopi y Nokia Danmark A/S*, C-463/2012, *LA LEY 9737/2012*, fundamento 29. Aunque no entra a valorar si grabar las tarjetas de memoria de los móviles y no en las unidades de memoria, como componentes integrados de los móviles, es compatible con la DDASI, limitándose a decir que será el tribunal nacional quien valore si cumplen o no la misma función.

mínimo que comporta su copia¹¹²². Y respecto a las bases de datos se estableció por parte del art. 5 c) de la directiva 96/9/CE una prohibición absoluta. Esta prohibición se basó en la posibilidad que ofrece la tecnología de realizar de modo fácil una reordenación electrónica de la misma¹¹²³, así como en la gran inversión que se requiere para su desarrollo, y que en el caso de las bases de datos no originales¹¹²⁴, constituye la única justificación de su protección por el derecho de autor.

Ahora bien, estas condiciones de facilidad y coste mínimo en la obtención de copias, no son atributos propios de las copias de estos tipos de obras o productos, sino más bien una característica general de todas las creaciones que se fijan en soportes digitales. Por otro lado, y antes de la irrupción de la tecnología digital, existían creaciones, como las obras audiovisuales, que también exigían la aplicación de importantes recursos económicos, sin que ello diera lugar a un régimen específico de protección.

Como hemos indicado, con anterioridad a la DDASI se cuestionó la pervivencia de la copia para uso privado en el nuevo entorno digital. Y en este sentido, la asimilación al régimen de prohibición o autorización limitada contenido en estas directivas, fue una posibilidad que el legislador europeo barajó, si bien acabó descartando la DDASI. Si bien la regulación de las medidas tecnológicas de protección en su acción combinada con la copia privada para uso personal (art. 6.4 de la DDASI) limitó de hecho esta posibilidad al ofrecer a los titulares de derecho la facultad de restringir tecnológicamente la posibilidad de obtener copias, así como su

¹¹²² En los considerandos de esta directiva se establece: “Considerando que el desarrollo de los programas de ordenador exige una considerable inversión de recursos humanos, técnicos y financieros y que dichos programas pueden copiarse con un coste mínimo en relación con el precio para crearlos de forma independiente”.

¹¹²³ Así el Considerando 38 de la directiva establece: “Considerando que el uso cada vez mayor de la tecnología digital expone al fabricante de una base de datos al peligro de que el contenido de la misma sea copiado y reordenado electrónicamente sin su autorización con el fin de crear una base de datos de idéntico contenido, pero que no infringiría los derechos de autor respecto a la ordenación de la base original”.

¹¹²⁴ De este modo, el Considerando 7 de la directiva establece: “Considerando que la fabricación de una base de datos requiere una gran inversión en términos de recursos humanos, técnicos y económicos, y que las bases de datos se pueden copiar o se puede acceder a ellas a un coste muy inferior al necesario para crearlas de forma independiente”.

número, y dejar abierta esta posibilidad a la negociación en las licencias de uso *online*.

No obstante, el régimen de la copia privada sigue planteando dudas no resueltas por la DDASI, como el régimen aplicable a determinadas obras multimedia. En especial, a aquellas como páginas web y videojuegos, que incorporan un programa de ordenador subyacente y una presentación visual, o pueden asumir la forma de una base de datos en la presentación de contenidos. Como ya dijimos en la segunda parte de este trabajo, en la medida que la obra multimedia no se ha calificado como un tipo de obra, se ha hecho necesaria su asimilación a los tipos de obras reconocidos, a los efectos de determinar su régimen jurídico aplicable. En especial, se ha planteado su asimilación a los programas de ordenador, en la medida que este tipo de obras integra un *software* que permite reconocer las ordenes del usuario, y generando la interactividad en la navegación de sus contenidos, de modo que lo convierte en un producto interactivo y accesible¹¹²⁵. Pero este *software* que puede ser original y gozar de protección por el derecho de autor, respecto a la obra multimedia, posee, casi siempre, un valor instrumental¹¹²⁶. Así, en el caso de las páginas web es su presentación visual, y no el programa informático subyacente, “la obra final que el creador de la página *web* pretende poner a disposición del público”¹¹²⁷.

Sin asimilar la obra multimedia al programa informático, porque ya hemos visto que sólo constituye una parte y no el todo de la obra multimedia, en aquellos casos que el *software* incorporado sea original, la aplicación del régimen jurídico de los programas de ordenador tendrá una incidencia en el régimen de utilización de la obra multimedia. En este sentido, no se aplicará la excepción de copia para uso

¹¹²⁵ FRANCO VÁZQUEZ, C. y VIDAL PORTABALES, J.I.: “Imágenes en la web y Derecho de autor”, *op.cit.*, p. 506.

¹¹²⁶ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. y GONZÁLEZ GONZALO, A.: “La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual”, *op.cit.*, p. 93. Para RODRIGUEZ PARDO, J.: *El derecho de autor...*, *op.cit.*, p. 260 el programa de ordenador en una obra multimedia constituye su “sustrato básico” por cuanto permite integrar los distintos elementos que la conforman.

¹¹²⁷ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. y GONZÁLEZ GONZALO, A.: “La protección de las páginas...”, *op.cit.*, p. 93

privado que no se aplica a los programas de ordenador. Lo cual tendrá incidencia en uno de los sectores multimedia más importante, los videojuegos, donde la interacción del usuario con las imágenes y sonidos que constituyen el modo juego se consigue gracias a un programa de ordenador¹¹²⁸. No obstante, en este sector, y respecto al disfrute en línea, la licencia de uso y la medida de protección habrá restringido la posibilidad de copia por parte del usuario.

Y por último, la presentación visual también podrá determinar la exclusión del régimen de la copia privada, cuando los datos que ofrezca la página web constituyan, bien una base de datos como creación original, o incluso, cuando carezca de esa originalidad, pero se le dispense una protección *sui generis*.

En cualquier caso, habrá que estar al caso concreto, para determinar a qué tipo de obra deben resultar asimiladas estas creaciones multimedia, en definitiva, cuál es el elemento preponderante que permita su asimilación a un régimen jurídico específico.

g) Requisitos omitidos.

La copia para uso privado, a pesar de ser una de las excepciones más importantes, incluso ya en el entorno analógico, se regula de forma muy parca en la DDASI. Lo que ha llevado a que sean los legisladores internos quienes regulen con profusión esta cuestión que sigue siendo no pacífica a día de hoy. Además, existen cuestiones decisivas, cuyas vías de solución ni siquiera han sido apuntadas en los considerandos de la DDASI.

En primer lugar, y como GONZALEZ DE ALAIZA apunta, no se pronuncia sobre si se exige a la copia privada la previa divulgación. Esta omisión resulta coherente con el propio contenido normativo, así como con la tramitación de esta

¹¹²⁸ GOMEZ SEGADE, J.A. y BOUZA, M.A.: “Videojuegos: algunos problemas de Derecho de autor”, *op.cit.*, p. 70 y ss quienes definen el videojuego como “una serie de imágenes gestionadas por un ordenador cuya representación en una pantalla puede ser dirigida por un ser humano mediante unas palancas u otros controles, y cuyo fin es el ejercicio de una actividad recreativa sometida a un conjunto de reglas o de normas”.

norma, ya que la DDASI dejó completamente al margen todas las cuestiones relativas al derecho moral¹¹²⁹.

En segundo lugar, y resulta un debate fundamental, la DDASI no se pronuncia sobre el carácter lícito o ilícito de la fuente de la que procede la copia. Parece que, en principio, podría ser una cuestión cuya determinación correspondiera a los Estados miembros a la hora de trasponer la directiva. Sin embargo, el TJUE ha rechazado que la copia para uso privado pueda compensar los perjuicios causados por la realización de copias ilícitas. En este sentido ha declarado que “no se puede tolerar una norma nacional que no establece ninguna diferencia entre las copias privadas realizadas a partir de fuentes lícitas y aquellas que se realizan a partir de fuentes falsificadas o piratas”¹¹³⁰. Pues admitir la excepción respecto a las copias ilegales supondría, de un lado fomentar el mercado de copias piratas¹¹³¹, y en segundo lugar, desviar la infracción de derechos de autor al terreno de la excepción. Además no se respetaría el justo equilibrio entre autores, beneficiarios de la compensación y usuarios¹¹³².

En tercer lugar, la DDASI no determina quien es el deudor de la compensación equitativa, lo que resulta crucial en la medida que en el proceso que conduce hasta la copia efectiva por parte del usuario no sólo intervienen distintos agentes, sino también esa cadena se desarrolla en un marco geográfico transnacional. En este sentido el TJUE ha considerado que se trata de una obligación de

¹¹²⁹ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 222.

¹¹³⁰ STJUE de 10 de abril de 2014, Sala Cuarta, *ACI Adam BV y otros y Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*, C-435/2012, *LA LEY* 36303/2014, vid. fundamento (37). Y en el mismo sentido, STJUE de 5 de marzo de 2015, Sala Cuarta, *Copydan Båndkopi y Nokia Danmark A/S*, C-463/2012, *LA LEY* 9737/2012, vid. fundamento (74), aunque lamentablemente en esta sentencia el TJUE no entró a valorar el tema de las descargas ilegales en Internet, vid. fundamento (93).

¹¹³¹ STJUE de 10 de abril de 2014, Sala Cuarta, *ACI Adam BV y otros y Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*, C-435/2012, *LA LEY* 36303/2014, vid. fundamento (39).

¹¹³² STJUE de 10 de abril de 2014, Sala Cuarta, *ACI Adam BV y otros y Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*, C-435/2012, *LA LEY* 36303/2014, vid. fundamento (54).

resultado¹¹³³, y que puede presumirse que ese perjuicio se ocasiona en el país donde reside el usuario final¹¹³⁴. De forma que si en el Estado miembro donde reside el usuario final no se reconoce la excepción, no se generaría el devengo del canon ni el derecho a su percepción¹¹³⁵. Y en el caso de que el pago se hubiera realizado en un Estado miembro que no fuera territorialmente competente, podría solicitarse su devolución¹¹³⁶.

¹¹³³ STJUE de 16 de junio de 2011, Sala Tercera, *Stichting de Thuiskopie y Opus Supplies Deutschland GmbH, Mijndert van der Lee, Hananja van der Lee*, C-462/2009, LA LEY 83350/2011, vid. fundamento (34).

¹¹³⁴ STJUE de 16 de junio de 2011, Sala Tercera, *Stichting de Thuiskopie y Opus Supplies Deutschland GmbH, Mijndert van der Lee, Hananja van der Lee*, C-462/2009, LA LEY 83350/2011, vid. fundamento (35).

¹¹³⁵ A sensu contrario del fundamento (35) de la STJUE de 16 de junio de 2011, Sala Tercera, *Stichting de Thuiskopie y Opus Supplies Deutschland GmbH, Mijndert van der Lee, Hananja van der Lee*, C-462/2009, LA LEY 83350/2011.

¹¹³⁶ STJUE de 11 de julio de 2013, Sala Segunda, *Amazon.com International Sales Inc., Amazon EU Sàrl, Amazon.de GmbH, Amazon.com GmbH, en liquidación, Amazon Logistik GmbH y Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH*, C-521/2011, LA LEY 97631/2013

***CAPÍTULO TERCERO.- LOS LIMITES
ESPECÍFICOS AL DERECHO DE AUTOR EN EL
ENTORNO EN LÍNEA DESDE LA
PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL***

1. Consideraciones previas.

En este capítulo abordamos los límites al derecho de autor en el entorno en línea en el Derecho español. Lo que nos lleva en primer lugar, a abordar el proceso de consolidación normativa de nuestro sistema de límites, y como se inserta en él ese subsistema de los límites o excepciones en el entorno en línea. Ha sido un largo proceso, marcado por la constante evolución, y la permanente insatisfacción por parte de los sectores afectados en cuanto a las fórmulas de solución ofrecidas y los resultados obtenidos. Lo que ha llevado a una permanente acción legislativa en este ámbito, que se manifiesta de forma muy clara en la regulación de la copia privada que desde el año 1992 hasta hoy ha pasado por distintas regulaciones normativas, en especial, en cuanto a la compensación equitativa a que da lugar. Y ha debido asumir a partir de la DDASI su replanteamiento más allá del entorno analógico para el que fue diseñada inicialmente, debiendo asumir el encaje de la copia digital, y las nuevas formas desmaterializadas de almacenamiento digital sin soporte físico en el entorno en línea.

Por ello, hemos considerado conveniente partir en nuestra exposición de esa evolución normativa, para explicar este proceso de integración, o quizá, desintegración de la copia privada en el entorno en línea. Como una necesidad metodológica de integrar la parte en el todo, que nos llevará a cuestionar o plantear cuál es el papel llamado a desempeñar por los límites o excepciones al derecho de autor en el nuevo entorno de explotación en línea de prestaciones y obras protegidas.

Cabe apuntar, de entrada, que no pretendemos hacer un análisis exhaustivo de todas las excepciones establecidas por el legislador español, sino siguiendo nuestro propio esquema de análisis en materia de límites, abordar aquellos que están llamados a desempeñar un papel importante en el nuevo entorno en línea, bien por su consideración de límites de aplicación general, bien por su incidencia especial en el ámbito de la explotación en línea de obras y prestaciones protegidas. Sin perjuicio de

que realicemos, a modo introductorio, un breve análisis del sistema de excepciones tras la incorporación de la DDASI a nuestro Derecho.

En primer lugar la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el TRLPI, introduce nuevas excepciones ligadas al nuevo contexto tecnológico de la sociedad de la información. Así, se introduce en el art. 31 del TRLPI la nueva excepción en relación a determinadas reproducciones provisionales que se producen en las transmisiones en red. Como ya dijimos en la parte tercera, esta excepción se ha preferido abordar en la parte tercera, a los efectos de obtener un análisis más preciso del contenido del derecho de reproducción en la explotación *online* de contenidos protegidos. Por lo tanto, nos remitimos a las consideraciones que sobre el art. 3.1.1 del TRLPI realizamos en dicha parte.

Entre las nuevas excepciones que incorpora la Ley 23/2006, de 7 de julio, a nuestro Derecho figuran también: a) la excepción de ilustración (art. 32.2 del TRLPI); y b) la consulta de obras mediante terminales especializados en museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico (art. 37.3 del TRLPI).

Y la Ley 23/2006, de 7 de julio, modifica también el régimen normativo de otras excepciones, para adecuarlas a la DDASI. En primer lugar, amplía la excepción prevista en el art. 31.1 del TRLPI, trasladando su regulación a un nuevo art. 31 bis apartado primero, en el sentido de incluir también dentro de la excepción, aquellos actos que se realizan “con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios”, en los términos establecidos por el art. 5.3 e) de la DDASI.

En segundo lugar, amplía también la excepción prevista a favor de personas con discapacidad, que pasa del art. 31 al art. 31 bis 2. De este modo se extiende la excepción a todas las personas con algún tipo de discapacidad, y no sólo a invidentes como se preveía hasta entonces.

La ampliación resulta procedente no sólo porque traspone el texto de la

DDASI, que prevé la excepción para todo tipo de discapacidades, sino también porque resultaba improcedente limitar su aplicación sólo a las personas invidentes¹¹³⁷. La excepción se establece respecto a actos de reproducción, distribución y comunicación pública, por lo que, en principio no cubre los actos de transformación¹¹³⁸, que serán necesarios para adaptar la obra o prestación protegida a la discapacidad de que se trate, y en este sentido permitir su acceso por parte del usuario. Por lo que sería, deseable que de *lege ferenda* esta cuestión fuera prevista por nuestro legislador, para dar respuesta a algo que sólo se puede inferir de manera implícita, o por medio de una interpretación integradora, pero que choca frontalmente con el art. 23 del TRLPI.

En cuanto a los requisitos que delimitan la excepción, tras la reforma operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, a la ausencia de finalidad lucrativa se añadieron la necesidad de que estos actos: a) guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, b) se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad, y c) se limiten a lo que estrictamente exija la discapacidad, es decir, el acceso del usuario de acuerdo con las condiciones específicas de su discapacidad¹¹³⁹.

En tercer lugar, se modifica el régimen de la copia privada, para incorporar a nuestro ordenamiento el propio régimen diseñado por la DDASI, lo que manifiesta la voluntad por parte del legislador español de mantener esta excepción, a pesar del

¹¹³⁷ PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 31bis”, *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 581.

¹¹³⁸ RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 31bis”, *Comentarios de la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. RODRÍGUEZ TAPIA, ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, p.290.

¹¹³⁹ Respecto a la ausencia de una compensación equitativa, resulta coherente la solución ppr la que ha optado el legislador español. En primer lugar, por cuanto la misma no se establece en la DDASI. En segundo lugar, aunque algunos autores han defendido su inclusión en el art. 25 al menos cuando las copias no sean efectuadas de modo colectivo, sino de forma privada por la persona con discapacidad, vid. RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art.31bis”, *op.cit.*, p. 289. Tal solución no resulta aceptable por el carácter de norma especial del art. 31 bis 2 frente al art. 31.2 del TRLPI que regula la copia privada. En tercer lugar, porque resulta coherente con la función social del derecho de propiedad intelectual permitir el acceso a la obra o prestación protegida a aquellos colectivos que de un modo natural no pueden acceder a la misma, y sin que ello deba dar lugar a una compensación equitativa. Puesto que este daño individual debe ceder ante un daño social mayor como sería discriminar a estos colectivos desfavorecidos bajo un entendimiento estricto, quizá antisocial, de las facultades exclusivas de los titulares de los derechos de autor.

carácter facultativo que posee en la directiva. Y además, se desarrolla la regulación normativa de la excepción de cita, para ampliar la regulación de las reseñas y las revistas de prensa, que desempeñará una función importante respecto a los agregadores de contenidos informativos y a los servicios que ofrecen en la red, y forzará una revisión en profundidad por parte de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre.

La ley 23/2006, de 7 de julio, no modificó, en cambio, el régimen de una serie de excepciones: a) la excepción respecto a trabajos y artículos sobre temas de actualidad (art. 33 del TRLPI), b) Utilización de bases de datos por el usuario legítimo y limitaciones a los derechos de explotación del titular de una base de datos (art. 34 y 135 del TRLPI), c) Utilización de las obras con ocasión de informaciones de actualidad y de las situadas en vías públicas (art. 35 del TRLPI), d) las establecidas en el ámbito del cable, satélite y determinadas grabaciones técnicas (art. 36 del TRLPI), e) actos oficiales y ceremonias religiosas (art. 38 del TRLPI), y f) la parodia (art. 39 del TRLPI).

La ley 21/2014, de 4 de noviembre, añade una nueva excepción en relación a las obras huérfanas, en el art.37 bis, en el que se traspone la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas. Por medio de esta excepción se admiten ciertos usos respecto a aquellas obras, cuyos titulares de derechos no están identificados o localizados, tras haber efectuado una búsqueda diligente de los mismos. Esta búsqueda debe realizarse por parte de los beneficiarios de la excepción. Esto es, centros educativos, museos, bibliotecas y hemerotecas accesibles al público, así como los organismos públicos de radiodifusión, archivos, fonotecas y filmotecas (art. 37.4 del TRLPI). Y la utilización autorizada debe ser respetuosa con las facultades morales de su autor, en especial, su autoría y el derecho del autor a decidir sobre su divulgación (art. 34.3 y 4 del TRLPI).

En última instancia, se trata de una excepción con vocación transitoria. En primer lugar, porque el régimen de búsqueda diligente que se establece puede conducir a la identificación y localización de los titulares de derechos, en cuyo caso

el régimen de uso deberá ser el ordinario para una obra que todavía se encuentra protegida por el derecho de autor. En segundo lugar, porque “en cualquier momento, los titulares de derechos de propiedad intelectual de una obra podrán solicitar al órgano competente que reglamentariamente se determine el fin de su condición de obra huérfana en lo que se refiere a sus derechos y percibir una compensación equitativa por la utilización llevada a cabo conforme a lo dispuesto en este artículo”.

Todas estas excepciones, salvo aquellas que excluyen su aplicación en un entorno en línea de modo implícito como la excepción prevista en el art. 37 del TRLPI, o se basan en la materialidad del soporte utilizado como la contemplada en el art. 34 del TRLPI respecto a obras situadas en vías públicas, o se establecen en ámbitos específicos de radiodifusión como la establecida en el art. 36 del TRLPI, admiten su aplicación en el entorno en línea. Si bien unas estarán llamadas a poseer una importancia mayor, por su aplicación general, como sin duda será la copia para uso privado, en un entorno digital y de transmisiones electrónicas, donde todo el contenido disponible, es por definición, susceptible de copia y transmisión. Pero también lo serán otras, como la excepción de cita, donde se ha colocado la excepción a favor de los agregadores de contenidos informativos, así como la excepción de ilustración en ámbitos educativos y de investigación que se desarrollan cada vez más en entornos interactivos y en línea. Tal y como ha reconocido la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, al abordar la regulación de las excepciones de cita e ilustración, adaptadas a un entorno donde el disfrute de los bienes es cada vez más inmaterial. Y la excepción a favor de los discapacitados que cada vez más reclama una mayor integración en todos los entornos sociales, y también, como es de esperar, en Internet, donde estos colectivos abogan por una accesibilidad universal no restringida por su discapacidad¹¹⁴⁰.

Pero en este entorno en línea el art. 161.5 del TRLPI actúa como una cláusula de cierre del sistema español de límites en el entorno en línea, por cuanto no

¹¹⁴⁰ Vid. al respecto la guía de accesibilidad en Internet elaborada por la ONCE:

<http://www.once.es/new/servicios-especializados-en-discapacidad-visual/accesibilidad/accesibilidad-en-internet/documentos/AccesibilidadWeb2013.pdf>

establece, a diferencia de lo que ocurre en el entorno fuera de línea, ninguna garantía respecto al respeto de los límites en relación a las medidas tecnológicas. Por cuanto en este entorno no existe más límite que la libertad de las partes al fijar el régimen de usos en la licencia que permite su acceso *online* y establece las condiciones de utilización. Ni siquiera sobre la lista de excepciones privilegiadas establecida en el art. 161.1 del TRLPI. En este sentido, el TRLPI sigue al dictado lo establecido por el art. 6.4 de la DDASI, por lo que trasladamos aquí todo el análisis que sobre este régimen contractual realizamos en el capítulo anterior.

2. La copia para uso privado.

2.1 Situación anterior a la transposición de la DDASI.

La regulación de la copia para uso privado se reguló, por primera vez en nuestro país, en el art. 31.2 de la LPI¹¹⁴¹. Precepto ubicado en el Capítulo II del Título III, dedicado a los límites de los derechos de autor, pero vinculado al art. 25, donde se regulaba el derecho de remuneración por copia privada¹¹⁴². El art. 31.2 establecía que las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor “para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa”. En esta primera configuración normativa de la copia para uso privado se establecen algunos de sus elementos configuradores. En primer lugar, debe tratarse de una copia para uso privado del “copista” en el lenguaje de la LPI,

¹¹⁴¹ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 31”, *op.cit.*, p. 600 señala como con anterioridad estas reproducciones para uso privado no estaban permitidas, si bien añade “los tribunales penales venían aplicando el el criterio jurisprudencial de la mínima gravedad de la acción para declarar no punibles las infracciones al derecho de autor”. En Europa el establecimiento de la copia privada se realiza por primera vez por la legislación alemana en el año 1965, que impuso un canon a los equipos de grabación vendidos por la copia de fonogramas y videogramas, aunque luego se extendería también a los soportes de grabación, vid. KEMPER, K.: “La copia privada en Alemania”, *La copia privada a examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la Propiedad Intelectual*, ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1995, p. 118. Y posteriormente, en 1985 la legislación francesa incorpora dicha remuneración. Vid. al respecto SANTILLANA DEL BARRIO, A.: “El mercado de la copia privada. Dimensión económica de los derechos de propiedad intelectual. Examen de la copia privada en ese contexto”, *La copia privada a examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la Propiedad Intelectual*, ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1995, p. 43.

¹¹⁴² PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 31”, *ult.cit.*

que se entendía por la doctrina como contrapuesta a uso público¹¹⁴³, en coherencia con el propio fundamento de la excepción, es decir, la dificultad de controlar la utilización de la obra en la esfera íntima de las personas. La propia substitución en fase de tramitación parlamentaria de la expresión “uso personal” por “uso privado” parecía cubrir también aquellas utilidades realizadas en la esfera familiar o íntima del copista¹¹⁴⁴.

En segundo lugar, la excepción se delimitaba también en sentido negativo, de modo que no se admitía una utilización colectiva ni tampoco lucrativa de las copias obtenidas. De este modo, se deja al margen de la copia privada el ánimo de lucro y la realización de la copia con la finalidad de obtener un rendimiento patrimonial. Pues, en este caso el copista competiría con el titular de derechos, se realizaría un acto de explotación que lesionaría el monopolio de su legítimo titular¹¹⁴⁵.

En tercer lugar, se establece una interrelación entre la admisión de la excepción en el art. 31.2 de la LPI y el derecho de remuneración contemplado en el art. 25 de la LPI. Como vemos ya desde su nacimiento normativo esta excepción se vinculó a la satisfacción en el art. 25 de la LPI de una remuneración de naturaleza compensatoria o resarcitoria¹¹⁴⁶ que debería ser exigida los fabricantes o importadores de equipos y aparatos de grabación, así como de materiales de grabación que permitieran fijar las copias realizadas, destinados a su distribución comercial en España¹¹⁴⁷.

Cumpliendo el mandato contenido en el art. 25.3 de la LPI el Gobierno aprobó el RD 287/1989, de 21 de marzo, por el que se desarrolla el art. 25 de la LPI. Este reglamento recurrió a la autorregulación a los efectos de determinar por parte de los propios agentes sociales implicados la remuneración compensatoria de la copia

¹¹⁴³ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 31”, *op.cit.*, p. 602.

¹¹⁴⁴ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 31”, *op.cit.*, p. 603.

¹¹⁴⁵ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 31”, *op.cit.*, p. 605.

¹¹⁴⁶ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Comentario al art. 25”, *op.cit.*, p. 452.

¹¹⁴⁷ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Comentario al art. 25”, *op.cit.*, p. 450.

para uso privado. Sin embargo, ante el fracaso de este sistema¹¹⁴⁸, se optó por regular el régimen de la copia para uso privado en la Ley 20/1992, de 7 de julio, de modificación de la LPI. Esta norma constituye la base normativa de la regulación contenida en el TRLPI¹¹⁴⁹. En primer lugar, partiendo de su consideración como obligación *ex lege*¹¹⁵⁰, describe de forma más precisa que la LPI los aparatos o instrumentos que permiten la reproducción y darán lugar a la remuneración compensatoria¹¹⁵¹. En segundo lugar, establece que esta remuneración compensatoria no será de aplicación respecto a los programas de ordenador¹¹⁵², en coherencia con lo establecido en la directiva, y establece además otras excepciones¹¹⁵³. En tercer lugar,

¹¹⁴⁸ SANTILLANA DEL BARRIO, A.: “El mercado de la copia privada. Dimensión económica de los derechos de propiedad intelectual...”, *op.cit.*, p. 43; DE FUENTES, J.: “Un enfoque jurídico. Razón de ser de la remuneración por copia privada. Un septenio legislando sobre la materia”, *La copia privada a examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la Propiedad Intelectual*, ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1995, p. 70.

¹¹⁴⁹ Como DE FUENTES, J.: “Un enfoque jurídico. Razón de ser de la remuneración por copia privada...”, *op.cit.*, p.70 y ss. sugiere se recogió con rango de ley formal “los elementos estructurales de la obligación de remuneración compensatoria”, de modo que “los elementos personales, reales y formales de la obligación son objeto de una definición normativa acabada”.

¹¹⁵⁰ DE FUENTES, J.: “Un enfoque jurídico. Razón de ser de la remuneración por copia privada...”, *op.cit.*, p.75; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Comentario al art. 25”, *op.cit.*, p.452.

¹¹⁵¹ El art. 25 del TRLPI en su redacción originaria establecía: “1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2 del artículo 31 de esta Ley, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas. Videogramas, o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una remuneración equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4 del presente artículo, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaren de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes. 2. Esa remuneración se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera del mismo para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio”. En sentido similar a lo dispuesto en la ley alemana, vid. KEMPER, K.: “La copia privada en Alemania”, *op.cit.*, p. 118

¹¹⁵² Así el apartado 3 del art. 25 del TRLPI establecía que: “Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los programas de ordenador”.

¹¹⁵³ El apartado 6 del art. 25 TRLPI establecía: “Quedan exceptuados del pago de la remuneración: a) Los productores de fonogramas o de videogramas y las entidades de radiodifusión, por los equipos, aparatos o materiales destinados al uso de su actividad siempre que cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras, prestaciones artísticas. fonogramas o videogramas, según proceda, en el ejercicio de tal actividad, lo que deberán acreditar a los deudores y, en su caso, a sus responsables solidarios, mediante certificación de la entidad o entidades de gestión correspondientes, en el supuesto de adquirir los equipos, aparatos o materiales dentro del territorio español. b) Las personas naturales que adquieran fuera del territorio español los referidos equipos, aparatos y materiales en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita

determina de forma precisa quién debe considerarse como deudor y acreedor de la referida remuneración¹¹⁵⁴ y encomienda la percepción efectiva de la remuneración a las entidades de gestión¹¹⁵⁵. En cuarto lugar, introduce una regulación casi reglamentaria¹¹⁵⁶ en cuanto a la determinación de la cuantía¹¹⁵⁷, y al procedimiento de cobro¹¹⁵⁸.

Sin embargo, existieron determinadas cuestiones relevantes sobre las que no se pronunció ni la LPI ni el TRLPI. En primer lugar, no se manifiesta sobre si el beneficiario de la excepción puede ser una persona jurídica, o debe ser sólo una persona física¹¹⁵⁹. Y en segundo lugar, tampoco se concreta el tema de si el copista

presumir razonablemente que los destinarán al uso privado en dicho territorio”.

¹¹⁵⁴ El apartado 4 del art. 25 del TRLPI establecía que en relación al pago de la remuneración compensatoria se consideraría: “a) Deudores: los fabricantes en España, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y materiales que permitan alguna de las modalidades de reproducción previstas en el apartado 1 de este artículo. Los distribuidores, mayoristas y minoristas. Sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y materiales, responderán del pago de la remuneración solidariamente con los deudores que se los hubieren suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la remuneración y sin perjuicio de lo que se dispone en los apartados 13, 14 y 19 del presente artículo. b) Acreedores: los autores de las obras explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1 de este artículo, juntamente en sus respectivos casos y modalidades de reproducción, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas”.

¹¹⁵⁵ El apartado 7 del art. 25 del TRLPI establecía: “El derecho de remuneración a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual”. En sentido similar a lo dispuesto en la ley alemana, vid. KEMPER, K.: “La copia privada en Alemania”, *op.cit.*, p. 122.

¹¹⁵⁶ La profusión normativa con esta cuestión se aborda en el TRLPI ha dado lugar a diferentes posiciones doctrinales. Así, mientras para unos autores ha sido acertada esta garantía legalista, vid. al respecto GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Comentario al art. 25”, *op.cit.*, p. 455, para otros autores como PLAZA PENADES, J.: “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 18 resulta rechazable. Por cuanto sostiene este autor que constituye “un auténtico despropósito de técnica legislativa, ya que lejos de regular a través de la ley la configuración de los rasgos esenciales de esta compensación, desarrollándose luego a través de reglamento, lo que ha ocurrido es que lo que deberían ser varios artículos de un Reglamento se han llevado a un único artículo de una Ley, lo que aparte de convertir el precepto en interminable, dificulta notoriamente cualquier reforma o actualización de dicho precepto que necesariamente ha de hacerse por ley”.

¹¹⁵⁷ Vid. apartado 5 del art. 25 del TRLPI en su redacción originaria.

¹¹⁵⁸ Vid. apartado 8 y siguientes del art. 25 del TRLPI en su redacción originaria.

¹¹⁵⁹ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 31”, *op.cit.*, p. 603. Aunque algunos autores habían manifestado su oposición a la inclusión dentro del ámbito de la excepción a las copias hechas por personas jurídicas, vid. GÓMEZ POMAR, F.: “La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 164, 1993, p. 208. Y la STS de 8 de junio de 2007, *La Ley* 60944/2007, estableció que las copias

debe efectuar materialmente la copia, debe ser o no propietario de los medios de copia, y si cabe admitir la copia por encargo¹¹⁶⁰.

2.2 La modificación operada por ley 23/2006.

A) Consideraciones previas.

La incorporación de la DDASI a nuestro ordenamiento jurídico, y por lo que respecta a la copia privada, supuso el encuadramiento definitivo de ésta en el entorno digital. Supuso, así, una decisión por parte del legislador español de mantenerla con carácter general, y de aceptar su admisión también en el nuevo ámbito digital. Recordemos que esta excepción poseía carácter facultativo para los Estados miembros, y por tanto, no era una obligación para ellos ni su inclusión ni su mantenimiento en el caso de que ya estuviera reconocida en el derecho nacional.

En este sentido, la ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el TRLPI introduce una serie de novedades importantes en el régimen jurídico de la copia privada. Algunas de estas modificaciones derivan de la propia transposición de la DDASI. Así, en primer lugar, la referencia contenida en el art. 5.2 b) de la DDASI, a “reproducciones en cualquier soporte”. En segundo lugar, establece de manera expresa que la copia debe hacerla una persona física, con lo que descarta la posibilidad de cubrir dentro de la excepción las copias realizadas por personas jurídicas, objeto de discusión doctrinal con la anterior regulación. En tercer lugar, cambia la denominación de remuneración compensatoria por el concepto de “compensación equitativa” de la DDASI.

efectuadas por una Cámara de Comercio no debían ser consideradas copias privadas, puesto que como se razona en la sentencia, acogiendo la fundamentación de la sentencia recurrida: “Las anteriores consideraciones conducen a la desestimación del motivo, por cuanto *la sentencia recurrida declara probado que la utilización de los aparatos de reproducción por parte de la demandada se encuentra abierta a una pluralidad indeterminada de usuarios, aunque se afirme que esta utilización tenga carácter accesorio, por lo que resulta indiferente el hecho de que primordialmente puedan estar destinadas al uso profesional por parte de los propios funcionarios de la Cámara, desde el momento en que la propia sentencia declara probado*, con el carácter inmutable propio de las declaraciones de hechos formuladas por los tribunales de instancia, *que no es éste el único uso al que se destinan*”.

¹¹⁶⁰ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 31”, *ult.cit.*

Por otro lado, en la regulación de la copia privada establecida en el art. 31.2 del TRLPI se introduce el requisito de que la copia se realice “a partir de obras a las que haya accedido legalmente”, requisito que no se establece en la DDASI, pero que el legislador español incorpora como respuesta a una cierta realidad social subyacente.

Además, se mantienen algunos aspectos de la regulación anterior que, en cambio, no se encuentran reflejados en la DDASI, pero responden a nuestra tradición jurídica. En primer lugar, el requisito de que la obra esté divulgada. En segundo lugar, la prohibición de dar un uso colectivo a la copia obtenida. Y en tercer lugar, en relación al sistema de compensación equitativa se mantiene un modelo de mixto que grava determinados aparatos y soportes idóneos para copiar obras y prestaciones protegidas, es decir, se mantiene el sistema de compensación introducido por la Ley 20/1992, de 7 de julio, de modificación de la LPI.

A continuación, abordamos aquellos aspectos novedosos que se introducen en la reforma operada por la ley 23/2006, de 7 de julio, con especial análisis de su incidencia en el entorno en línea, que comienza a ser objeto de consideración por parte del legislador español. Aunque no tendrá un reconocimiento normativo expreso, como veremos, hasta la reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el TRLPI y la LEC.

B) Copias realizadas en cualquier soporte.

El art. 31.2 del TRLPI recoge en este punto lo establecido en la DDASI, en cuanto a que las copias podrán realizarse tanto en soportes analógicos como digitales, lo que significa también que pueden realizarse por cualquier procedimiento analógico o digital¹¹⁶¹. Aunque como sostiene GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ no se añade nada nuevo a la regulación anterior, “en la que era claro que el soporte en el que se hacía la reproducción no afectaba a su régimen jurídico”¹¹⁶². En cuanto a si las

¹¹⁶¹ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 159; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 77 y ss.

¹¹⁶² GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 77. Así lo entendió la STS de 22 de junio de 2012, LA LEY 109307/2012 al admitir la compensación equitativa

copias efectuadas en los discos duros de los ordenadores caen dentro de la excepción de copia privada, la cuestión no se resuelve en el art. 31.2 del TRLPI, sino al regular la compensación equitativa en el art. 25 del TRLPI.

En cambio, no se concreta el soporte desde el cual se realiza la reproducción, es decir el soporte de origen. Por lo que, la excepción de copia privada cubriría también aquellos supuestos en que la reproducción no se realiza a partir de un soporte físico, sino a partir de actos de comunicación pública o puesta a disposición¹¹⁶³. Dentro de este supuesto se integrarían, las grabaciones en DVD de emisiones de televisión, o en dispositivos de almacenamiento magnético, así como las copias efectuadas de archivos descargados en Internet.

Finalmente, cabe apuntar que el TRLPI no se pronuncia sobre si la excepción de copia cubre las copias totales, o sólo parciales respecto al material reproducido. La ausencia de una referencia expresa a la prohibición de copia total, que se ha limitado en otras legislaciones, y también en algunos ámbitos fuera de línea a través de la autorregulación, nos llevan a sostener su admisibilidad en el entorno en línea.

C) Beneficiario de la excepción.

Tras la reforma de la ley 23/2006, de 7 de julio, queda claro que el único beneficiario de la excepción es una persona física, que realice la copia en las condiciones establecidas en el art. 31.2 del TRLPI, tal y como venía entendiendo la doctrina y la jurisprudencia española. Sin embargo, otras cuestiones en relación al beneficiario de la excepción siguen resultando dudosas. En especial, la admisión de las copias hechas por terceros.

Sobre todo cuando esas copias son realizadas de forma material por una persona física en un establecimiento abierto al público que pone a disposición de sus clientes los medios de reproducción necesarios para que estos efectúen las copias, en

respecto a copias digitales efectuadas en 2004, con anterioridad a la transposición de la DDASI, y aunque el art. 25 del TRLPI no se refería de modo expreso a los soportes digitales.

¹¹⁶³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 78.

la modalidad de autoservicio. Piénsese en cibercafés que ponen a disposición de sus clientes los ordenadores e instrumentos de grabación necesarios para efectuar las descargas de contenidos protegidos en Internet. Algunos autores han defendido que en estos casos, y siempre que el propietario del establecimiento se limitara a poner a disposición del cliente estos aparatos, y no utilizara personal para efectuar la copia, debía ser considerado como un supuesto de copia para uso privado¹¹⁶⁴. Y por tanto, debía caer dentro de la excepción, y dar lugar al pago de la compensación equitativa, por cuanto lo único que exige el TRLPI es que quien realiza la copia y su destinatario sean la misma persona, lo que excluiría en nuestra legislación la copia por encargo¹¹⁶⁵. Desde esta posición doctrinal, se entendería que la ley 23/2006, de 7 de julio, derogarí el régimen establecido en el art. 10.1 del RD 1434/1992, de 27 de noviembre¹¹⁶⁶.

A nuestro modo de ver, si bien es cierto que en estos supuestos, la copia se efectúa por una persona física ajena al negocio del establecimiento donde se efectúan las copias, no puede admitirse esta solución¹¹⁶⁷. Y ello, porque entendemos que la copia es objeto de una utilización lucrativa, desde el momento que su propia obtención será a cambio de un precio, destinado a sustentar la propia actividad económica del titular del establecimiento donde se hallan estos aparatos.

D) El nuevo requisito del acceso legal a la obra o prestación reproducida.

Esta es sin duda una de las novedades más importantes introducidas en el régimen de la copia privada en el art. 31.2 del TRLPI, que, como hemos indicado, no deriva de la transposición de la DDASI, sino que se añade por el legislador, respondiendo a un criterio de oportunidad política¹¹⁶⁸. Aunque ya se había apuntado

¹¹⁶⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 166 y ss.; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 82.

¹¹⁶⁵ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *ult.cit.*

¹¹⁶⁶ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 81.

¹¹⁶⁷ PLAZA PENADÉS, J.: “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 20.

¹¹⁶⁸ En este sentido GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 87 y ss. señala como este requisito se ha incluido en algunas legislaciones nacionales “seguramente con el objetivo de atajar de forma específica el fenómeno del intercambio de archivos en redes P2P”.

por la doctrina¹¹⁶⁹, ante la propia indeterminación de la DDASI al respecto.

Con la reforma de la Ley 23/2006, de 7 de julio, se exige que la copia para uso privado se realice “a partir de obras a las que se haya accedido legalmente”. Ahora bien con esta reforma legislativa no se aclaran todas las dudas sobre el origen lícito o no del soporte o fuente de origen, sino que se abren nuevas incertidumbres. En especial, si la legalidad se exige respecto a la fuente a partir de la cual se realiza la copia, o respecto al modo en que se efectúa la misma.

En cuanto a la primera cuestión se trata de determinar si el carácter ilegal del acceso se transmite o no a ulteriores adquirentes de dichas copias. Habría que distinguir distintos supuestos, que tomarían en consideración la buena fe del adquirente, que no podría valorarse del mismo si dicha adquisición se efectúa en un contexto de *Top manta*, que si se efectúa por un tercero, como puede ser en un contexto más doméstico un amigo o conocido.

En cuanto a la segunda cuestión, si atendemos a la dicción literal del precepto, parece que resulta que la legalidad se exige respecto al modo en que la persona física accede a la obra o prestación, no respecto a la fuente a partir de la cual se efectúa la copia. Aunque parece ser que en la mente del legislador estaban las redes P2P y la necesidad de exigir el carácter lícito de la copia. En el sentido de que la excepción no podía cubrir copias realizadas a partir de ejemplares ilícitos¹¹⁷⁰, el

En este sentido, y respecto a este requisito, se observa una diversidad normativa destacada en nuestro entorno. Así, en legislaciones como la de Austria y Alemania exigen este requisito aunque con distintas formulaciones, en la ley austríaca se exige que la copia se realice de modo lícito de forma que no puede entenderse por tal cuando “se realiza con el propósito de poner posteriormente la obra a disposición del público”, o la ley alemana que exige que la reproducción “no se haya puesto a disposición del público de forma obviamente ilícita”. Por el contrario, en las legislaciones de otros países como Francia, Italia o Portugal no hacen referencia expresa a este requisito.

¹¹⁶⁹ Vid. SANCHEZ ARISTI, R.: “La copia privada digital”, *op.cit.*, p. 13 y ss. quien con anterioridad a esta reforma sostenía que debía disponerse lícitamente del soporte de origen a partir del cual se efectuaba la copia. Si bien este autor admitía que la copia privada debería entenderse como excepción cuando se efectuaba a partir de un soporte ilícito si el copista podía considerarse como un tercero de buena fe. Y MARÍN LÓPEZ, J.J.: “La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección”, *op.cit.*, p. 19 admitía que esta cuestión no estaba resuelta por la DDASI ni en un sentido ni en otro.

¹¹⁷⁰ En este sentido, y como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 92 reconoce. “Se estaba pensando en supuestos como el intercambio en redes P2P, la descarga desde sitios web piratas o las reproducciones hechas por un usuario a partir de un modelo

tenor de la ley contradecía esta conclusión¹¹⁷¹. La Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el TRLPI y la LEC, ha dado una nueva redacción al art. 31.2 del TRLPI que resuelve, como veremos, esta cuestión al añadir de modo expreso ambos requisitos, y delimitar el concepto de acceso legal desde fuente lícita.

E) Las copia privada y el nuevo régimen de las medidas tecnológicas de protección.

El art. 161.1 del TRLPI garantiza los límites o excepciones del derecho de autor frente a las medidas tecnológicas de protección. En este sentido el art. 161.1 establece que: “Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate”. No se garantizan todas las excepciones, aunque entre ellas figura la copia privada, si bien como ha precisado la doctrina se garantiza el derecho a la obtención de una copia, pero no la obtención de un número determinado de ellas¹¹⁷², lo que resulta coherente con el art. 6.4 de la DDASI.

Pero esta garantía respecto a la copia privada desaparece prácticamente en el entorno en línea al disponer el art. 161.5 del TRLPI que: “Lo establecido en los apartados anteriores de este artículo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de

que había sido desprovisto de su protección tecnológica por el propio usuario sin la autorización de los derechohabientes”. Así lo demuestra el iter legislativo, en donde la idea del acceso a una copia legal apareció y desapareció, así como la propia comparecencia de la Ministra de Cultura en el Pleno del Congreso al referirse a que la copia privada deberá realizarse a partir de una copia legal.

¹¹⁷¹ Algunos autores defendieron una interpretación correctora para exigir la legalidad de la fuente a partir de la que se efectúa la copia, vid. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, R. y MARÍN LÓPEZ, J.J.: “El límite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer”, Cuadernos de Derecho Judicial, 2007-3, p.192. Sin embargo, otros autores como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada...*, *op.cit.*, p. 95 y ss. han defendido una interpretación literal, de acuerdo con la cual “sólo serán ilícitas aquellas reproducciones en las que el modo que ha tenido el usuario de acceder a ellas físicamente ha sido ilegal”.

¹¹⁷² GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Comentario al art. 161”, *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 2097.

tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija”. Con ello, se sigue la línea establecida por el art. 6.4 de la DDASI. Como hemos indicado, si bien la desaparición de la garantía de los límites en el entorno en línea, ha sido objeto de crítica respecto al resto de límites contemplados en el art. 161.1 del TRLPI. En relación a la copia privada en el entorno en línea, deben llegarse a conclusiones más matizadas.

En primer lugar, cabe indicar que el legislador español apenas tenía margen de maniobra a la vista de lo dispuesto en el art. 6.4 de la DDASI, y en este sentido, ya hemos expuesto nuestras críticas en relación a esta opción del legislador comunitario en cuanto a primar la voluntad del titular de los derechos por encima del régimen de excepciones y límites del derecho de autor.

En segundo lugar, porque cabe someter a un tratamiento diferenciado en este punto a la copia privada. Porque entendemos, que respecto a esta excepción, y a diferencia de otros límites, su fundamento no reside en la protección de determinados intereses generales, sino más bien en el interés particular del usuario, y ese interés puede ser objeto de negociación en la licencia de uso. Aunque debemos apuntar que dado el carácter de adhesión de estos negocios, el usuario no negociará las condiciones del uso sino que se limitará a aceptar unas condiciones preestablecidas por el titular de los derechos. En cambio, estas licencias habrán plasmado la “voluntad del derechohabiente sobre el acceso y el uso que ha de hacer el usuario”¹¹⁷³.

Pero en la medida que el usuario acepta su contratación en línea con una medida tecnológica anticopia, acepta también el régimen de la medida tecnológica. Los actos de elusión por parte del usuario podrán ser objeto de las acciones previstas en los art. 138 y siguientes del TRLPI, y sin que además esta copia infractora pueda dar lugar a la remuneración por copia compensatoria, porque no se produce por medio de un acceso legal.

¹¹⁷³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Comentario al art. 161”, *op.cit.*, p. 2102.

Por otro lado, subyace en el art. 161.5 del TRLPI una cierta razón de política legislativa. Se ha decidido que en el entorno en línea la copia privada debía quedar al margen, para limitar su posible impacto en la explotación normal de la obra, sobre todo en aquellos casos en que se produce un disfrute *in streaming* de la obra o prestación protegida¹¹⁷⁴.

E) La compensación equitativa.

La Ley 23/2006, de 7 de julio, mantuvo en sus líneas generales el sistema de compensación equitativa en nuestro país, que como hemos visto, se vinculó a la propia excepción de copia privada desde su primer reconocimiento normativo. No obstante, se realiza en esta ley un tratamiento más acorde con la nueva realidad tecnológica, como exige la trasposición de la DDASI. En este sentido, se contempla la copia digital ya de un modo expreso en el art. 25 del TRLPI, lo que se traduce en un régimen híbrido que aúna nuestra tradición jurídica en esta materia con las nuevas exigencias establecidas por la DDASI. Así, se cambia la denominación convencional de “remuneración compensatoria” por el término establecido por la DDASI “compensación equitativa”, y se acomete también una reforma substantiva de otros aspectos de su régimen jurídico.

En primer lugar, cabe decir que se mantiene el modelo mixto por el que había optado nuestro legislador, y que consiste en gravar los aparatos o soportes idóneos para efectuar este tipo de copias (art. 25.5 y 6 del TRLPI), dado que la DDASI no se manifiesta sobre este extremo, sino que otorga libertad al legislador interno. Pero si bien el sistema de compensación se mantiene, se establece una separación de regímenes en cuanto al cálculo de la compensación entre la copia a partir de aparatos o soportes analógicos y las copias efectuadas a partir de aparatos o soportes digitales

¹¹⁷⁴ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Comentario al art. 161”, *op.cit.*, p. 2103 considera que: “el reconocimiento de esta excepción haría realmente imposible no sólo el agotamiento del mercado, sino incluso su nacimiento y saludable desarrollo. Si admitimos la copia privada para obras que se comercializan a través de licencias en línea en realidad estamos acabando con ese mismo mercado de visualización y audición en tiempo real antes de empezar”.

(art. 25.5 y 6 y DT1ª del TRLPI)¹¹⁷⁵.

En segundo lugar, por lo que respecta a las copias digitales se incorporan al texto del art. 25 del TRLPI los criterios establecidos en la parte expositiva de la DDASI para determinar cuándo la compensación resultará equitativa y dará lugar a su nacimiento *ex lege* a favor de sus deudores, así como, otros criterios que se incorporan por el legislador español *ex novo* (art. 25.6 del TRLPI)¹¹⁷⁶.

Y en quinto lugar, se amplía el ámbito de la exclusión de la excepción a los discos duros de ordenador (art. 25.7 b) al establecer que: “Los discos duros de ordenador en los términos que se definan en la orden ministerial conjunta que se contempla en el anterior apartado 6 sin que en ningún caso pueda extenderse esta exclusión a otros dispositivos de almacenamiento o reproducción”.

En este sentido, la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción, estableció que resultaban idóneos para hacer copias privadas de fonogramas y grabaciones audiovisuales los discos duros integrados o no en un equipo, siempre que no sean discos duro de ordenador¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁵ Para LOPEZ MAZA, S.: *Límites del derecho de reproducción...*, *op.cit.*, p. 249 esta diferencia se basa en el mayor impacto económico de la copia digital.

¹¹⁷⁶ Estos criterios que se establecen en el art. 25.6 del TRLPI son: a) El perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos por las reproducciones a que se refiere el apartado 1, teniendo en cuenta que si el perjuicio causado al titular es mínimo no podrá dar origen a una obligación de pago. b) El grado de uso de dichos equipos, aparatos o soportes materiales para la realización de las reproducciones a que se refiere el apartado 1. c) La capacidad de almacenamiento de los equipos, aparatos y soportes materiales. d) La calidad de las reproducciones. e) La disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas a que se refiere el artículo 161. f) El tiempo de conservación de las reproducciones. g) Los importes correspondientes de la compensación aplicables a los distintos tipos de equipos y aparatos deberán ser proporcionados económicamente respecto del precio medio final al público de los mismos”. Aunque como GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Comentario al art. 25”, *op.cit.*, p. 463 no se incorpora, en cambio, la exclusión de la doble remuneración establecida en el Considerando 35 de la DDASI.

¹¹⁷⁷ La disposición primera de la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, estableció la lista de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación por copia privada y las cantidades aplicables. Para equipos o aparatos digitales de reproducción de videogramas, fonogramas y libros y

La opción del legislador de excluir los discos duro de ordenador había sido objeto de crítica por la doctrina¹¹⁷⁸. Pues, el disco duro del ordenador es un soporte de almacenamiento en el que se pueden incluir, perfectamente, copias de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor. No obstante, cabe apuntar que la restricción sólo se aplicaba a las memorias insertadas en un ordenador. Pero no se extendía a otros aparatos que disponen de espacio de almacenamiento digital o memoria interna. Ni tampoco a los discos duros externos que no son componente interno de un ordenador, a pesar que la referida Orden omitió la referencia expresa a estos soportes.

En cuanto, a la inclusión en esta orden de teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas en formato comprimido, la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 4 de marzo de 2013, declaró esta inclusión contraria al art. 25-6 4ª a) del TRLPI y en definitiva, al espíritu de la DDASI, en cuanto a la

publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros, ya sean específicos o mixtos, salvo que estén incluidos en la letra h): 1. Grabadora de discos compactos específicos: 0,60 euros por unidad. 2. Grabadora de discos compactos mixtos: 0,60 euros por unidad. 3. Grabadora de discos versátiles específicos: 3,40 euros por unidad. 4. Grabadora de discos versátiles mixtos o de discos compactos y versátiles: 3,40 euros por unidad. Además se establece la sujeción al canon de: c) Para discos compactos no regrabables: 0,17 euros por unidad. d) Para discos compactos regrabables: 0,22 euros por unidad. e) Para discos versátiles no regrabables: 0,44 euros por unidad. f) Para discos versátiles regrabables: 0,60 euros por unidad. g) Para memorias USB y otras tarjetas de memoria no integradas en otros dispositivos: 0,30 euros por unidad. h) Para discos duros integrados o no en un equipo, idóneos para la reproducción de videogramas y fonogramas, entendiéndose por tales discos duros todos aquéllos que no estén afectados por la definición que a los efectos del 25.7.b) de la Ley de Propiedad Intelectual, se contiene en el punto 2 de este apartado: 12,00 euros por unidad. Los discos duros que estén integrados en equipos descodificadores de señales de televisión digital quedarán excluidos del pago de la compensación por copia privada durante el primer año de vigencia de esta Orden. Transcurrido dicho plazo, el importe a satisfacer en concepto de compensación equitativa por copia privada por estos equipos será de 12,00 euros por unidad. i) Para dispositivos reproductores de fonogramas, videogramas o de otros contenidos sonoros, visuales o audiovisuales en formato comprimido: 3,15 euros por unidad. j) Para teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas en formato comprimido: 1,10 euros por unidad.

Respecto a los soportes de almacenamiento universales o mixtos Data se produjo un acuerdo entre ASIMELEC (Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones) y cinco entidades de gestión (SGAE, AISGE, EGEDA, AIE y DAMA) que se firmó el 30 de julio de 2003. En este acuerdo los fabricantes y comerciantes de este tipo de soportes digitales de almacenamiento aceptaban la imposición de la compensación equitativa sobre los mismos.

¹¹⁷⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “Comentario al art. 25”, *op.cit.*, p. 494 y ss.

exclusión del perjuicio mínimo. Sin perjuicio de que no sostuviera el mismo criterio respecto a las tarjetas de memoria que se incorporan a estos dispositivos¹¹⁷⁹.

2.3 Reformas posteriores y régimen actual.

A) En general, de la copia privada.

La Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el TRLPI y la LEC, vuelve a acometer la reforma de la copia privada después de que el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público suprimiera el sistema de compensación que se preveía en el art. 25 del TRLPI.

Entre las principales novedades que establece cabe destacar las siguientes. En primer lugar, se matiza que el uso privado no será profesional ni empresarial, y se zanja con ello la polémica doctrinal en cuanto a la dimisión de la copia privada para estos usos personales¹¹⁸⁰. Con ello se reduce aún más el ámbito de la excepción, que podemos decir sólo operará en un ámbito doméstico, en el que el usuario realiza los aspectos más íntimos de su vida, pero no cubrirá determinados usos ligados a su actividad profesional o empresarial, incluso realizados sin sujeción a un empleador.

En segundo lugar, se determina de modo preciso el requisito del acceso legal, al exigirse no sólo que se acceda de forma legal, sino que además se añade el requisito de la fuente lícita, y se acotan los supuestos en los que debe entenderse que ha existido un acceso legal y desde una fuente lícita. En este sentido, el art. 31.2 del TRLPI en su apartado b) establece: “Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita. A estos efectos, se

¹¹⁷⁹ SAP de Madrid, de 4 de marzo de 2013, *LA LEY 34394/2013*, en el caso de AGEDI, AIE y SGAE contra Nokia Spain S.A.U. Y en sentido similar, en la SAP de Madrid, de 12 de abril de 2013, *LA LEY 65656/2013*.

¹¹⁸⁰ GÓMEZ POMAR, F.: “La función de la propiedad intelectual...”, *op.cit.*, p. 212; NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.: “La copia privada y las metamorfosis del derecho de autor”, *Actualidad Civil*, 1999, tomo I, p. 206; GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos...*, *op.cit.*, p. 166 para este autor la aplicación de la excepción sería admisible respecto a estos usos siempre que el profesional no facilitase la copia a un cliente.

entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos: 1.º Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil. 2.º Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada”.

Por lo tanto, con la nueva redacción se exige la licitud tanto respecto al acceso y como a la fuente a partir de la que se realiza la copia, dejando claro que la copia de la copia ilícita será también ilícita. Respecto a aquellas copias que se realicen a partir de un soporte material, en la nueva redacción la ley exige que se haya “comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil”. Nos planteamos, si esta exigencia implica que la persona que realiza la copia debe ser propietario del soporte. En principio, si entendemos que la copia privada se vincula como una prerrogativa a los derechos dominicales del titular del soporte deberíamos entender que sólo su titular podría realizar la copia. Sin embargo, abogamos por una interpretación más integradora con el régimen de la copia privada, que extienda tanto la titularidad legítima del soporte como la posibilidad de copia a las personas que conforman el ámbito privado del beneficiario, su esfera personal y familiar, en definitiva, su ámbito doméstico o de privacidad donde dichos usos se desarrollan.

En relación al segundo supuesto contemplado, debe tenerse en cuenta que no se está estableciendo en ambos supuestos una distinción entre los entornos en línea y fuera de línea, al menos de manera directa. Ya que este segundo supuesto parece hacer referencia a aquellos supuestos en que no existe un soporte de origen material, sino que se trata de actos comunicados a través de formas de fijación inmateriales o magnéticas. No obstante, parece que el precepto excluye del ámbito de la excepción la descarga ilegal en Internet de estas reproducciones al establecer como exigencia que no se haya obtenido “dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o

espacio público no autorizada”.

A mi modo de ver, al introducir el carácter lícito de la fuente como exigencia objetiva, dejan de tener virtualidad algunos supuestos en que la buena fe del adquirente de estas copias había llevado a reconducir los supuestos de acceso a partir de soportes ilícitos a la excepción de copia privada.

B) En especial, de la compensación equitativa.

Como hemos visto, la Ley 23/2006, de 7 de julio, no alteró el sistema de compensación establecido en nuestro derecho desde la LPI, en cuanto a gravar los aparatos y soportes idóneos para efectuar reproducciones de obras o prestaciones protegidas, sino más bien lo adaptó al nuevo entorno digital. Ahora bien, que la DDASI no se manifestara expresamente sobre la forma en que esa compensación equitativa debía articularse en los ordenamientos internos no significa que diera una libertad absoluta a éstos para configurar estos sistemas. En concreto, cualquier sistema de compensación debería ajustarse al concepto de compensación equitativa, no sólo a partir del texto del art. 5.2b) de la DDASI, sino también de sus considerandos.

Así, lo entendió el TJUE en la sentencia de 21 de octubre de 2010, en el asunto PADAWAN, al considerar que la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulta conforme con la Directiva 2001/29¹¹⁸¹.

¹¹⁸¹ STJUE de 21 de octubre de 2010, Sala Tercera, *PADAWAN, S.L. y SGAE, EGEDA AIE, AGEDI y CEDRO*, C-467/2008, *LA LEY* 165620/2010. La STS de 22 de junio de 2012, *LA LEY* 109307/2012 reconoce que con esta sentencia el TJUE aclara la interpretación que el legislador interno debe dar al concepto comunitario de “compensación equitativa”. A nuestro modo de ver, existen otras cuestiones sobre las que esta sentencia no se pronuncia, que van siendo objeto de consideración por parte del TJUE.

Por ello, el Real-Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, procedió a suprimir, sin mayores explicaciones, la compensación equitativa por copia privada prevista en el art. 25 del TRLPI, limitándose a añadir que el Gobierno establecería reglamentariamente el nuevo régimen de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado¹¹⁸², así como que la cuantía de la compensación “se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado”.

Con posterioridad, el RD 1657/2012, de 7 de diciembre, reguló el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. En principio una regulación normativa en vigor, que comportó una cierta deslegalización de la materia, por cuanto el Real-Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, se limitó a derogar el art. 25 del TRLPI, y a establecer una regulación mínima, si bien suponía un cambio de sistema compensatorio. Por lo que el RD 1657/2012, de 7 de diciembre, reguló muchos aspectos substantivos y procedimentales sin la necesaria cobertura legal¹¹⁸³.

La Ley 21/2014, de 4 de noviembre, trató de reparar legalmente este desastre de técnica legislativa, dando cobertura legal a la regulación del nuevo sistema presupuestario de compensación equitativa y consolidando la ruptura respecto al sistema anterior.

¹¹⁸² La opción de compensar la copia privada con cargo a una asignación presupuestaria sólo se ha aplicado en Noruega. Vid. <http://directivasgae.iaformacion.com/uploads/contenidos/doc/48-2-2920-1-Noruega.pdf>

Por lo que resulta una solución atípica en el entorno europeo que no ha satisfecho ni a las entidades de gestión ni tampoco a las autoridades europeas, en concreto al mediador europeo sobre la regulación de la copia privada, Antonio Vitorino vid. al respecto “Antonio Vitorino ve atípico el caso español de pago de tasas por copia privada”, publicado en El País, edición de 30 de enero de 2014, http://economia.elpais.com/economia/2014/01/30/agencias/1391115379_259877.html

¹¹⁸³ Esta regulación reglamentaria a pesar de su nula técnica legislativa, por cuanto podría ser declarado nulo, sin perjuicio de su convalidación normativa posterior, podría entenderse aplicable en aquello que no se oponga a la regulación establecida en la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el TRLPI y la LEC. Sí que se opondría a la Ley 21/2014, en cuanto a lo dispuesto en el art. 3.4.

Con ello se asienta en nuestro ordenamiento la ruptura definitiva con el sistema de compensación tradicional en nuestro Derecho de gravar con un canon los soportes o materiales idóneos para realizar este tipo de reproducciones. De forma que se libera como acreedor del pago de la compensación a los fabricantes españoles de estos equipos, aparatos y soportes materiales, así como de la responsabilidad solidaria establecida a cargo de los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirientes de los mismos. Y se pasa a hacer recaer el gravamen sobre el conjunto de los ciudadanos que satisfacen con sus impuestos esta partida de gasto público.

La explicación parece encontrarse, como se reconoce en la Exposición de Motivos de esta ley, en la necesidad de encontrar un nuevo mecanismo de financiación de esta compensación que deje de gravar de manera sistemática y ciega a “los intermediarios en el mercado de equipos, aparatos y soportes de reproducción, para pasar a financiarse directamente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado”. De modo que se realice “con pleno respeto del principio de justo equilibrio entre la cuantía de aquella y el perjuicio causado por las copias privadas realizadas al amparo del límite de obras protegidas”. Y como de una manera mucho más explícita se reconoce en la Exposición de Motivos del RD 1657/2012, de 7 de diciembre, se reconoce: “Así, el legislador ha considerado oportuno que los ciudadanos puedan beneficiarse, en territorio español, del límite de copia privada en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, como contraprestación a una parte de los impuestos que satisfacen y de los que se nutren los ingresos públicos”.

A nuestro modo de ver esta solución no resuelve el problema de la compensación equitativa, porque no se puede hablar de justo equilibrio, ni de respeto al perjuicio real causado, cuando se pasa a gravar a todos los ciudadanos con el pago de esta exacción. Y que hace recaer el canon de manera indiscriminada, y tan ciega como el sistema de compensación anterior, sobre el conjunto de los ciudadanos, tanto respecto a los que nunca realizan copias privadas de obras y prestaciones protegidas, como a los que sí las realizan. Y tampoco discrimina entre los usos que realizan las personas físicas, de aquellos realizados por personas jurídicas que quedan fuera de la

excepción¹¹⁸⁴.

En cuanto a esta regulación, y a sus principales aspectos, cabe decir, en primer lugar, que se mantiene el hecho generador de la compensación, si bien con la nueva definición de uso privado introducida por la Ley 21/2014, así como del beneficiario de la compensación (art. 25.1 y 2 del TRLPI).

En segundo lugar, se vuelve a precisar, que la determinación de la cuantía de la compensación será calculada “sobre la base del criterio del perjuicio causado a los beneficiarios” y que además “contará con una consignación anual en la Ley de Presupuestos Generales del Estado”, parece que los argumentos de la sentencia en el caso PADAWAN siguen presentes en la mente del legislador, pero sin darle satisfacción adecuada¹¹⁸⁵

¹¹⁸⁴ Así lo entendieron las principales entidades de gestión que manifestaron su oposición a este sistema de compensación, vid. el comunicado emitido en relación al informe emitido por el mediador designado por la Comisión Europea su informe de conclusiones sobre los sistemas de compensación por copia privada de los países miembros de la Unión Europea, informe que le fue solicitado por el comisario Barnier en noviembre de 2011. Este posicionamiento conjunto puede consultarse en: http://www.sgae.es/recursos/pdf/comunicacion/Copia_privada/Europa_se_desmarca_del_modelo_espanol_de_copia_privada.pdf

¹¹⁸⁵ La cuantía para el ejercicio 2013 se ha determinado por la Orden ECD/2166/2014, de 14 de noviembre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2013, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y su distribución entre las tres modalidades de reproducción referidas legalmente, quedando fijada en 5 millones de euros y estableciendo en su disposición segunda que: “1. La distribución, entre las modalidades de reproducción referidas legalmente, de la cuantía de la compensación del ejercicio 2013 con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, queda determinada mediante la aplicación de los siguientes porcentajes, que se derivan del resultado del procedimiento instruido según lo establecido en el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre: a) Libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros: 28,98903781 por 100. b) Fonogramas: 33,64911824 por 100. c) Videogramas: 37,36184394 por 100. 2. A su vez, la distribución de la compensación en cada modalidad de reproducción se realizará atendiendo a lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre”. El art. 5 del RD 1657/2012, de 7 de diciembre establece que: “La distribución de la compensación equitativa por copia privada se realizará de la siguiente manera: a) En la modalidad de fonogramas y demás soportes sonoros, el 50 por ciento para los autores, el 25 por ciento para los artistas intérpretes o ejecutantes y el 25 por ciento para los productores. b) En la modalidad de videogramas y demás soportes visuales o audiovisuales, un tercio para los autores, un tercio para los artistas intérpretes o ejecutantes y un tercio para los productores. c) En la modalidad de libros y publicaciones asimiladas, el 55 por ciento para los autores y el 45 por ciento para los editores”.

En tercer lugar, se establecen unos supuestos específicos que por no poder ser considerados como copias para uso privado no darán lugar a la compensación, y un supuesto genérico de exclusión de la compensación equitativa. Respecto a los supuestos específicos, el art. 25.4 establece que las siguientes copias no darán lugar a la compensación: “a) las realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital adquiridos por personas jurídicas, que no se hayan puesto, de hecho ni de derecho, a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas; b) las realizadas por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras y prestaciones protegidas en el ejercicio de su actividad, en los términos de dicha autorización”.

Y el art. 25.5 añade que: “No darán origen a una obligación de compensación aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción haya sido mínimo, que se determinarán reglamentariamente. En todo caso, no dará origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno”. Se excluye del ámbito de la compensación los supuestos conocidos como *time-shifting*, o copias efectuadas de obras y prestaciones a las que el usuario accedió legalmente para ser disfrutadas en otro momento. En cambio, dará lugar a la compensación los supuestos de *space-shifting* y el *device-shifting*, puesto que sólo se deja fuera de la compensación los supuestos de disfrute diferido en el tiempo de obras y prestaciones protegidas.

Finalmente, el art. 25.6 establece, en sintonía con lo establecido en la DDASI, que: “En la determinación de la cuantía de la compensación equitativa podrá tenerse en cuenta, en los términos que se establezca reglamentariamente, la aplicación o no, por parte de los titulares del derecho de reproducción, de las medidas tecnológicas eficaces que impidan o limiten la realización de copias privadas o que limiten el número de éstas”.

Nada se dice, en cambio, respecto a los “criterios objetivos” establecidos en el art. 3 del RD 1657/2012, de 7 de diciembre. En principio, no considero que la voluntad del legislador haya sido establecer las medidas tecnológicas de protección como el único factor determinante en la cuantía de la compensación, lo que resulta insuficiente no sólo por cuanto no resultan aplicables al entorno analógico, sino porque también resulta insuficiente en el propio entorno digital. No obstante el respeto al principio de jerarquía normativa, así como la obvia deslegalización introducida por el RD 1657/2012, de 7 de diciembre, nos llevan a desear un pronto desarrollo reglamentario de esta cuestión, que incorporara estos criterios, en la medida que resultan coherentes en la determinación de la cuantía de la compensación¹¹⁸⁶.

3. Otras excepciones con especial relevancia en el entorno en línea.

3.1 La excepción de cita.

A) Consideraciones generales.

La excepción de cita se establecía ya en el art. 32 de la LPI, con perfiles similares, a los recogidos en la redacción actual de este precepto en el TRLPI. Así se contemplaba ya su vinculación a fines docentes o de investigación, así como se preveía ya que “las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa tendrán la consideración de citas”. La ley 23/2006 sigue con la

¹¹⁸⁶ El art. 3.2 del RD 1657/2012, de 7 de diciembre, establece que: “Para la estimación de este perjuicio deberán tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes criterios objetivos: a) La estimación del número de copias realizadas, en los términos previstos en el artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, excluyendo aquellas reproducciones realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas, y excluyendo, asimismo, los casos en los que queda exceptuado por ley el pago de la compensación. b) El impacto de la copia privada sobre la venta de ejemplares de las obras, teniendo en cuenta el grado de sustitución real de éstos por las copias privadas realizadas y el efecto que supone que el adquirente de un ejemplar o copia original tenga la posibilidad de realizar copias privadas. c) El precio medio de la unidad de cada modalidad reproducida, el porcentaje del precio de la copia original que va destinado a remunerar los derechos de propiedad intelectual y la vigencia de los derechos de propiedad intelectual de las obras y prestaciones reproducidas. d) El diferente perjuicio del establecimiento del límite de copia privada según, entre otros criterios, el carácter digital o analógico de las reproducciones efectuadas al amparo de la excepción, o la calidad y el tiempo de conservación de las reproducciones. e) La disponibilidad y aplicación de medidas tecnológicas efectivas a que se refiere el artículo 160.3 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual”.

equiparación las citas y las reseñas o revistas de prensa, si bien añade, en virtud de la transposición de la DDASI y de lo dispuesto en el art. 5. 3º a) de la misma, un nuevo límite en relación a la ilustración de la enseñanza. La Ley de 2014 amplía la regulación del derecho de cita, tanto de modo general (art. 32.4 del TRLPI), como en especial respecto a la agregación de contenidos informativos en Internet (art. 32.2), así como respecto a la excepción de la ilustración (art. 32.3).

B) La excepción de cita en sentido general.

Esta excepción se ha fundado en el interés público de acceso a la cultura¹¹⁸⁷, así como en la libre circulación de ideas y promoción del conocimiento¹¹⁸⁸. En este sentido, el art. 32.1 del TRLPI establece que: “Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada”.

Por tanto, la cita puede establecerse a partir de fragmentos de obras ajenas de diferente naturaleza, en concreto, “escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo”. Y su régimen se caracteriza por una serie de notas generales, que abordamos a grandes rasgos, para entender mejor su encaje en el entorno digital y de Internet.

En primer lugar, el art. 32.1 presupone la existencia de dos creaciones intelectuales, la obra originaria de la que se extraen los fragmentos que constituye la cita, y la obra en la que el fragmento se incluye¹¹⁸⁹. Como hemos visto, la obra de

¹¹⁸⁷ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 32”, *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 586.

¹¹⁸⁸ RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 32”, *Comentarios de la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. RODRÍGUEZ TAPIA, ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 291.

¹¹⁸⁹ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 32”, *op.cit.*, p. 586.

origen y la obra de destino pueden ser distintos tipos de creaciones, obras escritas sonoras, o audiovisuales, incluso de carácter plástico o fotográfico. Asimismo, entendemos que aunque no se ha concretado de forma precisa en la norma, lo que sugerimos de *lege ferenda*, cabría admitir que ambas obras tuvieran una diferente naturaleza digital y analógica. Se podrá realizar su inclusión en un formato distinto, porque como ya dijimos no constituye un acto de transformación, aunque existirá una cierta afección al derecho de comunicación, pero dado el carácter limitado de la cita y su uso inocuo, debe entenderse como un uso amparado en la excepción, y exigido por la extensión progresiva del entorno digital.

En segundo lugar, la necesidad de que se respeten adecuadamente los derechos morales del autor, que la obra de la que se tome la cita haya sido divulgada, y además se exige el respeto a la paternidad intelectual, mediante la exigencia de la indicación de la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada, aunque no se establezca una forma específica para cumplir ese mandato¹¹⁹⁰.

En tercer lugar, la excepción se admite sólo vinculada a fines docentes o de investigación. Y además, se exige que la inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. No obstante, se ha defendido el excesivo carácter restrictivo de estas finalidades, por cuanto dejaría fuera de la excepción otros usos sociales generalizados, que no responden, en cambio, a una finalidad docente o de investigación¹¹⁹¹. Como sugiere RODRÍGUEZ TAPIA la ley 23/2006 no aprovechó para introducir la excepción prevista en el art. 5.3 j DDASI¹¹⁹², y la Ley 21/2014 tampoco ha subsanado esta omisión.

En cuarto lugar, posee un carácter esencialmente limitado, por cuanto sólo se admite “en la medida justificada por el fin de esa incorporación” como expresión de la que parece entenderse que la cita debe quedar reducida a un fragmento o parte de una obra. Lo que excluye la inclusión de una obra en su totalidad, salvo en el caso de

¹¹⁹⁰ RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 32”, *op.cit.*, p. 295.

¹¹⁹¹ RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 32”, *op.cit.*, p. 293.

¹¹⁹² RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 32”, *op.cit.*, p. 297.

las obras de carácter plástico o fotográfico, respecto a las que cabe su inclusión con carácter aislado, y por tanto íntegro, en la medida que se entiende que este tipo de obras no pueden ser percibidas, sin desnaturalizarlas, de forma fragmentaria. Además deberá tenerse en cuenta algunos aspectos concretos de la obra, como su género o extensión¹¹⁹³. De modo que todo aquello que rebase los fines específicos de esta excepción, es decir, su inclusión a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico queda fuera de la excepción¹¹⁹⁴.

Pero antes de abordar esta cuestión, debemos plantear algunas de las omisiones que los legisladores españoles desde el año 2006 han realizado en cuanto a la inserción de esta excepción en el entorno digital. En primer lugar, cabe señalar que aunque el art. 32 del TRLPI no se refiere a la obra multimedia, quizá porque ésta no merece para el legislador español la consideración de categoría autónoma de obra. No obstante, debemos plantear la posibilidad de que este tipo de obras pueda ser objeto de cita o pueda albergar la cita de otros tipos de obras. Respecto a la primera posibilidad, habrá que estar al caso concreto, aunque en principio deberá partir del carácter interactivo de la creación, de forma que cuando la cita prive de dicha interactividad, y en definitiva, de sentido al resultado creativo debería limitarse esta posibilidad, en el sentido de entender que no se realiza en “la medida justificada por el fin de esa incorporación”. Respecto a la segunda cuestión resulta claro que en la medida que la obra multimedia constituya una creación original y se someta a los límites generales del derecho de cita, resultará admisible y amparada por la excepción del art. 32.1 del TRLPI.

Otro de los aspectos que el derecho de cita plantea en el entorno en línea, es el de si los enlaces pueden o deben ser considerados como una aplicación de la excepción de cita. A este respecto debemos partir de que la URL en principio es un mero dato fáctico que conecta recursos existentes en Internet. En este sentido, el

¹¹⁹³ RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 32”, *op.cit.*, p. 298.

¹¹⁹⁴ RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 32”, *ult.cit.* para quien: “No es cita la recopilación de obras o fragmentos que cuantitativamente no deje espacio reconocible a la creación propia a la que, supuestamente, han de incorporarse o añadirse”.

enlace únicamente reproduce esa ubicación en Internet, y no constituye un contenido protegido. Ahora bien, respecto a los resúmenes que incorporan los buscadores y determinados servicios de noticias en Internet, su inclusión en esta excepción, si bien sin derecho a compensación equitativa, se establece en el art. 32.2, en la nueva redacción dada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre.

C) La excepción de cita en el ámbito periodístico.

a) Reseñas y revistas de prensa.

El art. 32.1 del TRLPI establece en su párrafo segundo que: “Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite”.

Esta ampliación de los fines específicos de la cita al ámbito periodístico, y por tanto, a otros fines distintos de los fines docentes y de investigación, ha sido el precedente normativo en el entorno fuera de línea de la excepción en favor de los agregadores de noticias de Internet. Y en cierto sentido la explicación de su inclusión en este precepto, en lugar de en el art. 33 del TRLPI, tal y como había sugerido parte de la doctrina. Desde la doctrina se ha destacado que esta excepción hubiera tenido una ubicación más sistemática en el art. 33 del TRLPI que admite la posibilidad de reproducir artículos sobre temas de actualidad¹¹⁹⁵.

El art. 32.1 admite las recopilaciones periódicas en forma de reseñas o revistas de prensa. Aunque la ley española no define lo que es reseña ni revista de prensa¹¹⁹⁶, podemos apuntar que las reseñas son breves resúmenes, “a efectos de dar noticia de lo consignado en otra revista o periódico con referencia a una determinada

¹¹⁹⁵ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 32”, *op.cit.*, p. 593.

¹¹⁹⁶ RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 32”, *op.cit.*, p. 299.

materia o tema”¹¹⁹⁷, pudiendo utilizarse la cita literal o el estilo indirecto¹¹⁹⁸. En cambio, la revista de prensa haría referencia a una “reseña panorámica” que permite ofrecer a sus lectores una revista o repaso de varios y diversos medios informativos de la competencia”¹¹⁹⁹. Esta excepción sólo se admite cuando el autor no se haya opuesto de forma expresa. Cabe destacar su contenido más amplio que el de la excepción contenida en el art. 33 del TRLPI, en el sentido de que no se entiende limitada a “temas de actualidad”.

Finalmente, cabe indicar que las reseñas o revistas de prensa podrán realizarse de forma analógica o digital, pero cuando se realicen en el entorno en línea, estaremos ante el supuesto contemplado en el art. 32.2, es decir la agregación de contenidos informativos en Internet.

b) Agregación de contenidos divulgados en publicaciones periódicas o en sitios web de actualización periódica.

La última reforma del TRLPI, ha introducido en nuestro derecho una nueva excepción en favor de los agregadores de noticias, que se ha conocido popularmente como tasa Google, aunque afecta a todos los agregadores de estos contenidos, además de Google News. En este sentido, establece el art. 32.2 del TRLPI que: “La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. En cualquier caso, la puesta a disposición del público por terceros de cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en

¹¹⁹⁷ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 32”, *op.cit.*, p. 594.

¹¹⁹⁸ RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 32”, *op.cit.*, p. 300.

¹¹⁹⁹ RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario al art. 32”, *ult.cit.*

publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica estará sujeta a autorización”.

La primera crítica que cabría realizar a este precepto, es su ubicación sistemática dentro de la excepción de cita, en lugar de la excepción de temas de actualidad (art. 35 del TRLPI) y que podía haber sido subsanada bien por la Ley 23/2006 o en la Ley 21/2014. Sin embargo esta conclusión debe ser matizada. En primer lugar, porque recoge parte de los elementos configuradores de la excepción de cita, como la necesidad de que este servicio de seguimiento de noticias o *press clipping*, agregue únicamente “fragmentos no significativos de contenido”, se trataría de resúmenes, en el sentido convencional entendido de citas literales o resúmenes en estilo indirecto. En segundo lugar, porque la excepción de agregación no permite sólo agregar noticias o temas de actualidad. El art. 32.2 únicamente exige que dichos contenidos hallan sido “divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento”, lo que constituye un contenido agregativo más extenso que las noticias de prensa o los temas de actualidad. Respecto a estos contenidos se admite su agregación en Internet, si bien, sometida a una compensación equitativa, y se construye como la copia privada con carácter irrenunciable y de gestión obligatoria a través de las entidades de gestión.

Ya hemos tenido oportunidad de pronunciarnos en contra de la construcción normativa de esta excepción, y la exigencia de una compensación equitativa. En este sentido, hemos destacado como su introducción en nuestro Derecho responde a las presiones de los editores periodísticos, pero resulta criticable por varios motivos.

En primer lugar, los productores de contenidos agregados, al menos, los editores a los que se refiere de manera expresa el precepto, y para los que parece estar diseñada la reforma, pueden proteger sus contenidos mediante medidas tecnológicas que impiden la agregación o establecer licencias en línea que la

limiten¹²⁰⁰.

En segundo lugar, porque ese supuesto perjuicio a los titulares de derechos es más que discutible cuando los contenidos se agregan mediante un enlace directo al sitio web donde se localizan. Pues, ese enlace directo, como hemos analizado, no afecta al contenido del derecho de autor ni constituye un acto de explotación patrimonial. En este sentido, la agregación no perjudica económicamente al productor del contenido de manera indiscriminada, pues los medios de donde proviene originariamente el contenido agregado pueden ganar visitas a sus páginas, con la difusión que el agregador genera. Por lo que como sugiere la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia esto sería un indicio de que para algunos editores “el agregador es complementario y no competidor de su producto o servicio”. Y esa mayor difusión de la página puede además aportar al editor otros ingresos distintos a la suscripción, principalmente ligados a la publicidad alojada¹²⁰¹, o a la posibilidad de abrir nuevas audiencias¹²⁰². Sin perjuicio de que este argumento no pueda ser extensible a determinados tipos de enlaces como el llamado *deep linking* o enlace profundo¹²⁰³. Desde el punto de vista del derecho de autor hubiera sido conveniente que el legislador regulara esta excepción tomando en consideración la distinta tipología de enlaces, y su grado de afectación al contenido del derecho de autor, dejando los enlaces directos al margen de la excepción, porque constituyen usos que no afectan al contenido del derecho de autor.

¹²⁰⁰ Vid. JASIEWICZ, M.I.: “Copyright protection in an opt-out world...”, *op.cit.*, p. 844. Esta autora cita el caso BLAKE A. FIELD, Plaintiff, v. GOOGLE INC., 412 F. Supp 2d en 1116, disponible en <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/telecom/fieldvgoogle.pdf>, en el que se admitió que la falta de estos mecanismos constituía un comportamiento del que derivaba la concesión de un licencia implícita, de forma que si un sitio web deja su sitio abierto, permite la copia de Googlebot, robot de búsqueda de google.

¹²⁰¹ PRO/CNMC/0002/14 Propuesta referente a la modificación del art. 32.2 del Proyecto de ley de que modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 16 de mayo de 2014, p. 7 y ss. disponible en:

http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_sobre_normativa/2014/140516_PRO_CNMC_0002_14_tasa_google.pdf

¹²⁰² JASIEWICZ, M.I.: “Copyright protection in an opt-out world...”, *op.cit.*, p. 841.

¹²⁰³ Estos enlaces se caracterizan porque no remiten a las páginas donde el titular de los contenidos ha alojado la publicidad (*banners*), que normalmente es la página de inicio (*home page*), sino a otras páginas.

En tercer lugar, porque al configurarse como un derecho de simple remuneración su gestión y cobro se encomienda a las entidades de gestión, por lo que sólo participarán en su cobro los proveedores de contenidos asociados a ellas, pero no los pequeños productores de contenidos, como *bloggers*, que al no estar asociados a ninguna de estas entidades, no participarán de la compensación, a pesar de haber contribuido con sus contenidos a su generación¹²⁰⁴.

Estos argumentos nos llevan a criticar que el legislador español se haya apartado de las ideas rectoras de la compensación equitativa en la DDASI, tanto del perjuicio efectivo como del justo equilibrio, tal y como se establece en su Considerando 31. Así, a nuestro modo de ver, esta compensación infringe los límites específicos establecidos en la DDASI. Porque en un entorno en línea deberían ser las medidas tecnológicas de protección y las licencias de uso las que en coherencia con la DDASI limitaran el uso público de sus contenidos, careciendo de sentido y justo equilibrio que se les imponga la obligación de indemnizar cuando no existe daño a quien de manera voluntaria decide abrir sus contenidos al uso libre y colectivo en Internet.

Por otro lado, el precepto realiza una delimitación normativa también en sentido negativo. Así, se excluye, en primer lugar, cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica, por lo que la agregación de estos contenidos deberá ser objeto de autorización previa por parte del autor. En segundo lugar, se establece una razonable excepción en cuanto a los motores de búsqueda, al establecer el apartado segundo del art. 32.2: “Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios que faciliten instrumentos de búsqueda de palabras aisladas incluidas en los contenidos referidos en el párrafo anterior no estará sujeta a autorización ni compensación equitativa siempre que tal puesta a disposición del público se produzca sin finalidad comercial

¹²⁰⁴ En este sentido, nos sumamos a las críticas que con carácter general PLAZA PENADÉS, J.: “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 18 y ss. establece respecto a la a la obligación del beneficiario de estar asociado a una entidad de gestión para percibir la compensación.

propia y se realice estrictamente circunscrita a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda en respuesta a consultas previamente formuladas por un usuario al buscador y siempre que la puesta a disposición del público incluya un enlace a la página de origen de los contenidos”.

3.2 La excepción de ilustración.

El art.32 del TRLPI regula la excepción de ilustración, y establece dos regímenes normativos, uno de carácter genérico aplicable en todo el ámbito educativo y de investigación (art. 32.3 del TRLPI), tanto al profesorado de la educación reglada, como al personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación, y otro específico para las universidades y centros públicos de investigación respecto a las obras o publicaciones impresas o susceptibles de serlo (art. 32.4 del TRLPI). En ambos casos esta excepción autoriza a sus beneficiarios a realizar sin carácter comercial, y con fines de enseñanza o investigación, actos de reproducción, distribución y comunicación pública de “pequeños fragmentos de obras”, y de obras aisladas de carácter plástico y figurativo. Entendiendo por pequeño fragmento de una obra “un extracto o porción cuantitativamente poco relevante sobre el conjunto de la misma”, en línea con lo establecido en la excepción de cita¹²⁰⁵. Cabe destacar la escasa sistematica de este precepto, que hubiera debido recoger un marco general previo de la excepción en un apartado, que delimitará las condiciones del uso autorizado, actos de explotación afectados y objeto protegidos sobre los que puede recaer, para en otros apartados posteriores introducir ambos regímenes normativos, en función del ámbito subjetivo y objetivo de la excepción, a fin de dotar de mayor claridad la regulación de esta excepción.

A) El régimen general en el ámbito educativo y de investigación.

El art. 32.3 del TRLPI establece que: “El profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español y el personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación en sus funciones de

¹²⁰⁵ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 32”, *op.cit.*, p. 596.

investigación científica, no necesitarán autorización del autor o editor para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras y de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, cuando, no concurriendo una finalidad comercial, se cumplan simultáneamente las siguientes condiciones: a) Que tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas, tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia, o con fines de investigación científica, y en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida. b) Que se trate de obras ya divulgadas. c) Que las obras no tengan la condición de libro de texto, manual universitario o publicación asimilada, salvo que se trate de: 1.º Actos de reproducción para la comunicación pública, incluyendo el propio acto de comunicación pública, que no supongan la puesta a disposición ni permitan el acceso de los destinatarios a la obra o fragmento. En estos casos deberá incluirse expresamente una localización desde la que los alumnos puedan acceder legalmente a la obra protegida. 2.º Actos de distribución de copias exclusivamente entre el personal investigador colaborador de cada proyecto específico de investigación y en la medida necesaria para este proyecto. A estos efectos, se entenderá por libro de texto, manual universitario o publicación asimilada, cualquier publicación, impresa o susceptible de serlo, editada con el fin de ser empleada como recurso o material del profesorado o el alumnado de la educación reglada para facilitar el proceso de la enseñanza o aprendizaje. d) Que se incluyan el nombre del autor y la fuente, salvo en los casos en que resulte imposible”.

a) Beneficiario.

De acuerdo con el art. 32.3 del TRLPI es beneficiario de la excepción “el profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español y el personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación en sus funciones de investigación científica”. Hay que tener en cuenta que esta excepción se incorporó a nuestro Derecho a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio, y como consecuencia de la transposición de la DDASI, y de la excepción prevista en el art. 5.3 a). Si bien en dicha transposición añade elementos no recogidos en la directiva, como la exigencia de que la obra esté divulgada, y se realiza con un

alcance más limitado que el previsto en la DDASI. Por cuanto, la excepción sólo se reconoció inicialmente con fines educativos dentro de la educación reglada, pero sin que se admitiera dentro de la excepción la ilustración con fines de investigación científica, tal y como preveía la DDASI.

La reforma realizada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, ha subsanado esta omisión, de modo que en la nueva redacción del art. 32 del TRLPI se establece la excepción también en este ámbito. Con lo que se da entrada a la excepción no sólo con fines docentes, sino también de investigación, y se convierte en beneficiarios de la excepción al personal de Organismos Públicos de investigación en sus funciones de investigación, así como al personal investigador de las Universidades.

No obstante, siguen quedando fuera de la excepción aquellas enseñanzas que no tienen la consideración de enseñanza reglada, dirigidas a la obtención de un título oficial¹²⁰⁶. En cuanto, a si el carácter privado del centro debe llevar a excluir la aplicación de la excepción, por la supuesta finalidad comercial que estas instituciones puedan imprimir al uso realizado, debería descartarse esta conclusión. Y ello, porque una cosa es que la actividad educativa responda a una finalidad comercial o modelo de negocio, y otra distinta, el carácter comercial que se de a la utilización autorizada. Siempre que no se de esa finalidad comercial al uso, por ejemplo, cobrando un precio al alumno por la obtención del material que incluye la ilustración, sería admisible la excepción en estos ámbitos educativos¹²⁰⁷. Sin embargo respecto a las enseñanzas universitarias y los organismos públicos parece que el legislador ha querido limitar el ámbito de la excepción al carácter público de estos últimos centros, dado que se refiere a “Universidades y Organismos públicos de investigación”. La redacción del precepto es ciertamente confusa por cuanto una interpretación literal pudiera llevar a afirmar que el carácter público sólo se predica

¹²⁰⁶ En este sentido, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 32”, *op.cit.*, p. 596 señala que: “Se incluye a todo el profesorado, bien imparta su enseñanza en un centro público o privado, de educación primaria, secundaria, media, superior, conservatorios de música u otras escuelas oficiales, como pueden ser las de idiomas, y quedan fuera del mismo quienes desarrollen su actividad, por ejemplo, en academias de refuerzo, idiomas, escuelas de danza o dibujo, etc., de naturaleza estrictamente privadas y no dirigidas a la obtención de un título oficial”.

¹²⁰⁷ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 32”, *op.cit.*, p. 597.

de los organismos públicos de investigación. Esta distinción de régimen aplicable entre los organismos de investigación y las universidades no parece coherente, por cuanto no se acierta a entender la razón de este distinto tratamiento jurídico, pues el fundamento de la excepción, en ambos casos, es la difusión del conocimiento, que en el caso de los organismos privados, piénsese en centros tecnológicos, también puede revertir a la sociedad¹²⁰⁸.

b) Uso autorizado.

En cuanto a los usos autorizados, se permiten actos de reproducción, distribución y comunicación de determinados contenidos protegidos para la ilustración de actividades educativas o con fines de investigación científica. En estos usos autorizados debe respetarse la paternidad intelectual del autor, así como la fuente de la que se ha obtenido el fragmento, como establece el art. 32.3 en su apartado d) del TRLPI.

Una de las principales críticas que se puede realizar al legislador español, al trasponer la DDASI en relación a esta excepción, es, sin duda, la escasa o nula previsión que el entorno en línea juega en el ámbito educativo. En este sentido, resulta incomprensible como una reforma legislativa que pretendía adecuar el TRLPI a la sociedad de la información, en los términos de la DDASI, transpusiera esta excepción para un entorno exclusivamente físico, al limitarla a las “actividades educativas en las aulas”.

Este desfase social y tecnológico, que desconoce fenómenos hoy habituales como el e-learning, las aulas virtuales o las páginas *webs* personales de docentes o foros participativos, ha sido corregido acertadamente por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que amplía, de manera implícita aunque no explícita, el ámbito de la excepción a los entornos virtuales. Pues, se elimina la referencia a las aulas como

¹²⁰⁸ No obstante, SAÍZ GARCÍA, C.: “La reforma del límite de ilustración de la enseñanza del art.32 del texto refundido de la ley de propiedad intelectual”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2014, nº34, (BIB 2014/2006), p.15 y ss., señala que, quizá, ese tratamiento diferenciado al admitir en la excepción la investigación desarrollada en Universidades privadas, pero no en Centros de Investigación privados, en la “reversión” que no se produciría en esos últimos.

espacio físico donde se utiliza la excepción por su beneficiario, y se incluye una referencia expresa a la “enseñanza a distancia”.

A nuestro modo de ver, hubiera sido necesaria una posición más clara en la norma, en cuanto a admitir de forma expresa el juego de la excepción en determinados entornos en línea, normalmente intranets, donde ya comienzan a desarrollarse gran parte de las actividades educativas. Ya que aunque la educación a distancia se realiza hoy a través de estos espacios virtuales, también la educación presencial combina estas posibilidades que ofrecen las redes para articular una adecuada interacción alumno-profesor, y redundan en una mejora del modelo educativo, más adaptado a la actualidad social y tecnológica. Por ello, entendemos que la interpretación de los conceptos “educación a distancia” y “educación presencial” no debe referirse a modelos educativos como compartimentos estancos, sino más bien de una manera integrada que parta de una visión del e-learning como parte de la realidad educativa también en la enseñanza presencial.

c) La obra o prestaciones protegidas como objeto de la ilustración.

Por lo que respecta al objeto de la excepción, tras la reforma de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, se admite la excepción con carácter genérico respecto a pequeños fragmentos de obras, y se realiza una mención específica a las obras de carácter plástico o fotográfico figurativo que dada su naturaleza, podrán incluidas de modo íntegro en el uso autorizado, lo que es coherente con el respeto al derecho de integridad como derecho moral del autor. La ausencia de una referencia expresa a la obra cinematográfica puede llevarnos a tres posiciones: a) entender que no se halla incluida en la excepción puesto que no hay una referencia expresa a la misma, a diferencia de lo que ocurre respecto a la obra literaria, plástica y fotográfica; b) asimilar su régimen a la obra literaria y permitir el visionado de fragmentos o escenas a efectos de ilustración; c) asimilar su régimen a la obra plástica y fotográfica y permitir su incorporación de modo íntegro a efectos de ilustración.

A mi modo de ver considero que la exclusión de la obra audiovisual y cinematográfica del ámbito de la excepción no resulta adecuada a los fines

educativos y de investigación, por cuanto estos materiales constiuyen parte de nuestro acervo cultural, y pueden realizar una función de apoyo a las enseñanzas educativas audiovisuales, pero también de otro tipo, así como a las investigaciones que se desarrollen en el ámbito de la comunicación audiovisual. Por ello, entiendo que debe entenderse dentro de la excepción, al menos, la inclusión de un fragmento de este tipo de obras, que respetando la unidad de la escena, como desarrollo secuencial completo de imágenes con unidad temática, apoyen determinados fines educativos o de investigación.

Respecto a determinado material antes excluido, como libros de texto, manuales universitarios, y otras publicaciones asimiladas (añadido este supuesto genérico en la última reforma), si bien se somete su ejercicio a determinadas condiciones específicas. El propio art. 32.3 del TRLPI precisa que se entenderá “por libro de texto, manual universitario o publicación asimilada, cualquier publicación, impresa o susceptible de serlo, editada con el fin de ser empleada como recurso o material del profesorado o el alumnado de la educación reglada para facilitar el proceso de la enseñanza o aprendizaje”. La referencia que el propio precepto realiza a “cualquier publicación, impresa o susceptible de serlo” sugiere la admisión de que este tipo de obras puedan haberse fijado en formatos electrónicos. Inclusión implícita que nos resulta coherente en la medida que el formato, electrónico o en papel, no altera la naturaleza de la obra, ni por tanto, el sentido de la exclusión del ámbito de la excepción, que, en definitiva, es frenar un uso masivo de estos materiales que perjudique su explotación normal.

Respecto al régimen de ejercicio de la excepción, se admiten respecto a este tipo de obras actos de reproducción para la comunicación publicación, pero que no supongan la puesta a disposición de la obra o fragmento ni permitan su acceso a los destinatarios. Parece que se esta pensando, por ejemplo, en determinadas presentaciones gráficas, visuales o sonoras en el curso de una conferencia. En estos casos, el ejercicio de la excepción exige que en el propio acto de comunicación donde se incluye la ilustración incluya expresamente una localización desde la que los alumnos puedan acceder legalmente a la obra protegida. Aunque cabe matizar,

que no se precisa en el precepto qué debe entenderse por “localización”, parece que apunta a la utilización de materiales tomados de Internet o disponibles *online*. Sin embargo, de acuerdo con una interpretación estricta en materia de excepciones debe entenderse que se aplica también a aquellos supuestos en que la obra proceda de un entorno fuera de línea, con indicación de aquel lugar que permita su acceso a otras personas. Y respecto a estos usos autorizados, no se establece por el legislador ninguna remuneración de tipo compensatorio.

No obstante, la excepción no se aplica respecto a este tipo de obras, en el entorno en línea, por disposición expresa del art. 32.3 del TRLPI. Es decir, no se permite la aplicación *online* de la excepción respecto a libros de texto, manuales universitarios o publicaciones asimiladas, lo cual a mi modo de ver no resulta justificado, pues en dicho entorno podría ofrecerse un disfrute in streaming, que no comportara la descarga del fragmento incluido.

B) Régimen específico en el ámbito de las Universidades y Centros Públicos de investigación para determinados tipos de obras.

El art. 32.4 del TRLPI, en su nueva redacción, somete a un régimen específico a las obras o publicaciones, impresas o susceptibles de serlo, en el que se incluye todas aquellas obras que permiten su fijación en un soporte papel, cuando los actos de reproducción, distribución y comunicación pública se realizan en las universidades o centros públicos de investigación con fines educativos o de investigación, de acuerdo con las propias condiciones de uso que ese precepto establece.

En primer lugar, se determina el alcance de la ilustración en el sentido de que “los actos se limiten a un capítulo de un libro, artículo de una revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada, o extensión asimilable al 10 por ciento del total de la obra, resultando indiferente a estos efectos que la copia se lleve a cabo a través de uno o varios actos de reproducción”.

En segundo lugar, se limita la posibilidad de una externalización en la

realización de estos actos, al establecer que “los actos se realicen en las universidades o centros públicos de investigación, por su personal y con sus medios e instrumentos propios”. Por lo que no entraría dentro de la excepción a aquellos supuestos en los que, por ejemplo, la Universidad encarga a una empresa externa la realización de estos actos, pero sí aquellos supuestos en que se utilizan intranets y se accede con medios informáticos propios¹²⁰⁹.

Y en tercer lugar, respecto a estos materiales y en este ámbito univeristario y de centros públicos de investigación se admite la utilización *online* de la excepción si bien se condiciona estos usos en línea a que “sólo los alumnos y el personal docente o investigador del centro en el que se efectúe la reproducción parcial de la obra puedan tener acceso a la misma a través de los actos de comunicación pública autorizados en el presente apartado, llevándose a cabo la puesta a disposición a través de las redes internas y cerradas a las que únicamente puedan acceder esos beneficiarios o en el marco de un programa de educación a distancia ofertado por dicho centro docente”. Si bien cuando se trate de contenidos ofrecidos de forma *online* habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 161.5 de la LPI. En el sentido, de que la posibilidad de que esta excepción se cumpla en el entorno en línea quedará supeditada a que el titular de los derechos sobre la obra o fragmento que sirve de ilustración no haya limitado su acceso mediante una medida tecnológica y haya establecido condiciones específicas en la licencia de uso¹²¹⁰.

A diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos de educación primaria y secundaria, se admite la utilización de la excepción en determinados entornos en línea, respecto a obras o publicaciones, impresas o susceptibles de serlo. En estos casos, si bien no se admite la utilización generalizada en el entorno en línea, se admite un uso excepcional a través de las redes internas y cerradas a las que únicamente puedan acceder los alumnos y el personal docente o investigador del centro en el que se efectúe la reproducción parcial de la obra. Por lo tanto, no se

¹²⁰⁹ SAÍZ GARCÍA, C.: “La reforma del límite de ilustración de la enseñanza...”, *op.cit.*, p. 23.

¹²¹⁰ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “Comentario al art. 32”, *op.cit.*, p. 598; RODRÍGUEZ TAPIA, F.: “Comentario al art. 32”, *op.cit.*, p. 304.

autorizaría estos usos en aquellas difusiones *online* que la Universidad o los centros públicos de investigación realizarán de determinadas conferencias o comunicaciones a través de sus páginas webs.

Por otro lado, salvo que dicho centro u organismo sea titular de los correspondientes derechos de propiedad intelectual sobre las obras reproducidas, y comunicadas públicamente, los autores y editores de éstas tendrán un derecho irrenunciable a percibir de los centros usuarios una remuneración equitativa, que se hará efectiva a través de las entidades de gestión. Sin perjuicio, de que pueda existir un acuerdo específico entre el titular del derecho de propiedad intelectual y el centro universitario u organismo de investigación. Reiteramos respecto a esta compensación todas las consideraciones que hicimos respecto a la copia privada, en cuanto a que deberá existir un justo equilibrio entre el perjuicio y la cuantía de la compensación, rechazando que se puedan aplicar cálculos en forma de cupo, que apliquen de un modo generalizado y objetivizado el pago de la compensación, en un entorno de enseñanza e investigación público, donde a mi juicio, la finalidad pública del uso y el carácter incidental del uso, debería excluir la aplicación de esta compensación.

3.3 Excepciones en relación a bases de datos.

Como ya hemos tenido oportunidad de exponer en este trabajo, las bases de datos están llamadas a desempeñar una función esencial en el entorno en línea. Ya que algunas páginas webs asumen en su presentación esta estructura, y además, porque, la base datos como sistema de recopilación de información disponible, cada vez se ofrece más *online*, lo que permite su actualización constante, así como una adecuada interacción con el usuario en tiempo real. En este sentido debemos distinguir entre bases de datos que son creaciones originales y aquellas que sólo son objeto de un derecho *sui generis*.

En primer lugar, respecto a las bases de datos que son creaciones originales establece el art. 34 del TRLPI en su apartado primero establece que: “El usuario legítimo de una base de datos protegida en virtud del artículo 12 de esta Ley o de copias de la misma, podrá efectuar, sin la autorización del autor de la base, todos los

actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario, aunque estén afectados por cualquier derecho exclusivo de ese autor. En la medida en que el usuario legítimo esté autorizado a utilizar sólo una parte de la base de datos, esta disposición será aplicable únicamente a dicha parte”.

No obstante, la reproducción para fines privados no se autoriza respecto a las bases de datos electrónicas, por lo tanto, tampoco a aquellas que se ponen a disposición de los usuarios *online*, por cuanto su inclusión en la red exigirá un previo tratamiento informático y electrónico (art. 34.2). Sí que se aplicarán, en cambio, la excepción prevista en el art. 31.1 del TRLPI. Será aplicable a ellas, dado que ésta es una excepción aplicable a todos los procesos de transmisión telemática de la información. También serán aplicables los supuestos previstos en las letras b) y c) del art. 34.2, de modo que no necesitarán la autorización del autor: a) Cuando la utilización se realice con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica siempre que se lleve a efecto en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga e indicando en cualquier caso su fuente, y c) Cuando se trate de una utilización para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial, pero no se autoriza la reproducción con fines privados.

Cabe apuntar que no se matiza en este precepto los actos concretos que quedan amparados dentro de la excepción, lo que hubiera sido deseable por parte del legislador. Habrá que entender que son todos aquellos necesarios “para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario”. Este precepto, redactado por el artículo 4 de la Ley 5/1998, 6 marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, introdujo la excepción de ilustración, antes de su inclusión genérica por la Ley 2014, en el ámbito de las bases de datos, lo que resultaba coherente con el carácter multimedia que algunas de ellas pueden poseer. Y por otro lado que la Ley de 2006 olvidó adaptar el apartado c) a la reforma del art. 31.1 bis, para incluir también en el ámbito de la excepción los procedimientos parlamentarios.

En segundo lugar, respecto a las bases de datos que no son originales, pero gozan de una cierta protección *sui generis* por el derecho de autor, se establecen también determinados usos autorizados en el art. 135 del TRLPI. Respecto a este tipo de bases de datos, cabe recordar que se autoriza al usuario legítimo, “ sea cual fuere la forma en que ésta haya sido puesta a disposición del público”, por lo tanto también a las bases de datos electrónicas *online*, para extraer y/o reutilizar una parte sustancial del contenido de la misma, es decir más allá del ámbito autorizado con carácter general, sólo en los dos supuestos anteriores. Y del mismo modo que en el caso anterior no se autoriza la reproducción para fines privados. Y se matiza que estas utilidades, incluso aunque no recaigan sobre una creación original, deben respetar la regla de los tres pasos, al establecer que: “las disposiciones del apartado anterior no podrán interpretarse de manera tal que permita su aplicación de forma que cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho o que vaya en detrimento de la explotación normal del objeto protegido” (art. 135.2 del TRLPI).

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La llegada de Internet introduce nuevas formas de utilización de los bienes protegidos, se convierte en un nuevo medio de transmisión de información, pero también de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor. Se inicia así la explotación en línea de estos contenidos en formatos digitales, y se marca la separación entre dos entornos de explotación digital, fuera y dentro de línea.

El aumento de las infracciones a los derechos de autor en Internet se asocia a la desmaterialización del soporte, la tecnología digital que borra la diferencia entre original y copia, las mejoras tecnológicas en la transmisión de contenidos, en especial, el incremento del ancho de banda y los sistemas de compresión de archivos digitales, el carácter global de Internet, así como la propia estructura de este nuevo medio de comunicación, basado en la interactividad, que permite compartir contenidos y sumar usuarios en el disfrute de los mismos, al ser una red global y de acceso libre.

El impacto de Internet en relación a las obras y prestaciones protegidas por el Derecho de autor, en la medida que se transforma el modelo productivo, así como su consideración como red global, ha exigido la adopción de un enfoque normativo internacional, auspiciado por los tratados internacionales de la OMPI. Con ello, se ha homogeneizado la normativa reguladora en materia de derechos de autor, para ofrecer unos estándares mínimos de protección a escala internacional que ha contribuido a una mayor protección del derecho de autor, así como ha ofrecido un marco de seguridad jurídica a los intercambios comerciales en este nuevo medio.

SEGUNDA.- Dentro del marco normativo internacional de protección del derecho de autor en Internet, y dado que el nuevo escenario de explotación posee un marcado significado tecnológico, no sólo se protegen las obras y prestaciones, sino también las medidas tecnológicas que se establecen como respuesta ante los nuevos riesgos y vulnerabilidades. En cuanto a la protección jurídica de las medidas tecnológicas debe responder a los fines específicos del Derecho de autor, y que van más allá del

establecimiento de un régimen normativo antielusión.

En este sentido, resulta necesario de *lege ferenda* ampliar la regulación de las medidas tecnológicas de protección, tomando en consideración otros intereses, además del control propietario. De modo que se garantice el sistema de excepciones y la interoperabilidad necesaria en el disfrute de estos contenidos protegidos como bienes económicos, para evitar que la medida de protección se ponga al servicio de otras finalidades distintas a la protección jurídica del derecho de autor, como sería el establecimiento de un monopolio tecnológico sobre los dispositivos electrónicos.

TERCERA.- Estos “nuevos usos”, junto a estas nuevas formas de control tecnológico, han cuestionado a nivel doctrinal el sistema de protección jurídica del derecho de autor y su idoneidad en el nuevo medio. Las diferentes posiciones en torno a cómo debe articularse esa protección ha llevado a hablar de una supuesta crisis del Derecho de autor en este nuevo entorno. A mi juicio, se trata de una evolución, ya que Internet transforma la manera convencional de interpretar el derecho de autor como derecho subjetivo, en sus elementos estructurales, sujeto, objeto y contenido, así como en sus límites.

En este sentido, Internet constituye un nuevo medio de comunicación, donde las creaciones intelectuales adquieren una mayor vulnerabilidad, y dada la interactividad de este medio, integra también nuevas formas de creación participativa y de explotación directa por parte del autor. Pero no podemos hablar de una huida del Derecho de autor, pues en la medida que recaen sobre creaciones intelectuales, objetos protegidos, entran dentro del ámbito material del Derecho de autor. Si bien el nuevo escenario tecnológico dota de una mayor complejidad técnica la relación que liga al autor con sus creaciones y a los sujetos protegidos respecto a sus prestaciones.

CUARTA.- Desde el punto de vista de los sujetos este nuevo modelo de explotación exige la intervención de una serie de operadores que actúan en este proceso sólo desde un punto de vista técnico. Esta intervención técnica, necesaria para el

funcionamiento de Internet, hace que se sometan a un régimen específico de responsabilidad en caso de lesión de los derechos de autor. Este régimen específico supone que el intermediario sólo responderá en los casos que excedan su función típica de tipo técnico, o cuando teniendo conocimiento efectivo de la lesión no actúen de manera diligente. En la medida que ese conocimiento efectivo de la lesión constituye el criterio material de imputación de responsabilidad de los intermediarios deben reforzarse las garantías para dotar su marco de actuación de la suficiente seguridad jurídica. En este sentido resultaba necesario introducir en nuestro ordenamiento un régimen específico de notificación de la infracción al intermediario, introducido en el art.158 ter del TRLPI, por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre. Esta regulación normativa, que sigue las líneas establecidas en la DMCA y complementa el régimen de la LSSI, exige a la notificación de infracciones un contenido mínimo que permita determinar los elementos esenciales de la infracción, y generar un adecuado conocimiento efectivo de la lesión.

QUINTA.- A nuestro modo de ver, la LSSI al trasponer la DOCE, no delimitó de modo preciso el régimen especial de responsabilidad propio de los intermediarios y el general que corresponde a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, pues extendió este régimen especial de responsabilidad a otros prestadores de servicios de la sociedad de la información, que no tenían la consideración de intermediarios, al menos en el ámbito de la DOCE, como los que facilitan enlaces a contenidos o incluyen en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos. Este régimen especial de responsabilidad ha sido matizado por la jurisprudencia, por cuanto estos prestadores no actúan como intermediarios, sino que realizan en muchas ocasiones una labor activa y no neutral, sistematizan contenidos ofrecidos en la red sin autorización por otros sujetos y establecen instrumentos para facilitar su búsqueda. En definitiva, no realizan enlaces de superficie, no se limitan a suministrar el hipervínculo, sino que sistematizan los contenidos comunicados sin autorización en otras ubicaciones de Internet para mejorar y facilitar su oferta. De este modo el ofrecimiento de estos contenidos ilícitos constituye la base de su modelo de negocio, y por lo tanto rebasa la función

de intermediación técnica. De forma acertada el TRLPI en su nuevo art.158 ter punto 2 apartado B) los considera responsables de las infracciones a los derechos de autor que realizan a través de su servicio de enlace. Por ello, entiendo que en el ámbito LSSI deberían responder de acuerdo con el régimen general de responsabilidad establecido para el resto de prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Sin perjuicio de que los motores de búsqueda debieran seguir incluidos en el régimen especial de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación. Pues entiendo que cumplen una función de intermediación en la sociedad de la información. Ya que, dado el volumen de información que hoy existe en la red, estos motores resultan necesarios para localizar contenidos.

SEXTA.- La tecnología marca también una evolución en la manera convencional de entender la autoría, ahora de un modo menos individualista y más abierto a la participación colectiva, pues en Internet se desarrollan nuevos modelos interactivos de producción colectiva. Estas nuevas formas de crear en la red precisan ser calificadas desde el punto de vista de la autoría, para concretar a quien corresponde la titularidad de los derechos sobre estas creaciones, ya que en su producción intervienen una pluralidad de sujetos, así como para resolver el tema de la legitimación en caso de que se vulneren estos derechos. Se refuerza con ello la protección de estos contenidos al determinar de modo cierto el elemento subjetivo de la relación jurídica que vincula estos bienes con sus titulares.

Pero la calificación del régimen de autoría aplicable a los contenidos creativos generados en estos nuevos modelos de producción, dependerá de la propia estructura organizativa del contexto de generación. Es decir, si existe o no un control de contenidos por parte de una entidad o sujeto que se sitúa en una posición jerárquica respecto al resto de usuarios, y en este sentido, gozará de la condición de autor de la obra colectiva generada, como sucede en el caso de Wikimedia. En la medida que no se actúa como un mero administrador de *software* colaborativo, sino que ejerce un control sobre los contenidos a través de su organización, y decide, por tanto, el

contenido que conforma el resultado creativo.

Por el contrario en aquellos otros modelos de participación en los que sólo se comparte una tecnología de producción colectiva, y en los que el administrador se limita a dar soporte técnico pero no realiza una función de control de contenidos, debería entenderse que existe un régimen de autoría plural por parte de los partícipes.

SÉPTIMA.- En el ámbito de la explotación en línea los autores pueden explotar de forma directa sus creaciones, o incluso, ofrecer éstas al uso colectivo y libre del resto de usuarios. Para facilitar ese uso libre surge en Internet el sistema de licencias *Creative Commons*, que a mi modo de ver no constituye, como se defiende, un modelo de protección alternativo al Derecho de autor, sino sólo un marco de condiciones generales de licencias sometido a él. Precisamente la amplitud de su ámbito temporal, espacial y material se basa en el carácter dispositivo del régimen normativo que regula la cesión de derechos patrimoniales, y que sólo establece límites en estos ámbitos con carácter supletorio. Por tanto, el carácter perpetuo de estas licencias no vulnerara el régimen de transmisión del derecho de autor. A pesar de ello, consideramos que esa autorización de uso libre a perpetuidad, aunque no se realice con carácter exclusivo, constituye una condición abusiva de uso que afecta al valor patrimonial de la obra, y que debería ser revisada en estas condiciones generales de licencia, para reforzar de un modo más adecuado la posición jurídica del autor.

No obstante, y a pesar de esa perpetuidad de las licencias, quedarán sometidas al derecho moral del autor, y al Derecho de contratos y la posibilidad de resolución por incumplimiento, así como a los límites genéricos del derecho subjetivo.

OCTAVA.- En la explotación en línea de contenidos protegidos la desmaterialización del soporte transforma la posición jurídica del destinatario de este tipo de bienes, pues pasa de ostentar la condición de propietario de un soporte físico a entrar en el ámbito subjetivo de explotación patrimonial de la obra y prestaciones

protegidas. En este sentido, el usuario se obliga frente al titular de los derechos de autor a unas condiciones específicas de uso, asume unas facultades de utilización pero también unas obligaciones respecto a los contenidos transmitidos. En este sentido, su posición jurídica queda concretada en las condiciones establecidas en la licencia de uso. Y por tanto, asume una responsabilidad de origen contractual respecto a las lesiones de los derechos de autor en la red en las que pueda participar o colaborar.

NOVENA.- Desde el punto de vista del objeto, las obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor se someten a los mismos requisitos de tuición dentro y fuera de línea. Es decir, deben ser originales y tener una forma de expresión que las haga perceptibles, que en el entorno *online* no será un soporte físico, sino una fijación intangible de carácter magnético. Ahora bien, existen determinados elementos que, además de formar parte de la arquitectura de la red, pueden ser objetos protegidos específicos, como las bases de datos y las páginas *webs*.

En el caso de las bases de datos su protección por medio del derecho de autor exige analizar de modo preciso sus requisitos de tutelabilidad, y determinar cuando los resultados de búsqueda son datos propios e indexados, y cuando sólo son ofrecidos de forma parasitaria mediante enlaces por los metamotores de búsqueda.

El problema de la calificación jurídica de las *webs* desde el punto de vista del objeto protegido resulta más complejo. Pues la obra multimedia no constituye en nuestro derecho una categoría de obra, ni goza de un régimen jurídico propio, sino que la confluencia de los diferentes elementos creativos que la integran, y la preponderancia de unos sobre otros en el resultado final determina la asimilación a un régimen jurídico específico. Partiendo de ese criterio de asimilación que marca el régimen jurídico aplicable considero que en el caso de las *webs*, se debería atender al elemento que aporta la originalidad, bien sea el software que le da la interactividad, la selección o la disposición de los contenidos como base de datos, o su presentación visual. En cualquier caso, esa originalidad de la *web* la someterá a un régimen

especial de utilización. Ya no será un mero elemento utilitario en la arquitectura de la red, sino un objeto protegido en sí mismo por el derecho de autor cuya comunicación generará un acto de explotación. Por ello, considero que debería especificarse esta condición de obra original en la propia *web*, bien en sus términos de uso, o mediante un indicativo visual, de forma que el usuario conozca las condiciones de utilización y enlace.

DÉCIMA.- Desde el punto de vista del contenido del derecho de autor, el derecho de reproducción pasa a poseer una significación tecnológica, pues la copia se vincula al proceso de transmisión de datos en Internet, lo que exige su calificación jurídica desde el punto de vista del Derecho de autor. Pero los distintos tipos de copias provisionales que se generan en este proceso poseen distinto alcance y naturaleza, por lo que exigen un tratamiento jurídico diferenciado. En este sentido hay que distinguir entre aquellas copias técnicas provisionales que no constituyen actos de reproducción, y por tanto, no afectan al contenido del derecho de autor, y aquellas otras que sí constituyen actos de reproducción, pero son objeto de excepción en el art. 5.1 de la DDASI.

De este modo, entendemos que las copias provisionales que se realizan en los *routers* no constituyen actos de reproducción, porque no son copias íntegras de los contenidos transmitidos, sino pequeños fragmentos que circulan por las tramas, que ni siquiera pueden tener la consideración de copias parciales, ya que no hacen identificable la obra o prestación que transmiten ni permiten un uso parcial de la misma.

UNDÉCIMA.- El derecho de puesta a disposición del público permite adaptar la calificación jurídica de la comunicación de los contenidos protegidos a la propia especificidad de Internet y a su estructura de transmisión punto a punto. En este sentido surge con un contenido específico adaptado al nuevo medio, aunque integrado dentro del derecho de comunicación pública.

El tema de la calificación jurídica del derecho de puesta a disposición del público despliega consecuencias prácticas en materia de cesión. En este sentido quizá hubiera sido deseable que este derecho se visualizara de un modo más autónomo respecto al derecho de comunicación pública, para dotar de mayor seguridad jurídica al negocio transmisivo, de forma que se entendiera mejor el ámbito material de la cesión. Aunque en los casos concretos que esta cuestión resulte dudosa, porque se haya cedido de modo global el derecho de comunicación pública, los art. 43.2 y 43.5 del TRLPI exigirán acotar el ámbito material de la cesión, por vía de interpretación, de acuerdo con la causa y objeto posible del negocio de cesión.

DUODÉCIMA.- En el derecho de puesta a disposición del público de contenidos protegidos el acto de comunicación se entiende realizado desde el momento que se ponen a disposición del público en Internet, con independencia de que exista o no un acceso por parte de usuarios concretos, puesto que dicho acceso efectivo no constituye un elemento normativo del contenido de este derecho. La mera puesta a disposición de contenidos protegidos determinará la responsabilidad por infracción en caso de que no se haya recabado la autorización por parte de los titulares de derechos de autor, así como podrá determinar el *quantum* de la indemnización de acuerdo con la duración de los efectos lesivos.

DECIMOTERCERA.- La definición del derecho de puesta a disposición del público integra el concepto de público, un elemento normativo que debe ser determinado en el ámbito de Internet, por cuanto constituye uno de los criterios decisivos para entender realizado el acto de comunicación, de forma que esta noción permite deslindar el disfrute público del uso privado. Pero este concepto normativo adquiere unos contornos más difusos en determinadas redes de intercambio de archivos, donde la existencia de un público general puede quedar algo oscurecida por el funcionamiento técnico de estas redes entre pares. Pero a nuestro juicio, en la medida que estos sujetos suben contenidos protegidos para compartir, realizan una oferta de dichos contenidos a una pluralidad indeterminada de personas, pues no eligen ni conocen a las personas que descargan sus archivos. En este sentido, realizan

un acto de puesta a disposición del público de contenidos protegidos en estas redes, que si no ha sido autorizado por sus titulares constituirá una infracción a los derechos de autor.

DECIMOCUARTA.- En la medida que por medio del enlace se comunican contenidos disponibles en la red resulta necesario determinar en qué medida estos actos afectan al derecho de puesta a disposición del público. Considero que se debe introducir un régimen de delimitación de estas acciones que de seguridad jurídica al propio funcionamiento de la red y el marco de actuación de los usuarios, así como de gran parte de actividades económicas en Internet. El tratamiento jurídico ofrecido por la doctrina ha sido confuso porque al análisis se han aportado argumentos del Derecho de la competencia y el Derecho de marcas, basados en la protección de los recursos publicitarios que incorporan, pero no de los contenidos albergados, lo que a nuestro juicio ha distorsionado el análisis desde la óptica del Derecho de autor. Para determinar si un enlace constituye o no un acto de puesta a disposición de contenidos protegidos habrá que atender tanto al tipo de enlace como al objeto enlazado.

DECIMOQUINTA.- En el caso de los enlaces de superficie, y en la medida que sólo indican donde se halla un determinado recurso en la red, no constituyen actos de explotación patrimonial de los contenidos que enlazan, tal y como ampliamente se ha sostenido en la doctrina y la jurisprudencia norteamericana de acuerdo con la teoría de la licencia implícita. En el sentido de que la publicación en Internet sin restricciones de acceso, otorga a los usuarios de la red una presunción legal de autorización para enlazar esos contenidos. Aunque considero que ambas *webs* deben compartir una misma forma de acceso, de modo que este enlace directo no sea susceptible de generar un uso secundario de los contenidos protegidos al dirigirse a un público nuevo.

En el caso de los enlaces profundos y ensamblados, cuando la propia *website* sea una obra protegida por el derecho de autor estos enlaces constituirán un nuevo acto de puesta a disposición del público, pudiendo incluso resultar afectados los derechos

morales, en la medida que se procede a su comunicación en una forma distinta a la autorizada por el titular de los derechos. Aunque considero que debería atenderse al caso concreto para determinar, incluso en este caso, si ese orden secuencial configura el resultado creativo de la *web*.

Respecto a los contenidos protegidos albergados en las *webs* de origen, siempre que éstas permitan establecer este tipo de enlaces a contenidos específicos, estos actos no constituirán un nuevo acto de puesta a disposición, siempre que no genere un público nuevo, de modo que el sitio de origen y el sitio que establece el enlace compartan las mismas condiciones de acceso. De acuerdo con este argumento considero que los enlaces a contenidos protegidos que se comparten en las redes P2P son nuevos actos de puesta a disposición del público, en la medida que el enlace crea un público nuevo y diferente a la red de intercambio, y mucho más amplio, ya que se extiende a todos los usuarios de Internet.

Por esta misma razón los enlaces marco, en la medida que integran los contenidos de la *web* de origen en una ventana de la página que establece el enlace, localizan estos contenidos en una nueva dirección, susceptible de generar un público nuevo, y por tanto, dan lugar a un acto de explotación patrimonial autónomo.

DECIMOSEXTA.- El derecho de autor como cualquier otro derecho subjetivo no tiene un carácter absoluto, se somete a unos límites específicos. El sistema de límites del derecho de autor ha sido adaptado por la DDASI al nuevo entorno tecnológico, lo que ha exigido introducir una excepción obligatoria para los Estados miembros en relación a determinadas copias provisionales de carácter tecnológico.

Dentro de esta excepción por razones tecnológicas, se encuentran las copias RAM y las copias cachés, que constituirán copias autorizadas en la medida que cumplan los requisitos de uso excepcionado del art. 5.2 de la DDASI. Es decir, sean transitorias o accesorias, formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, tengan por finalidad exclusiva facilitar la transmisión o una utilización lícita de los contenidos

reproducidos, y sin que dichos actos de reproducción puedan tener una significación económica independiente. Al exigir al destinatario de los contenidos transmitidos que la copia sirva a una utilización lícita, entendemos que la excepción no cubre aquellas copias provisionales que permitan la utilización ilícita de contenidos protegidos.

En cualquier caso, estas copias deberán tener un carácter instrumental vinculado al proceso tecnológico en el que se producen, de modo que no pueden comportar una ventaja económica adicional. Como se produce cuando esas copias se utilizan para concurrir con el titular de los derechos de autor en la explotación patrimonial de los contenidos protegidos. Y también cuando no exista concurrencia competitiva con el titular de los derechos, pero se desarrollen otros usos que no respondan a la finalidad tecnológica de la copia, y comporten alguna ventaja económica.

Respecto a las copias *cachés*, a nuestro modo de ver, no ofrece duda que entran dentro de la excepción tanto las que se producen en los servidores en el proceso de transmisión de la información, como las generadas de forma local en los ordenadores del usuario. Si bien respecto a los almacenamientos cachés con carácter permanente consideramos que al no ser actos de reproducción provisional no entrarían dentro de esta excepción. Si bien como se producen de forma automática por el ordenador del usuario, al estar vinculadas a un proceso tecnológico, no habría responsabilidad por parte del usuario legítimo, ya que si el titular del derecho de autor no aplicó una medida tecnológica que evitara esta forma de almacenamiento, autorizó la realización de estas copias automáticas.

DECIMOSÉPTIMA.- A pesar de que la DDASI ha resuelto de manera efectiva el problema de las copias técnicas, no podemos decir que la configuración normativa del resto de límites o excepciones al derecho de autor en el entorno en línea resulte satisfactorio. Pues un sistema de excepciones en su mayor parte facultativas no cumple con la finalidad armonizadora que pretende la directiva comunitaria, ni conforma, en rigor, un auténtico sistema europeo de límites .

Si bien es cierto que en la actualidad estos límites está en un proceso de reconstrucción permanente, como manifiestan la sentencia del TJUE en el caso PADAWAN y las dos cuestiones prejudiciales que el TS ha sometido al TJUE (Auto de 10 de septiembre de 2014) en relación al nuevo régimen de compensación equitativa de la copia privada. Se hace necesario, por tanto, una reordenación de los límites, para lograr un justo equilibrio entre los titulares de derechos de autor y los beneficiarios de los usos autorizados. Para ello, se deberá ajustar la interpretación de las excepciones a la regla de los tres pasos, tomar en consideración la diferente naturaleza de la justificación de las excepciones para adecuar su tratamiento jurídico, y ajustar el régimen de la compensación equitativa a su naturaleza resarcitoria.

DECIMOCTAVA.- El gran problema que la copia privada plantea en el entorno digital es la manera de regular la compensación equitativa de acuerdo con su régimen normativo. A nuestro juicio, y tal como ha puesto de manifiesto el TJUE en la sentencia del caso PADAWAN, debe existir una correspondencia entre el hecho generador de la compensación y la delimitación normativa tanto del beneficiario de la excepción, como de las condiciones del uso.

La nueva regulación de la compensación equitativa, introducida por el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre y asumida por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre que modifica el TRLPI, como partida con cargo a los presupuestos generales del Estado, contraviene tanto la regulación en la DDASI de la copia privada como el concepto comunitario de compensación equitativa. Así, este sistema, como el anterior sigue sin discernir entre usos efectuados por personas físicas y jurídicas, con lo que no respeta la normativa comunitaria en materia de copia privada, ni los criterios que la DDASI establece para determinar la compensación. Pues se aplica de modo generalizado, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto. Y además no se toma en consideración el carácter resarcitorio de la compensación ni en la determinación del sujeto responsable, al considerar como tal a todos los ciudadanos, ni en la cuantificación del daño que desvincula del perjuicio y somete a

un principio de disponibilidad presupuestaria.

En el entorno en línea resulta necesaria una solución alternativa para la copia privada acorde tanto con su régimen normativo, como con el concepto comunitario de compensación. Entiendo que en este entorno debe ser el titular de los derechos de autor quien mediante la licencia de uso, y en su caso una medida tecnológica de protección, autorice o no la realización de la copia privada. En la medida en que la copia privada por parte del usuario quede autorizada en la licencia de uso, ésta puede introducir el importe de la compensación, que se satisfará de modo directo por el usuario en el precio final de la licencia. Sin perjuicio de que se puedan establecer determinados límites a las cuantías, bien a través de mecanismos de autorregulación, o mediante el establecimiento de criterios normativos en una futura reforma legislativa. Considero que de esta forma se alcanzaría un justo equilibrio en la compensación, se lograría una mejor asignación de los recursos públicos para otros fines, y se ahorrarían costes transaccionales ligados a la gestión de estos derechos por parte de las entidades de gestión.

DECIMONOVENA.- En este proceso de reordenación del sistema de límites se ha introducido en nuestro derecho una excepción en relación a la agregación de contenidos cuya construcción como límite del derecho de autor resulta discutible. En este sentido, la nueva excepción a favor de los agregadores de contenidos divulgados en publicaciones periódicas o sitios *web* de actualización periódica convierte la actividad de enlazar determinados contenidos en Internet en uso excepcionado sujetándolo además a una compensación equitativa. Hubiera sido deseable que el legislador asumiera un tratamiento normativo más ajustado a la tipología de los enlaces. Pues resulta cuestionable que la agregación, en su sentido más elemental, de un enlace directo afecte al derecho autor cuando el titular de los derechos no ha restringido su acceso mediante una medida tecnológica u otra forma de control de acceso. En la medida que este tipo de enlaces no generan un perjuicio económico para el titular de los derechos de autor, como así lo ha interpretado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la compensación establecida por el

legislador deja de ser equitativa, no asegura un justo equilibrio y se aparta de los principios rectores de la compensación en el ámbito de la DDASI.

VIGÉSIMA.- El sistema de límites también se encuentra en proceso de redefinición en el ámbito educativo y de investigación. Pero la reforma de la excepción de ilustración (art. 32 del TRLPI) por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre se ha efectuado con un planteamiento excesivamente reducido y segmentado. En este sentido, entendemos que hubiera sido necesario realizar un tratamiento más amplio de la excepción respecto al beneficiario, los actos excepcionados y al objeto protegido sobre los que éstos recaen. De modo que se hubiera dado entrada en el régimen de la ilustración a los centros privados de investigación, por cuanto entendemos que estos usos se ponen al servicio del conocimiento y mejor difusión de unos resultados de investigación, muchas veces financiados con fondos públicos, que acaban revirtiendo a la sociedad. En cuanto a los actos excepcionados debería haberse admitido su comunicación también en los entornos *online* de la educación reglada primaria y secundaria, por cuanto el *e-learning* debe entenderse de un modo global en nuestro sistema educativo.

Respecto al objeto protegido sobre el que recaen los actos autorizados debería haberse incluido una mención específica a la obra audiovisual y cinematográfica. Si bien su omisión expresa no justifica su exclusión en el régimen de aplicación de esta excepción. Debería entenderse dentro de la excepción la inclusión de un fragmento de este tipo de obras, que respetando la unidad de la escena, como desarrollo secuencial completo de imágenes con unidad temática, con determinados fines educativos o de investigación.

En cuanto a determinados usos autorizados respecto a obras o publicaciones impresas o susceptibles de serlo, la finalidad pública y carácter incidental del uso, debería excluir la compensación. De este modo se ofrecería un tratamiento más unitario de la excepción de ilustración con independencia de la naturaleza del objeto protegido sobre el que recae. En cualquier caso, esta compensación debería respetar

el principio de justo equilibrio entre el perjuicio causado por el uso excepcionado y la cuantía de la compensación, lo que no se satisface mediante fórmulas compensatorias por cupo, ya que se quiebra el carácter resarcitorio de la compensación, al desvincularse del perjuicio ocasionado.

VIGESIMOPRIMERA.- La cláusula de cierre que, en el ámbito de la legislación comunitaria (art.6.4 de la DDASI) y española (art.161.5 del TRLPI), delimita el ámbito de las excepciones en el entorno en línea no garantiza de un modo adecuado el sistema de límites en Internet. Por cuanto el titular de los derechos puede determinar las excepciones aplicables cuando establece una medida tecnológica de protección y su régimen de utilización por medio de una licencia de uso. Con ello, se deja en manos de la autonomía de la voluntad un sistema de límites que hasta la DDASI conformaba el orden público en materia de derechos de autor, y que se convierte en el entorno en línea en objeto de negociación. Incluso, cuando el usuario de la licencia no tiene capacidad para negociar la excepción, pues no es su beneficiario. Por otro lado, y dentro del ámbito de negociación de las excepciones aplicables al usuario de la licencia, el titular de los derechos tenderá a reducir los límites y excepciones que puedan recaer sobre sus contenidos, sin que los modelos de contratos de adhesión, incluso en su versión más minimalista de *click-wrap*, otorguen al usuario un adecuado margen de negociación.

En la medida que gran parte de las excepciones protegen intereses públicos, y en este sentido constituyen materia de orden público, deberían establecerse cauces legales que permitan el cumplimiento de estas excepciones. En especial, debería buscarse una solución jurídica para garantizar en el entorno en línea determinadas excepciones, como la cita y reseña, ilustración, parodia, o las establecidas a favor de los discapacitados y obras huérfanas.

VIGESIMOSEGUNDA.- En la reordenación del sistema de límites en el entorno en línea puede resultar clave un adecuado tratamiento de las medidas tecnológicas de protección, desde un punto de vista más amplio que el estricto control propietario.

De forma que su régimen jurídico antielusión se complementara con la exigencia de determinados requisitos o especificaciones de tipo técnico en el diseño de la medida. Y además se clarificara el régimen de responsabilidad por los actos de elusión del beneficiario de una excepción, aunque en este caso debería realizarse una interpretación restrictiva de ese concepto de beneficiario, para evitar que se utilice el régimen de excepciones como una forma generalizada de elusión de las medidas de control tecnológico.

VIGESIMOTERCERA.- Internet modifica el sistema productivo, lo que exige un proceso de adaptación del Derecho a esta nueva realidad económica, que todavía continúa ya que Internet no es un resultado tecnológico cerrado. En la medida que Internet se consolide como sistema de atribución en el uso de bienes protegidos por el Derecho de autor, pero también en la organización social, será necesario perfilar el modelo de protección y el recurso a la tecnología para resolver los conflictos de atribución en el disfrute de estos bienes. Así como adaptar también el modelo de gestión de estos derechos a la desterritorialización de la red, que redunde no sólo en una eliminación de costes transaccionales, sino también en una relación más directa e inmediata en la gestión de los efectos económicos de la explotación entre el titular de los derechos sobre el bien protegido y el usuario. El Derecho de autor está llamado a constituir en Internet, con sus ajustes y evoluciones parejas a la realidad social y económica sobre las que recae, un adecuado marco de protección en el disfrute de los bienes intelectuales y en el desarrollo de nuevos modelos de negocio. La delimitación entre uso público y uso privado, de acuerdo con la propia conformación social y jurídica de estos conceptos, será un elemento nuclear en el sistema de protección del derecho de autor en Internet y su desarrollo futuro.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ DE BENITO, P.: *Las obligaciones del autor en el contrato de edición*, ed. Bosch, Barcelona, 1998.

ALONSO AREVALO, J., CARBAJO CASCON, F. y CORDON GARCIA, J.A.: “La propiedad intelectual y los derechos de autor en bibliotecas y centros de información: revistas digitales y acceso abierto”, en *El copyright en cuestión*, coords. TORRES RIPA, J. y GOMEZ HERNANDEZ, J.A., ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2011.

ANTEZANA, M.E.: “The European Union Internet Copyright Directive as Even More Than it Envisions: Toward a Supra-EU Harmonization of Copyright Policy and Theory”, *Boston College International and Comparative Law Review*, 2003, v. 26.

AOKI, K.: “(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes Toward a Cultural Geography of Authorship”, *Stanford Law Review*, 1996, v. 48.

APARICIO VAQUERO, J.P. : “El intercambio de archivos en redes de pares a la luz del derecho vigente”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2005 (BIB 2005/1127).

APPEL, S.: “Copyright, Digitization of Images, and Art Museums: Cyberspace and Other New Frontiers”, *UCLA Entertainment Law Review*, 1999, v. 6.

ARE, M.: *L'oggetto del diritto di autore*, ed. Giuffrè, Milan, 1963.

ARGUDO CARPIO, E.: “Los derechos de propiedad intelectual y la protección del software. el software libre: significado, desafíos y oportunidades. ¿Es una alternativa viable como herramienta de apoyo a los desarrollos informáticos de las oficinas de propiedad intelectual?”, en *Reunión regional de directores de oficinas de propiedad industrial y de oficinas de propiedad industrial y de oficinas de derecho de autor de América Latina, organizado por la OMPI, en cooperación con el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial (IMPI) y el Instituto Nacional del Derecho de autor (INDAUTOR) de Mexico, Guadalajara (México), 23 a 25 de marzo de 2004*.

ARIENZO, A.: Voz “Edizione (contratto)”, *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1975.

ASCARELLI, T.: *Teoría de la concurrencia* y de los bienes inmateriales, ed. Bosch, Barcelona, 1970.

- “Patto di esclusiva, patti di boicottaggio e concorrenza sleale”, *RDI*, 1959, p.I.

ATTOLICO, L.: “Il contratto di edizione”, *Giustizia Civile*, 1989, t.II, p.115 y ss.

AUTERI, P.: “Sulla tutelabilità dei nomi di personaggi di opere letterarie (a proposito del caso James Bond 007)”, *Rivista di Diritto Industriale*, 1971, II.

AZZI, T.: “La cession à titre gratuit du droit d’auteur”, *RIDA*, 2013, nº 237, julio.

BAYLOS CORROZA, H. "Acotaciones al proyecto de ley de propiedad intelectual", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 2, 1986.

- *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. propiedad Intelectual. Derecho de la Competencia Económica. Disciplina de la Competencia Desleal*, ed. Civitas, Madrid, 1993.

BATALLER RUIZ, E.: *La obra colectiva*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

BEAL, K.: “The Potential Liability of Linking on the Internet: An Examination of Possible Legal Solutions”, *Brigham Young University Law Review*, vol.1998, iss. 2, article 14.

BELL, T.W.: “Fair use vs. fared use: the impact of automated rights management on copyright's fair use doctrine”, *North Carolina Law Review*, 1998, v. 76.

BENKLER, Y.: “Free as the air to common use: first amendment constraints on enclosure of the public domain”, *New York University Law Review*, 1999, v. 74, 1999.

- “An unhurried view of private ordering in information transactions”, *Vanderbilt Law Review*, nº 53, 2000.

BENSAMOUN, A.: “Perspectives d’avenir en matière d’exercice des exceptions au droit d’auteur. vers un changement de paradigme?”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, adenda, noviembre, 2011.

BENSOUSSAN, A.: *Le multimedia et le Droit*, Memento-Guide ALAIN BENSOUSSAN, ed. Hermes, Paris, 1998.

BERCOVITZ, A.: “Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas”, *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas teconlogías*, ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1996.

BERCOVITZ, G.: *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, ed. Tecnos, Madrid, 1997.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "Comentario al art. 10.1", en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R. Madrid, ed.Tecnos, 1997.

- "Comentario al art. 1" en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R. Madrid, ed.Tecnos, 1997.
- "Comentario al art. 11", en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R. Madrid, ed.Tecnos, 1997.
- "Comentario al art. 12", en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R. Madrid, ed.Tecnos, 1997.
- "Comentario al art. 13", en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R. Madrid, ed.Tecnos, 1997.
- “Las limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual y el equilibrio entre los intereses enfrentados en el Derecho español”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, noviembre, 2011.

BERTRAND, A.: *Le droit d'auteur et les droits voisins*, ed. Masson, Paris, 1991.

BETTINGER, T. y FREYTAG, S.: "Civil law responsibility for links", disponible en http://www.bettinger.de/fileadmin/mediapool/downloads/Civil_Law_Responsibility_for_Links.pdf

BINCTIN, N.: "Droit d'auteur et droit des successions", *RIDA*, 2012, nº 234.

BLONDEAU, O.: "Génesis y subversión del capitalismo informacional", *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*, BLONDEAU, O. y otros, ed. Traficante de sueños, 2004, Madrid.

BONDIA ROMAN, F.: *Propiedad Intelectual. Su significado en la Sociedad de la información*, ed. Trivium, Madrid, 1988.

BOUZA, M.A. y CASTRO MARQUES, M.: "El caso Napster", *Actas de Derecho Industrial*, 2000, tomo 21.

BOYTA, G.: "La législation nationale relative aux contrats d'auteur dans le pays suivant la tradition juridique de l'Europe continentale", *Droit D'Auteur*, 1991, octubre, p.208 y ss.

BRAGA DE SIQUEIRA, M.R.: "El derecho de puesta a disposición del público: antecedentes normativos y primera jurisprudencia", *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, 2010, nº34.

BROCK, L.: Osservazioni in tema di elaborazione dell'opera dell'ingegno e di libera riproduzione, *Revista di Diritto Industriale*, 1954, parte II, p.4 y ss.

BROWNE, K.R.: "Council Decision Calling on EC Member States to Ratify International Conventions on Copyright", *Boston College International and Comparative Law Review*, 1993, v. 16.

CALIN, M., DELLAROCAS, C., PALME, E. Y SUTANTO, J.: "Attention Allocation in Information-Rich Environments: The Case of News Aggregators",

Boston University School of Management Research Paper Series, 2013, p. 2
disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2225359

CAMARA AGUILA, M.P. : *El derecho moral de autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, ed. Comares, Granada, 1998.

CAÑIZARES LASO, A.: “Tipología de la gestión de negocios ajenos sin mandato. (Estudio comparado de los Derechos alemán y español), *Anuario de Derecho Civil*, v. 48, nº 2, 1995.

CARMONA SALGADO, C.: *La nueva Ley de propiedad intelectual*, ed. Montecorvo, Madrid, 1988.

CARBAJO CASCON, F.: Régimen General de la Transmisión de derechos de propiedad intelectual, *en Propiedad Intelectual*, coord.. ESTEVE PARDO, A., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- “El pulso en torno a la copia privada”, *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, 2004, nº 16.
- “Reproducción y copia privada en el entorno digital”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 2, 2003.

CARRASCO PERERA, A.: “Comentario al art. 5”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual.*, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., ed. Tecnos, Madrid, 1997.

- “Comentario al art. 6”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual.*, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- “Comentario al art. 7”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual.*, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., ed. Tecnos, Madrid, 1997.

CASAS VALLES, R.: “La condición de autor: los casos Barceló y Boadella”, *Revista Pe.i*, nº 28, enero-abril 2008.

- “La lucha por el derecho en las redes *peer-to-peer*: el caso *Grokster* ante el Tribunal Supremo de las EEUU”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 15.
- “La protección de los artistas plástico en el Derecho español”, en I Congreso Iberoamericano de *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (Madrid 28-31 octubre de 1991). Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, 1991.
- “Comentarios a los art. 428-429”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo III, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, R., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CASELLATI, A.M.: “The evolution of article 6.4 of the European Information Society Copyright Directive”, *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, vol. 24, 2000-2001.

CASTELLÓ PASTOR, J.J.: *Motores de búsqueda y derechos de autor. Infracción y responsabilidad*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2014.

CASTELLS, M.: “El impacto de internet en la sociedad: una perspectiva global”, vid. <https://www.bbvaopenmind.com/articulo/el-impacto-de-internet-en-la-sociedad-una-perspectiva-global/?fullscreen=true>

CAVANILLAS MUGICA, S.: “Comentario al art. 49”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997.

CAVIEDES, A.A.: “International Copyright Law: should the european union dictate its development?”, *Boston University International Law Journal*, 1998, vol. 16.

CELAYA, J.: “Cultura digital en redes sociales”, *Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, 2011, julio-septiembre, nº 88.

CLARK, C.: “The Answer to the Machine is in the Machine”, disponible en

<http://copyright-debate.co.uk/?p=641>

CLEMENTE MEORO, M.: “La responsabilidad civil de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la información” en *Responsabilidad civil y contratos en internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio electrónico*, CLEMENTE MEORO, M. y CAVANILLAS MÚGICA, S., ed. Comares, Granada, 2008.

COHEN, J.: “Some Reflections on Copyright Management Systems and the Law Designed to Protect Them”, *Berkeley Journal of Law and Technology*, 1997, vol. 12, <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol12/iss1/7>

- “*Lochner* in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of *Rights Management*”, *Michigan Law Review*, vol. 97, 1998.

<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/811>

- “Restrictions on Copyright and Their Abuse”, *E.I.P.R.*, 2005.

COLOMBET, C.: *Propriété littéraire et artistique*, ed. Dalloz, Paris, 1968.

- *Grands principes du droit d’auteur et des droits voisins dans le monde*, ed. Litec, Paris, 1992.

CONDE BUESO, I y DÍEZ-LÓPEZ, I.: “Comentario al art. 16” en *La Nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio Electrónico)*, dr. JAVIER CREMADES, ed. LA LEY, Madrid, 2003.

- “Comentario al art. 15”, en *La Nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio Electrónico)*, dr. JAVIER CREMADES, ed. LA LEY, Madrid, 2003.
- “Comentario al art. 14” en *La Nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley*

34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio Electrónico), dr. JAVIER CREMADES, ed. LA LEY, Madrid, 2003.

CORBET, J.: “La transposition en droit belge de la Directive droit d’auteur dans la Société de l’Information”, *RIDA*, nº 206, 2005.

CURCHOD, F.: *La Convention de Berne et la loi fédérale sur le droit d’auteur*, ed. Thonney- Dupraz, Lausanne, 1969.

CHAVES, R.: “La protección de las obras de arte plásticas. Planteamiento. Su realidad actual”, en I Congreso Iberoamericano de *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (Madrid 28-31 octubre de 1991). Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, 1991.

CHON, M.: “New Wine Bursting From Old Bottles: Collaborative Internet Art, Joint Works, and Entrepreneurship”, *Oregon Law Review*, vol. 75, 1996.

CHRISTUS, D., CORTINA, J., WAGNER, R., WINBURN, J.: “Intellectual Property in the Americas”, *American University International Law Review*, vol. 13, 1998.

DAVIS, L.: “Should the logic of open source be applied to digital cultural goods? An exploratory essay”, *Copyright and Other Fairy Tales, Hans Christian Andersen and the Commodification of Creativity*, ed. Helle Porsdam, Great Britain, 2006.

DEAN, S., MARKS y BRUCE H.TURNBULL: “Las medidas tecnológicas de protección: el punto de encuentro de la tecnología, el derecho y las licencias comerciales”, documento OMPI en el Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado OMPI sobre derecho de autor (WCT) y el tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, Ginebra 6 y 7 de diciembre de 1999.

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_3.pdf

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, ed. Civitas, Madrid, 1991.

DE CONTO GALVER, R., DE MARTIN MÚÑOZ, A., CORRIPLO GIL-DELAGDO, R. y GÓMEZ LANZ, J.: *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica. Consideración especial al derecho a la propia imagen y de otros activos inmateriales*, Trama Editorial, Madrid, 2005.

DE FUENTES, J.: “Un enfoque jurídico. Razón de ser de la remuneración por copia privada. Un septenio legislando sobre la materia”, *La copia privada a examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la Propiedad Intelectual*, ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1995.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho Privado de Internet*, ed. Aranzadi, Cizur-Menor, 2011.

DE PABLO CONTRERAS, P. "Comentario al art. 71" Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R., Madrid, Tecnos, 2007.

DE ROMÁN PÉREZ, R.: *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Ed. AISGE, Madrid, 2003.

DE SANCTIS, V.: Voz "Autore (diritto di)", Enciclopedia del Diritto, t. IV, ed. Giuffrè, Milán, 1959.

- Trattato di Diritto Civile e Commerciale, CICU-MESSINEO, Contratto di Edizione, Contratti di rappresentazione e di esecuzione, ed. Giuffrè Editore, Milán, 1965.

- *La protezione delle opere dell'ingegno, Le opere letterarie e scientifiche, le opere musicali e le opere informatiche*, Giuffrè Editore, Milan, 2003.

DEL CASTILLO, I.C.: *Propiedad intelectual, investigación y tesis doctorales*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

DELGADO PORRAS, A.: “La nueva ley española sobre propiedad intelectual”, *RIDA*, 1988, octubre, p.199 y ss.

- “La incorporación de la Directiva 2001/29 al Derecho español de propiedad intelectual (derecho de autor y derechos afines al de autor), *RIDA*, 2006, nº 210.
- “El futuro digital: la protección de los derechos en la red”, *Derechos de autor y derechos afines al de autor*, ed. Instituto del Derecho de autor, Madrid, 2007.

DESANTES GUANTER, J.M.: *La relación contractual entre autor y editor*, ed. EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1970.

DESBOIS, H: *Le droit d’auteur en France*, ed. Dalloz, Toulouse, 1966.

DESURMONT, T.: “La transposition en France de la Directive 2001/29/CE sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la Société de l’Information”, *RIDA*, nº 201, 2006.

DE WERRA, J.: “Le regime juridique des mesures techniques de protection des oeuvres selon les Traités de l’OMPI, le Digital Millenium Copyright Act, les Directives européennes et d’autres législations (Japon, Australie), *RIDA*, nº 189, 2001.

- “Moving beyond the conflict between freedom of contract and copyright: in search of a new global policy for on-line information licensing transactions. A comparative analysis between U.S. law and European law”, *Columbia Journal of Law & the Arts*, v. 25, 2001-2002.

DIAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M.: “Comentario al art. 44”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción. Teoría del contrato*, ed. Civitas, Madrid, 1993.

- *La doctrina de los actos propios*, ed. Bosch., Barcelona, 1963

DESSEMONTET, F.: *Le droit d'auteur*, ed. CEDIDAC, Lausanne, 1999.

- "Rapport Général", en *Actes du XLI Congrès de ALAI sur la Protection des auteurs et artistes interprètes par contrat du Montebello 14-18 septembre 1997*, Québec, 1998.

DESURMONT, T.: "La Communauté Européenne, les droits des auteurs et la Société de l'Information", *RIDA*, 2001, n° 190.

DOANE, M.: "TRIPS and international intellectual property protection in an age of advancing technology", *American University Journal of International Law and Policy*, 1994, v. 9.

DOCK, M.C.: *Etude sur le droit d'auteur*, ed. Librairie générale du droit et de jurisprudence, Paris, 1963.

- "Génése et évolution de la notion de propriété littéraire", *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 1974, enero.

DOHERTY, M. y GRIFFITHS, I.: "The harmonisation of European Union Copyright Law for the Digital Age", *E.I.P.R.*, 2000.

DOMMERING, E.J.: "Copyright Being Whashed Away through the Electronic Sieve: Some Thoughts on the Impending Copyright Crisis", *The future of copyright in a digital environment*, ed. BERNT HUGENHOLTZ, pub. Kluwer Law International, The Hague, 1996.

DOWELT, J.: "Bytes and pieces: Fragmented Copies, Licensing, and Fair Use in a Digital World", *California Law Review*, v. 86, iss. 4, july, 1998.

DREIER, T.K.: "Copyright digitized: philosophical impacts and practical implications for information exchange in digital networks", WIPO Worldwide Symposium on the Impact of Digital Technology on Copyright and Neighbouring Rights, Publicaciones de la OMPI, Ginebra, 1993.

DUMAS, R.: *La propriété littéraire et artistique*, ed. Preses Universitaires de France, París, 1987.

DUPPONT-ROUGIER, P.: *Du contrat d'édition*, ed. Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence París, 1907.

DUSSOLIER, S.: "Technology as an Imperrative for Regulating Copyright From the Public Exploitation to the Private Use of the Work", *EIPR*, 2005.

ELKIN-KOREN, N.: "Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 14, 1996.

ERDOZAIN LÓPEZ, J.C.: "El concepto de originalidad en el derecho de autor", *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, 1999.

- *Derechos de autor y la propiedad intelectual en Internet*, ed.Tecnos, Madrid, 2002.
- "Un ensayo sobre algunos aspectos de la protección de los programas de ordenador y su consideración jurídica", *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, 2001, Mayo-Agosto, nº 8.
- *Las Retransmisiones por Cable y el Concepto de Público en el Derecho de autor*, ed.Aranzadi, Pamplona, 1997.

ERDOZAÍN, J.C., GONZÁLEZ, A.; MARÍN, J.J., SOL, M: "El test de las tres etapas y la comunicación pública. Mesa redonda", Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital, *Revista de Internet, Derecho y Política* . N.º 1. UOC <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda01.pdf>

ESPIN ALBA, I.: *El contrato de edición literaria. (Un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la contratación)*, Granada, 1994.

- "Edición electrónica de libros y derecho de autor. Nuevas perspectivas en la

relación entre autores y editores: apuntes para una reflexión”, *Actas de Derecho Industrial*, 2000, tomo 21.

ESPIN CANOVAS, D.: *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, 1991,

- "El proyecto de ley de Propiedad Intelectual de 1986", *La ley*, t. 3, 1986

- *Los derechos del autor de obras de arte*, ed. Civitas, Madrid, 1996.

ESTEVE PARDO, M^A: *La obra multimedia en la legislación española*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

- Capítulo 3, “El objeto del Derecho de autor: la Obra”, en *Propiedad Intelectual*, Coord. M^aAsuncion Esteve Pardo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- Capítulo 8 Derechos exclusivos de explotación del autor, *Propiedad Intelectual*, Coord. M^aAsuncion Esteve Pardo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de obra intelectual*, Ed.Dykinson, Madrid, 2006.

FARCHY, J. y RANAIVOSON, H.: “Drms: a new strategic stake for contents industries: the case of the online music market”, *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 2005, vol. 2(2).

FARRAND, B.: “La emulación es la forma de adulación más sincera: Videojuegos retro, distribución del ROM y derechos de autor”, *Revista d’Internet, Dret i Política*, 2012, nº 14, mayo.

FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A.: *El derecho de autor en Internet*, ed. COLEX, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ-MOLINA, J.C. y CHAVES GUIMARAES, J.A.: “Las nuevas leyes

de derecho de autor: ¿adecuadas para la preservación digital?”, *Information research*, v. 2, nº 4, octubre, 2007, paper 322, <http://InformationR.net/ir/12-4/paper322.html>

FERNAY, R. : “Grandeur, misère et contradictions du droit d’auteur”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, 1981, julio.

FERRARI: “Tutela del titolo e confondibilità fra la opere”, *Rivista di Diritto Industriale*, 1959, parte II.

FERRI, G.: "Creazione intellettuali e beni immateriali". *Studio in memoria de Tullio Ascarelli*, t.II, ed. Giuffrè, Milán, 1969.

FISCHMAN AFORI, O.: “Implied license: an emerging new standard in copyright law”, *Santa Clara Computer and High Technology*, 2008, v. 25.

FORNS, J.: “Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura”, *Anuario de Derecho Civil*, 1951, julio-septiembre.

FRANCESCHELLI, R.: *Trattato di Diritto Industriale*, Milán, 1973.

- “Le idee come oggetto di rapporti giuridici”, *Rivista di Diritto Industriale*, 1961, Parte Prima.

FRANCO VÁZQUEZ, C. y VIDAL PORTABALES, J.I.: “Imágenes en la web y Derecho de autor”, *Actas de Derecho Industrial*, 2007-2008, t. 28.

FRANÇON, A.: “La liberté contractuelle dans le domaine du droit d’auteur”, *RDS*, 1976, Chronique, p.55 y ss.

- “Le droit d’auteur au delà des frontières: une comparaison des conceptions civiliste et de Common Law”, *RIDA*, 1991, julio, p. 5.

- *La propriété littéraire et artistique en Grande-Bretagne et Aux Etats-Unis*, ed. Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1955.

- *La propriété littéraire et artistique*, ed. Presses Universitaires de France,

Paris, 1970.

- “Comentario a la sentencia de la Corte de Apelación de París de 5 de julio de 1979”, *RTDCom*, 1980.

FRASER, S.: “The Copyright Battle: Emerging International Rules and Roadblocks on the Global Information Infrastructure”, *Journal of Computer & Information*, 1997, v. 15, iss. 4.

GALAN CORONA, E.: “Los derechos patrimoniales del autor (reproducción, distribución y puesta a disposición) tras la reforma introducida por la Ley 23/2006, de 7 de julio”, *Reformas recientes de la Propiedad Intelectual*, dir. ROGEL VIDE, ed. REUS, Madrid, 2007.

GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, ed. Civitas, Madrid, 1991.

GARCIA SANZ, R.M.: *El Derecho de autor en Internet*, ed. Colex, Madrid, 2005.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet. Los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, ed. Comares, Granada, 2003.

- *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, ed. Comares, Granada, 2010.
- “Comentario al art. 25” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 2007.
- “Comentario al art. 161”, *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 2007.
- “Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P. Su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Intelectual”, *Pe.i Revista de Propiedad*

Intelectual, 2014, nº 16.

- “La tensa relación entre las medidas tecnológicas de protección y los límites a la propiedad intelectual”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2011, N° Extra, 1.
- “Propiedad intelectual en internet: el derecho a establecer enlaces en la W.W.W.”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 1999, nº 1.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. y GONZÁLEZ GONZALO, A.: “La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2011, nº 8.

GAUBIAC, Y.: “Medidas tecnológicas e inoperabilidad en el derecho de autor y derechos vecinos”, *e-Copyright Bulletin*, 2007, abril-junio.

GAUTIER, P.Y: *Propriété littéraire et artistique*, ed. Presses Universitaires de France, París, 1991.

GAVIN,G.: *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation françaises*, París, 1960.

GEIGER, CH.: “El papel del test de las tres etapas en la adaptación del derecho de autor a la Sociedad de la información”, *Bulletin du Droit d'auteur*, enero-marzo, 2007.

GENDREAU, Y.: “Le droit de reproduction et l'Internet”, *RIDA*, 1998, nº 178.

GEORGINI, G.: “International digital publishing and territorial copyright: is the european union letting infringers slip through its 'nets?'”, *Brooklyn Journal of International Law*, 1995-1996, v. 21.

GERVAIS, D.: “Electronic Rights Management and Digital Identifier Systems”, ponencia presentada al Advisory Committee on Management of Copyright and

Related Rights in Global Information Networks, Ginebra, 14 y 15 de diciembre de 1998, Documento OMPI.

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/acmc_1/acmc_1_1-main1.pdf

- “Making copyright whole: a principled approach to copyright exceptions and limitations”, *University of Ottawa Law & Technology Journal*, nº 5, 2008.

GETE ALONSO Y CALERA, M.C.: “Comentario al art. 43”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997.

GIANNINI, A: “Il contratto di edizione”, *RDCiv*, 1957, p.I.

GIL RODRIGUEZ, J.: “Comentario al art. 55”, en *Comentarios a la LPI*, dr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, 1997.

GINSBURG, J.C.: “A tale of two copyrights literary property in Revolutionary France and America”, *RIDA*, 1991, enero.

- “Copyright Use and Excuse on the Internet”, *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, vol. 24, Fall 2000.
- “Copyright Legislation for the New Millennium”, *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts*, 1999, v. 23.

GUIBAULT, L.: “The nature and scope of limitations and exceptions to copyright and neighbouring rights with regard to general interest missions for the transmission of knowledge: prospects for their adaptation to the digital environment”, *Bulletin du Droit d’Auteur*, 2003, october-december.

GUILLEM CARRAU, J.: “Open innovation y biotecnología: salto cualitativo de licencias convencionales a licencias abiertas”, *Actas de Derecho Industrial*, 2011-2012, tomo 32.

GOLDSTEIN, P.: “Copyright and its substitutes”, *Wisconsin Law Review*, 1997.

GOMEZ LAPLAZA, C.: “Comentario al art. 58”, en *Comentarios a la LPI*, dr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, 1997.

GÓMEZ POMAR, F.: “La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº164, 1993.

GOMEZ SEGADE, J.A.: “El derecho de autor en el entorno digital”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1999, nº3, disponible en <http://www.editorialreus.es/rglj/documentos/imprimeitem.php?ID=333>

- “Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la información”, *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Coord. ROGEL VIDE, ed. Reus, Madrid, 1999.
- “Respuestas de los sistemas de propiedad intelectual al reto tecnológico. El Derecho europeo continental y el Derecho anglosajón del Copyright”, *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1996.

GOMEZ SEGADE, J.A. y BOUZA, M.A.: “Videojuegos: algunos problemas de Derecho de autor”, en *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual. Cuestiones puntuales*. Coord. ROGEL VIDE, Ed.Reus, Madrid, 2001.

GOMEZ TOMILLO, M.: “Megaupload y la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Al mismo tiempo, una propuesta político-criminal sobre los proveedores de enlaces”, *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, 2012, septiembre.

GONG, J.Z.: “Defining and addressing virtual property in international treaties”, *Boston University Journal of Science & Technology Law*, 2011, v. 17, nº 1.

GONZÁLEZ CABRERA, I.: “Apuntes sobre el llamado derecho de puesta a disposición del público y su incidencia en los establecimientos hoteleros. Especial referencia al Anteproyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 23 de enero de 2003”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*,

2004, nº 41.

GONZALEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, ed. Comares, Granada, 2008.

- “La sentencia de la Corte Suprema Estado-Unidense en el caso Grokster: la matizada condena de los operadores P2P”, *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, 2005, nº 20.
- “Napster: Copias robadas, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2000, nº 6 septiembre-diciembre.

GONZALEZ LOPEZ, M.: *El derecho moral de autor en la Ley española de propiedad intelectual*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ CABRERA, I.C.: “El derecho de puesta a disposición del público: ¿un nuevo derecho o un subgénero del derecho de comunicación pública? Comentario a la luz del Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 23 de enero de 2003”, *Actualidad Civil*, 2004, Nº 19.

GONZALEZ GOZALO, A.: “La noción de obra audiovisual en el Derecho de autor”, *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, 2001, enero-abril, nº 7.

GORDON, W.: “Assertive Modesty: An Economics of intangibles”, *Columbia Law Review*, nº 94, 1994.

- “Fair use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the *Betamax* Case and its Predecessors”, *Columbia Law Review*, vol. 82, 1982.
- “An inquiry into the merits of copyright: the challenges of consistency, consent and encouragement theory”, *Stanford Law Review*, v. 41, 1989.

GORMAN, R. y GINSBURG, J: *Copyright, Cases and Materials*, Foundation Press, New York, 2009.

GOTZEN, F.: “Vers une harmonisation du droit d’auteur dans la Société de l’Information”, *RIDA*, 2004, octubre, nº 202.

GOUTAL, J.L.: “Presomption de titularité des droits d’exploitation au profit des personnes morales: la Cour de Cassation maintient sa jurisprudence”, *RIDA*, 1998, nº 175.

GRECO, P. y VERCELLONE, P.: *I diritti sulle opere dell’ingegno*, Unione Tipografico- Editrice Torinese, Turín, 1974.

GROSHEIDE, F.W.: “Copyright Law from a User’s Perspective: Acces Right for Users”, *E.I.P.R.*, 2001.

GUERRERO ZAPLANA, J.: “Los llamados vídeos comunitarios y los delitos contra la propiedad intelectual cometidos por éstos”, *La Ley*, 1989-3.

HART, M.: “The Proposed Directive for Copyright in the Information Society: Nice Rights Shame about the Exceptions”, *E.I.P.R.*, 1998.

- “The Copyright in the Information Society Directive: An Overview”, *E.I.P.R.*, 2002.

HAYES, D.L.: “Advanced Copyright Issues on the Internet”, *Texas Intellectual Property Law Journal*, 1998.

HEIDE, T.: “The Berne Three-Step Test and the Proposed Copyright Dircetive”, *E.I.P.R.*, 1999.

HENRION, M.: “Apport à l’étude des privilèges de libraire aux XVI et XII siècles”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, 1955, enero.

HUGENHOLTZ, P.B.: “The implementation of Directive 2001/29/EC in the Netherlands”, *RIDA*, 2005, nº 206.

- “Adapting Copyright to the Information Superhighway”, en *The Future of Copyright in a Digital Environment of Copyright in a Digital Environment*,

coord. HUGENHOLTZ, Kluwer Law International, La Haya, 1996.

- “Why the Copyright Directive is Unimportant and Possibly Invalid”, *E.I.P.R.*, 2000.

HUGUET, A.: *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, ed. Librairie Générale de droit et de jurisprudence, París, 1961.

IGLESIAS POSSE, R.: “Licitud de la comercialización de aplicaciones informáticas diseñadas para intercambiar archivos a través de redes P2P (Comentario a la sentencia nº244/2011, del Juzgado de lo Mercantil nº4 de Madrid, de 25 de noviembre)”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2012, nº 29.

- “Provisión de enlaces electrónicos a contenidos protegidos por el derecho de autor”, *Actas de Derecho Industrial*, tomo 32, IGLESIAS POSSE, R: “Provisión de enlaces electrónicos a contenidos protegidos por el derecho de autor”, *Actas de Derecho Industrial*, tomo 32.

JACKSON, M.: “Linking Copyright to Homepages”, *Federal Communication Law Journal*, 1997, nº 49.

JASIEWICZ, M.I.: “Copyright protection in an opt-out world: Implied License Doctrine and News Aggregators”, *The Yale Law Journal*, 2012, vol. 122, iss. 3.

JEANNERET, C.: “The Digital Millennium Copyright Act: Preserving the Traditional Copyright Balance”, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2001, v. 12.

JIMENEZ SERRANÍA, V.: “Reflexiones en torno a la distribución en línea de contenidos digitales”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2010, nº 23, (Bib 2010/1144).

JUFRESA PATAU, F. y MARTELL PEREZ- ALCALDE, C.: “Los derechos del artista sobre su obra”, en *Revista General de Derecho*, 1987, julio-agosto.

- “Els drets de l’artista plàstic sobre la seva obra”, en *Art y Dret*, Barcelona, 1991.

JULIÀ BARCELÓ, R.: “On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks”, *E.I.P.R.*, Issue 3.

KEITH FULTON, B.: “The use of disclaimers & the internet's world wide web”, *Media Law & Policy Media Law & Policy*, 1997.

KEMPER, K.: “La copia privada en Alemania”, *La copia privada a examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la Propiedad Intelectual*, ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1995.

KEREVER, A.: “La directive européenne d’harmonisation de certains aspects des droits d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information”, *Bulletin du Droit d’Auteur*, 2001, vol. 35, n° 1.

- “Revolution française et droit d’auteur”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, 1989, julio.
- “La Directiva europea relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información”, *Boletín de Derecho de autor*, 2001, volumen XXXV, n°1, enero-marzo.

KLAFKOWSKA-WANIOWSKA, K.: “Public Communication Right Towards Full Harmonisation”, *E.I.P.R.*, 2013, Iss.12.

KNUCKEY, A.M.: “YouTube—The Next Generation of Infringing on Creative Works: What Can Be Done to Protect the Screenwriters?”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 7, iss. 2, Spring 2009.

KOELMAN K. y HELBERGER, N.: *Protection of Technological Measures*, *Institute for Information Law*, Amsterdam, 1998.

<http://www.ivir.nl/publicaties/koelman/technical.pdf>

KROEGER, D.M.: “Applicability of the Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995”, *UCLA Entertainment Law Review*, 1998, v. 6.

KURT HUNT, “Copyright and YouTube: Pirate’s Playground or Fair Use Forum?”, 14, *Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.* 197 (2007)

<http://www.mttl.org/volfourteen/hunt1.pdf>

KYROU, A.: “Elogio del plagio. El sampling como juego o acto artístico”, *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*, BLONDEAU, O. y otros, ed. Traficante de sueños, 2004, Madrid.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Derechos Reales. Bienes Inmateriales*, volumen 1º, 3º parte, Barcelona, 1989.

- “Comentario al artículo 2 de la LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Madrid, 1989.

LACRUZ, M.L.: “Aventuras de la propiedad intelectual en el país de internet”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2001, num.1, p.11

<http://www.editorialreus.es/rglj/documentos/imprimeitem.php?ID=3133>

LALIGANT, O.: “La revolution française et le droit d’auteur ou perennité de l’objet de la protection”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, 1991, enero.

LAPAN, L.: “Network television and the digital threat”, *UCLA Entertainment Law Review*, 2009, nº 16.

LARDEUR, G.: *Du contrat d’édition en matière littéraire*, ed. Librairie Nouvelle de Droit, París, 1893.

LARSON, S., SVENSSON, M., MEZEI, P. y DE KAMINSKI, M.: “The Digital Intellectual Property Challenge Revisited: File-sharing and Copyright Development in Hungary”, *The WIPO Journal*, 2014, v. 5, iss. 2.

LASSO DE LA VEGA, J.: *El contrato de edición literaria*, Estades, Artes Gráficas, Madrid, 1949.

LAUTERBOURG, W.: *Du contrat d'édition*, Im. Recueil Sirey, Berna, 1915.

LE CROSNIER, H.: “Repensar los derechos de autor. Defensa socializada frente a los nuevos peajes de la cultura”, *Archipiélago: Cuadernos de crítica de la cultura*, 2003, nº 55.

LEDESMA IBÁÑEZ, J.: *Piratería digital en la propiedad intelectual*, ed. Bosch, Barcelona, 2011.

LEEHRMAN, M.: “La teoría de los *Property Rights* y la protección de la propiedad intelectual e industrial”, *Revista General de Derecho*, 1990.

LEMLEY, M.A.: “Dealing with Overlapping Copyrights on the Internet”, *University of Dayton Law Review*, vol. 22, 1997.

LEPAGE, A.: “Vue générale sur les exceptions et les limitations au droit d’auteur dans l’environnement numérique”, *Bulletin du Droit d’Auteur*, 2003, janvier-mars.

LESSIG, L.: “Building a Digital Commons”, *The Berkman Center’s*, 20 de mayo de 1999,
<http://cyber.law.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/opencode.session.pdf>

LEUF, B. Y CUNNINGHAM, W.: *The wiki way. Quick collaboration on the web*, pub. Addison Wesley, 1ªed., 2001, 9ª impresión, enero 2008.

LIDGARD, H.H.: “European perspective on licensing in a network environment”, *Suffolk Transnational Law Review*, v. 23, 1999-2000.

LINCOFF, B.: “Common Sense, Accommodation and Sound Policy for the Digital Music Marketplace”, *Journal on International Media and Entertainment Law*, 2008, v.2.

LIPSZYC, D.: *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, CERCALC,

ZAVALLIA, Buenos Aires, 1993.

LITMAN, J.: “Reforming Information Law in Copyright’s Image”, *University of Dayton Law Review*, 1997, v. 22.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad contractual: consecuencias*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- “Contratos electrónicos anulables”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2009, nº 21, p. 23 y ss.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J.: “La industria cultural en Internet y las Entidades gestoras de derechos de autor”, *El canón digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico*, Dirs. PADROS REIG, C. y LÓPEZ SINTAS, J., ed. ATELIER, Barcelona, 2011.

LOPEZ MATA, S.: *Limites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Editorial Comares, Granada, 2009.

LOPEZ QUIROGA, J.: *La propiedad intelectual en España: estudio teórico y práctico de la Ley y el Reglamento vigentes: concordados entre sí, seguido de un índice cronológico de las disposiciones y jurisprudencia que sean dictado hasta la fecha*, ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1918.

LOPEZ SANCHEZ, C.: *La transformación de la obra intelectual*, ed. Dykinson, Madrid, 2008.

LUCAS, A.: *Droit d’auteur et numerique*, ed. Litec, París, 1998.

LUCAS, A. y LUCAS, H.J.: *Traité de la propriété littéraire et artistique*, ed. Litec, Paris, 2001.

MACDONALD, K.E.: “Speed Bump on the Information Superhighway: Slowing Transmission of Digital Works to Protect Copyright Owners”, *Louisiana Law Review*, 2003, v. 63, nº 2.

MARCO MOLINA, J.: “Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de autor”, *Anuario de Derecho Civil*, 1994, enero-marzo.

MARIN LÓPEZ, J.J.: La protección de las medidas tecnológicas implementadas por Nintendo en sus consolas y videojuegos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2014, as. C-355/12).

<http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/noticias/item/1346-la-protección-de-las-medidas-tecnológicas-implementadas-por-nintendo-en-sus-consolas-y-videojuegos-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-uni3n-europea-de-23-de-enero-de-2014-as-c-355-12>

- “Comentario al Título IV de la LPI”, en *Comentarios a la LPI*, dir. Bercovitz Rodríguez Cano, ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- “La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2005, nº 20.

MARISCAL GARRIDO-FALLA, P.: “Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual: breve comentario acerca de la inadecuación de su régimen jurídico”, *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, nº34, enero-abril, 2010.

MARKS, D.S. y TURNBULL, B.H.: “Technical protection measures: the intersection of technology, law and commercial licences”, *E.I.P.R.*, 2000.

MARSAL GUILLAMET, J.: Capítulo 2, “El sujeto del Derecho de Auotr”, en *Propiedad Intelectual*. Coord.. M^aAsuncion Esteve Pardo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MARTIN SALAMANCA, S.: Capítulo 12 y 13 “Límites a los derechos de explotación” (I) y (II), en *Propiedad Intelectual*. Coord.. M^aAsuncion Esteve Pardo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “Comentario al art. 73”, en *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, 1997.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al art. 14”, en *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997.

MASSAGUER, J. y SALELLES, J.R.: “El Derecho de la propiedad intelectual ante los desafíos del entorno digital. Perspectiva general y problemas particulares para las bibliotecas”, *Revista General de Derecho*, 1997, nº 636.

MATHEWS, K.J.: “Misunderstanding RAM: Digital Embodiments and Copyright”, 1997 B.C. *Intell. Prop. & Tech. F.* 041501, disponible en:

http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/st_org/iptf/articles/content/1997041501.html

MATINE, H.: *Le contrat d'édition en matière littéraire en droit suisse et en droit française*, Ginebra, 1951.

MERCHANT, M.J.: “Establishing the Boundaries of First Amendment Protection for Speech in the Cyberspace Frontier: *Reno v. ACLU*”, *Howard Law Journal*, vol. 39, 1996.

MERGES, R.: “Contracting into liability rules: intellectual property rights and collective rights organizations”, *California Law Review*, v. 84, 1996.

METZNER-SZIGETH, A.: METZNER-SZIGETH, A.: “El movimiento y la matriz”- Internet y transformaciones socio-cultural, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, 2006, nº7.

<http://www.oei.es/revistactsi/numero7/articulo04.htm>

MISERACHS I SALA, P.: *La Propiedad Intelectual*, Barcelona, 1987.

- “Acotaciones históricas a la reforma de la Ley de la Propiedad Intelectual”, *La Ley*, 1985, t.II, p.1007 y ss.
- “El contrato de edición en la Ley del Libro”, *RJC*, 1975, enero-marzo.

MONTES PENADES, V.: “El patrimonio y los elementos patrimoniales”, *Lección*

decimocuarta, *Derecho Civil Parte General*, coords. MONTES, V.L. y LÓPEZ, A., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

MORALES GARCÍA, O.: “Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de Servicios e Intermediarios de la Sociedad de la información”, disponible en <http://www.uoc.edu/in3/dt/20008/index.html>

MORRISON, A. y GILLIES, L.: “Securing Webcast Content in the European Union: Copyright Technical Protection and Problems of Jurisdiction on the Internet”, *E.I.P.R.*, 2002.

MORT, S.A.: “The WTO, WIPO & the Internet: Confounding the Borders of Copyright and Neighboring Rights”, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 1997, v.8, iss.1.

MOUCHET, C. y RADAELLI, S.A.: "El derecho de inédito de los autores de obras literarias y artísticas", *ADC*, 1955.

NARD, C.A., BARNES, D.W. y MADISON, M.J.: *The Law of Intellectual Property*, Aspen Publishers, New York, 2006.

NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.: “La copia privada y las metamorfosis del derecho de autor”, *Actualidad Civil*, 1999, tomo I.

NAVAS NAVARRO, S.: “Dominio público, diseminación *online* de las obras del ingenio y cesiones Creative Commons (Necesidad de un nuevo modelo de Propiedad Intelectual), *ADI*, 2011-2012, tomo 32.

NETANEL, N.: “*Copyright and a Democratic Civil Society*”, *Yale Law Journal*, vol.106, 1996.

- “The Next Round: The Impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement”, *Virginia Journal of International Law Association*, 1997, v. 37.

NIMMER, D.: “Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age”, *Harvard Journal*

of Law & Technology, vol.10, nº1, 1996.

- “A riff on fair use in the Digital Millennium Copyright Act”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, nº3, 2000.

NIMMER, R. y KRAUTHAUS, P.: “Copyright on the Information Superhighway Requiem for a Middleweight”, *Stanford Law & Policy Review*, nº6, 1994.

OCHOA PEÑA, P.: *¿Cómo funciona Internet? Nodos críticos desde una perspectiva de los derechos. Guía para periodistas*, ed. ONG Derechos Digitales.

OLLERO TASSARA A.: Derechos del autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate, *Revista de Derecho Político*, num.27-28, 1988.

ORDUÑA MORENO, F.: “Derecho de la contratación y condiciones generales I” , *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 4, 2000.

ORTEGA DÍAZ, J.F.: *Los enlaces en Internet, Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores*, ed. Aranzadi, Madrid, 2006.

ORTIZ MEDINA, A.: “La cultura blog”, *Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, 2011, abril-junio, nº 87.

OTTEN, A. y WAGER, H.: “Compliance with TRIPS: The Emerging World View”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1996, v. 29.

OVANEZIAN, D.: “Internet Search Engine Copying: Fair Use Defense to Copyright Infringement”, *Santa Clara High Technology Law Journal*, v.14, Iss.1, art. 5, 1998.

PADELLARO, G.: *Il diritto d'autore, la disciplina giuridica degli strumenti di comunicazioni sociale*, ed. Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi- Società Editrice Libreria, Milán, 1972.

PAITEL, G.: *Du contrat d'édition. Etude des rapports entre éditeurs et auteurs*, Imp. Y Cadoret, Burdeos, 1898.

PARANT, V.: “Copyright Harmonization in the European Union: The Digital Alibi”, *Entertainment & Sports Lawer*, 1998.

PATEL, R.: “First World Problems A fair use Analysis of Internet Memes”, *UCLA Entertainment Law Review*, v. 20, 2013.

PAVON CADAVID, J.A.: “Los riesgos de la tecnología. Medidas tecnológicas de protección: el caso de los DVD”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2008, nº 12.

PEGUERA POCH, M.: “Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporciona enlaces a obras y prestaciones protegidas”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, 2012, nº42.

PEREZ CUESTA, E.: “Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor”, *Revista de Derecho Privado*, 1981.

PEREZ DE CASTRO, N.: “La propuesta de Directiva relativa a la armonización del período de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines”, *La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea*, ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1993.

PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, ed. Civitas, Madrid, 1993.

- “Aproximación al significado de la expresión ámbito estrictamente doméstico en la regulación legal de la facultad patrimonial de comunicación pública”, *Pe.i, Revista de Propiedad Intelectual*, 2002.
- “Comentario al art. 31” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Ed.Tecnos, Madrid, 1997.
- “Comentario al art. 31bis”, *Comentarios a la LPI*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Ed.Tecnos, Madrid, 2007.

PERRY BARLOW, J.: “A Declaration of the Independence of Cyberspace”,

disponible en <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>

PERZANOWSKI, A.: "Fixing RAM copies", *Northwestern University Law Review*, Vol. 104, nº 3.

PETERS, M.: "The challenge of copyright in the digital age", *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2006, nº 9.

PIÑEROS DURAN, S.: "Los nuevos modelos: una solución equilibrada a la problemática del P2P", *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2013, num.17.

PIOLA-CASELLI, E.: *Del Diritto di Autore*, en *Il Diritto Civile Italiano*, dir. FIORE, P., Parte IV, Napolés-Turín, 1907.

PLANAS I SILVA, C.: "Los contratos editoriales en la era del acceso: la desintermediación legal", en *El copyright en cuestión*, coord.. TORRES RIPA y GOMEZ HERNANDEZ, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2011.

PLAZA PENADES, J.: *El derecho de autor y su protección en el art. 20.1 b) de la Constitución*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 199

- *Propiedad Intelectual y Sociedad de la información (Tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad Civil en la Red)*, Cizur Menor (Navarra), Aranzdi, 2002.
- "Comentario al art. 15", *Comentarios a la LPI*, 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Aranzadi, 2007.
- "La propuesta de directiva de derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la información", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, nº4.
- "La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2006, nº12 (BIB

2006/1317)

- “La aparente inocuidad del caso Google”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2012, nº30, (BIB 2012/3247).

POUILLET, E.: “Voz *éditeur*”, en *Dictionnaire de la Propriété Industrielle, Artistique et Littéraire*, dir. POUILLET, E., t.II, París, 1887.

PRATS ALVENTOSA, L.: *Derecho de Sucesiones*, Lección 26ª, coord. MONTES PENADES, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

RAMIREZ, J.A.: *Medios de masas e historia del arte*, ed. Catedra, Madrid, 1992.

RAMÍREZ HINESTROZA, M.A.: “La responsabilidad de los ISP desde el punto de vista de los contenidos”, *Revista la Propiedad Inmaterial*, 2009, nº 13.

RAMÍREZ SILVA, P.: “Webs de enlaces y propiedad intelectual”, *InDret, Revista para el Análisis de Derecho*, 2012, nº 2.

RAMS ALBESA, J.: “Comentario al artículo 14 LPI”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t.V., v. 4ª, EDERSA, Madrid, 1994.

RATZENBERGER, M.: *Du contrat d’édition en matière littéraire*, Lausanne, 1908.

RAULT, J.: *Le contrat d’édition en droit française*, imp. Auguste Jaunin, París, 1927.

REESE, R.A.: “The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks”, *Boston College Law Review*, 2003, v. 44.

REILING, R.: “Intellectual Property Regimes for the Information Age: Policies of the United States, the European Union and the World Intellectual Property Organization”, *Boston University Journal of Science & Technology Law*, 1997, v. 3.

RENGIFO GARCÍA, E.: “Computación en la nube”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2013, nº 17.

REYES LÓPEZ, M.J.: “Un paso más en la protección del consumidor: contratación electrónica y conformidad y garantía”, *Noticias de la Unión Europea*, 2002, nº 207.

RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, ed. DYKINSON, Madrid, 2002.

- “Hipervínculos y frames desde la perspectiva del derecho de reproducción del autor. (Análisis de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información)”, *Pe.i*, 2003, nº13.

RIVAS PRIETO, P.: “El concepto de comunicación al público del TJUE: los criterios que informan los asuntos del Corso y Phonographic Performance”, *Pe.i revista de propiedad intelectual*, 2013, nº 43.

RIVERO HERNANDEZ, F.: "Comentario al artículo 18", *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R., ed.Tecnos, Madrid, 2007.

- “Comentario art. 20”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed.Tecnos, Madrid, 2007.

ROCA SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de Sucesiones*, tomo III, ed. Bosch, 1994.

RODRIGUEZ MEJÍAS, J.: “El abuso de posición de dominio en la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual”, *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, 2006, nº 24, septiembre-diciembre.

RODRÍGUEZ MORO, L.: “Creative Commons: un nuevo entendimiento de la cultura y la adecuación de sus licencias a la normativa española”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2012, nº 28.

RODRIGUEZ QUIROS, E.M^a: “Límites de los derechos de autores de páginas web

ante la puesta a disposición de *snippets* y de enlaces de acceso a la *copia caché*", (Comentario a la STS de 3 de abril de 2012, Megakini vs. Google Spain, S.L.), *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 2013, nº 13.

RODRÍGUEZ PARDO, J.: *El derecho de autor en la obra multimedia*, ed. Dykinson, Madrid, 2003.

RODRIGUEZ TAPIA, J.M.: "Siete Derechos en busca de Autor. La nueva Ley de Propiedad de 11 de noviembre de 1987", *ADC*, 1988, I.

- *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*, Madrid, 1992.

- "Comentario al art. 1 LPI", *Comentarios a la LPI*, 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2009.

- "Comentario al art. 2 de la LPI", *Comentarios a la LPI*, 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2009.

- "Comentario al art. 7 de la LPI", *Comentarios a la LPI*, 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2009.

- "Comentario al art. 8 de la LPI", *Comentarios a la LPI*, 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2009.

- "Comentario al art. 9 de la LPI", *Comentarios a la LPI*, 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2009.

- "Comentario al art. 10 de la LPI", *Comentarios a la LPI*, 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2009.

- "Comentario al art. 13 de la LPI", *Comentarios a la LPI*, 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2009.

- “Comentario al art. 17 LPI”, *Comentarios a la LPI*, 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2009.
- “Comentario al art. 31bis”, *Comentarios de la LPI*, 2ª Edición, Dr. José Miguel Rodríguez Tapia, ed.Aranzadi, Pamplona, 2009.
- “Comentario al art. 42 LPI”, *Comentarios a la LPI* , 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2007.
- “Comentario al art. 43 LPI”, *Comentarios a la LPI* , 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2007.
- “Comentario al art. 44 LPI”, *Comentarios a la LPI* , 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2007.
- “Comentario al art. 46 LPI”, *Comentarios a la LPI* , 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2007.
- “Comentario al art. 47 LPI”, *Comentarios a la LPI* , 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2007-
- “Comentario al art. 49 LPI”, *Comentarios a la LPI* , 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2007.
- “Comentario al art. 51 LPI”, *Comentarios a la LPI* , 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2007.
- “Comentario al art. 55 LPI”, *Comentarios a la LPI* , 2ª Edición Dr. José Miguel Rodríguez Tapia. Ed. Civitas, 2007.
- “Comentario al art. 9 de la LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord.BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ed. Tecnos, Madrid, 1997.

ROGEL VIDE, C.: "Comentario al art. 4 de la LPI", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dir. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t.V, vol.4º.A.*

- “Comentario al artículo 58 de la Ley de Propiedad Intelectual”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, M. y ALABART, S., Madrid, 1994, t.V, v.4-A-.
- “Comentario al art. 73 de la LPI”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S., ed. EDERSA, Madrid, 1994, t.V, v.4-A.

RUDELLE, P.: *Des rapports juridiques entre les auteurs et les éditeurs*, ed. Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence et de Jurisprudence, París, 1887.

RUIZPEREZ DE AZCARATE, C.: *Las obras del espíritu y su originalidad*, Editorial Reus, Madrid, 2012.

SABADA, I.: *Propiedad Intelectual ¿Bienes públicos o mercancías privadas?*, ed. Catarata, Madrid, 2008.

SAIZ GARCIA, C.: *Las obras de una pluralidad de autores: las obras audiovisuales*, Tesis doctoral, Universidad Valencia, 1998, dir. PRATS ALVENTOSA, L.

- *Obras audiovisuales y Derecho de autor*, ed. Aranzadi, Cizur-Menor, 2002.
- “La reforma del límite de ilustración de la enseñanza del art.32 del texto refundido de la ley de propiedad intelectual”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2014, nº34, (BIB 2014/2006).

SANTILLANA DEL BARRIO, A.: “El mercado de la copia privada. Dimensión económica de los derechos de propiedad intelectual. Examen de la copia privada en ese contexto”, *La copia privada a examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la Propiedad Intelectual*, ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1995.

SAKATA, H.: “The making of the concept of authorship in UK Copyright law”,

RIDA, 2013, nº236.

SALELLES, J.P.: “La armonización comunitaria proyectada del régimen de excepciones del derecho de autor y otros derechos afines en la Sociedad de la información”, *Revista General de Derecho*, 2000.

SAMUELSON, P.: “Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised”, *Berkeley Technology Law Journal*, 1999, 14 <http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/dmcapaper.pdf>

-“Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised”, *Berkeley Technology Law Journal*, 1999, 14

<http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/dmcapaper.pdf>

SANCHEZ ARISTI, R.: “Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, nº4, enero-abril, 2000.

- “La copia privada digital”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, nº14, 2003.

SCHACK, H.: “Anti-circumvention measures and restrictions in licensing contracts as instruments for preventing competition and fair use”, *Journal of Law, Technology & Policy*, 2002.

SCHØNNING, P.: “Implementation of the directive on copyright in the Information Society: Denmark”, *RIDA*, nº 202, 2004.

SERENO RESTREPO, J.S.: “Regulación de las medidas tecnológicas en el Derecho Comparado. Especial referencia al caso de Estados Unidos, Reino Unido y Australia”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2009, nº 13.

- “Contenido generado por usuarios (UGC), wikies y derecho de autor”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2010, nº 14.

SEVILLE, C.: “The United Kingdom’s implementation of the copyright directive”, *RIDA*, 2004, nº 202.

SIEGFRIED DÍAZ, A.: “Fair use & mass digitization: the future of copy-dependent technologies after authors guild v. Hathitrust”, *Berkeley Technology Law Journal*, 2013, vol. 23.

SHIH RAY KU, R.: “Consumers and creative destruction: *fair use* beyond market failure”, *Berkeley Technology Law Journal*, 2003, Iss.18-2, disponible en <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol18/Ku.stripped.pdf>

SMITH, N. y SMITH, A.V: “Technical Protection Devices and Copyright Law”, *Boston University Journal of Science & Technology Law*, 1997, april 10.

SOLÉ, R.: *Redes complejas, Del genoma a Internet*, ed. Tusquets, Barcelona, 2009.

SOLÉ RESINA, J.: “Sentencia de 26 de marzo de 2009: Nulidad del acto constitutivo de la sociedad anónima por objeto o causa ilícita”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 81, 2009.

SOL MUNTAÑOLA, M.A.: *La protección de las ideas*, ed. Tecnos, Madrid, 1997.

- “Las excepciones al derecho de autor. Una aproximación a su origen”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, nº 40, 2012.

SORDELLI, I.: “Idee, opere dell’ingegno ed invenzioni come oggetto di rapporti giuridici”, *Rivista di Diritto Industriale*, 1952, Parte I.

SORDELLI, R. y SORDELLI, L.: “I privilegi di stampa a Milano nel secolo XV”, *Rivista di Diritto Industriale*, 1957, parte I.

SPOOR, J.H.: “The copyright approach to Copying on the Internet: (Over) Stretching the Reproduction the Reproduction Right?”, *The future of copyright in a digital environment*, ed. BERNT HUGENHOLTZ, pub. Kluwer Law International, The Hague, 1996.

STEINHAUS, T.: *Propiedad Intelectual*, coord.. ESTEVE PARDO, A., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

STOLFI, N.: *Il diritto di autore*, Milán, 1932.

SPURGEON, C.P.: License or limit? On-line educational uses. Alternatives for preserving the exclusive rights of copyright owners”, *Bulletin du Droit d’Auteur*, june, 2003.

STRIFFLING, R.: *Le contrat d’édition*, París, 1936.

STROWEL, A.: *Droit d’Auteur et Copyright*, Bruselas-París, 1993.

STRUBEL, X.: *La protection des oeuvres scientifiques en droit d’auteur français*, CNRS Editions, Paris, 1997.

TACHE, P.A.: *Le contrat d’édition de l’oeuvre littéraire*, Lausanne, 1970.

TORREMANS, P.: “Fair use for Europe?: Private international rather than substantive law”, *Actas de Derecho Industrial*, 2011-2012, t.32.

TOURNIER, A.: “La vertu des contrats type”, *RIDA*, 1954, julio.

TAWFIK, M.J.: “La legislation internationale sur le droit d’auteur et l’utilisation équitable comme droit des utilisateurs”, *Bulletin du Droit d’Auteur*, avril-juin, 2005.

TROLLER, A.: *Immaterialgüterrecht, Patentrecht, Markenrecht, Muster-und Modellrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht*, ed. Helbing & Lichtenhahn, 1985.

TROTTER HARDY, I.: “Computer RAM Copies: Hit or Myth?: Historical perspectives on caching as a microcosm of current copyright concerns”, *Dayton Law Review*, vol. 32, 1997.

- “Property (and Copyright) in Cyberspace”, *University of Chicago Legal Forum of 1996*.

- “The Ancient Doctrine of Trespass to Web Sites”, *Journal of Online Law*, 1996, october.

ULMER, E: Lettre d’Allemagne *DA* 1965, p.283 y ss.

- “La notion d’oeuvre en matière de droit d’auteur et l’art moderne”, *DA* 1969.

VALBUENA GUTIERREZ, J.A.: Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor, Ed.Comares, Granada, 2000.

VALDES ALONSO, A.: *Propiedad Intelectual y Relación de Trabajo*, ed. Civitas, Madrid, 2001.

VAN GOMPEL, S. & LAVIK, E.: “Quality, merit, aesthetics and purpose an inquiry into EU copyright laws eschewal of other criteria than originality”, *RIDA*, nº236, avril, 2013.

VANZETTI, A.: "Il diritto d’inedito", *Riv.Dir.Civ.*, 1966, I.

VATTIER FUENZALIDA, C.: “La Propiedad Intelectual (Estudio sistemático de la Ley 22/1987)”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, t.II.

- “Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico”, *Anuario de Derecho Civil*, 2002, vol.55, nº 1.
- “Incidencia de los Tratados de la OMPI en la Ley de Propiedad Intelectual”, *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, 2000, nº 4.

VAZQUEZ LEPINETTE, T.: *La cotitularidad de los bienes inmateriales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

VEGA VEGA, J.A.: *Derecho de autor*, Madrid, ed. Tecnos, Madrid, 1990.

VENTURA VENTURA, J.M.: “Comentario al art.71” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, de. Tecnos, Madrid, dir. BERCOVITZ.

VERMUT, R.: “File Caching on the Internet: Technical Infringement or Safeguard for Efficient Network Operation?”, *Journal of Intellectual Property Law*, 1997, vol.4, disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/ISP/cache1.html>

VICENT LOPEZ, C.: *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, ed. Revista General de Derecho, Valencia, 1999.

- “Cesión de contrato: su aceptación por el contratante cedido”, *Revista General de Derecho*, Octubre-Noviembre, nº 661-662, 1999.

VIDAL PORTABALES, J.I.: “Algunos aspectos problemáticos de las redes P2P, especial referencia al caso francés (HADOPI)”, *Actas de Derecho Industrial*, 2008-2009, tomo 29.

VINJE, T.C.: “A brave new world of technical protection systems: will there still be room for copyright”, *E.I.P.R.*, 1996.

VIVANT, M. y MALLET-POUJOL, N.: *Droit de l' information et de la communication*, París, 1997.

VIVANT, M y BRUGUIERE, J.M.: *Droit d'auteur*, ed. Dalloz, París, 2009.

VON LEWINSKI, S.: “The implementation of the list of exceptions of article 5 of the information society directive 2001/29/EC in selected member states”, *Pe.i Revista de propiedad intelectual*, Addenda, noviembre, 2011.

- “The implementation of the Information Society Directive into German Law”, *RIDA*, nº 202, 2004.

VON LOHMANN, F.: “Fair use as Innovation Policy”, *Berkley Technology Law Journal*, vol.23, nº 2, 2008.

WALRAVENS, N.: “La notion d'originalité et les oeuvres d'art contemporaines”, *RIDA*, 1999, nº 181, p.97-167.

WALTER, M.M.: “The implementation of the Infosoc-Directive in Austria. The

Copyright Amendment 2003”, RIDA, 2004.

WIEACKER, F.: *El principio general de buena fe*, Ed.Civitas, Madrid, 1982.

WILLEM GROSHEIDE, F.: “Globalisation, Convergence and Divergence in International Copyright Law: A Question of Expediency or of Right?”, *New Directions in Copyright Law*, v.2, ed. MACMILLAN, pub. Edward Elgar Publishing Limited, Massachussets, 2006.

XALABARDER PLANTADA, R.: “Les llicències Creative Commons: una alternativa al Copyright?”, *Revista sobre la Societat del Coneiximent*, 2006, nº2, http://www.researchgate.net/publication/31890681_Les_llicencies_Creative_Commons_una_alternativa_al_copyright Presentaci d'Ignasi Labastida

- Intervención en «La copia privada digital. Mesa redonda», *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?*, *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 1, 2005.
- “Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act”, *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet* (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001), disponible <http://www.uoc.edu/in3/dt/20060/>

YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Evolución histórica del derecho de propiedad intelectual”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1988.

ZAKON, R.: “Hobbes’Internet Timeline”, en

<http://www.zakon.org/robert/internet/timeline/>

JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia Unión Europea.

STJUE de 2 de junio de 2005, Sala Tercera, *Mediakabel BV y Commissariaat voor de Media*, C-89/04, LA LEY 125092/2005.

STJUE de 14 de julio de 2005, Sala Tercera, *Lagardère Active Broadcast contra Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) y Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)*, C-192/04.

STJUE de 7 de diciembre de 2006, Sala Tercera, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles S.A.*, Asunto prejudicial C-306/05, LA LEY 145348/2006.

Auto del TJUE de 19 de febrero de 2009, Sala Octava, rec. C.557/2007, LA LEY 3873/2009.

STJUE de 16 de julio de 2009, Sala Cuarta, *Infopaq International A/S y Danke Dagblades Forening*, C-5/08, LA LEY 148019/2009.

STJUE de 21 de octubre de 2010, Sala Tercera, *PADAWAN, S.L. y SGAE, EGEDA AIE, AGEDI y CEDRO*, C-467/2008, LA LEY 165620/2010.

STJUE de 4 de octubre de 2011, Sala Gran Sala, *Football Association Premier League y otros*, C-403/08 y C-429/08, LA LEY 181925/2011.

STJUE de 16 de junio de 2011, Sala Tercera, *Stichting de Thuis kopie y Opus Supplies Deutschland GmbH, Mijndert van der Lee, Hananja van der Lee*, C-462/2009, LA LEY 83350/2011.

STJUE de 24 de noviembre de 2011, Sala Tercera, *Circul Globus București (Circ & Variete Globus București) y Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România - Asociația pentru Drepturi de Autor (UCMR -ADA)*, rec. C-283/2010, LA LEY 223829/2011.

STJUE de 24 de noviembre de 2011, Sala Tercera, *Scarlet Extended SA y Société*

belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), participando Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video), Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music), Internet Service Provider Association ASBL (ISPA), rec. C-70/2010, LA LEY 211678/2011.

STJUE de 17 de enero de 2012, Sala Tercera, *Infopaq International A/S y Danske Dagblades Forening*, C-302/2010, LA LEY 661/2012.

STJUE de 16 de febrero de 2012, Sala Tercera, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)y Netlog NV*, rec. C-360/2010, LA LEY 4932/2010.

STJUE de 15 de marzo de 2012, Sala Tercera, *Società Consortile Fonografici (SCF) contra Marco Del Corso*, C-135/10, LA LEY 18971/2012.

STJUE de 7 de Marzo de 2013, Sala Cuarta, *ITV Broadcasting Ltd. y otros contra TV Catch Up Ltd.*, C-607/2011, LA LEY 9943/2013.

STJUE de 11 de julio de 2013, Sala Segunda, *Amazon.com International Sales Inc., Amazon EU Sàrl, Amazon.de GmbH, Amazon.com GmbH, en liquidación, Amazon Logistik GmbH y Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH*, C-521/2011, LA LEY 97631/2013.

STJUE de 19 de diciembre de 2013, Sala Quinta, *Innoweb BV y Wegener ICT Media BV, Wegener Mediaventions BV*, C-202/2012, LA LEY 196406/2013.

STJUE de 23 de enero de 2014, Sala Cuarta, C-355/12, *Nintendo Co. Ltd, Nintendo of America Inc., Nintendo of Europe GmbH y PC Box Srl, 9Net Srl*, LA LEY 94/2014.

STJUE 13 de febrero de 2014, Sala Cuarta, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd y Retriever Sverige AB*, C-466/2012, LA LEY 2875/2014.

STJUE de 27 de febrero de 2014, Sala Cuarta, *OSA-Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. y Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, C-351/2012, LA LEY 7773/2014.

STJUE de 27 de marzo de 2014, Sala Cuarta, *UPC Telekabel Wien GmbH y Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, C-314/2012, *LA LEY 26466/2014*.

STJUE de 10 de abril de 2014, Sala Cuarta, *ACI Adam BV y otros y Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*, C-435/2012, *LA LEY 36303/2014*.

STJUE de 11 de septiembre de 2014, Sala Séptima, *Sotiris Papasavvas y O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, Takis Kounnafi, Giorgos Sertis*, (C-291/2013), *LA LEY 111375/2014*.

STJUE de 5 de marzo de 2015, Sala Cuarta, *Copydan Båndkopi y Nokia Danmark A/S*, C-463/2012, *LA LEY 9737/2012*.

2. Jurisprudencia española.

STC 231/1988, de 2 de diciembre, *LA LEY 1166-TC/1989*.

STC 105/1990, de 6 de junio, *LA LEY 55897-JF/0000*.

STC 20/1992, de 14 de febrero, *LA LEY 1895-TC/1992*.

STC 223/1992, 14 de diciembre, *LA LEY 2065-TC/1993*.

STC 207/1996, de 16 de diciembre, *LA LEY 1527/1997*.

STC 10/2002, de 17 de enero, *LA LEY 1655/2002*.

STC 235/2007, de 7 de noviembre, *LA LEY 170196/2007*.

STS 18 de enero de 1964, *R.A. 205*.

STS de 4 de mayo de 1973, *R.A. 2291*.

STS 7 de julio de 1980, *R.A. 3301*.

STS de 9 de 3 octubre de 1981, *R.A. 3591*.

STS de 2 de junio de 1981, *R.A. 2491*.

STS 22 de abril de 1983, *R.A. 2119*.

STS de 14 de octubre de 1983, *LA LEY 8204-JF/0000*.

STS de 25 de septiembre de 1984, *R.A. 3246*.

STS 14 de julio de 1984, *R.A. 3808*.

STS de 5 de octubre de 1984, *R.A. 4758*.

STS 12 de diciembre de 1985, *R.A. 6436*.

STS 5 de abril de 1986, *R.A. 1794*.

STS de 30 de junio de 1986, *R.A. 3832*.

STS de 8 de julio de 1987, *R.A. 5188*.

STS de 17 de septiembre de 1987, *R.A. 6063*.

STS 3 de octubre de 1987, *R.A.6711*.

STS 16 de octubre de 1987, *R.A. 7292*.

STS de 22 de septiembre de 1988, *R.A. 6850*.

STS de 25 de enero de 1989, *R.A. 123*.

STS de 4 de mayo de 1989, *R.A.3585*.

STS de 10 de mayo de 1989, *R.A. 3752*.

STS de 22 de mayo de 1989, *R.A. 3874*.

STS 20 de febrero de 1990, *R.A. 705*.

STS 27 de febrero de 1990, *R.A.* 723.

STS de 11 de mayo de 1990, *R.A.* 3702.

STS 12 de julio de 1990, *R.A.* 5856.

STS de 4 de febrero de 1991, *R.A.* 704.

STS 20 de febrero de 1992, *EDJ* 1992/1580.

STS 26 de octubre de 1992, *EDJ* 1992/10483.

STS de 30 de octubre de 1995, *LA LEY* 14790/1995.

STS Sala 1ª de 11 de marzo de 1996, *RA.* 2413.

STS 17 octubre de 1997, *EDJ* 1997/7670.

STS de 30 de julio de 1998, *EDJ* 1998/16255.

STS de 28 de octubre de 1999, *EDJ* 1999/32585.

STS de 16 de marzo de 2000, *LA LEY* 60016/2000.

STS de 29 de marzo de 2001, *EDJ* 2001/5526.

STS de 24 de septiembre de 2002, *LA LEY* 7862/2002.

STS de 10 de mayo de 2003, *LA LEY* 1912/2003.

STS de 24 de junio de 2004, *EDJ* 2004/82456.

STS de 16 de abril de 2007, *LA LEY* 23117/2007.

STS de 8 de junio de 2007, *LA LEY* 60944/2007.

STS de 6 de julio de 2007, *LA LEY* 72191/2007.

STS de 17 de julio de 2007, *LA LEY* 79271/2007.

STS de 10 de julio de 2008, *LA LEY 96249/2008*.

STS de 21 de junio de 2007, *LA LEY 72164/2007*.

STS de 22 de junio de 2007, *LA LEY 60927/2007*.

STS de 25 de marzo de 2009, *LA LEY 14364/2009*.

STS de 3 de abril de 2012, *LA LEY 69592/2012*.

STS de 8 de noviembre de 2012, *EDJ 2012/251398*.

STS de 22 de junio de 2012, *LA LEY 109307/2012*.

STS de 18 de diciembre de 2012, *LA LEY 211962/2012*.

STS de 14 de enero de 2013, *LA LEY 1983/2013*.

STS de 3 de octubre de 2014, *LA LEY 141933/2014*.

Auto del TS de 10 de septiembre de 2014, *LA LEY 114470/2014*.

SAP de Barcelona de 27 de junio de 2002, *LA LEY 7680/2002*.

SAP Madrid de 25 de marzo de 2004, *EDJ 2004/123978*.

SAP de Barcelona, de 28 de marzo de 2006, *EDJ 2006/267175*.

SAP de Baleares, de 22 de enero de 2008, *EDJ 2008/57128*.

SAP de Madrid de 5 de abril de 2010, *LA LEY 73232/2010*.

SAP de Madrid de 27 de abril de 2010, *LA LEY 89244/2010*.

SAP de Valencia de 26 de octubre de 2010, *LA LEY 188450/2010*.

SAP de Barcelona de 24 de febrero de 2011, *EDJ 2011/10783*.

SAP de Barcelona de 24 de febrero de 2011, *EDJ 2011/10783*.

SAP de Barcelona de 7 de julio de 2011, *EDJ 2011/136224*.

SAP de Madrid, de 2 de diciembre de 2012, *EDJ 2011/ 294615*.

SAP de Madrid de 4 de marzo de 2013, *LA LEY 34394/3013*.

SAP de Madrid de 12 de abril de 2013, *LA LEY 65656/2013*.

Auto AP de Madrid de 11 de septiembre de 2008, *LA LEY 142459/2008*.

Auto AP de Murcia 16 de septiembre de 2009, *LA LEY 349434/2009*.

Auto AP de Barcelona de 11 de noviembre de 2009, *LA LEY 268980/2009*.

Auto AP de Alicante de 20 de septiembre de 2010, *LA LEY 208708/2010*.

Auto AP de Madrid de 27 de abril de 2010, *LA LEY 89244/2010*.

Auto AP de Alicante de 20 de septiembre de 2010, *LA LEY 208708/2010*.

Auto AP de Valencia de 26 de octubre de 2010, *LA LEY 188450/2010*.

Sentencia del Juzgado de lo mercantil nº4 de Madrid, de 25 de noviembre de 2011,
LA LEY 236215/2011.

3. Jurisprudencia de otros países.

Estados Unidos

WGN CONTINENTAL BROADCASTING COMPANY and Albuquerque Cable Television, Inc. v. UNITED VIDEO, INC., No. 81-2687, United States Court of Appeals, Seventh Circuit.

Stern Electronics, Inc. v. Kaufman 669F 2d. 852 (2d Cir.1982).

Harper and Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 US, 539, 566 (1985).

Fisher v. Dees, 794 F.2d 432, 435 (9th Cir. 1986).

Nidway MFG Co. v. Artic International, Inc., 218, 704 F.2d 1009 (7th Cir. 1983).

Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991).

United States District Court, M.D. Florida *PLAYBOY ENTERPRISES, INC., Plaintiff, v. George FRENA, d/b/a Techs Warehouse BBS Systems and Consulting, and Mark Dyess, Defendants*, 839 F.Supp. 1552 (No. 93-489-Civ-J-20).

MAI Systems Corp. v. Peak Computer Inc., 991F.2d 511 (9th Cir.1993).

Religious Technology Center y otro v. Netcom on-line Communication Services, 907F. Supp. 1361 (N.D.Cal 1995).

Sega Enterprises, Ltd. V. Maphia, 948 F. Supp. 923 (N.D.Cal. 1996).

Playboy enterprises, inc., plaintiff, v. Chuckleberry, 939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996).

See Keane Dealer Servs., Inc. v. Harts, 968 F. Supp. 944, 947 (S.D.N.Y. 1997).

Washington Post v. Total News, Inc., No. 97 Civ. 1190 (PKL) (S.D.N.Y. 1997).

Futurodontics, Inc. v. Applied Anagramics, 45 USPQ2d 2005 (C.D. Cal. 1998).

Sonny Computer Entertainment Inc v. Connectix, 203 F.3d 596, 9th Cir.2000).

Sonny Computer Entertainment Inc v. Bleem, LLC, 214 F.3d 1022, 9th Cir.2000).

Aalmuhammed v. Lee, 202 F.3d 1227 (9th Cir.2000).

Núñez v. Caribbean International News Corporation, 235F. 3d. 18, (1st. Cir. 2000).

A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F. 3d 1004 (9th Cir., Feb 12, 2001).

Universal City Studios Inc. v. Corley, 273 F. 3d. 429, 452-53 (2D Cir. 2001).

A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F. 3d 1004 (9th Cir., Feb 12, 2001).

Kelly v. Arriba Soft. Corporation, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002).

Paramount Pictures Corp. v. 321 Studios, No 03-CV-8970 (RO) 2004 U.S. Dist. LEXIS 3306 (S.D.N.Y. Mar. 3, 2004).

321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios Inc., 307 F. Supp. 2d. 1095 (N. O. Cal. 2004).

Lexmark International, Inc v. Static Control Components, 387 F.3d 522 (6th Cir. 2005).

Blake a. Field, Plaintiff, v. Google Inc., 412 F.Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006).

Field v. Google, Inc., 412 F.Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006).

Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 1168 (9th. Cir. 2007).

Crane v. Poetic Products Ltd., 539F.Supp.2d 585 (S.D.N.Y. 2009).

Agence France Presse v. Morel, 769 F. Supp. 2d 295 (S.D.N.Y. 2011)

Stockart.com LLC v. Engle, No.10-588, 2011 U.S. Dist. LEXIS 20470 (D. Colo. Feb. 18, 2011).

Francia

Sentencia del Tribunal Gran Instance de la Seine de 9 de janvier de 1962, *RIDA*, tomo 35, p. 135 y ss.

Sentencia del Tribunal de Comercio del Sena, de 4 de june de 1896.

Sentencia del Tribunal de Comercio del Sena, de 26 de june de 1912.

Cour d'Appel de Paris, 4ch, de 23 de novembre de 1977, *Flammarion c. Marcillant*.

Cour de Cassation de 7 d'octobre de 1958, *Soc.Editrice Cooperativa c. Soc. Editrice Domus*.

**EXPLOTACIÓN EN LÍNEA DE OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR:
SUJETOS, OBJETO, CONTENIDO Y LÍMITES *Jurisprudencia*
Cristina Vicent López**

Cour de Cassation, 1^a Chambre Civile, de 17 de février de 2011, n° 09-67.896,
Daloz.fr.

Cour de Cassation, 1^a Chambre Civile, de 12 de juillet de 2012, n°11-13.669,
Daloz.fr.

Cour de Cassation, 1^a Chambre Civile, de 12 de juillet de 2012, n°11-15.165 y
11.15.188, Daloz.fr.

DOCUMENTACIÓN

PRO/CNMC/0002/14 Propuesta referente a la modificación del artículo 32.2 del proyecto de ley que modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 16 de mayo de 2014,

http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_sobre_normativa/2014/140516_PRO_CNMC_0002_14_tasa_google_.pdf

Informe “Managing Acces to Digital Information” del Cross-Industry Working Team de los EEUU, <http://www.xiwt.org/documents/ManagAccess.html>

Green Paper “A Preliminary Draft of the Report of the Working Group of Intellectual property Rights”.

White Paper.

Libro Verde sobre los derechos de autor y el desafío tecnológico: problemas de derecho de autor que requieren una acción inmediata (COM(88) 172 final).

Libro Verde sobre los derechos del autor y los derechos afines en la Sociedad de la información (COM(95) 382 final).

Como funciona Internet, Guía para diseñadores de políticas públicas, European Digital Rights, http://edri.org/files/paper03_20120725_02_esp.pdf

Final Report of the National Commision on New Technological Uses of Copyright Works, de 31 de julio de 1978, conocido como Informe CONTU.

Informe “Managing Acces to Digital Information” del Cross-Industry Working Team de los Estados Unidos, <http://www.xiwt.org/documents/ManagAccess.html>

