



Wikilibro

Propiedad Intelectual

Ana Noguero, Rafael Herranz y Tomás Rosón

Enero 2012



Este documento es una compilación del [Wikilibro de Propiedad Intelectual](#) (versión de Enero 2012). Para una mayor actualización, se recomienda consultar el wiki de EOI en <http://www.eoi.es/wiki>.



Reconocimiento – Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra). **Compartir bajo la misma licencia** – Si altera o transforma esta obra, o genera una obra derivada, sólo puede distribuir la obra generada bajo una licencia idéntica a ésta. <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/es/>

Índice

Capítulo 1. Introducción a la propiedad intelectual	4
Resumen.....	4
Sección 1. Qué es y qué no es propiedad intelectual	4
Sección 2. La importancia económica de la propiedad intelectual	5
Sección 3. Propiedad intelectual y derechos fundamentales	5
Sección 4. Propiedad industrial y competencia desleal	10
Sección 5. Otras materias.....	12
Capítulo 2. Historia y panorámica general de la propiedad intelectual	26
Resumen.....	26
Sección 1. Historia de la propiedad intelectual.....	26
Sección 2. El procomún en Propiedad intelectual	32
Sección 3. Las iniciativas open access	34
Sección 4. La reutilización de la información.....	35
Capítulo 3. Marco jurídico de los derechos de propiedad intelectual	39
Resumen.....	39
Sección 1. Territorialidad.....	40
Sección 2. Sistemas de copyright y sistemas de derecho de autor.....	44
Sección 3. Directivas europeas	46
Sección 4. Normas españolas.....	48
Capítulo 4. Sujeto y objeto de los derechos de autor.....	55
Resumen.....	55
Sección 1. Titular de los derechos de autor	55
Sección 2. Objeto de los derechos de autor: la obra.....	59
Sección 3. Referencia a algunos tipos de obras.	63
Capítulo 5. Los derechos del autor	70
Resumen.....	70
Sección 1. Los Derechos morales del autor	70
Sección 2. Los derechos de explotación.....	75
Capítulo 6. Los derechos conexos	95
Resumen.....	95
Sección 1. Introducción.....	95
Sección 2. Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes.....	97
Sección 3. Derechos de los productores.....	99
Sección 4. Derechos de las entidades de radiodifusión.....	101
Sección 5. Otros derechos conexos	102
Sección 6. Derechos "sui generis" sobre las bases de datos	103
Capítulo 7. Duración y dominio público en Propiedad intelectual	104
Resumen.....	104
Sección 1. El dominio público.....	104
Sección 2. Duración de los derechos: morales y patrimoniales.....	106
Capítulo 8. Límites y excepciones.....	111
Resumen.....	111
Sección 1. Introducción.....	111
Sección 2. Límites establecidos en la LPI	114

Capítulo 9. Transmisión de los derechos	129
Resumen.....	129
Sección 1. Modos de la transmisión	129
Sección 2. Importancia del contrato y su precisión conceptual	131
Sección 3. Contrato de encargo de obra	136
Sección 4. Contrato de edición	137
Sección 5. Transmisión de derechos en la industria musical y el teatro	144
Sección 6. La obra audiovisual y el contrato de producción	148
Capítulo 10. Gestión colectiva	154
Resumen.....	154
Sección 1. Gestión colectiva obligatoria y gestión colectiva voluntaria.....	154
Sección 2. Régimen jurídico de las entidades de gestión	156
Sección 3. Actividad de las entidades de gestión.....	157
Sección 4. ¿Armonización internacional de la gestión colectiva?.....	159
Capítulo 11. La protección de la propiedad intelectual	160
Resumen.....	160
Sección 1. Protección preventiva.....	160
Sección 2. El Registro de la Propiedad Intelectual	162
Sección 3. Protección jurisdiccional.....	164
Sección 4. Medidas tecnológicas de protección.....	171
Sección 5. La responsabilidad	176
Capítulo 12. Vocabulario	179
Resumen.....	179
Sección 1. Glosario de términos	179

Capítulo 1. Introducción a la propiedad intelectual

Resumen

En éste capítulo se presentan los conceptos básicos para conocer el alcance de la propiedad intelectual.

MATERIALES

- 1.- Es muy importante conocer el libro editado por EOI “ Los sectores de la Nueva Economía 20+20. La economía digital”
- 2.- También resultan de utilidad los documentos Libro Blanco de los Contenidos Digitales (2008) y La Sociedad en Red (2009), por iniciativa de organismos gubernamentales sobre la situación en España, como el más reciente Informe Anual 2010 de los Contenidos Digitales.
- 3.- Y el libro La industria audiovisual en España. Escenarios de un futuro digital
- 4.- Accesible en SAVIA el libro colectivo, editado por Lorenzo Cotino, Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales.
- 5.- Los aspectos comerciales de las redes sociales, a examen en la Videoconferencia de Alejandro Vázquez-Guillén en la EOI, accesible asimismo en Mediateca.
- 6.- El importante libro de Yochai Benkler The Wealth of Networks (algunos capítulos traducidos al castellano y accesibles online)
- 7.- Y el clásico de Lawrence Lessig: Cultura libre, traducido al castellano.

Sección 1. Qué es y qué no es propiedad intelectual

El Derecho de la propiedad intelectual (PI) es una rama del Derecho que regula los derechos de los autores de obras originales de creación, así como otros derechos que por diferentes razones (históricas, económicas...) aparecen vinculados o conexos a los primeros.

Sección 2. La importancia económica de la propiedad intelectual

Una tendencia destacada en las últimas décadas es que la protección de los derechos de PI ha pasado a ser parte integrante del sistema multilateral internacional de intercambios, bajo los auspicios de la OMC (Organización Mundial del Comercio). Junto a los intereses de los autores, y de los intérpretes, concurren igualmente los intereses de la industria que se ha desarrollado, en las últimas décadas, a partir de la comercialización de bienes culturales (libros y revistas, música, cine, televisión...). Los creadores deben quedar protegidos contra la apropiación de sus obras por parte de terceros; y poder disponer de ellas y explotarlas libremente. Esta tutela favorece la innovación, promueve la inventiva, la generación de nuevos conocimientos, al dar mayores garantías al creador de obras originales.



Sección 3. Propiedad intelectual y derechos fundamentales

El derecho de acceso a la cultura forma parte integrante de lo que llamamos derechos económicos, sociales y culturales...

El derecho de acceso a la cultura

Son derechos de prestación, exigencias frente a los poderes públicos. No son derechos de libertad, de no-interferencia, sino exigencias “de hacer”. El derecho a la cultura es la exigencia de que las autoridades faciliten, dentro de lo posible, dedicando el máximo de sus recursos, el acceso de todas las personas al disfrute de los bienes y servicios culturales.

Cada vez es más difícil trazar una línea divisoria clara entre estos dos colectivos: los usuarios y consumidores de cultura son también creadores. Aunque este fenómeno no puede calificarse como totalmente nuevo, es cierto que las nuevas tecnologías facilitan enormemente los procesos creativos participados y promovidos por los usuarios.

El artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (10 diciembre 1948) reconoce el derecho a la propiedad privada, mientras que el artículo 27 reconoce, tanto el derecho de todos a acceder a la cultura, como el derecho de los creadores a la protección de sus intereses morales y materiales. Asimismo, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 diciembre 1966) presenta esta ambivalencia entre los intereses de los creadores y los del público en general.

Es importante resaltar que los derechos reconocidos en este artículo no son coincidentes con los derechos de PI, sin más. Aquí se protege la vinculación personal entre los autores y sus creaciones, por lo que no se extiende a los derechos de los productores. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en un Documento de 2005, afirmó que no deben privilegiarse indebidamente los intereses de los autores, y que debería prestarse más atención al interés público en el disfrute de un acceso generalizado a la salud, los medicamentos, la producción de alimentos, los libros de texto y los materiales educativos.

En la segunda mitad del siglo XX, muchos estados asumieron el deber de generalizar el acceso a la cultura y la obligación de remover los obstáculos que impedían un acceso igual a la cultura y a la educación. La Constitución española de 1978 en su art. 9.2, obliga a los poderes públicos a facilitar la participación en la vida cultural, y establece (art. 44.1) que “los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho”. El art. 149.2 reconoce que “el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial”.

Existen unos puntos de vista polarizados con relación a la concepción de los bienes y servicios culturales. Por parte de algunos Estados y organizaciones, los productos culturales se consideran productos para el entretenimiento, similares, a efectos comerciales, a cualesquiera otros productos y, por tanto, enteramente sometidos a las normas del comercio internacional, y a las leyes de la oferta y la demanda. Para otros, los productos culturales son activos que transmiten valores, ideas y significados, en otras palabras, instrumentos de comunicación social que contribuyen a modelar la identidad cultural de una comunidad determinada. Como tales, deben excluirse de los acuerdos comerciales internacionales, o al menos regularse en ellos por normas especiales.

Desde hace años crece la preocupación respecto de la expansión de los derechos de PI, y el reforzamiento de su protección. Los problemas relativos a la expansión de la PI no sólo afectan a los países desarrollados, principales productores de obras intelectuales, sino que cada vez son más relevantes para los países en desarrollo, a medida que entran en la sociedad de la información y participan en la economía global basada en el conocimiento. Estos países son conscientes de que una protección excesiva de la PI, en especial de los materiales para la educación, el aprendizaje, y la investigación, puede hacer más difícil conseguir sus objetivos en estas áreas. Desde la aprobación del Tratado ADPIC en 1994, varios organismos del sistema de la ONU, como la Subcomisión de Derechos Humanos, en su Resolución 2000/7 han sido muy críticos con su contenido, resaltando que la expansión de los derechos de PI puede chocar (y a veces lo hace efectivamente) con derechos humanos básicos.

Esta situación dio lugar a un movimiento para intentar cambiar la filosofía y objetivos de la OMPI. Se inició en agosto de 2004, cuando quince delegaciones, lideradas por Argentina y Brasil, hicieron una propuesta para establecer una Agenda para el Desarrollo de la OMPI. Se planteaba que las normas sobre PI deben promover eficazmente el acceso a, y la circulación del conocimiento y la cultura, en vez de restringir esta diseminación. Cuando la protección de los derechos de PI se extrema, puede volverse contra el derecho de las personas a acceder a la información y la cultura.

A partir de la Declaración de Ginebra (2004) uno de los temas que están generando más interés es la elaboración de un Tratado sobre Acceso al Conocimiento - A2K, promovido por organizaciones no gubernamentales, con la intención de implicar en su aprobación a la OMPI. El objetivo central es que ésta deje de ser un agente de los titulares de derechos de PI, implicada en su expansión y protección particular, y adopte una visión más amplia en defensa de la libre circulación y acceso a la información y a los conocimientos.

Un plano diferente es el de la protección de la DIVERSIDAD CULTURAL en el ámbito de los convenios internacionales. En Octubre de 2005 la UNESCO aprobó, después de fuertes debates, la Convención sobre la Diversidad Cultural, que contó con la oposición frontal de los EEUU. Este Tratado responde a la convicción, cada vez más generalizada, de que los movimientos transfronterizos de capitales, de mercancías y de servicios están arrastrando también a los productos culturales, y poniendo en peligro las industrias culturales locales.

La Economía Digital pone su énfasis en el tránsito de los bienes físicos, propios de la economía industrial, a los activos intangibles o virtuales. Ahora lo relevante es el acceso; no importa tanto tener, poseer, sino que lo importante es estar, conocer, compartir. Esto es posible porque la

información se puede digitalizar a bajo coste y circula rápida y fácilmente por internet. Internet se ha convertido en el paradigma del acceso, en el medio óptimo para facilitar el acceso a un número casi ilimitado de contenidos culturales.

Se trata de encontrar un punto de equilibrio entre la protección de los derechos de autor y el derecho de acceso al conocimiento, la información y la cultura.

En la Comunicación de la Comisión Europea, de 14 febrero 2007, sobre acceso, distribución y conservación de información científica en la era digital, se resalta la importancia de:

- Potenciar la investigación, la difusión de la ciencia y la competitividad en una economía basada en la ciencia y en la información.
- Potenciar los diferentes modelos de difusión de información de acceso abierto.
- Incrementar el número de repositorios y puntos de acceso.
- Revisar las prácticas de cesiones de derechos de autor sobre obra científica a editores de revistas, pues dificultan la utilización en régimen de open access.
- El autoarchivo y acceso abierto como alternativa a la difusión de obras científicas y datos científicos mediante bases de datos protegidas por el derecho sui generis.
- Inestabilidad de los contenidos originariamente digitales: duración limitada de soportes de almacenamiento; rápidas mutaciones de hardware y software.
- Preservación digital en publicaciones científicas y en meros datos de investigación.
- Ampliar los límites legales a favor de bibliotecas y archivos, y sobre bases de datos electrónicas; un solo régimen sobre depósito legal de contenidos digitales.
- Exigir el depósito de copias de contenidos sin medidas tecnológicas de protección.

En este contexto, parece inevitable que en el futuro el ejercicio del derecho de acceso a la cultura aparezca ligado a la puesta a disposición online de las obras que forman parte de nuestro patrimonio cultural (Ver Capítulo 2, Sección Open Access).

Libertad de expresión y derecho a la creación

En algunos aspectos, el conflicto entre los derechos de PI y la libertad de expresión parece inevitable. Las obras protegidas por derechos de autor consisten, al menos en parte, en la comunicación y expresión de ideas. Quienes disponen de derechos exclusivos sobre esas obras pueden sustraerlas del “acervo común”, de modo que terceras personas no pueden emplearlas para su propia expresión. En este sentido, la expansión de los derechos de autor puede traducirse en una restricción del espacio antes abierto a la libre expresión de ideas por todos.

En los ESTADOS UNIDOS esta preocupación se desarrolló antes que en Europa, dando lugar incluso a importantes pronunciamientos del Tribunal Supremo.

- En 1933 la editorial Houghton Mifflin publicó en EEUU *My Battle*, una traducción al inglés de *Mein Kampf*, de Adolf Hitler, muy abreviada, y expurgada de los pasajes más agresivos (por ejemplo, contra los judíos). El periodista Alan Cranston publicó su propia traducción completa, con notas, con la intención de presentar al público norteamericano el verdadero alcance de la obra. En 1939 Houghton Mifflin y la editorial del original alemán demandaron (con éxito) a Cranston por violación del copyright, ya que había publicado la traducción al inglés sin permiso. La distribución se paralizó, y no se vendieron más ejemplares al público.
- El millonario Howard Hughes intentó evitar la publicación de una biografía suya, no autorizada, por parte de la editorial Random House. Para ello adquirió los derechos de copyright de varias entrevistas y artículos que habían servido de base para la biografía, y demandó a la editorial. En 1966 el Tribunal de Apelación consideró prevalente la libertad de información.
- En el caso *Harper & Row v. Nation Enterprises* (1985), el TS entendió que la revista *The Nation* había violado el copyright sobre las Memorias (entonces todavía sin publicar) del ex - presidente Gerald Ford, cuyo titular, la editorial Harper & Row, “tenía una expectativa legítima de ser la primera en publicar esos textos, o de otorgar una licencia al respecto”.
- En *San Francisco v. US Olympic Committee* (1987), el TS rechazó que la utilización de las palabras “olimpiada” u “olímpico” estuviera protegida por el derecho de libre expresión.
- En *Suntrust v. Houghton Mifflin* (2001), un Tribunal de Apelación decidió que la publicación de una versión alternativa de “Lo que el viento se llevó”, desde el punto de vista de los negros, no infringía los derechos de los herederos de Margaret Mitchell.

En CANADÁ un sindicato utilizó el conocido muñeco de Michelin, hecho con neumáticos (Bibendum), para ilustrar sus panfletos durante un conflicto laboral. Michelin demandó al sindicato por violación del copyright, y consiguió que se paralizara la distribución de esos pasquines: ver la resolución de 1996 del Tribunal Federal de Canadá.

En ALEMANIA, en 1985, al resolver el caso Lili Marlene, el Tribunal Supremo (BGH) consideró que la libertad de expresión y de información no constituye un límite o excepción específica a los derechos de autor.

En HOLANDA, en 1998 la Fundación Ana Frank demandó a la revista “Het Parool” por sacar a la luz unas cinco páginas del Diario de Ana Frank que previamente no habían sido publicadas. El Tribunal de Apelación de Amsterdam, en sentencia de 8 julio 1999, dio la razón a la Fundación: la revista no podía basarse en la libertad de comunicación e información para reproducir y divulgar fragmentos de una obra protegida, previamente desconocidos.

En FRANCIA los tribunales se han orientado tradicionalmente hacia la protección rigurosa de los derechos de autor. Una sentencia del Tribunal de Casación, de 4 julio 1995, estimó que existía violación de los derechos de autor por parte de la TV pública francesa cuando, en un programa informativo, las cámaras se detuvieron varias veces, en total 50 segundos, en un fresco pintado en una pared. La entidad de gestión colectiva de derechos de artistas plásticos demandó a la TV France 2, en representación de los herederos del pintor, y obtuvo una indemnización.

En octubre de 2007 el Tribunal de Casación francés condenó a la editorial Hachette por reproducir, en la portada de su revista “Onze Mondial”, la imagen de la Copa del Mundo de fútbol de la FIFA, en un montaje, rodeada de fotos de conocidos futbolistas.

Sección 4. Propiedad industrial y competencia desleal

En el Derecho español, a diferencias de las legislaciones de otros países, la PI debe distinguirse de la Propiedad Industrial, que es una rama del Derecho Mercantil que protege el ejercicio de la actividad empresarial (comercio, industria...) y el uso exclusivo de sus invenciones, de los signos distintivos de la empresa, y de los resultados de su actividad. Las normas de propiedad industrial regulan y protegen creaciones intelectuales que se vinculan directamente con la actividad empresarial, mercantil e industrial.

Derecho de Patentes y Derecho de Marcas

Dentro del Derecho de la Propiedad Industrial podemos encontrar dos grandes áreas:

- los derechos sobre las creaciones industriales, incluyendo el DERECHO DE PATENTES, tanto en la vertiente interna (Ley 11/1986, de 20 de marzo), como en la vertiente externa (patente europea, patente internacional), y el DERECHO DEL DISEÑO INDUSTRIAL, en su vertiente interna (Ley 20/2003, de 7 de julio) y externa (protección modelos y dibujos comunitarios e internacionales).

- los derechos sobre signos distintivos, en particular el DERECHO DE MARCAS, tanto en su vertiente interna (Ley 17/2001, de 7 de diciembre) como externa (marca comunitaria y marca internacional), y las reglas sobre nombres de dominio.

Además, guardan una estrecha relación con las normas sobre propiedad industrial las garantías que el ordenamiento jurídico establece frente a la COMPETENCIA DESLEAL, y las normas reguladoras de ésta, con el fin de asegurar el correcto funcionamiento del mercado y de evitar situaciones de monopolio (u oligopolio).

El análisis de los principales actos de competencia desleal lo encontramos en este trabajo de Fernando Marín de la Bárcena publicado en el repositorio digital SAVIA.

El antiguo Registro de la Propiedad Industrial, que juega un papel esencial en esta materia, se denomina Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) desde la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria; la OEPM se regula por Real Decreto 1.270/1997, de 24 de julio. Su página web es www.oepm.es.

El art. 3.2 LPI declara que los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con los derechos de propiedad industrial. La PI puede recaer en cualquier obra, útil o no, y con independencia de su destino. El titular de un derecho de autor puede ser, asimismo, titular de un derecho de propiedad industrial, si su obra tiene una dimensión funcional o comercial.

Otra prueba de la coexistencia entre ambos ordenamientos es el art. 9.1.c de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (LM), que prohíbe registrar como marca, sin la debida autorización, “los signos que reproduzcan, imiten o transformen creaciones protegidas por un derecho de autor, o por otro derecho de propiedad industrial distinto de los recogidos en los arts. 6 y 7”.

El análisis en profundidad de los temas de Propiedad Industrial corresponde a otro Wikilibro.

Sección 5. Otras materias

El autor debe tener en cuenta los derechos personales de quienes se puedan ver afectados por el objeto de su obra: narración de hechos, retratos, referencias al ámbito de las personas por cualquier medio y forma, pues estos derechos constituyen un límite a la libertad de expresión del autor.....



Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen

El art. 18 CE otorga a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen el rango de fundamentales, y su protección es regulada por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen (LODHII).

El concepto de “HONOR” de la CE es un concepto jurídico, que se relaciona directamente con otros bienes constitucionalmente protegidos, como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y la igualdad ante la ley (art. 14 CE). A partir de éstos, el honor representa una materialización concreta de dichos valores: autoestima, respeto, reputación, fama, consideración por parte de terceros... El prestigio profesional forma parte del contenido de este derecho, por lo que, cuando se ataca gravemente al crédito o la integridad profesionales, se pone en cuestión asimismo el honor de esa persona.

El derecho al honor corresponde a todos y tiene un contenido general. Junto al elemento (subjetivo) de la propia estima, tal como la ve cada uno, hay que contar con la reputación social (objetiva), que es la forma en que nos ven los demás. Esta distinción aparece en las SSTS de 23 de marzo de 1987, y de 9 de octubre de 1997.

El Tribunal Constitucional -STC 139/1995, de 26 de septiembre-, ha reconocido que las personas jurídico-privadas (en concreto una sociedad mercantil) son titulares del derecho al honor. Esta persona jurídico-privada (la empresa) ha sido constituida por personas físicas para la

consecución de objetivos particulares, y la protección de estos objetivos o fines puede exigir, como instrumento, la tutela del derecho al honor de esa persona jurídica.

También existe una protección penal del derecho al honor. El Código Penal regula el delito de injurias en los artículos 208 a 210, y el delito de calumnias en el art. 205. Es injuria la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves. Obsérvese cómo el CP hace referencia, precisamente, a dos de los elementos que antes señalábamos como relevantes: la fama y la autoestima. El delito de calumnia viene recogido en el artículo 205 CP como la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad. La calumnia consiste en atribuir un hecho falso constitutivo de delito a otra persona, sea éste perseguible de oficio o a instancia de parte.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD deriva de la dignidad de la persona, e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás. Es un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento. La autorización puede ser expresa, o tácita (que se deduce de los propios actos, por ejemplo si se posa para una foto), y ha de darla el afectado. El consentimiento será revocable en cualquier momento. La autorización deberá establecer su alcance (con qué fin se autoriza, si es en exclusiva o no, si existe posibilidad de ceder a tercero o no, y por qué plazo).

Tienen la consideración de intromisiones ilegítimas, entre otras:

- La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.
- La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
- La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2 de la Ley 1/82.
- La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

No se reputan, sin embargo, como regla general, intromisiones ilegítimas en el honor:

- las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley (ejemplo fotos de delincuentes).
- cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

Podemos definir el concepto de “IMAGEN” como la representación gráfica de la figura humana, o de cualquiera de los elementos que componen la personalidad (nombre, voz, “alias”, cara...) mediante cualquier procedimiento de reproducción, en la que el sujeto es visible y reconocible. El derecho a la propia imagen protege una esfera de propia reserva personal frente a intromisiones ilegítimas de terceros. Esta reserva tutela el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto como medio de identificación.

La captación y difusión de la imagen sólo son admisibles cuando las circunstancias justifican que prevalezca el interés de terceros. Es aquí decisiva la relevancia o dimensión pública de la persona cuya imagen se reproduce, o de los hechos en los que participa, pues dicha relevancia pública supone una excepción a la regla general de reserva de la imagen personal. El derecho recogido en el art. 18.1 CE no es el derecho a permanecer en el anonimato.

El art. 7 de la LODHII prevé dos tipos de supuestos distintos de intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen:

- La captación, reproducción o publicación por cualquier medio, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada, o fuera de ellos, salvo los casos expresamente previstos en la Ley.
- La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales, o de naturaleza análoga.

Es importante advertir aquí que el primer supuesto es amplísimo, cubre muchísimas situaciones, y es por ello el que ha dado lugar a más litigios judiciales. No exige mala fe, ánimo de lucro, ni siquiera la causación de un perjuicio al interesado, ya que la Ley parece presumir el daño por el mero hecho de la intromisión no consentida. En realidad, el art. 9.3 LODHII establece que “la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”.

Es un derecho irrevocable e irrenunciable. Por ello, aunque se haya permitido la captación y difusión de la propia imagen en un momento determinado, esta autorización no tiene consecuencias futuras, y cualquier uso posterior de la imagen deberá contar, preceptivamente,

con la necesaria autorización del interesado.

Derecho a la protección de datos personales.

Uno de los principales sectores que integran el Derecho de las nuevas tecnologías lo constituye el Derecho que regula la protección de la libertad individual frente al tratamiento automatizado de los datos personales. Según la doctrina del TC, interpretando el art. 18.4 CE, el derecho a la protección de datos personales es un derecho autónomo, adicional al de protección de la intimidad, y que no se confunde con éste, pudiendo hablarse de una verdadera “libertad informática”.

En nuestro Derecho la definición de “datos personales” es muy amplia: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Esto incluye desde los nombres de las personas hasta su imagen o su voz. También la dirección de correo electrónico es un dato de carácter personal, siempre que pueda identificarse al titular, por ejemplo, porque en ella aparece su nombre, aun con alteraciones. Lo mismo puede decirse de las direcciones IP, siempre que puedan vincularse a una persona física. La Agencia Española de Protección de Datos entiende que la posibilidad de identificar a un usuario “existe en muchos casos y, por tanto, las direcciones IP, con independencia del tipo de acceso, se considera datos de carácter personal, resultando de aplicación la normativa sobre protección de datos”.

Actualmente la regulación en vigor se encuentra en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que recoge los principios básicos que inspiran la protección de datos, y garantiza los derechos de las personas físicas. Los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos como empresa (no como particulares), están en principio excluidos del régimen de la LOPD. Distingue entre los ficheros de titularidad pública y de titularidad privada, y asimismo regula el movimiento internacional de datos. La LOPD se aplica a todo tipo de ficheros, tanto automatizados como en soporte papel.

Según el art. 6 LOPD el tratamiento de los datos requiere en todo caso el “consentimiento inequívoco” del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa. Si el particular no lo permite, no habrá utilización de sus datos, siendo su consentimiento la pieza esencial del sistema. Otras normas destacadas están en los arts. 15 y ss. LOPD, que regulan los derechos de acceso, cancelación y rectificación en relación con los datos personales. En este plano partimos de un conjunto de datos que ya son objeto de tratamiento, y sobre los cuales la ley concede al particular una serie de facultades de control y de seguimiento, con un procedimiento específico,

y fija los plazos para ejercitar acciones en defensa de estos derechos.

Los principios inspiradores de la LOPD son los siguientes:

calidad de los datos: los datos personales sólo pueden ser recogidos y tratados cuando sean adecuados y pertinentes en relación con la finalidad, explícita y legítima, para la que se hayan obtenido.

deber de información: el interesado al que se soliciten sus datos debe ser previa y expresamente informado de la existencia del fichero o tratamiento de datos, de su finalidad, de la identidad y dirección del Responsable del fichero, y (muy importante) de los derechos ARCO (de acceso, rectificación, cancelación y oposición) que le asisten en todo momento (art. 5.1 LOPD).

consentimiento del afectado, que deberá constar en un soporte idóneo que permita asegurar su autenticidad.

seguridad de los datos (art. 9 LOPD, desarrollado por los arts. 79-114 del R. Decreto 1.720/2007).

deber de secreto por parte de todos quienes participan en el tratamiento de datos. El apoderamiento, utilización, o modificación de datos personales, sin estar autorizado, y en perjuicio de tercero, se tipifica como delito en el art. 197.2 CP.

los datos personales sólo pueden ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas de cedente y cesionario, con el previo consentimiento del afectado (art. 11.1 LOPD).

Por su interés práctico, es importante trazar una distinción entre:

- la cesión de datos (toda revelación de datos personales realizada a una persona distinta del interesado, art. 3.i) LOPD) y
- el acceso a los datos por cuenta de un tercero (art. 12 LOPD).

La mayoría de las comunicaciones y transmisiones de datos que se producen diariamente pertenecen al segundo grupo, caracterizado por la existencia de una relación de prestación de servicios entre el tercero y el responsable del tratamiento de datos. El tercero accede a los datos utilizándolos de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Responsable del tratamiento, y para un fin establecido por éste previamente. La realización de un tratamiento de datos por cuenta de tercero debe estar regulada en un contrato formal, que recoja las

medidas de seguridad adecuadas. Al margen de estos supuestos, la cesión de datos a terceros debe satisfacer siempre dos condiciones: responder a funciones legítimas del cedente y del cesionario; y contar con el consentimiento (inequívoco) del afectado (art. 11 LOPD).

El Real Decreto 1.720/2007, de 21 de diciembre, aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD. Refuerza la protección de los derechos de los afectados, regulando los requisitos del consentimiento tácito y del consentimiento para fines distintos a los directamente relacionados con la relación principal, o flexibilizando la forma de ejercer los derechos de acceso, de rectificación, de cancelación y de oposición (derechos ARCO).

El R. Decreto 1.720/2007 regula asimismo:

- las tipologías de datos y ficheros, y de los niveles de seguridad correspondientes.
- las medidas de seguridad en los ficheros no automatizados.
- las obligaciones del encargado del tratamiento de datos: subcontratación, conservación de datos...
- los tratamientos con fines de publicidad.
- los ficheros de solvencia patrimonial y de crédito.
- los diferentes procedimientos tramitados por la AEPD.

El R. Decreto 1.720/2007 ha sido objeto recientemente de una impugnación ante el TJUE, que ha estimado que alguna de sus cláusulas es contraria al Derecho comunitario.

Sobre la protección de la intimidad y los datos personales en las comunicaciones electrónicas y telefónicas, contamos con la importante Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002. En ella se regulan cuestiones muy diversas, relacionadas con la seguridad, almacenamiento de datos de tráfico electrónico, datos de localización, confidencialidad, comunicaciones no solicitadas, etc. La norma anterior sobre protección de datos en las telecomunicaciones era el R. Decreto 1.736/1998, de 31 de julio, ahora derogado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, que entre otras traspone la Directiva 2002/58/CE.

La LOPD regula también el movimiento internacional de datos. La regla básica en la materia es que no pueden realizarse transferencias de datos personales que hayan sido objeto de tratamiento, o que hayan sido recogidos para someterlos a tratamiento, con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al de España. Cabe una excepción: que el

Director de la AEPD lo autorice expresamente con carácter previo al movimiento.

Los derechos de las personas con relación a sus datos vienen recogidos en el Título III de la LOPD, y en el Título III del R. Decreto 1.720/2007. Son los siguientes:

- El derecho a no verse sometidas a decisiones que se basen únicamente en un tratamiento de datos que tenga por fin evaluar aspectos de su personalidad.
- El derecho de acceso.
- Los derechos de rectificación y cancelación.
- El derecho de oposición, en una serie de supuestos previstos en la ley.

Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición han de ser ejercitados por el afectado o por sus representantes. Cada uno de estos derechos puede ser ejercitado con independencia de los otros. Han de poder ejercitarse a través de un medio sencillo y gratuito, incluyendo servicios de atención al cliente, de reclamaciones, o análogos. Las actuaciones contrarias a estos derechos pueden ser objeto de reclamación ante la AEPD. Contra las resoluciones de ésta puede interponerse un recurso contencioso-administrativo. Los interesados que sufran daños o lesiones como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la ley tienen derecho a ser indemnizados.

Una completa exposición de las actuaciones de la Agencia de Protección de Datos en la videoconferencia de José LÓPEZ CALVO de 21 octubre 2010 en la EOI, accesible en la Mediateca: “ Protección de datos e internet”.

Sociedad de la información y comercio electrónico

La ley 34/2002, de 11 julio, sobre servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), es la principal pieza de regulación legal de los servicios en internet y de la contratación electrónica. La LSSI se aplica a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios que éstos prestan (art. 2.1 LSSI), así como a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en otro Estado miembro de la UE cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten a los derechos de propiedad intelectual o industrial, entre otros.

Ello supone que esta Ley debe tenerse en cuenta para todas las cuestiones relativas a la difusión de obras y la explotación de derechos de PI por medios electrónicos. Debe analizarse, por tanto,

conjuntamente con las normas contenidas en la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.

La LSSI traspone la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico (DCE). Se acoge en ambas normas un concepto amplio de “servicios de la sociedad de la información”, que engloba la contratación de bienes y mercancías en línea, el suministro de información y de contenidos por medios electrónicos, remunerados o gratuitos, la provisión de accesos a la red, la transmisión de datos, el almacenamiento y las copias de páginas web y las descargas de archivos, etc. La LSSI ha sido objeto de diferentes modificaciones, por ejemplo mediante la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

Los primeros debates en torno al establecimiento de un régimen específico de RESPONSABILIDAD para los ISP comenzó en 1996, coincidiendo con la aprobación de los dos Tratados OMPI. Un régimen legal especial fue incorporado al Derecho norteamericano por la Digital Millennium Copyright Act, de 1998 (DMCA). Dos años después se hizo algo similar en el ámbito de la UE mediante la DCE. Puede decirse que uno de los objetivos principales fue establecer un régimen de exenciones de responsabilidad para la prestación de servicios de comunicación e intermediación en internet. La DCE establece que los Estados miembros no pueden imponer a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen. No existe un deber general de control sobre dichos contenidos.

En España la DCE fue transpuesta por la LSSI, reformada por Ley 56/2007, y que ofrece una caracterización muy amplia de su ámbito de aplicación, ya que define:

- servicio de la sociedad de la información, como todo servicio prestado a distancia por vía electrónica y a petición individual del destinatario, incluyendo el suministro de información por vía telemática, y
- servicio de intermediación, como todo servicio por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la SI o el acceso a la información.

El sistema de exenciones de la DCE se funda en que los intermediarios, como regla, no participan en la creación de los contenidos, ni en la decisión de transmitir, o hacer accesibles al público, contenidos ilícitos o potencialmente dañosos; ni tampoco asumen una función de supervisión y control de todo lo que circula por sus redes y canales de comunicación.

Otros dos rasgos deben concurrir para que opere esta exención de responsabilidad:

- neutralidad técnica: el intermediario no ha diseñado los contenidos, ni ha seleccionado ni modificado sus datos, ni interfiere en su transmisión.
- deber de colaboración: el intermediario ha de colaborar con los órganos competentes cuando éstos le requieran para ello.

No podemos entender la responsabilidad por hecho ajeno en internet sin conocer el alcance preciso de los preceptos de la LSSI: “para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación se estará a lo establecido en los artículos siguientes” (art. 13.2 LSSI).

Los diferentes tipos de prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico. Los prestadores de servicios de intermediación, en concreto, tienen un régimen específico según su actividad además del régimen general.

A) Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a internet 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.

B) Los prestadores que realizan copias temporales de los datos solicitados por los usuarios y los transmiten con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros interesados que los soliciten no serán responsables por el contenido siempre y cuando:

No modifiquen la información.

Permitan el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin por el destinatario cuya información se solicita.

respeten las normas generalmente aceptadas y aplicadas por sector para la actualización de la información.

no interfieran en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector.

retiren la información que hayan almacenado o hagan imposible el acceso a ella, cuando tengan conocimiento efectivo de: a) que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente; b) que se ha imposibilitado el acceso a ella; y c) que un tribunal u órgano

administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

C) Los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos no serán responsables siempre que no tengan conocimiento efectivo de que información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero, si tienen conocimiento deben retirarla con diligencia o hacer imposible el acceso a ella.

D) Los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda no serán responsables de los daños que causen siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o información a la que remiten o recomiendan es ilícita, o lesiona bienes o derechos de terceros, si tienen conocimiento efectivo deben retirarla con diligencia o hacer imposible el acceso.

Hemos visto cómo, sin la previa declaración de ilicitud por parte de un órgano competente, no parece existir una obligación legal en firme de retirar o impedir el acceso a la información. En una primera interpretación, los tribunales españoles entendieron que mientras no se recibiera la comunicación motivada de un órgano competente, no procedía entender imputable ningún tipo de responsabilidad, ni civil, ni penal, ni administrativa (artículo 13 LSSI).

Esta postura se ha suavizado bastante, después de la importante S TS de 9 diciembre 2009, y de la más reciente S AP Barcelona (Sección 19ª) Nº 98/2010, de 3 marzo 2010. La primera de ellas aplica el art. 16 LSSI en relación con una demanda de la SGAE contra la Asociación de Internautas, y define el alcance de la responsabilidad de los intermediarios en red en nuestro Derecho reinterprelando el concepto de “conocimiento efectivo”.

El contrato electrónico es aquél en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones. Los contratos celebrados por vía electrónica, respecto a su validez y eficacia, se equiparan a los contratos tradicionales, si bien es necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos. La prueba de la celebración del contrato se sujeta a las reglas generales del ordenamiento jurídico y lo establecido, en su caso, sobre firma electrónica. El soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica es admisible en juicio como prueba documental.

El prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica tendrá la obligación de informar al destinatario de manera clara sobre los siguientes extremos:

Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato.

Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible.

Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de datos.

La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

El prestador no tendrá la obligación de facilitar la información anterior cuando ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, tampoco cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico o equivalente, cuando este medio no sea empleado con el exclusivo propósito de eludir la obligación de informar.

Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación se deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deberá sujetarse el contrato.

El prestador oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación bien con envío de un acuse de recibo por correo electrónico en el plazo de 24 horas o por un medio equivalente al utilizado en la contratación, siempre que permita el archivo de dicha confirmación por parte del destinatario.

Neutralidad tecnológica y telecomunicaciones

A principios de los años 80 el sector de las telecomunicaciones en Europa estaba fuertemente concentrado: en cada país un operador dominante dominaba el mercado prácticamente en régimen de monopolio. Además el intervencionismo regulador de los Estados era la nota dominante en casi toda Europa. Los años 90 asistieron a un decidido movimiento liberalizador de estos servicios, y a partir de 1999 podemos hablar de un sector plenamente liberalizado y sometido a las reglas de la competencia.

En realidad, este proceso se desdobra en varios simultáneos: los monopolios tradicionales han ido desapareciendo, se han incorporado nuevos operadores, se han aprobado las Directivas europeas, se han ido armonizando las reglamentaciones nacionales, y se han puesto las bases para un mercado europeo único, a la vez que los agentes, públicos y privados, debían adaptarse a los rápidos avances tecnológicos.

En este contexto se enmarca nuestra regulación legislativa, y en particular la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que regula este sector en España. La Ley 32/2003 traspone, por ejemplo, y entre otras, parte de la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio, en lo que afecta a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Al regular las comunicaciones electrónicas, las directivas se refieren a ámbitos concretos de las telecomunicaciones, como serían, entre otros, la habilitación para actuar como operador en este sector, los derechos y obligaciones de los operadores, las obligaciones en materia de interconexión y acceso, la necesidad de garantizar unas prestaciones mínimas bajo el epígrafe del servicio universal y los derechos de los usuarios.

Al regular la ocupación del dominio público y de la propiedad privada para instalar redes se establecen en la LGT unos criterios generales vinculantes. Se reconocen derechos de ocupación a todos los operadores que practiquen la notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), a la vez que se detallan los principios básicos que garanticen el ejercicio de dicho derecho en condiciones de igualdad y transparencia.

En el ámbito comunitario, los derechos específicos de los usuarios de telecomunicaciones se recogen principalmente en la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva del servicio universal). El Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, que complementó la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de dicha Directiva, entre otras, reconoció importantes derechos a los usuarios finales, estableciendo, además, el procedimiento de resolución de controversias entre usuarios finales y operadores. Sin perjuicio de las competencias que tienen las Comunidades Autónomas en materia de protección general de consumidores y usuarios, por Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, se aprobó la Carta de Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicaciones Electrónicas que, manteniendo los derechos ya existentes, incluye nuevas garantías en las relaciones con los operadores, elevando así el nivel ya existente de protección de los usuarios. Los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas son los titulares de los derechos reconocidos en dicha disposición, como:

- derecho a obtener una conexión de red telefónica pública desde una ubicación fija
- derecho a celebrar y a rescindir contratos, y a cambiar de operador

- derecho a recibir servicios de comunicaciones electrónicas de calidad
- derecho a la continuidad del servicio, y a percibir una indemnización en caso de interrupciones
- derecho a una facturación desglosada, y a la desconexión de determinados servicios...

La Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, traspone la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre esta materia.

Esta ley se aplica a los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas, y a los datos de identificación de los abonados y usuarios registrados. Se registran los datos que identifican quién comunica, con quiénes, cuándo, y desde dónde, pero no se accede al contenido mismo de sus comunicaciones, de conformidad con lo previsto en el art. 18.3 CE.

La ley obliga a los operadores a conservar los datos generados o tratados en el marco de su actividad de comunicación, así como el deber de cesión de estos datos a las entidades o agentes facultados, siempre que les sean requeridos por medio de una autorización judicial, y siempre en el marco de una investigación de carácter penal por delitos graves. A tal fin, la Ley impone a quienes prestan servicios de telefonía fija o móvil, acceso a internet, o telefonía y correo electrónico por internet, la obligación de registrar y conservar, de forma sistemática, durante un periodo de doce meses, una serie de datos relativos al servicio:

- origen y destino de las comunicaciones,
- identificación de la fecha, hora, duración, y
- ...tipo de la comunicación.

En sentido estricto, el principio de NEUTRALIDAD DE RED se limita a exigir que todas las aplicaciones y servicios de internet sean tratados por igual en la red, y que los operadores no privilegien unos sobre otros. Una red neutral no impone restricciones a los modos de acceso y de comunicación ni a los contenidos que circulan por ella.

La Policy Statement aprobada por el Gobierno de EEUU en agosto de 2005 era más precisa, abarcando cuatro elementos:

- los consumidores tienen derecho a acceder libremente, a través de internet, a los contenidos (lícitos) de su elección;

- tienen derecho a emplear las aplicaciones y usar los servicios que deseen;
- tienen derecho a conectarse mediante los dispositivos que deseen, siempre que no generen daños; y
- tienen derecho a que exista una competencia efectiva entre proveedores de acceso, proveedores de servicios, y proveedores de contenidos.

Es sabido que, en su funcionamiento habitual, el protocolo de internet puede ralentizar las transferencias de información en los picos de congestión del tráfico. Ello obliga a diferenciar diferentes tipos de servicios: no es igual una videoconferencia en directo que un mensaje de correo electrónico. Esto no es nuevo. Pero los partidarios de la neutralidad de red exigen que éste sea el único tipo de restricción a la circulación de información, y que no se introduzcan discriminaciones por otros motivos. Por ejemplo, de tipo financiero.

En efecto, los proveedores de acceso a internet se encuentran en una posición que les permite cobrar más por ciertos servicios a los que dan prioridad o preferencia. Es importante observar que este proceso de facturar más por mayor rapidez, o calidad del servicio, puede orientarse tanto hacia los proveedores de contenidos como hacia los usuarios.

El hecho de que algunos operadores, por razones que nada tienen que ver con la gestión eficiente del tráfico, puedan bloquear o ralentizar servicios legales (por ejemplo si compiten con sus propios servicios) es incompatible con el carácter abierto de internet. La transparencia constituye una parte esencial del debate sobre la neutralidad de la red.

El debate en EEUU está vivo desde hace años. Durante la Administración de George Bush Jr., la FCC amonestó a la operadora telefónica Comcast por ralentizar el tráfico de usuarios que ejecutaban programas P2P. Comcast se justificó diciendo que el P2P ocupaba mucho ancho de banda y que, para garantizar una conexión decente a todos los usuarios, debía discriminar a aquellos que más tráfico exigían. El Gobierno estimó que, con esta práctica comercial, Comcast podría hacer la navegación por las web de sus empresas fácil y rápida y perjudicar a la competencia. En abril de 2010, un juez federal estableció que el Gobierno no puede exigir a la operadora que se atenga a una neutralidad no tipificada expresamente en la ley.

En Europa el Marco Regulador está formado por varias Directivas que afectan, sobre todo, al sector de las telecomunicaciones. Un resumen del estado de la cuestión puede encontrarse en la Comunicación de la Comisión, de 19 abril 2011, y en el más reciente documento de Conclusiones sobre internet abierto y neutralidad de red, de 13 diciembre 2011.

Capítulo 2. Historia y panorámica general de la propiedad intelectual

Resumen

Se presentan los aspectos más relevantes de la evolución histórica de la materia, así como alguno de los debates y de los retos a los que se enfrenta actualmente.

MATERIALES

1. - La Carta para la innovación, la creatividad y el acceso al conocimiento http://fcforum.net/es/charter_extended y el Informe del FCF <http://fcforum.net/es/sustainable-models-for-creativity>
- 2.- Muy recomendable, la traducción al castellano en el Repositorio SAVIA del texto” The Power of Open”, de Joi ITO y Catherine CASSERLY
- 3.- Videoconferencia de Raquel XALABARDER - “Implicaciones jurídicas de los materiales en abierto”
- 4.- Sobre Open Data y reutilización de la información en abierto, deben conocerse al menos estos dos portales: Open Knowledge Foundation <http://okfn.org/> y Sunlight Foundation <http://sunlightfoundation.com/>
- 5.- Recoge aportaciones muy plurales sobre el tema del Procomún el libro Genes, bytes y emisiones..., compilado en 2008 por Silke Helfrich.

Sección 1. Historia de la propiedad intelectual

En el Mundo Clásico (Grecia, Roma) no se conocía nada parecido a la PI ni a los derechos de autor. Existe una incipiente industria editorial, apoyada en las copias manuales que los esclavos hacían de los textos más destacados. Pero los autores carecían de cualquier derecho sobre su obra intelectual. Como señala [Fernando Miró Llinares](#) pueden encontrarse textos donde se refleja un sentido de respeto hacia la obra intelectual, pero desde una perspectiva más moral que jurídica). En la Antigüedad no existían normas contra el plagio, ni fórmulas legales de retribución para el autor.

En la Alta Edad Media la producción editorial se redujo notablemente, y los monasterios fueron

las únicas instituciones que continuaron manufacturando libros. Monjes y frailes copian obras clásicas, estas copias son manuales y muy escasas, la difusión de las obras muy limitada. A partir del siglo XII, con el desarrollo de las Universidades, la demanda de textos crece, el número de copias se multiplica, y los textos circulan con mayor fluidez....

En la Edad Moderna, la invención de la imprenta de tipos móviles, hacia 1450, por Johann Gutenberg, supone una revolución en la producción y distribución de obras literarias. Dos son los cambios fundamentales que trae aparejados: facilitar la reproducción masiva, de miles de copias, en breve tiempo y a un coste reducido generalizar el acceso del público a las obras literarias.

El primer aspecto supone que, por primera vez, se distingue entre la obra, entendida como el contenido ideal de un texto literario, y los múltiples ejemplares que de ella se hacen de forma mecánica y repetitiva.

Con la imprenta la producción cultural comienza por primera vez a generar riqueza. El impresor o editor se responsabiliza de una inversión inicial en infraestructura, que luego rentabilizará imprimiendo obras y vendiéndolas al público. Pero era preciso articular un mecanismo legal para asegurar al impresor un beneficio empresarial a cambio de su inversión (talleres, rotativas...). Este mecanismo consistía en un Privilegio, por el cual solamente el impresor, y nadie más, podía editar y distribuir las obras de un cierto catálogo.

Los primeros privilegios de impresión, para el ejercicio exclusivo de esta actividad en una ciudad o villa, se dan hacia 1470-1480. Se facilita la introducción de la industria editorial mediante concesión real, impidiendo en un principio la competencia. Después los privilegios [se multiplican](#) por Europa. Hacia el año 1500, por ejemplo, Venecia contaba ya con cuatrocientas imprentas.

Los privilegios de impresión: Se concedían al editor, no al autor Eran de duración temporal y ámbito territorial A menudo para obras no publicadas Su infracción era duramente castigada (incluyendo la confiscación de las obras y de la imprenta).

Este marco legal tenía la finalidad de incentivar la actividad editorial mediante monopolios temporales. Pero el sistema acabó generando una dinámica de tipo monopolista, sin apertura a nuevos empresarios, y privilegiando a los anteriores.

En Inglaterra, a lo largo del siglo XVII se fue desarrollando una tensión entre los impresores, que contaban con la exclusiva de edición de las obras, y quienes abogaban por la libertad de imprenta sin restricciones. Un privilegio de 1557 a favor de la Stationer's Company (el gremio de

editores) había sido renovado en diferentes ocasiones, pero llegó a su término finalmente en 1694. Entre 1695 y 1710 no existió marco legal regulador del privilegio de impresión. Los editores promovieron la adopción de un nuevo privilegio, a través de un proyecto de ley, pero el trámite parlamentario resultaría distinto al previsto por ellos. Y en 1710 se aprueba el Statute of Anne (Estatuto de la Reina Ana), la primera ley conocida sobre derechos de autor.

La consecuencia más significativa de la aprobación del [Statute of Anne](#) fue la introducción de un plazo de duración del copyright, mientras que antes los privilegios podían ser indefinidos. Los derechos atribuidos por esta ley no beneficiaban sólo a los editores, sino en primer lugar a los escritores. Se plasma con fuerza de ley la exigencia de imprimir con permiso del autor. El título de la Ley es “Una ley para el fomento del saber mediante la concesión de derechos sobre las copias de libros impresos a sus autores, o sus adquirentes, durante los plazos aquí mencionados”.

Los argumentos subyacentes al debate inglés (y europeo) del siglo XVIII pueden agruparse en dos grandes grupos:

por un lado, los proporcionados por las teorías del Derecho Natural, que ponían el acento en que las obras protegidas son el resultado del esfuerzo y del talento creativo de sus autores, que tienen un derecho natural sobre ellas, fundado en la razón;

por otro, argumentos de tipo instrumental, utilitarista, que insistían en la utilidad del copyright para incentivar la creación artística y literaria, en paralelo con la utilidad de las patentes para incentivar los descubrimientos técnicos. El Statute of Anne se situaba en esta segunda línea.

Quienes defendían un derecho natural del autor sobre sus creaciones proponían un copyright perpetuo, pues dicho derecho natural era difícilmente compatible con un término limitado. Quienes rechazaban dicha postura se inclinaban por dotar al copyright de un fundamento puramente legal y estatutario, negando que las ideas pudieran ser objeto de propiedad como las cosas materiales. Un documento de gran interés, porque aborda el tema del copyright con algunos argumentos muy actuales, es el [Discurso](#) del político inglés T. B. Macaulay en el año 1841.

En Francia los ilustrados defendieron que los derechos de autor debían ser protegidos con más fuerza que otros, porque pertenecen al ámbito esencial y personalísimo del sujeto: el talento o ingenio. Por ello se trata de una propiedad más personal y más fundamental que la que existe sobre los bienes materiales. Tras la Revolución Francesa de 1789 se aprueban el Decreto de la

Asamblea Nacional de enero de 1791 y el Decreto de la Convención de julio 1793: en ellos se reconoce la PI sobre las obras dramáticas y musicales, sus representaciones, y sobre todas las obras impresas. En Francia el argumento del “derecho natural” de los autores sobre sus obras, como una propiedad especial, caló muy hondo, y se ha reflejado en la legislación desde 1789. El modelo se extendió durante el s. XIX por la mayor parte de Europa Continental.

En los EE.UU. los derechos de autor (como los derechos de patente) tienen rango constitucional. La Constitución de 1787 incluye la copyright clause - se trata de una norma federal, que limita los poderes del Congreso (sólo puede conceder derechos de copyright con ciertos fines y por tiempo limitado). El Congreso puede “promover el progreso de las ciencias y de las artes útiles”, y para conseguir este objetivo cuenta con un medio específico: garantizar un derecho exclusivo sobre las obras de creación. El interés público prima sobre el interés particular de los autores.

Una de las líneas inspiradoras de la copyright clause de la Constitución era el rechazo a los monopolios. Esta postura era sostenida por [Thomas Jefferson](#). Para él, el libre intercambio de ideas y de expresiones no podía ni debía ser restringido, y la simple noción de “propiedad intelectual” le resultaba un contrasentido: las ideas no son susceptibles de apropiación exclusiva ni pueden ser objeto de propiedad como las cosas materiales.

Durante el siglo XIX EEUU permanece fuera del sistema internacional de derechos de autor, no concediendo protección a las obras e invenciones extranjeras (hasta 1861 en materia de patentes, hasta 1891 en copyright). Los EE.UU. renunciaron, durante muchos años, a adherirse al Convenio de Berna (el más importante en materia de derechos de autor), por lo que no ofrecían, en suelo americano, ninguna protección a los autores europeos, y las obras de éstos circulaban en los EE.UU. sin generar derechos a sus creadores. La razón fundamental es que los EE.UU. (y otros países en desarrollo) fueron durante el siglo XIX un deudor neto en derechos de PI; esto es, que para su desarrollo se apoyaron en invenciones y obras protegidas originadas en otros países, y lo hicieron sin abonar contraprestación alguna.

El caso de EE.UU. no es excepcional. Durante la primera mitad del s. XIX Bruselas fue la capital de la piratería de libros en lengua francesa. Suiza tardó mucho en adoptar medidas de protección para las patentes y derechos de autor de titulares extranjeros, como Japón, Taiwán, Corea del Sur, y China, que también han aprovechado la copia de las invenciones de otros como recurso para impulsar su crecimiento económico.

Esta situación cambia cuando, a partir de los primeros años del siglo XX, los EEUU pasan a ser un país exportador de productos de creación, y éstos forman ya parte de una potente industria

cultural. Una vez que la balanza comercial se inclinó a favor de los EE.UU., este país tenía poderosas razones para aprobar leyes estrictas con el fin de proteger a sus autores, y a otros titulares de derechos de PI (artistas, productores...).

En este proceso, a menudo las innovaciones técnicas, industriales y comerciales han tenido que abrirse paso contra las estructuras establecidas en distintos sectores de la industria cultural. Esto ha supuesto, a menudo, actuar al margen de la normativa legal que en cada momento regulaba la propiedad intelectual. Las normas han tenido que irse adaptando a los desarrollos tecnológicos, económicos y sociales. Hay diferentes casos que ejemplifican bien este proceso, y que cita Lawrence Lessig en su libro [Cultura Libre](#), págs. 73-81:

Cine

Música grabada

Televisión por cable

En el siglo XIX comenzaron a crearse sociedades que agrupaban a los autores para la defensa de sus intereses. La primera de ellas está ligada al nombre de Beaumarchais. Este escritor se enfrentó a diversos teatros que se resistían a reconocer los derechos de los autores de obras dramáticas. Ello dio origen a la fundación en 1777 del Bureau de législation dramatique, transformado más tarde en la Société des auteurs et compositeurs dramatiques ([SACD](#)) que aún existe.

A la SACD siguió la Société des gens de lettres (SGDL) fundada por Víctor Hugo, Balzac, Dumas y otros en 1838, como organismo “de reflexión, de iniciativa y de vigilancia al servicio de la creación intelectual”. Esta sociedad ha sido protagonista principal de un caso judicial muy reciente en Francia, referido a los derechos morales de Victor Hugo sobre su obra cumbre “Les Misérables”, donde la SGDL solicitó que se le reconociera legitimación procesal, esto es, un interés a accionar como parte en dicho juicio en defensa del interés colectivo de sus miembros.

En el año 1850 unos doscientos autores crearon en Francia la [SACEM](#), la primera entidad de gestión colectiva de derechos de autor en sentido moderno. Gestiona básicamente derechos musicales. En la actualidad tiene más de cien mil socios en todo el mundo.

Con la internacionalización comienza a plantearse un importante problema jurídico: ¿cómo proteger a los autores cuyas obras son traducidas, publicadas y distribuidas, no sólo en su país, sino en países extranjeros? Algunos países, como Francia, optaron por medidas unilaterales,

otorgando por ley la misma protección a las obras extranjeras que a las francesas. En 1878 se creó la [ALAI](#) (Asociación Literaria y Artística Internacional), concebida como un foro abierto para debatir la defensa jurídica de los derechos de autor y proponer reformas legales.

En ESPAÑA la primera norma que tuteló los derechos de autor fue la Real Orden de marzo de 1763: el privilegio de impresión se concedía al autor de la obra literaria, y se negaba a cualquier comunidad o empresa. Sigue la Real Orden de 1764: este privilegio puede transmitirse a los herederos del autor que, por petición expresa, podían obtener la prórroga. Estas normas pertenecían todavía al modelo tradicional de protección gubernativa y privilegios reales. Un cambio sustancial no llega hasta el Decreto de libertad de prensa e imprenta de noviembre de 1810, y el Decreto regulador del derecho de autor de junio de 1813, que en el contexto de la Constitución de Cádiz declara el derecho de los autores al goce exclusivo de sus obras, y a la transmisión de este derecho, durante su vida y otros 10 años. Ambos decretos fueron derogados por Fernando VII.

La Ley Calatrava de 1823 declaró la propiedad del autor sobre las producciones de su ingenio; equipara la usurpación y el plagio al delito de hurto; no establece límites temporales. Fue asimismo derogada por Fernando VII.

La Ley de Propiedad Literaria de 10 de junio de 1847 fue la primera que en España reguló de forma sistemática los derechos de los autores: escritores, compositores, pintores... Protegía el derecho de reproducción durante la vida del autor más 50 años, y el de representación escénica durante la vida del autor más 25 años. Su texto íntegro se publicó en la revista pe.i. nº 2 (mayo/agosto 1999).

La siguiente es la [Ley de PI de 10 enero 1879](#) (con Reglamento de 1880), que ha permanecido vigente hasta 1987. Bastante avanzada en su momento, con un concepto amplio y flexible de obra. No reconocía los derechos morales de los autores, y obligaba a inscribir las obras en el Registro de la PI, dentro de determinados plazos, para otorgarles protección legal. La Ley de 1879 estableció un plazo amplísimo de protección para los derechos de autor: hasta los 80 años después de su muerte. Esta Ley exigía el registro de la obra en el plazo de un año desde su publicación, transcurrido el cual la obra pasaba a una especie de “dominio público provisional”, durante 10 años, transcurridos los cuales podía inscribirse de nuevo la obra durante un año y recuperar el autor sus derechos.

Este sistema fue sustituido en 1987 por una nueva Ley de Propiedad Intelectual, la Ley 22/1987, de 11 de noviembre: desde entonces, no es exigible el registro ni ninguna otra formalidad para

la eficacia de la protección. Otras normas complementarias, posteriores a la LPI 1879, son:

Ley de 24 julio 1941: regula la SGAE como entidad única y exclusiva de gestión colectiva de derechos (Franco disolvió las entidades de gestión en que se habían agrupado los autores de distintas artes a lo largo del primer tercio del siglo XX).

Orden de 10 julio 1942: protege los fonogramas

Ley de 31 mayo 1966: obras cinematográficas

Ley de 12 marzo 1975: del Libro

El texto refundido LPI, actualmente vigente, y las reformas más recientes, se estudiarán en el Capítulo 3 “MARCO JURÍDICO”.

Una gran cantidad de documentos históricos relevantes pueden encontrarse en [este portal](#) de la Universidad de Cambridge, que permite buscarlos por fecha, por país, por lengua, etc.

Sección 2. El procomún en Propiedad intelectual

Procomún es el término español para traducir la expresión inglesa “commons”, que también se ha traducido como “bienes comunales” o “propiedad comunal”. Una definición de procomún puede encontrarse en este trabajo de Antonio Lafuente.

Desde su origen, las ciencias económicas y sociales han dedicado una especial atención al marco institucional de los derechos de propiedad. En 1861, H. Sumner Maine, en su obra “Derecho Primitivo”, señaló cómo los regímenes de propiedad común, en manos de familias, clanes o grupos, habían estado en el origen remoto de las instituciones de propiedad, y que los regímenes de propiedad individual, como el típico del Derecho Romano, eran la excepción, y no la regla.

En los años 50 y 60 del siglo XX varios autores comenzaron a aplicar a los regímenes de propiedad común y colectiva métodos rigurosos de análisis económico. Su conclusión era que si muchas personas tenían pleno derecho a utilizar un único recurso común (pastos, pesquerías...), esto llevaría inevitablemente a la sobreexplotación, y finalmente al agotamiento y la extinción de dicho recurso.

El más conocido de estos trabajos es “La tragedia de los comunes” de Garrett Hardin, publicado en 1968. Hardin apunta como uno de los problemas principales la falta de incentivo para los participantes en invertir en la conservación del recurso: todos aprovechan sus ventajas, pero

nadie aporta para conservarlo de futuro; surge la figura del “gorrón” (free rider), que es quien utiliza un recurso libre sin pagar ni dar nada a cambio, obteniendo ventaja injusta sobre los demás.

Los autores que siguen a Hardin consideran que los recursos de “fondo común”, que son finitos y limitados, desaparecen rápidamente en cuanto sus titulares maximizan el beneficio a corto plazo: cuanto más extraigo y utilizo, mejor para mí; si no lo hago ahora, otros lo harán, y me quedará sin nada. No tengo incentivo para cooperar.

En Wikipedia se puede encontrar una buena discusión de los argumentos de Hardin, y numerosas referencias adicionales.

Treinta años después surgió una respuesta: la “tragedia de los anticomunes”, directamente relacionada con la proliferación de patentes en ciertos sectores, como por ejemplo el de la biotecnología. Heller y Eisenberg apuntaron cómo la existencia de muchos derechos de propiedad exclusivos sobre diferentes parcelas de un todo (como son las patentes sobre partes de un mismo proceso global) tiene la consecuencia de dar a muchas personas (a cualquiera de ellas) un derecho de veto sobre un proyecto común, pero ningún incentivo para cooperar. La fragmentación de los derechos de propiedad en un abanico de facultades distintas, muy pocas de las cuales tienen valor económico por sí mismas, es otro aspecto del problema.

Otra respuesta ha venido dada por los autores que, como Elinor Ostrom, cuestionan y rechazan los presupuestos básicos del argumento de Hardin. Ostrom (P. Nobel de Economía 2009) ha investigado con detalle cómo los regímenes de propiedad común o colectiva pueden funcionar adecuadamente, siempre que se den las reglas institucionales precisas. Un punto sobre el que llama la atención es que los titulares de un recurso compartido (a menudo no “abierto a todos”, sino a los miembros de un grupo) pueden organizarse correctamente entre ellos y fijar unas reglas de acción que garanticen la continuidad del recurso en el futuro.

Al analizar el gobierno de los recursos naturales comunes Ostrom traza varias distinciones importantes:

una cosa es que un recurso natural sea común, indivisible, y que sea difícil excluir de su uso a terceros, y otra distinta es que sobre él exista un régimen de derechos de propiedad determinado.

una cosa es el sistema o la estructura del recurso natural, y otra el flujo de unidades que pueden extraerse de él, y que a menudo son susceptibles de apropiación privada y de transmisión.

una cosa es un régimen de propiedad colectiva y otra diferente un régimen de acceso abierto.

por último, debe clarificarse qué facultades se entienden incluidas en el concepto de “propiedad” cuando hablamos de propiedad común.

Una de las razones por las que el Procomún ha vuelto a la actualidad es el de los Nuevos Patrimonios. Estos patrimonios tienen un carácter universal, y sólo se hacen visibles cuando están amenazados. Un ejemplo típico es el medio ambiente, la ecología, la biodiversidad... Pero Internet y las tecnologías de digitalización han puesto sobre el tapete la defensa de los bienes de información y del conocimiento, cada vez más “cercados” por los derechos de propiedad intelectual.

La economía del conocimiento reviste la máxima importancia en un contexto como el actual, en que el coste de la reproducción y distribución de información es mínimo. Sin embargo, las reglas legales vigentes en materia de PI imponen un régimen de escasez artificial, que, por un lado, asimila los activos intangibles a los bienes materiales, físicos, y por otro desconoce las enormes posibilidades abiertas por las nuevas tecnologías. Por último, otro enfoque merecedor de una reflexión es el siguiente: para muchos autores, estamos experimentando un retroceso del dominio público para ser progresivamente reemplazado por esferas privadas, exclusivas y excluyentes; lo común pasa a ser particular. Sobre ello contamos con esta intervención de Antoni Doménech.

Sección 3. Las iniciativas open access

Contamos en el repositorio digital SAVIA de la E.O.I. con un documento sobre este tema “Introducción al Open Access”, que puedes consultar fácilmente. Otra buena guía es la elaborada por Labastida e Iglesias para SEDIC. Las líneas que siguen son una breve aproximación a este fenómeno.

Se ha hablado de un proceso de “extralimitación” y de “expansión” del copyright fuera de sus fronteras tradicionales, invadiendo territorios que no le eran propios; de una concentración de la PI en manos de los productores industriales, y no de los creadores; y de un riesgo de acentuar los caracteres monopolistas del copyright no sólo en el sector del ocio, sino en el terreno del conocimiento y de la cultura.

Una respuesta está en los proyectos e iniciativas de “acceso abierto” (Open Access). El concepto de acceso abierto hace referencia a las iniciativas que promueven el acceso libre por el máximo

número de usuarios, sin restricciones, a los trabajos elaborados por la comunidad científica. En este contexto, acceso “abierto” no es sinónimo de gratuito, sino que se refiere a la puesta a disposición de los usuarios de las obras científicas, para acceder a ellas y para usarlas libremente en ciertas condiciones. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, al igual que ocurre en otros ámbitos, en las iniciativas Open Access es decisivo el papel de los intermediarios, en este caso instituciones que facilitan la puesta a disposición del público de contenidos científicos y culturales, ofreciendo diferentes servicios en línea.

Según ha indicado Peter Suber, editor de un importante blog y de boletines sobre Open Access, y promotor activo de este movimiento, la literatura científica de acceso abierto puede caracterizarse por ser digital, online, gratuita, y exenta de derechos patrimoniales de autor y de restricciones de licencia; por apoyarse en internet; por contar con el consentimiento del titular de los derechos; y por ser compatible con la revisión por pares (peer review).

Al hablar de acceso abierto (o acceso libre) se suele hacer referencia a tres Documentos de gran importancia, que suponen hitos destacados en el desarrollo de este movimiento: son las Declaraciones de Budapest, de Bethesda, y de Berlín.

No podemos olvidar, por su cercanía y su excepcional trascendencia, la Declaración de La Alhambra sobre Acceso Abierto (mayo 2010).

En febrero de 2008 la Facultad de Artes y Ciencias de Harvard adoptó una política institucional exigiendo a sus miembros la remisión de una copia electrónica de todos sus artículos académicos al repositorio digital de la Universidad, a la vez que conceden una licencia para archivar, reproducir, y poner a disposición del público esos artículos en el repositorio. Open Access será la política de PI de la facultad por defecto. En mayo de 2008 la Facultad de Derecho de Harvard aprobó asimismo una política de acceso abierto por defecto.

En marzo de 2009, el Massachusetts Institute of Technology (MIT) establecía un mandato institucional Open Access para toda la Universidad, con carácter obligatorio, exigiendo a sus miembros la remisión de una copia electrónica de sus artículos al repositorio del MIT, y la concesión de una licencia para reproducir y poner a disposición del público los artículos.

Sección 4. La reutilización de la información

En el marco de la economía digital, la información es un elemento fundamental de generación de valor, y un recurso esencial para cualquier actividad económica. En este contexto, la

información del sector público (ISP) es la mayor fuente única de información, desde mapas e imágenes por satélite, hasta estadísticas, informes epidemiológicos y sanitarios, de población o registros de sociedades y patentes.

La ISP tiene unas características que la hacen muy atractiva para las empresas, ya que se trata de una información completa y de calidad. Muchos servicios comerciales en el mercado de la información de la UE se hallan en áreas en las que el sector público posee recursos importantes. Además se trata de un sector de actividad en desarrollo con un importante potencial de crecimiento tal como señalaba el estudio MEPSIR "Measuring European Public Sector Information Resources", realizado para la UE en 2006, y que indicaba que el mercado de la reutilización de la ISP en Europa genera un valor medio de, aproximadamente, 27.000 millones de euros.

Sin duda el país puntero en la materia es EEUU, que en torno a 1990 puso en marcha varios proyectos orientados a poner a disposición del público los datos propiedad de la Administración. Actualmente la reutilización es una práctica habitual en ese país. Además, con la llegada de de la Administración Obama, los proyectos relacionados con la ISP se han reforzado: el propio Obama firmó en 2009 el memorándum sobre «Transparencia y Gobierno Abierto», comunicación en la que se remarcan tres grandes principios del Gobierno Abierto: transparencia, participación y colaboración. Como consecuencia, en mayo de ese mismo año vio la luz Data.gov, un portal digital pionero, a través del cual es posible consultar y descargar datos de dominio público.

El objetivo de Data.Gov es facilitar a las empresas, y al público, la posibilidad de explotar los datos contenidos para mejorar el nivel de conocimiento a todos los niveles. Además de Data.Gov, destacan otras iniciativas, como IT Dashboard y USAspending.

En el caso de Europa la reutilización de la información del sector público (RISP) se planteó como una forma de contribuir al desarrollo económico y la creación de empleo, planteamiento que llevó a la aprobación de la Directiva 2003/98/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre. Esta Directiva fija una regulación mínima en materia de tarificación, acuerdos exclusivos, transparencia, concesión de licencias, no discriminación, etc.

La Directiva se traspuso en España mediante la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la ISP. Las Administraciones Públicas no han realizado muchos proyectos destacables de impulso y fomento de la reutilización, aunque existen algunos ejemplos: la Agencia Estatal de Meteorología, el Catastro, el CSIC, el Instituto Geográfico Nacional y el Ministerio de Justicia, CCAA como Asturias, Baleares, Cataluña, Extremadura y País Vasco, y Ayuntamientos como Gijón, Madrid y Zaragoza, pioneros en facilitar la reutilización de su información pública.

Recientemente se ha publicado el Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, que desarrolla la Ley 37/2007. Este R. Decreto precisa las obligaciones del sector público estatal para promover la RISP, autoriza, con carácter general, la reutilización de la información disponible en la Administración General del Estado y define las responsabilidades de cada organismo, siendo respetuosa con la normativa de protección de datos personales. El R. Decreto también establece un Catálogo de Información Pública reutilizable, que permite acceder desde un único punto a los distintos recursos de información pública, en principio en el ámbito de la Administración General del Estado.

Hay que resaltar los valiosos trabajos realizados en el marco del Plan APORTA del Ministerio de Industria, en cuyo portal pueden encontrarse las normas antes citadas. Este portal centraliza lo que la AGE hace en la materia, y en él podemos acceder a un catálogo con toda su información disponible, agrupada por materias, clases de información, órganos productores y órganos editores de la misma. Sin duda se trata de la referencia básica para consultar información actualizada sobre este tema, tanto a nivel nacional como internacional.

En los últimos años se han desarrollado diversos negocios en torno a la RISP, con orientación hacia los particulares y las pequeñas y medianas empresas: la información ambiental (geográfica y meteorológica), junto con la social y la económica, son las que parecen tener más éxito. Algunas de estas empresas nacidas en España procesan información jurídica (Legalso.com), información de licitaciones públicas (Gestboes), información catastral y topográfica unificada (Goolzoom.com), o información de precios de carburantes (Elpreciodelagasolina.com).

La OCDE estableció en 2008 unas Recomendaciones centradas en fomentar la disponibilidad de la ISP para su reutilización, el uso de las nuevas tecnologías para acceder a la información generada, y la difusión de las mejores prácticas conocidas en materia de reutilización; en poner a disposición del usuario final las guías de actuación para acceder a la información del sector público; en implementar mecanismos que protejan la propiedad intelectual; en garantizar una fijación de precios transparente y competitiva para los contenidos susceptibles de ser sufragados por el usuario final, y una recopilación y conservación metodológica de datos para mejorar su calidad y fiabilidad.

Finalmente, mencionemos que en septiembre de 2011 la Fundación COTEC ha publicado un importante Informe sobre RISP, en el que se aporta abundante información, cifras y referencias sobre el tema, y sobre sus perspectivas de futuro.

Sección 5. Los retos de la propiedad intelectual en internet

Existen dos formas de ver la expansión de internet: como una oportunidad o como una amenaza. En general, los titulares de derechos de PI han optado por la segunda perspectiva. Éste es también el enfoque dominante en la mayoría de los Gobiernos, y un ejemplo de ello es el Libro Blanco de EEUU (1995): “ IP and the National Information Infrastructure”.

En internet el concepto clave es el de acceso a la red. El consumo no se identifica con la adquisición o apropiación de productos. Esto es especialmente cierto en las modalidades de consumo on-line (streaming...), en las que no es preciso descargar la obra ni hacer copias para guardar los archivos, se consume en el momento.

Las transformaciones llevadas a cabo en el mundo digital van a polarizar aún más la controversia entre los intereses de productores y de consumidores. La ampliación de la protección de los derechos de PI, con su carácter de exclusiva, choca frontalmente con la creciente exigencia de acceso sin restricciones a los contenidos en red. Quizás deba hacerse una distinción entre los contenidos culturales que deben defender y fomentar las instituciones públicas y todo lo demás (ocio, entretenimiento) que puede dejarse al libre juego del mercado, aplicando en este caso restricciones al derecho de acceso. Una clarificación y armonización de las normas sobre PI se ha planteado como una necesidad desde diferentes sectores: ver el informe “ Recasting Copyright for the Knowledge Economy”, de la UE (2006).

Algunas de las expectativas comerciales puestas en la red han resultado fallidas: la demanda de ciertos servicios no ha crecido como se esperaba, han surgido conflictos entre los diversos agentes de negocio y proveedores de servicios en red, y se ha hecho más difícil controlar los medios de reproducción y los canales de distribución de las obras. ¿Por qué? Porque las normas de copyright (y derechos de autor) parten de la “reproducción” de la obra protegida; y la realización de copias de obras, antes limitada, ahora ha pasado a la esfera doméstica. Cualquiera puede hacer múltiples reproducciones de una obra con la máxima calidad, y distribuirla de inmediato a todo el mundo.

¿Cuáles son los retos de la PI en internet? Algunos tienen que ver con el carácter inmaterial de las obras, que facilita la superación de los mecanismos tradicionales de control de copia y de los modelos de negocio basados en la distribución de ejemplares físicos. Otros guardan relación con los rasgos propios de los “bienes de información”, como bienes no rivales y no excluyentes. Otros con la creciente democratización de la creación: los contenidos compartidos por los usuarios compiten con las creaciones típicas de derechos de autor, ocupando parte del tiempo

de ocio que se destinaba a la TV, la radio o el cine: ver el estudio “ Participative Web: User-created content”, de 2007.

Sobre los retos que internet está planteando a los derechos de PI hay abundante material. Puede accederse a algunas discusiones en el portal de la Internet Society. En el caso de los EEUU, documentos de la Electronic Frontier Foundation sobre la DMCA, sus antecedentes, reacciones a la DMCA, y los casos judiciales relacionados con ella en este portal. También es interesante el libro de Jonathan Zittrain El futuro de internet y cómo pararlo.

Sobre las redes P2P puede verse el Informe europeo Ups and Downs, de 2009, sobre el impacto del intercambio de archivos. La sentencia del Caso Grokster fue muy significativa, y existe una exhaustiva documentación del proceso en este portal.

Capítulo 3. Marco jurídico de los derechos de propiedad intelectual

Resumen

En este capítulo se presentan las normas internacionales y nacionales de mayor relevancia.

MATERIALES

Para una discusión sobre las diferencias de concepto entre la propiedad y los derechos de autor, y la evolución de la regulación legal de éstos, pueden verse:

Lawrence LESSIG: Cultura libre, Capítulo Diez “Propiedad”.

Ariel VERCELLI y H. Thomas: Repensando los bienes intelectuales comunes..., Capítulo 1, pp., 39-55: <http://www.arielvercelli.org/rlbic.pdf>

Los videos del Seminario “Gestión de la propiedad industrial e intelectual en el Sector TIC” en la Mediateca EOI:

<http://www.eoi.es/mediateca/video/168>

<http://www.eoi.es/mediateca/video/196>

<http://www.eoi.es/mediateca/video/169>

<http://www.eoi.es/mediateca/video/182>

Los videos de las III Jornadas EOI sobre Propiedad Intelectual e Industrial disponibles en la Mediateca:

<http://www.eoi.es/mediateca/video/317>

<http://www.eoi.es/mediateca/video/320>

<http://www.eoi.es/mediateca/video/321>

<http://www.eoi.es/mediateca/video/322>

Un planteamiento de cambio radical del marco jurídico de la LPI se expone en la Conferencia de David Bravo en el Campus Party 2011 (hora y ½ de duración).

El Libro Verde de la Comisión Europea sobre derechos de autor en la economía del conocimiento

La reforma de la propiedad intelectual de 2006 en Francia, en este enlace y el Informe Olivennes, de 2007, en este otro.

El Informe Gowers, de 2006, sobre la reforma de la propiedad intelectual en el Reino Unido.

Video de la Conferencia de Mark WHITAKER en la EOI “IP rights in Europe”, de 5/7/2010, disponible en la Mediateca <http://www.eoi.es/mediateca/video/420>

Sección 1. Territorialidad

Los derechos de PI son por su propia naturaleza de carácter territorial (o nacional). Se regulan por las leyes de un país, y su protección sólo se garantiza dentro de sus fronteras. Es cada Estado quien regula el objeto protegido (el concepto de “obra”), los sujetos titulares de derechos, las condiciones de la protección, los medios específicos de tutela.... Esto ha supuesto tradicionalmente un problema para los titulares de derechos de PI cuyas obras circulan y se distribuyen por todo el mundo. Los países exportadores netos de PI siempre han buscado mecanismos internacionales para proteger los intereses de sus autores y titulares de derechos a nivel mundial.

Las reglas del Derecho Internacional son relevantes cuando los diferentes sujetos (autores, intermediarios, usuarios...) y la obra no comparten la misma nacionalidad: por ejemplo, para regular la protección de una obra española en un país extranjero, de una obra extranjera en

territorio español, etc.

Sólo en el siglo XIX comenzaron a crearse mecanismos legales de protección de alcance internacional. Primero mediante convenios bilaterales, que adoptan la regla de “trato nacional” y equiparan la tutela de los autores nacionales y extranjeros, bajo un criterio de equiparación y no-discriminación. Luego el sistema se amplió mediante la firma de Tratados multilaterales (como el Convenio de BERNA, de 1886). Esto permitió extender la protección internacional de la PI sin armonizar sus contenidos, por lo que cada Estado era libre de definir sus propias normas en la materia.

Al hablar de “marco jurídico vigente” nos estamos refiriendo a normas tanto internacionales como nacionales.

a) Dentro de las normas Internacionales debemos distinguir: a.1. Tratados Internacionales: son acuerdos escritos pactados entre varios Estados, y según los cuales estos Estados se comprometen a cumplir ciertas obligaciones. a.2 Normas a nivel Europeo: Una Directiva es un acto legislativo en el cual se establece un objetivo que todos los países de la UE deben cumplir, a través de la trasposición de la Directiva a su Derecho nacional. Hay que tener en cuenta las decisiones del Tribunal de Justicia de la UE que interpreta el Derecho Europeo de manera homogénea.

b) Dentro de la legislación nacional debemos distinguir las normas constitucionales, que son las de máxima jerarquía, de las normas con fuerza de ley, y de las normas con rango inferior a la ley (decretos, órdenes ministeriales). Como regla general, podemos señalar que la función legislativa corresponde al Parlamento, mientras que su desarrollo reglamentario corresponde al Gobierno y a la Administración.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) es un organismo internacional establecido, con su actual forma, por un Convenio de 1967, con el mandato de los Estados Miembros de fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo mediante la cooperación de los Estados y la colaboración con otras organizaciones internacionales. Tiene actualmente más de 180 Estados miembros. En 1974, la OMPI pasó a ser un organismo especializado del sistema de Naciones Unidas. Es el foro internacional más relevante y activo en la materia.

El Convenio de BERNA para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas es el más importante sobre derechos de autor. Ha sido revisado en varias ocasiones, y el número de países firmantes

es actualmente de 164. Su texto consolidado vigente data de 1971, fecha de la última revisión.

El Convenio de Berna protege todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión. Es aplicable a

novelas, cuentos, poemas obras de teatro;

canciones, óperas, revistas musicales, sonatas y

dibujos, pinturas, esculturas, obras arquitectónicas.

Los derechos morales no se consagraron a nivel internacional hasta la revisión que de BERNA se llevó a cabo en la Conferencia de Roma de 1928. Tras fuerte polémica, se aprobó una propuesta intermedia que dio lugar al artículo 6bis del Convenio, que actualmente dice: “Independientemente de los derechos patrimoniales de autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación y otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la obra que cause perjuicio a su honor o a su reputación”.

BERNA confiere una esfera de libertad a los Estados para regular límites a los derechos de explotación, siempre y cuando: 1º estos límites obedezcan a situaciones excepcionales, 2º se respete la explotación normal de la obra, y 3º no se cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (utilizaciones que sean conforme a los usos honrados). Es la llamada “regla de los tres pasos”. BERNA obliga a los Estados miembros a proteger las obras y los autores nacionales de los países miembros en la misma medida que a los suyos propios (“principio de trato nacional”). También protege a los autores extranjeros que tengan su residencia habitual en algún país miembro.

El Convenio de Berna:

Establece pocas normas sustantivas

En cada país la regulación es la establecida por su ley nacional.

No establece ningún sistema de control ni prevé sanciones.

El plazo de protección mínimo es de 50 años, desde la muerte del autor (con matices para la obra cinematográfica), excepto para fotografía y artes aplicadas, que los Estados pueden fijar en plazo no inferior a 25 años. Queda abierta la posibilidad de establecer plazos de protección más amplios.

A partir de 1980 los EEUU modificaron sensiblemente su actitud hacia el sistema de protección centrado en BERNNA. Hasta entonces habían permanecido al margen de él, reconociendo los derechos de autores extranjeros de modo limitado. Pero en los años 80 la industria cultural y de ocio era tan potente, con dimensiones tan globales, que exigía un alto nivel de protección armonizada a nivel internacional: EEUU era ya un exportador neto de derechos de copyright.

La estrategia seguida por EEUU y otros países desarrollados fue vincular los derechos de PI al comercio internacional de bienes y servicios. Así se llegó a los Acuerdos de Marrakech (1994) por los que se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC). Su Anexo 1C se titula “Acuerdo sobre aspectos de derecho de propiedad intelectual relacionados con el comercio” (ADPIC).

La OMC se asienta sobre tres pilares:

protección del comercio de mercancías (antes GATT),

protección del comercio en el sector servicios, y

protección de los derechos de propiedad intelectual.

ADPIC regula tanto los derechos de autor como los derechos conexos; se acuerda el principio de trato nacional para todos los firmantes; integra los derechos establecidos en BERNNA excepto los morales (que quedan expresamente excluidos); e incluye como obras protegidas los programas de ordenador y las bases de datos, y reitera la “regla de los tres pasos “ de BERNNA.

ADPIC establece mecanismos de imposición de sanciones comerciales. Si un Estado no cumple con sus normas, otro Estado puede formalizar una queja o reclamación ante un panel de expertos. Este rasgo es una característica que lo diferencia de convenios anteriores.

Otro tratado importante es el Convenio de Roma de octubre de 1961, ratificado por España en 1991, sobre protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, y organismos de radiodifusión.

Existen dos importantes Tratados de la OMPI, de diciembre de 1996, el primero sobre derechos de autor, y el segundo sobre interpretación, ejecución y fonogramas. La UE los ha firmado recientemente, y su contenido se incluye en la Directiva 2001/29/CE. En estos tratados se regula por primera vez el derecho de puesta a disposición electrónica (por ejemplo a través de internet), de modo que el usuario pueda acceder a la obra cuando quiera y desde donde quiera. También se contemplan como obras protegibles por el derecho de autor tanto los programas informáticos como las bases de datos.

En 2006 EEUU y Japón lanzaron la iniciativa de desarrollar un nuevo tratado internacional para impulsar la lucha contra la falsificación y la piratería (ACTA). El objetivo de esta iniciativa era acercar a los países con intereses comunes en este ámbito, así como reforzar la cooperación y fijar estándares internacionales efectivos para garantizar la observancia de los derechos de PI.

En 2006 y 2007 se produjeron encuentros preliminares entre un pequeño grupo inicial de países interesados. Las negociaciones empezaron en junio de 2007 con la participación de un grupo más amplio de países (EEUU, Japón, Suiza, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Corea, México, Marruecos y Singapur, así como la UE). ACTA arranca como punto de partida, de la legislación internacional actual en el ámbito de la PI, en particular ADPIC. Sin embargo, crea una nueva estructura al margen de la OMPI y de la OMC. Su objetivo es replantear las cuestiones donde no existe un marco legal eficaz, o que el que hay necesita ser reforzado. Abarca tanto la protección de patentes como de derechos de autor, especialmente en el ámbito de internet. Hasta su firma en Tokio en octubre de 2011 sus negociaciones se desarrollaron en el más estricto secreto, lo que generó numerosas críticas por parte de la opinión pública.

La UE, que todavía no ha suscrito el Tratado, dispone de un portal específico donde puede accederse al texto final consolidado de ACTA, y a abundante documentación sobre este tema. También aporta muchos datos la voz (en inglés) en Wikipedia.

Sección 2. Sistemas de copyright y sistemas de derecho de autor

El sistema continental europeo (derechos de autor) y el sistema angloamericano (copyright) presentan entre sí ciertas diferencias. El modelo europeo se apoya en la dimensión creadora (espiritual, personal) de la PI, es individualista, incluye el derecho moral del autor, y reconoce a éste derechos exclusivos sobre su obra, derechos que no están sometidos a numerus clausus. El sistema de copyright rige en EEUU, Inglaterra, y los Estados de su área de influencia cultural y jurídica, y el sistema de derechos de autor en la Europa Continental y países de su área. Ambos modelos han experimentado un progresivo e importante acercamiento en las últimas décadas.

No hay que confundir el símbolo © con estos dos sistemas de PI. El símbolo © es una facultad (su empleo es potestativo, no obligatorio) que tiene el titular de un derecho de explotación para “avisar” a terceros de que si alguien quiere usar esa obra debe pedir su autorización: ver el art. 146 LPI. En fonogramas el símbolo equivalente es la (p).

La ley norteamericana (Copyright Act) data de 1976. La homologación con BERNNA no llegó hasta doce años después, con la Berne Convention Implementation Act, que introdujo diferentes reformas en la legislación norteamericana. Pese a la homologación, el Convenio de Berna no es de directa aplicación en EEUU por lo que hay que estar, en cada asunto, a lo que establece su Ley nacional. El texto consolidado actualmente en vigor está en esta página web.

El proceso de armonización continuó en 1992 con la Copyright Renewal Act, y tres años después con la Ley que incorporaba al Derecho estadounidense los compromisos derivados de los acuerdos de la OMC e incorporados al ADPIC (la Uruguay Round Agreements Act, o URAA). En 1998 se aprobó la importante Digital Millennium Copyright Act (DMCA), que tenía como objetivo la adaptación de la normativa interna de los EE.UU. a las normas del Tratado OMPI sobre Derechos de Autor de 1996. Sin embargo, es generalmente reconocido que la ley fue más allá y desbordó las exigencias del Tratado OMPI. Establece la ilicitud de la elusión (circumvention) de las medidas tecnológicas de protección y controles de acceso a las obras protegidas, así como la tenencia y distribución de dispositivos que faciliten dicha elusión. A su vez, establece una importante limitación de responsabilidad para los proveedores de servicios en red (safe harbor). El contenido de la DMCA ha de ser entendido en el marco de la lucha contra la reproducción ilegal en internet.

En el Reino Unido la ley vigente es la Copyright, Designs and Patents Act de 1988.

Pueden desarrollarse así las principales diferencias entre los dos sistemas:

- 1.- El sistema de copyright está fundamentado en consideraciones económicas, y otorga derechos de explotación expresamente tasados, mientras que el sistema de derechos de autor está vinculado al “derecho de la personalidad” y a la “creación intelectual”.
- 2.- En el sistema de copyright, es posible que el autor sea tanto una persona física como jurídica, mientras que en el ámbito de los derechos de autor se entiende que se trata siempre de una actividad surgida de una persona física.
- 3.- En el sistema de copyright el reconocimiento legal de derechos morales del autor ha tenido un lento desarrollo. En el sistema de derechos de autor los derechos morales ocupan una posición preeminente y existe una tradición de alto nivel de protección de tales derechos. Esto no supone que los derechos de los autores no reciban tutela alguna, ya que cabe el otorgamiento de protección, pero por otras vías: por ejemplo, en los EEUU cabe, en primer lugar, la aplicación del Derecho propio de los estados, a veces diferente del Derecho Federal; en segundo lugar, se tutela el derecho a la imagen; en tercer lugar, el Derecho de Marcas y competencia desleal (

Lanham Act): presentar o exponer una obra o producto de forma que genere confusión, o pueda dañar la reputación o imagen del titular, da lugar a indemnización; y por último hay que contar con las normas sobre publicity y privacy.

4.- La fijación de forma material de la obra es generalmente esencial en el sistema de copyright. En el sistema continental no es, en cambio, precisa (o es menos relevante) para la protección de la obra.

5.- En el sistema de copyright el empresario puede ser el titular inicial del derecho, mientras que en el de derechos de autor la regla general es que el empleado que crea la obra es el inicial titular, aunque pueda ceder su derecho mediante contrato al empresario.

6.- En el modelo anglosajón prima la autonomía de la voluntad sobre cualquier otra consideración, el titular de derechos es libre de hacer con ellos lo que desee, y son muy escasas las normas de Derecho necesario. En el modelo continental abundan las normas imperativas, sobre todo al establecer algunos derechos (derechos morales) como irrenunciables e inalienables.

En muchos aspectos, sin embargo, las normas y sobre todo los objetivos perseguidos por éstas se han aproximado en los últimos años.

Sección 3. Directivas europeas

Una Directiva establece los objetivos que deben lograr los Estados miembros de la UE, dejándoles elegir los medios para hacerlo, y un margen de maniobra para tener en cuenta sus particularidades nacionales. La Directiva puede ir dirigida a uno, varios o todos los Estados miembros.

Las Directivas se utilizan para armonizar las legislaciones nacionales. Suelen establecer criterios y principios bastante generales. Para que estos principios surtan efecto para los ciudadanos, el legislador nacional debe adoptar una norma de Derecho interno que adapte el ordenamiento jurídico nacional a los objetivos de la Directiva. La transposición al Derecho interno tiene que realizarse dentro del plazo que marca la Directiva en cada caso.

Las Directivas que afectan directamente a la PI y materias con ella relacionadas, en el ámbito de la UE, son sobre todo las siguientes:

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 afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable. Traspuesta al Derecho español por la Ley 28/1995, que hoy forma parte de la LPI.

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. Fue traspuesta al Derecho español por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, que hoy forma parte de la LPI. Regula los derechos del autor de la base de datos, y el derecho “sui generis” del fabricante, que protege fundamentalmente su inversión económica. El plazo de protección de este derecho “sui generis” es de 15 años.

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. Establece un régimen libre de prestación de servicios de la sociedad de la información en la UE, regula y fomenta la contratación electrónica y establece el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Esta Directiva ha sido traspuesta mediante la Ley 34/2002, de 11 julio, sobre Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI).

DIRECTIVA 2001/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 22 DE MAYO DE 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Traspuesta por la Ley 23/2006, de 7 de julio, de reforma de la LPI. Reconoce a los autores el derecho de autorizar la comunicación pública y la distribución en todas sus modalidades, y a ellos y a los titulares de derechos conexos el derecho de reproducción y el de puesta a disposición como una modalidad del derecho de comunicación pública. Sistematiza los límites, y faculta a los Estados a establecer (o no) unos límites a los derechos de reproducción y (en ciertos casos) distribución. Establece la obligación de tomar medidas contra la elusión de las medidas tecnológicas de protección de derechos.

DIRECTIVA 2001/84/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. Traspuesta al Derecho español por la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, que es una norma independiente al margen de la LPI. Establece un derecho, inalienable e irrenunciable, del autor de obras de arte originales a participar en determinados porcentajes en las reventas en que participen profesionales del mercado de arte.

DIRECTIVA 2004/48/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 29 DE ABRIL DE 2004,

relativa al respeto de los derechos de PI. Fue traspuesta al Derecho español por la Ley 19/2006, de 5 de junio, que hoy forma parte de la LPI. Esta Directiva obliga a los estados miembros a adoptar determinadas medidas de carácter procesal, para asegurar las posibilidades de obtención de las pruebas (por ejemplo, de redes de distribución de productos ilícitos) y la eficacia de los pronunciamientos judiciales (medidas cautelares), además de conformar una legitimación activa amplia (que incluye a las entidades de gestión), y determinar el alcance de las indemnizaciones.

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 PI. Reconoce derechos de artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y de películas y entidades de radiodifusión.

DIRECTIVA 2006/116/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Ha sido modificada por la Directiva 2011/77/EU, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, citada más adelante.

DIRECTIVA 2009/24/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 23 DE ABRIL DE 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. Establece la obligatoriedad de proteger los programas de ordenador como obras literarias, con un plazo mínimo de protección armonizado de 70 años, reconociendo a sus autores (que pueden ser personas jurídicas, si la legislación del estado lo permite), los derechos de reproducción, transformación y distribución). Apenas deja margen a los Estados miembros.

DIRECTIVA 2011/77/EU, DE 27 DE SEPTIEMBRE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por la que se modifica la directiva 2006/116/ce, de 12 de diciembre, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Extiende el plazo de protección de los derechos de los intérpretes y ejecutantes, y de las grabaciones de sonido, de los 50 hasta los 70 años después de la muerte del titular o de la fecha de fijación. Facilita que los artistas puedan recuperar sus derechos si el productor no reedita sus grabaciones. Otras medidas complementarias pretenden reforzar la posición de los intérpretes.

Sección 4. Normas españolas

En la Constitución española de 1978 hay varias normas que pueden afectar a los derechos de propiedad intelectual. Los arts. 33 y 128 CE señalan cuáles son los límites al derecho de

propiedad. Además, debemos recordar el importante reconocimiento constitucional del derecho a la cultura en el art. 44 CE. Por otro lado, el art. 128.1 CE establece que toda la riqueza del país en sus distintas formas, y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general. La riqueza comprende, tanto los activos materiales, como los inmateriales, y por tanto los derechos de PI.

El art. 33 CE regula el derecho de propiedad y sus límites. Los derechos de PI se encuentran garantizados por esta norma, en las mismas condiciones y términos que los derechos de propiedad sobre bienes materiales. Asimismo, la función social de la propiedad opera como límite de estos derechos del mismo modo (expropiación forzosa).

El art. 20 CE reconoce el derecho a la libertad de expresión y de creación. Hay que advertir que este precepto regula y garantiza la “libertad” de expresión. Se ha discutido en la doctrina si puede fundamentar los derechos de propiedad intelectual. El tema es importante, porque la tutela jurisdiccional de esta libertad es reforzada, la máxima que prevé la Constitución, mientras que la protección del derecho de propiedad (art. 33 CE) no es tan intensa.

El Tribunal Supremo no mantiene una postura uniforme. En Sentencia de 9 diciembre 1985 el TS estimó que los derechos de PI no son unos derechos de la personalidad, protegidos por el art. 20 CE, sino unos derechos de propiedad. Igualmente consideran que los derechos de PI son derechos de propiedad encuadrables en el art. 33 CE las SS TS de 2 marzo 1992 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi nº 1.834) y de 23 marzo 1999 (R. Ar. 2.005). En cambio, el mismo TS, en su Sentencia de 29 marzo 1996, se inclinó por la posición contraria, y defendió que el derecho de PI derivaba del art. 20.1 CE, con las consecuencias que ello implica.

Debemos recordar que según el art. 149.1.9 CE la competencia para dictar normas con rango de ley sobre PI corresponde al Estado. Es importante conocer la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1997, de 13 de noviembre, que delimita las facultades de supervisión del Ministerio de Cultura y las competencias autonómicas.

No todas las obras protegidas por derechos de PI pueden calificarse de “obras culturales”. Esto supone que hay que hacer una delimitación de lo que es cultura desde la perspectiva constitucional, como bien protegido por el orden jurídico, y puesto a disposición de los ciudadanos. Es preciso distinguir entre la limitación/regulación del derecho de acceso a la cultura y la privación total de este derecho. Por último, la definición de lo que entendemos por “bienes culturales” está también sometida a discusión.

Principios generales

- Los derechos de PI son derechos de propiedad especiales y temporales, que recaen sobre un bien inmaterial. Esta configuración como derechos de propiedad es actualmente objeto de discusión. Tradicionalmente no se hablaba de “propiedad” intelectual, sino de derechos de los autores, o de derecho de copia (copyright).
- El Derecho de PI es una rama del Derecho Privado que regula los derechos de los autores (y de otras personas) sobre las obras (y también sobre otros productos y prestaciones). Nuestra LPI regula tanto los derechos de quienes crean obras originales, de cualquier tipo (derechos de autor en sentido estricto), como los derechos (de carácter análogo o afín) de quienes realizan actuaciones o producciones protegidas por la ley (derechos conexos). Hay titulares de derechos de PI que no son autores.
- No se protegen las ideas, sino su forma concreta de expresión. Esto supone que se prohíbe tomar directamente la obra de otros, aunque sea en parte, tal como se expresaba, pero no se prohíbe tomar ideas subyacentes o implícitas en las obras de otras personas. Este principio, implícito en las legislaciones de PI, está expresado como tal en el art. 9.2. ADPIC: “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. Tampoco se protegen los resultados (conclusiones) de la investigación científica.
- Los derechos de autor y derechos conexos son independientes, acumulables y compatibles con los derechos de propiedad industrial que puedan recaer sobre la misma obra.
- La PI integra tanto derechos de carácter personalísimo, irrenunciables e inalienables (derechos morales, derechos de la personalidad), como derechos de carácter económico susceptibles de transmitirse a terceros (derechos patrimoniales, que pueden ser de explotación o de remuneración).
- La obra no se confunde con su soporte material (art. 3.1 LPI). La obra es un activo intangible, incorporeal, originariamente pertenece siempre a su titular, con independencia de que se fije en soportes que pueden pertenecer a terceras personas.
- Quien adquiere el original o una copia de la obra es propietario del soporte, pero no titular de la propiedad intelectual de la obra (art. 56 LPI).

- Para que una obra sea objeto de protección debe ser original, con independencia de su novedad (en el sentido de la Propiedad Industrial), funcionalidad, o utilidad. Obra original puede definirse como una forma de expresión, creativa tanto por su novedad como por la aportación del autor.
- Irrelevancia del mérito: la obra no se protege por su valor literario, artístico, o científico, ni por su calidad, sino porque es el resultado de la creatividad de su autor.
- La protección de los derechos de autor es territorial. En cada ámbito territorial (sea nacional o supranacional) hay un marco legal diferente de protección de los derechos.
- La protección es temporal, por plazos limitados (art. 26.1 LPI).
- La protección es automática, no se exige un registro formal, inscripción ni depósito de la obra. Las obras se protegen desde el mismo momento de su creación.
- Como regla general, al tratarse de derechos exclusivos, los usos de una obra no autorizados por su autor (o por el titular de derechos) son ilícitos; si bien la ley prevé límites/excepciones a esta regla.
- Casi siempre, los usos de una obra que no requieren autorización de su autor (o del titular de derechos) conllevan algún tipo de compensación económica para el titular (derechos de remuneración), frecuentemente a cargo del consumidor o usuario, pero a veces por otros sujetos, como estudiaremos en cada caso.

El desarrollo en el siglo XX de nuevas tecnologías, en especial las de grabación y reproducción de la imagen y del sonido, han introducido cambios sustanciales en los derechos de propiedad intelectual. Cuando la ejecución de una obra musical o la interpretación de una obra escénica pueden ser grabadas, y dejan de ser efímeras, son susceptibles de copia masiva y de explotación industrial.

El mercado de las industrias culturales se apoya, en gran medida, en esta característica. Cuando adquirimos un disco de música no sólo adquirimos la obra (la composición musical), sino una determinada interpretación y una determinada producción musical.

Esta realidad ha conducido a que los artistas ejecutantes demanden una protección legal apropiada para sus interpretaciones - nos encontramos en el ámbito de los derechos afines o conexos (neighbouring rights).

Asimismo, forman parte de los derechos conexos los derechos de los productores de grabaciones musicales y audiovisuales, así como de los editores y de las entidades de radiodifusión.

Finalmente, también los fabricantes de bases de datos han solicitado, y conseguido, acceder a este tipo de protección. Por Ley 5/1998, de 6 de marzo, se incorporaron a la LPI normas sobre protección jurídica de las bases de datos.

La PI es, de acuerdo con el Código Civil, una “propiedad especial” remitiendo para su regulación a una ley específica: actualmente la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido de 1996 (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril).

Junto a la LPI hay otras normas que son relevantes para conocer el marco jurídico de la PI en España:

el Real Decreto de 3 de septiembre de 1880, Reglamento para la ejecución de la Ley de 1879, que aún se encuentra parcialmente vigente.

el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo.

el Real Decreto 396/1988, de 25 de abril, que desarrolla la norma de la LPI sobre el control de tirada (contrato de edición).

el Real Decreto 479/1989, de 5 de mayo, por el que se regula la composición y el procedimiento de actuación de la Comisión Arbitral de Propiedad Intelectual. Afectado (pero no derogado) por las reformas introducidas por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

el Real Decreto 1.434/1992, de 27 de noviembre, que desarrolla los arts. 24, 25, y 140 de la LPI de 1987 (sólo parcialmente vigente).

el Real Decreto 1.889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

No debe olvidarse que en materia de ejecución de la legislación sobre PI se ha producido el traspaso de funciones y servicios a las diferentes Comunidades Autónomas.

Existen después otras normas de desarrollo de la ley. Una de especial significación era la Orden de 18 de junio de 2008, relativa al canon por copia privada, que ha sido declarada nula por la importante Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2011.

Reformas recientes

- La Ley 19/2006, de 5 de junio, ha venido a ampliar los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Recoge medidas de protección en el ámbito jurisdiccional y procesal: ¿cómo actuar ante una infracción?, ¿de qué medios dispongo?... Transpone la Directiva 2004/48/CE, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, que tiene por objetivo aproximar las legislaciones sobre los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

- La Ley 23/2006, de 7 de julio, modifica el texto refundido de la LPI, e introduce novedades importantes en numerosos artículos de esta Ley: - Derecho de reproducción - Derecho de distribución - Derecho de puesta a disposición interactiva - Compensación por copia privada: analógica/digital

Asimismo, la Ley 23/2006 introduce novedades importantes en la regulación de límites y excepciones a los derechos de PI: - Reproducciones provisionales - Ilustración con fines educativos - Consulta en bibliotecas - Discapacitados - Revistas de prensa

Por último, la Ley 23/2006 introduce otras novedades importantes en la LPI: - Derechos de los artistas: morales / patrimoniales - Medidas tecnológicas - Información para la gestión de derechos

Puede accederse a algunos de los debates parlamentarios sobre esta reforma de la LPI, por ejemplo el Dictamen de la Comisión de Cultura en el Congreso y el Dictamen de la Comisión de Cultura del Senado. Y al contenido de las comparecencias realizadas durante la tramitación de esta reforma por representantes de diversas entidades de gestión colectiva, productores musicales y audiovisuales, organizaciones de consumidores, etc., ya que cada entidad expone su postura y sus intereses ante los diputados.

- Asimismo se han introducido modificaciones en la LPI a través de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas; es importante la introducción, con carácter general, de la obligación de las bibliotecas de remunerar a los autores por los préstamos al público.

- No se debe olvidar lo dispuesto en la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del cine, con normas importantes sobre las obras audiovisuales, ni tampoco la más reciente Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

• Por último se han introducido importantes modificaciones en la LPI a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. En la Disposición Final 43ª de esta Ley se incluye una reforma polémica (que toma el nombre de la Ministra de Cultura Ángeles González-Sinde) con la que se pretende reducir el impacto de las descargas ilegales de obras protegidas en Internet. En el transcurso de su tramitación se incluyeron garantías de intervención judicial, que inicialmente no estaban previstas. Para articular esta iniciativa se han modificado varias leyes, además de la LPI, como la LSSI y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Para identificar al intermediario o ISP que está realizando la conducta presuntamente vulneradora de derechos de PI, los órganos competentes para la adopción de las medidas podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (por ejemplo, operadores de telecomunicaciones) la cesión de los datos que permitan tal identificación a fin de que pueda comparecer en el procedimiento. Tal requerimiento exigirá la previa autorización judicial.

Obtenida esta autorización, los prestadores estarán obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación. El Juzgado de lo Contencioso, en el plazo de 24 horas, y una vez oído el Ministerio Fiscal, dictará resolución autorizando la solicitud efectuada siempre que no resulten afectados los artículos 18.1 y 3 CE.

Se crea en el Ministerio de Cultura la Comisión de Propiedad Intelectual, como órgano colegiado para el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje, y de salvaguarda de los derechos de PI. La Comisión actuará por medio de dos Secciones:

La Sección Primera ejercerá las funciones de mediación y arbitraje, es decir, mantiene todas las competencias que hasta ahora ostentaba la Comisión de Propiedad Intelectual, y además amplía sus competencias, en el caso de la mediación a todas las materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, y, en el caso del arbitraje, a los conflictos entre distintas entidades de gestión, y entre los titulares de derechos y las entidades de gestión, entre otros.

La Sección Segunda ejercerá las funciones previstas en los arts. 8 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio (LSSI), para la salvaguarda de los derechos de PI frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información. La Sección podrá adoptar medidas para interrumpir la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de PI o para retirar los contenidos que vulnere los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

El Real Decreto 1.889/2011, de 30 de diciembre, regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

La compensación equitativa por copia privada (el "canon") prevista en el art. 25 LPI ha sido suprimida por la D. Adicional Décima del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

Capítulo 4. Sujeto y objeto de los derechos de autor

Resumen

En este capítulo se trata el concepto de autor como principal titular de derechos, y el concepto y tipos de obra como objeto de protección.

Sección 1. Titular de los derechos de autor

El autor desde el momento de la creación es el titular de los derechos de PI de la obra: adquiere la PI sobre la misma (Art. 1 LPI). La PI regula la relación autor - obra a través de un conjunto de derechos personales y facultades de disposición y administración, conjunto que denominamos derechos de autor.

El título originario de adquisición de los derechos de autor es la creación de la obra. Este criterio resulta especialmente sólido en el sistema continental de PI, por cuanto los países anglosajones suelen exigir la fijación de la obra para considerarla objeto de PI. Pero no debe olvidarse que, incluso en el sistema continental, y sin exigencia de fijación o registro, la creación implica la expresión de la obra para ir más allá de la simple idea, que no está protegida.

La creación podemos definirla como una actividad de carácter intelectual que se materializa en una obra original.

Concepto de autor.

Arts. 5.1 y 6.1 LPI: Se considera autor desde un punto de vista legal a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica. Se presume (cabe prueba en contrario) autor a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique. En consecuencia, no pueden ser autores las personas jurídicas.

En el mismo sentido el artículo 5 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

Art. 87 LPI: En el caso de obras audiovisuales son sus autores el director, el guionista y el compositor de la música original. Según el art. 14bis del CONVENIO DE BERNA, la obra cinematográfica se protege como obra original, pero la determinación de quiénes sean los titulares del derecho de autor sobre la obra cinematográfica queda reservada a la legislación de cada país. En tal sentido, es importante diferenciar la autoría de la obra audiovisual de la autoría sobre las creaciones particularmente consideradas que se incorporan a la obra. El director principal es autor de la obra audiovisual en toda la UE, a tenor del art. 2.1. de la Directiva 2006/116/CEE, pero los restantes partícipes no lo son en todos los países. Por ejemplo, el guionista es autor de la obra audiovisual en España, pero no en Inglaterra, donde se reconoce esta condición solamente al productor y al director de la obra.

Art. 97.1 LPI: En el caso de los programas de ordenador, además de la persona natural que crea el programa, podría ser autor la persona jurídica contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta ley. Esto es interpretado por diversos autores como una remisión al art. 8, pues el programa de ordenador puede ser obra colectiva.

Existen otros supuestos en los que la titularidad de los derechos de PI que corresponden al autor se atribuye en la LPI a otras personas:

Art. 6.2 LPI: Cuando la obra se divulgue de forma anónima, el ejercicio de los derechos de PI corresponderá a la persona que la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad.

Art. 8 LPI: Los derechos sobre la obra colectiva corresponden a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre.

Art. 129 LPI: Los derechos sobre una obra inédita que esté en dominio público corresponden a quien la divulgue lícitamente.

Otros supuestos, previstos en la ley, de ejercicio de los derechos de explotación que corresponden al autor por parte de un tercero (titularidad derivada), responden a la existencia de una cesión o transmisión legal de los mismos, por ejemplo:

51.2 LPI: Presunción de cesión de derechos del autor asalariado a favor del empresario.

88.1 LPI: Presunción de cesión al productor de determinados derechos que corresponden a los

autores de la obra audiovisual.

56.2 LPI: Presunción de cesión del derecho de exposición en caso de compraventa de una obra plástica o fotográfica.

97.4 LPI: Trabajador asalariado autor de un programa de ordenador.

Pluralidad de autores.

El titular de los derechos de autor puede ser individual o plural.

Cuando en el proceso creativo sean varios los autores implicados, la obra resultante podrá ser:

1. OBRA EN COLABORACIÓN

Su definición se recoge en el art. 7 LPI: la obra es el resultado unitario de la colaboración de varios autores, todos ellos cooperan y aportan su creatividad en la realización.

Son tres los rasgos definitorios de la obra en colaboración:

- Hay una pluralidad de autores en un plano de igualdad.
- Hay un proceso de cooperación entre ellos para crear la obra, las aportaciones individuales pueden haber sido creadas previamente al proceso creativo de la obra en común o una vez iniciado.
- El producto de la colaboración es un resultado unitario y original.

Todos los co-autores quedan en una situación legal de igualdad: son co-titulares de los derechos de PI sobre la obra resultante con independencia de que sus aportaciones sean de diferente tipo y de la proporción que representen sobre el total.

La cuota de participación de cada co-autor en los derechos de PI sobre la obra resultante de su colaboración será la que acuerden; en su defecto serán iguales, por disposición legal: en lo no previsto en el art. 7 de LPI, se aplican las reglas del Código Civil, arts. 392 y ss., sobre la comunidad de bienes, reglas que establecen que si los comuneros no han pactado nada al respecto las cuotas de titularidad sobre el objeto común (en este caso los derechos sobre la obra resultante) se presumirán iguales.

Respecto a su explotación se diferencia:

- a) La aportación individual, separable de la obra - podrá explotarse por el autor de esa parte libremente siempre y cuando no se haya pactado en contrario o perjudique la explotación de la obra unitaria.
- b) La obra resultante de la colaboración - para ser explotada la decisión deberá tomarse por todos los coautores:
 - b.1) Por UNANIMIDAD para proceder a su divulgación (Divulgar = hacer accesible, en cualquier forma, al público por primera vez una obra) o a su modificación.
 - b.2) La explotación en la forma que se divulgó: ningún coautor puede impedirlo injustificadamente.
 - b.3) Explotación de forma diferente a la usada para su divulgación. No hay una respuesta legal clara: una solución sería, en aplicación del art. 398 del Código Civil, que la decisión se tomara por mayoría de los co-autores.

2. OBRA COLECTIVA

Su definición se recoge en el art. 8 LPI: es la “obra creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada”.

Los rasgos definitorios de la obra colectiva son:

- La iniciativa y coordinación la tiene un tercero. Es una persona ajena a los autores quien inicia el proceso creativo y que se sitúa en él, no en plano de igualdad respecto a los autores, sino en una relación de cierta jerarquía.
- Las aportaciones individuales son concebidas para esa obra y se funden en ella de forma inseparable. Estos dos requisitos se han interpretado no en sentido estricto sino a la luz de dos extremos fundamentales: que la concepción de la obra y la decisión sobre su contenido son del tercero que tiene la iniciativa, que decide qué aportaciones se integran en la obra y cuáles no.

- Los autores de las aportaciones individuales no tienen un derecho pro indiviso sobre la obra. En la obra colectiva es imposible atribuir separadamente a cada autor un derecho propio y distinto sobre el conjunto de la obra, esto es, una cuota o parte proporcional sobre la titularidad de la obra completa. Los derechos pertenecen a la persona que planificó y coordinó la obra, salvo pacto en contrario.

3. OBRA COMPUESTA

Es la obra nueva que incorpora una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última.

Los derechos sobre la obra resultante serán de su autor sin perjuicio de los que correspondan al autor de la obra preexistente y de su necesaria autorización (art. 9 LPI).

Así pues los rasgos que caracterizan a la obra compuesta son:

- 1.- Incorporación de una obra preexistente a otra nueva e independiente.
- 2.- Falta de colaboración entre los autores de la obra preexistente y la nueva.
- 3.- Necesidad de autorización del autor de la obra preexistente, salvo que esté en dominio público.

La obra compuesta se define por contraposición a la obra simple. Existe una primera obra que se incorpora a la nueva de forma literal mediante su reproducción o mediante su transformación. La obra compuesta puede tener uno o varios autores pero entre ellos no estará el autor de la obra preexistente.

La obra nueva y la preexistente pueden pertenecer al mismo tipo de obra (una plástica incorporada a otra plástica) o a diferentes géneros (por ejemplo, sincronización de obras musicales en otra audiovisual). La obra nueva será derivada y compuesta si no ha habido colaboración entre los autores y sólo derivada si la ha habido.

Sección 2. Objeto de los derechos de autor: la obra.

El concepto legal de obra protegible no tiene por qué coincidir con la idea de obra que se tenga desde otros puntos de vista, como el artístico o el científico y, en segundo lugar, es un concepto que varía en el tiempo de la mano de circunstancias económicas y del desarrollo tecnológico. Ejemplo de ello es su ampliación para incluir los programas de ordenador y las bases de datos.

El concepto de obra determinará en gran medida el alcance de la Propiedad Intelectual: cuanto más amplio sea el concepto de obra mayor será el ámbito de los derechos de propiedad intelectual, mayor será el contenido susceptible de ser privativo y menor el ámbito del procomún.

Requisitos de la obra protegida

La LPI exige para otorgar protección que la obra se trate de una creación humana, original y que se encuentre expresada por cualquier medio o soporte.

a) Humana: no se incluyen las realizadas por animales, creadas por la naturaleza o por máquinas sin intervención humana. Es necesaria la aportación de la persona en la creación de la obra.

b) Original: El requisito de originalidad ha sido entendido en dos sentidos:

-Subjetivo: se entiende que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor a quien se atribuye.

-Objetivo: entendido como novedad objetiva que es diferente frente a cualquier otra preexistente.

En general la originalidad será menor cuanto más dependa la forma de expresión de requisitos de funcionalidad.

c) Expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible.

El art. 2.2 del Convenio de Berna deja libertad a los estados para establecer o no como requisito para la protección de la obra haber sido fijada en un soporte material.

La obra se protege en cuanto está realizada y es perceptible, con independencia de que haya sido, o no, divulgada, de que se haya dado a conocer o permanezca en secreto. La percepción de la obra puede ser directa (visual, por ejemplo), o requerir de algún dispositivo o procedimiento técnico.

El objeto de protección es la obra entendida como forma de expresión, no incluye las ideas que expresa ni la información que constituye su contenido. Las ideas no son susceptibles de apropiación y explotación monopolística por lo que no son objeto de propiedad intelectual. Expresamente así lo establecen el art. 9.2. ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de 1994) y el art. 2 del Tratado OMPI sobre Derechos de Autor, de 1996: “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones

pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.”

Es importante distinguir entre la obra protegida y su soporte material (Art. 3.1º LPI). Los derechos de PI recaen sobre un objeto incorporeal (la creación intelectual) que no se confunde con el soporte material donde se encuentra incorporada y que puede ser objeto de otro derecho de propiedad ordinaria, por ejemplo propiedad sobre un cuadro (obra pictórica): los derechos del autor recaen sobre la creación inmaterial y aunque haya vendido el cuadro a un tercero él seguirá siendo titular de los derechos de PI sobre la obra (artículo 56 LPI) en la medida que no los haya transmitido.

Puede ocurrir que la obra se incorpore a una cosa propiedad del propio autor o de un tercero. En este segundo caso entrarían en juego el Artículo 375 y el Artículo 377 del Código Civil.

Tipos de obras protegidas: literarias, artísticas y científicas.

Tanto los convenios internacionales (arts. 2 y 2bis de Berna; art 3. del Tratado OMPI sobre protección de derechos de autor) como nuestra LPI (arts. 10 y 11.5) se refieren a tres ámbitos de creación (literario, artístico, y científico) dejando fuera el tecnológico, por lo que los programas de ordenador y las bases de datos, que no encajan en esa clasificación, se incorporan en disposiciones específicas (Arts. 4 y 5 del Tratado OMPI; arts. 10.1.i y 12 LPI).

El art. 2.1 de Berna especifica que los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, y contiene a continuación una relación abierta de obras protegidas, entre las que se incluyen los folletos, croquis, etc.

El artículo 10.1 LPI incluye también una lista abierta de tipos de obras y el 10.2 LPI añade como supuesto específico de protección los títulos de las obras.

No es indispensable que la obra se encuentre acabada, siempre que la parte terminada constituya una creación original: de ahí que se protejan los proyectos, borradores, bosquejos, y trabajos preliminares. El derecho del autor protege también las partes de una obra, siempre que sean originales y puedan separarse del resto.

Creaciones no protegidas.

El Convenio de Berna en su Art. 2.8 establece: “La protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa.”

Nuestra LPI se refiere en el art. 33.1 expresamente a trabajos y artículos sobre temas de actualidad, pero no para excluirlos de la protección sino para establecer un límite específico. La expresión “trabajos y artículos sobre temas de actualidad” no coincide con “noticias del día y sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa”, que parece dirigida a proteger las libertades de expresión y de opinión, excluyendo de protección la noticia en sí o expresada de una forma “simple” y, por lo tanto, escasamente original.

Además el Convenio de Berna, en sus arts. 2 y 2bis, deja a la voluntad de los países proteger o no:

- Los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como las traducciones oficiales de estos textos.
- Lo concerniente a las obras de artes aplicadas y a los dibujos y modelos industriales, con la salvaguarda de que si no se protege por otra vía especial (Propiedad Industrial) serán obras protegidas como obras artísticas.
- Los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales.

En nuestro derecho el art. 13 LPI excluye de protección “las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las 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.”

En cuanto a los debates judiciales y discursos políticos se establece un límite específico (art. 33.2 LPI).

Obra original y obra derivada.

El art. 2 del Convenio de Berna establece en su apartado 3 que “estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística.” Y el art. 11 LPI, por su parte, dispone que también son objeto de propiedad intelectual las traducciones y adaptaciones, las revisiones, actualizaciones y anotaciones, los compendios, resúmenes y extractos, los arreglos musicales, y cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.

La idea central es que cualquier modificación en la forma de la obra de la que se derive una obra diferente estará protegida como obra original. Para poder realizar y explotar una obra derivada, el autor de la obra derivada debe contar con la autorización del autor de la originaria.

Un caso reciente en nuestra jurisprudencia sobre el tema es la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 6, de Madrid de 13-1-2010. Resuelve en sentido negativo la cuestión de si la canción “Aserejé” es una adaptación incontestada de otra preexistente, “rapper’s delight”.

Sección 3. Referencia a algunos tipos de obras.

Obras audiovisuales.

Los arts. 2.1 del Convenio de Berna y 10.1. letra d) de la LPI recogen expresamente como protegidas las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales. Este tipo de obra cuenta con disposiciones especiales en el art. 14bis del Convenio de Berna en cuanto a la determinación de los titulares del derecho de autor y otros aspectos.

La obra audiovisual es el único supuesto en que la ley española expresamente atribuye a una categoría de obras la condición de obra en colaboración, siendo sus autores por disposición legal: el guionista, el director-realizador y el compositor de la música específicamente creada para la obra (art. 87 LPI). No todas las legislaciones reconocen a las mismas personas como autores de la obra audiovisual, habiendo incluso en la UE una diversidad de criterios al respecto que ha dado lugar a diversas actuaciones en la materia.

La obra audiovisual es la creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, siempre que cumpla la exigencia de originalidad (art. 86 LPI). Debe diferenciarse de la grabación audiovisual que es la simple fijación de imágenes en planos o secuencias: las grabaciones no siempre son obras (por ejemplo, no lo son las grabaciones de una cámara de video-vigilancia).

Sobre la obra audiovisual y cinematográfica recaen los derechos de los autores, y sobre la grabación los derechos “afines o conexos” de los productores. Ambas clases de derechos tienen distinto contenido y plazos de duración.

Las obras audiovisuales son objeto de una regulación específica en la LPI en cuanto a sus derechos de explotación, que en algunos casos se presumen cedidos al productor, configurándose derechos de remuneración correlativos a dichas presunciones. Estas presunciones intentan unificar en mano del productor las decisiones relativas a la comercialización de la obra.

Obras musicales.

Los arts. 2.1 del Convenio de Berna y art. 101. letra b) de la LPI recogen expresamente como protegidas las composiciones musicales con o sin letra.

Una composición musical es una creación consistente en un conjunto de sonidos, con o sin letra, que se suceden conforme a ciertas reglas. Como ocurría con las obras audiovisuales, también aquí cabe distinguir entre la obra musical y el fonograma, definido en el art. 114 LPI. Los derechos de explotación de la obra corresponden a su autor, y los del fonograma al productor fonográfico, aunque no contenga una obra musical, o ésta esté en dominio público. Asimismo, deben distinguirse los derechos del compositor de la obra musical de los derechos de los artistas ejecutantes que la interpretan en directo, o que la graban en estudio, que son titulares de sus propios derechos (arts 105 y ss LPI). Sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión existe la Convención Internacional de Roma de 26/10/1961 y el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 20/12/1996.

Corresponden al autor los derechos de PI sobre la pieza musical, con independencia de su fijación o de su divulgación. Sin embargo, en la práctica, las obras musicales que no han sido fijadas en un soporte sólo se podrán proteger si en alguna ocasión han sido comunicadas (interpretadas) ante un tercero. Además la obra musical puede transcribirse en un lenguaje específico, mediante una partitura, que es una forma común de fijación de la obra.

Obras del lenguaje.

El art. 2 del convenio de Berna expresamente prevé la protección de “libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza”.

En el art. 10.1 a) de la LPI se utiliza el mismo medio descriptivo a través de un listado no cerrado para referirse a este tipo de obras: libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de análoga naturaleza.

La LPI regula profusamente el contrato de edición (artículos del 58 al 73 LPI) pero tal regulación se ha quedado muy desfasada como se pone en evidencia en el Informe sobre el Libro Electrónico realizado por el Observatorio de la Lectura y del Libro en abril de 2010.

Obras plásticas.

El art. 2 del Convenio de Berna expresamente prevé la protección de “las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía... ; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias ”.

En el art. 10.1 de la LPI se utiliza el mismo medio descriptivo a través de un listado no cerrado para referirse a este tipo de obras:

e) las esculturas y las obras de pintura, dibujo, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.

f) los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería

g) los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y en general a la ciencia.

Los tipos de obra plástica más tradicionales son la pintura, escultura y dibujo, pero la lista de obras plásticas es extensísima, como se aprecia viendo la cantidad de tipos de obra cuyos derechos gestiona VEGAP.

La LPI no tiene normas específicas (salvo el art. 56) para regular este tipo de obras.

Respecto a la protección de obras arquitectónicas, en la que influyen diversos factores, tales como su destino, recomendamos la lectura de este trabajo del profesor Rodrigo Bercovitz.

Obra fotográfica y mera fotografía.

El art. 2 del Convenio de Berna y el art. 10.1 letra h) LPI establecen la protección de “las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía” en idénticos términos.

Pero la propia LPI limita el concepto de OBRA fotográfica al diferenciarla de la MERA fotografía definida en el art. 128 LPI: “Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente ley a los autores de obras fotográficas. Este derecho tendrá una duración de 25 años desde el 1 de enero siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción.”

La regulación de una y otra difiere en que autor de la mera fotografía no goza de derechos morales ni del derecho de transformación, y el plazo de los patrimoniales es inferior.

Esta distinción, muy polémica en la doctrina, tiene su raíz en la consideración inicial de la fotografía como un mero medio de reproducción de la realidad, que se consideraba en algunas legislaciones merecedor de menor protección que otras artes. Así, Berna establece en su art. 7.4 la posibilidad de establecer plazos de protección de las fotografías más cortos que los del resto de las obras.

La distinción no se recoge en todas las legislaciones, como se reconoce en el considerando 16 de la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Y en su artículo 6 establece que se protegen las fotografías si son creaciones originales propias de su autor, pudiendo los estados miembros establecer la protección de las demás fotografías. Nótese que su Considerando 16 se inclina claramente por la concepción subjetiva de la originalidad: “debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad”.

Programas de ordenador.

Los programas de ordenador tienen la consideración de obras originales, y gozan de la protección internacional (art. 10.1 ADPIC; art.4 Tratado OMPI sobre Derechos de Autor).

En concreto, la LPI regula los derechos sobre los programas en sus arts. 95 a 104 y, en lo no previsto en ellos, por “las disposiciones que resulten aplicables de la ley”.

En la UE la protección de los programas de ordenador está armonizada por 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, cuyo contenido deja escaso margen a los países miembros para introducir matices a la hora de su incorporación.

La LPI protege tanto el código fuente (en un lenguaje de programación) como el código objeto (en lenguaje binario), y protege asimismo toda la documentación preparatoria, la documentación de carácter técnico, y los manuales e instrucciones de uso (art. 96.1 LPI).

La protección que ofrece la Ley española es muy amplia: se protegen todos los programas, por el simple hecho de su creación, y con el único requisito de la originalidad; la protección se extiende a las sucesivas versiones del programa, y a los programas derivados; y es compatible

con la tutela que corresponda, en cada caso, con base en las normas sobre Propiedad Industrial (art. 96.3 LPI).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 22 de diciembre de 2010 considera que la interfaz gráfica de usuario no está protegida como programa de ordenador, pero podría estarlo como obra original considerada independientemente. Puede profundizarse en el estudio de esta materia consultando estos apuntes del repositorio institucional de la Universidad de Alicante.

Colecciones y bases de datos

El art. 12 LPI se refiere a distintos tipos de obras cuyo elemento común es que su originalidad recae en la forma de seleccionar o de disponer sus contenidos, no de la forma de expresarlos o, como literalmente dice el art. 12.1 párrafo 2º, “en su estructura en cuanto forma de expresión de la selección o disposición de sus contenidos”: se trata de las colecciones de obras ajenas, las colecciones de datos u otros elementos independientes como las antologías, y las bases de datos. Gozan de protección internacional (art. 10.2 ADPIC; art.5 Tratado OMPI sobre Derechos de Autor).

La Directiva 96/9/CE, sobre protección jurídica de las bases de datos, armoniza su protección en el ámbito de la UE, y deja escaso margen para la legislación de los países miembros en su incorporación a su propia legislación. Este margen se refiere a la posibilidad de establecer excepciones o límites a los derechos (arts. 6 y 9).

La incorporación a la LPI de esta Directiva supuso la reforma de la Ley, en la que se introdujeron nuevos artículos para regular esta materia (Título VIII del Libro II LPI, arts. 133-137). Se establece un doble régimen de protección para las bases de datos:

- Derecho de autor (A).
- Derecho “sui generis” (B).

A) Según el art. 12 LPI, las bases de datos pueden gozar de la protección del derecho de autor, siempre que sean obra original, esto es, que debido a la selección o a la disposición de sus contenidos constituyan una creación intelectual. Esta regla aparece, asimismo, en el art. 10.2 ADPIC y en el art. 3.1. de la Directiva 96/9/CE.

Esta protección se refiere, únicamente, a la estructura de la base de datos en cuanto forma de expresar la selección o disposición de sus contenidos, pero no se extiende a los contenidos en sí mismos.

B) La creación de una base de datos requiere una importante inversión económica; y la extracción ilícita de contenidos de la base, o su reutilización no autorizada, dañaría seriamente la posibilidad de recuperar dicha inversión.

Esta dimensión económica obliga a ofrecer una tutela jurídica específica a las bases de datos, al margen del derecho del autor: es el derecho “sui generis”. Este derecho protege la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza el fabricante de la base, ya sea mediante medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido (art. 133 LPI). El titular del derecho “sui generis” es el fabricante, la persona que asume el riesgo de la inversión.

Obras multimedia y páginas Web.

Estas obras no están relacionadas en el art. 10 LPI entre los objetos protegidos, pero eso no es obstáculo, pues tal relación es ejemplificativa, de modo que toda creación original formalmente expresada es protegible. Pero al no establecer la ley un régimen específico para estas obras, en la que suele intervenir una pluralidad de autores y a veces intérpretes y productores, habrá de recurrirse a las normas generales (en cuanto al tipo de obra: en colaboración, colectiva, compuesta, derivada) y a los contratos para determinar su régimen jurídico.

Llamamos obra multimedia a la creación que se expresa a través de la combinación en un entorno informático de dos o más de los tipos de archivos que se utilizan en un sistema (archivos de texto, archivos de sonido, archivos de gráficos, archivos de imagen y archivos de imagen en movimiento). Entran dentro de esta categoría, en consecuencia, obras muy dispares. Pero son obras protegidas, en la medida que sean originales, de modo que será preciso el consentimiento del autor para “colgar” una obra multimedia en Internet, para reproducirla, para modificarla, o para explotarla en cualquier otro sentido. Por otra parte, para utilizar cualquier obra protegida incorporándola a una obra multimedia necesitamos el consentimiento del titular de los derechos de explotación de la obra preexistente. Un ejemplo de obra multimedia es el de los videojuegos (de su protección se trata en este texto de Andy Ramos, y en este otro de Carlos Suarez).

La página Web: Su contenido puede consistir desde un simple texto hasta un entramado de gráficos, iconos, enlaces, textos, ficheros de sonido, etc. Cuando existen varias páginas web bajo un mismo nombre de dominio se habla de «sitio web», que es en rigor una colección o una base de datos de páginas web. No cabe duda de que constituyen una creación susceptible de protección, si es original.

Capítulo 5. Los derechos del autor

Resumen

La propiedad intelectual abarca una esfera heterogénea de derechos, de titulares de los mismos y de objetos sobre los que recaen los derechos (ver cuadros de derechos). En general, es un conjunto de derechos o facultades de dos clases bien diferenciadas:

- Morales: inherentes a la persona, por lo que solo se reconocen a personas físicas: autores, artistas intérpretes o ejecutantes, directores de escena y de orquesta (con la excepción de la posible atribución a personas jurídicas en los casos de la obra colectiva, art. 8 LPI y del programa de ordenador art. 97LPI)
- Patrimoniales: de carácter económico que son aquellos que facultan a sus titulares a autorizar o prohibir la explotación de la obra o a percibir una remuneración por la explotación autorizada legalmente.

Otra clasificación de los derechos de propiedad intelectual remite a sus titulares:

- Derechos de autor.
- Derechos afines. Los reconocidos a artistas intérpretes o ejecutantes, directores de escena y de orquesta, productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales, editores, divulgadores de obra inédita, entidades de radiodifusión y realizadores de mera fotografía.
- Derechos sui generis. Los reconocidos al fabricante de bases de datos.

La diferenciación entre los derechos del autor y los derechos conexos o afines es más propia del sistema jurídico continental, pero no existe con esta rotundidad en el sistema anglosajón, donde se da un tratamiento más unitario a los derechos de PI. Por otra parte no todas las legislaciones nacionales reconocen los mismos derechos.

Sección 1. Los Derechos morales del autor

Los derechos morales se refieren a la esfera más vinculada a la personalidad del autor frente a los patrimoniales que se refieren a sus intereses económicos. A través de los mismos se protege la identidad y reputación del autor.

Regulación Internacional

El Artículo 6 bis del Convenio de Berna reconoce como “derechos morales” los de paternidad e integridad.

ADPIC los excluye expresamente en su artículo Art. 9.1.

El Tratado OMPI de Derechos de Autor de 1996 sin mencionarlos se remite al cumplimiento de los Arts. 1 a 21 de Berna (Art. 1.4).

Las Directivas Europeas no regulan los derechos morales, por lo que no existe armonización sobre los mismos. Pero al haber suscrito la Unión Europea (en vigor desde el 14-3-2010) el Tratado OMPI de Derechos de Autor de 1996 los derechos morales reconocidos por Berna pasan a formar parte del derecho comunitario y podrán ser interpretados y aplicados por el Tribunal de Justicia Europeo cumpliendo una labor de armonización de los derechos de paternidad e integridad.

La explicación de que los tratados internacionales no tengan una regulación general de los derechos morales de los autores está en las diferencias existentes entre las legislaciones de los diferentes estados, fundamentalmente, entre el sistema continental y el anglosajón. En éste, no se reconocen con la misma extensión, y suelen ser renunciables. Las facultades propias de los derechos morales, por otra parte, cuentan, como en el caso de EEUU, con cobertura jurídica mediante otras normas.

Legislación española

Los derechos morales tienen un carácter personalísimo (inherentes a la persona de su titular) por lo que son irrenunciables e inalienables. Los que la LPI reconoce al autor son los recogidos en el art. 14 LPI.

IRRENUNCIABILIDAD

En España, los derechos morales son irrenunciables, lo que no significa que no se pueda prestar consentimiento, en determinadas circunstancias singulares y con alcance determinando, para que un tercero haga un determinado uso de la obra.

INALIENABILIDAD

El autor no puede transmitir los derechos morales a terceros y son inembargables -art. 1.111 c.c.

(son inembargables los derechos inherentes a la persona) y 605. 1 LEC (son inembargables los derechos declarados inalienables)-.

Los derechos morales no se transmiten mortis causa, sin perjuicio de lo establecido en los arts. 15 y 16 LPI respecto a su ejercicio tras la muerte del autor. Como en el caso de la irrenunciabilidad, no se puede transmitir la titularidad del derecho moral pero se pueden permitir, válidamente, usos determinados que supongan su ejercicio por un tercero.

DURACION

Los derechos de paternidad e integridad no tienen límite de tiempo (art. 15.1 LPI) y deben ser respetados incluso cuando la obra pertenece al dominio público (art. 41 LPI).

El Derecho de divulgación tiene una duración desde la creación de la obra hasta 70 años después de la muerte del autor (art. 15.2 LPI).

Los restantes derechos morales se extinguen con la muerte del autor, excepto el derecho de acceso al ejemplar raro o único de la obra, respecto al que cabe pensar, como veremos que debe considerarse vigente 70 años tras el fallecimiento del autor).

Al ser intrasmisibles los derechos de paternidad e integridad al fallecimiento del autor lo que se transmite, sin límite de tiempo, es no su titularidad, sino la facultad de ejercerlos (arts. 15 y 113.3 LPI, “supuestos de legitimación mortis causa”).

El derecho de divulgación

El artículo 4 LPI define que se entiende a efectos de la ley por divulgación y el art. 14.1 y 2 LPI establece el derecho del autor a decidir si su obra ha de ser divulgada, en qué forma y si ha de hacerse con su nombre o bajo seudónimo, signo o anónimamente.

El ejercicio del derecho de divulgación es el presupuesto imprescindible para la explotación de la obra. Una vez que se ha divulgado la obra por el autor solo puede evitar el acceso del público mediante el ejercicio del derecho de retirada de la obra - art. 14.6 LPI -.

Al ser el ejercicio del derecho de divulgación presupuesto de la explotación de la obra la LPI regula determinados supuestos de conflicto:

- En el caso de obras en colaboración para la divulgación de la obra se requiere el consentimiento de todos los coautores, pero el art. 7.2 LPI establece que en defecto de acuerdo,

el Juez resolverá.

- Respecto a obras audiovisuales el art. 91 LPI establece “Cuando la aportación de un autor no se completase por negativa injustificada del mismo o por causa de fuerza mayor, el productor podrá utilizar la parte ya realizada, respetando los derechos de aquél sobre la misma, sin perjuicio, en su caso, de la indemnización que proceda”.

- La adquisición de una obra (de su soporte) por un tercero no implica que éste haya adquirido el derecho de divulgación, pero el art. 56.2 LPI establece una excepción para el propietario del original de una obra plástica o fotográfica.

El derecho de paternidad

El art. 14.2 LPI recoge el derecho del autor a exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra. El derecho de paternidad, en su vertiente positiva, supone la facultad del autor del reconocimiento de la autoría de su obra con su nombre, firma o signo que lo identifique (art.14.3 LPI). En la práctica es muy importante la aparición del nombre en la obra porque se presume autor a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique (6.1 LPI y 5.a) Directiva 2004/48/CE).

El derecho de paternidad, en su vertiente negativa, faculta al autor a divulgar su obra de forma anónima o bajo seudónimo o signo. En este caso el art. 6.2 LPI establece entonces quien ejerce los derechos del autor de identidad desconocida.

El autor no puede ampararse en el derecho de propiedad intelectual para perseguir falsas atribuciones de obras no creadas por él. En los casos de que un tercero utilice el nombre de otro autor para firmar una obra, el autor cuyo nombre se haya utilizado falsamente podrá acudir a otras vías para defender el derecho que considere le ha sido infringido: identidad, honor, prestigio, competencia etc., pero no puede alegar que ha sido vulnerado su derecho moral de paternidad. Sin embargo en los supuestos de plagio (reproducción literal o disfrazada de una obra atribuyéndose la autoría) si son constitutivos de una vulneración del derecho moral de paternidad, pues supone la apropiación de la autoría de otro.

El derecho a la integridad de la obra

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

Hay fundamentalmente tres ámbitos de colisión:

a.- En relación a los cesionarios de derechos de explotación: en los procesos de edición, representación, comunicación pública... este derecho impide alteraciones que afecten a la integridad de la obra.

Así se especifica en el art 64.1 LPI en relación al contrato de edición y en el artículo 78.2 LPI en cuanto a las obligaciones del cesionario del derecho de representación teatral o ejecución musical.

El art. 92.2 LPI establece normas especiales para las obras audiovisuales, dadas sus especificidades en cuanto a autoría plural y formas de explotación.

b.- En la relación de la obra con el soporte, expresamente el art. 93.2 LPI, respecto a las obras audiovisuales, prohíbe expresamente la destrucción del soporte original, pero es en el ámbito de las obras plásticas donde más conflictos surgen pues el menoscabo o modificación del soporte puede suponer el de la obra y con ello la vulneración del derecho moral del autor.

c.- Respecto a las obras inacabadas protegidas. En general, es el autor quien decide cuando una obra está terminada. La finalización de una obra inacabada por alguien que no sea su autor, sin su consentimiento, supone una alteración que vulnera el derecho moral a la integridad de la obra.

La LPI en su art. 91 establece de nuevo una excepción respecto a la obra audiovisual.

El derecho de modificación

El autor tiene derecho a modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural (art. 14.5.LPI). Es la vertiente positiva del derecho de integridad: el autor puede modificar e impedir la modificación de la obra.

La modificación de la obra por el autor no es fácil que pueda ejercitarlo si existen derechos adquiridos en exclusiva por terceros o en el caso de venta del soporte en obras plásticas, fotográficas o similares.

El derecho moral de modificación está íntimamente ligado al derecho patrimonial de transformación: una obra derivada siempre supone la modificación de la obra original.

El derecho de retirada

El autor tiene derecho a retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.(art. 14.5 LPI)

Derecho de acceso al ejemplar único.

De acuerdo con el art. 14.7 LPI el autor tiene derecho a acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.

Se tiene que tratar de ejemplares únicos o raros en poder de un tercero (no del autor), el autor debe saber donde se encuentra y obtener autorización para acceder a ese lugar (no hay obligación del poseedor de desplazamiento), la justificación del acceso a la obra debe ser el ejercicio de un derecho de PI (divulgación u otro) y debe abonar los daños y perjuicios que pueda ocasionar.

Al fallecimiento del autor la LPI no dice nada sobre si los herederos están legitimados para ejercer este derecho, pero al ser puramente instrumental para el ejercicio de otros, en especial el de divulgación, debe optarse por la legitimación de los herederos para su ejercicio en tanto que estén vigentes del resto de los derechos.

Sección 2. Los derechos de explotación

Los derechos patrimoniales permiten al autor obtener un rendimiento económico de la utilización de la obra y se pueden agrupar en:

A.- Derechos exclusivos. Facultan al autor a autorizar o a prohibir, con ciertas limitaciones que la ley impone, la utilización de la obra mediante su reproducción, distribución, comunicación pública, transformación y/o cualquier otra forma de disfrute o aprovechamiento, descubiertas o por descubrir.

B.- Derechos de simple remuneración. Derecho a cobrar por determinados usos de la obra, generalmente cuando tal uso no precisa la autorización del autor.

REGULACION INTERNACIONAL

OMPI

- El Convenio de Berna reconoce los derechos exclusivos para autorizar la reproducción, transformación, distribución, comunicación pública y colección en los artículos 2bis - 8 - 9- 11 - 11bis - 11 ter - 12 - 14 - 14 bis con las limitaciones que iremos viendo en cada artículo.

- El Tratado OMPI de Derechos de Autor tiene como finalidad adaptar las disposiciones de Berna a la nueva realidad tecnológica reconociendo como obra protegible, al mismo nivel que las demás previstas anteriormente, los programas de ordenador, las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual e incluyendo como modalidad de comunicación pública la puesta a disposición 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.

OMC

El Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de 1994 (ADPIC o TRIPS en sus siglas inglesas) reconoce los derechos de explotación de Berna, incluye programas de ordenador y bases de datos.

LEGISLACION ESPAÑOLA

El art.17 LPI reconoce al autor los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

Los derechos exclusivos tienen dos vertientes, una positiva consistente en la efectiva explotación bien por el mismo autor, bien a través de terceros mediante las correspondientes licencias, cesiones o autorizaciones, y otra negativa consistente en su capacidad legal de prohibir la explotación o de oponerse a la misma si se hace sin su autorización.

Los derechos exclusivos o de explotación son independientes entre sí.

Y el derecho de colección (art. 22 LPI) se incluye entre los derechos de explotación aunque, participa de las características de los dos tipos de derechos, morales y patrimoniales. Respecto a los derechos del autor de programa de ordenador, se regulan en el art. 99 LPI.

Derecho de reproducción

1.1. Regulación Internacional

El artículo 9.1 del Convenio de Berna reconoce a los autores el derecho de reproducción, y el 9.3 dispone que toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción.

La Directiva 2001/29, en su art. 2.a), obliga a los estados miembros de la UE a establecer el derecho de reproducción de sus obras a favor de los autores (“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” de sus obras).

Y la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre protección jurídica de programas de ordenador, obliga a los estados miembros a establecer a favor del titular (no necesariamente el autor) el derecho, a realizar o de autorizar: “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 de ordenador necesitan tal reproducción del mismo, estos actos estarán sujetos a la autorización del titular del derecho”.

1.2. Ley de Propiedad Intelectual

El artículo 18 LPI regula y perfila el derecho de reproducción, y el art. 99 a) LPI lo hace con el relación al programa de ordenador, en términos casi idénticos los de la Directiva 2009/24/CE.

La reproducción es el concepto nuclear de los derechos de explotación pues es el primer paso para la mayoría de las modalidades de explotación. Su definición legal se ha adaptado al entorno digital dotando al concepto de la mayor amplitud con el fin de que el derecho permita al titular controlar todos los supuestos. La definición es hoy tan amplia que ha sido necesario acotarla y declarar determinadas reproducciones provisionales EXENTAS de autorización pues responden a la lógica de la transmisión en redes (art. 31.1 LPI).

La reproducción exige la preexistencia de la obra, y conlleva su fijación total o parcial de cualquier forma y en cualquier medio (material o inmaterial), desde su original (“directa”) o desde una copia (“indirecta”), sea la fijación provisional o permanente, pero siempre que permita su reproducción y/o su comunicación pública.

En definitiva, se considera que hay una reproducción cada vez que la obra se materializa en BITS (dígitos binarios), excepto el supuesto de que dicha manifestación sea efímera e inocua. Son actos de reproducción la digitalización, el almacenamiento, el “uploading”, el “downloading”...

Derechos de distribución.

Regulación internacional.

El Convenio de Berna no define ni regula unitariamente el derecho de distribución, si bien el art. 14.1.(i) lo reconoce a los autores con relación a las adaptaciones cinematográficas de sus obras.

El Tratado OMPI de Derechos de Autor reconoce a los autores el derecho de distribución mediante venta u otro modo de transferencia de propiedad, y el derecho de alquiler(arts. 6 y 7): no menciona, sin embargo, el préstamo.

ADPIC se remite a Berna, si bien impone a los estados reconocer el derecho de alquiler al menos respecto a obras cinematográficas y programas de ordenador (art.11).

A nivel europeo, la Directiva 2001/29, en su artículo 4. 1. obliga a los estados miembros de la UE a reconocer a los autores el Derecho de autorizar o prohibir la distribución de los originales o copias de sus obras, y en su art. 4.2 regula el agotamiento del derecho de distribución, y 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, lo hace con relación a los programas de ordenador (art. 4.1.c y 4.2). Y 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, regula estas dos modalidades concretas de distribución. En el ámbito europeo, se entiende por distribución la que se realiza en soportes tangibles, y no las transmisiones en línea, como resulta de los considerandos 28 y 29 de la Directiva 2001/29. Ley de Propiedad Intelectual.

A tenor del art. 19 LPI distribución es la puesta disposición del público del original o copias de la obra en soporte tangible mediante venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

2.1.-DISTRIBUCION MEDIANTE VENTA. AGOTAMIENTO DEL DERECHO

Cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad del soporte tangible, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y

transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial (art. 19.2 LPI). Lo que significa que en el ámbito geográfico de la Unión Europea, una vez el titular del derecho ha vendido la propiedad del soporte tangible que contiene la obra ya no puede controlar las posteriores ventas de la propiedad del soporte tangible de la obra, es decir, el mercado de segunda mano.

2.2.- DISTRIBUCION MEDIANTE ALQUILER

Se entiende por alquiler la puesta a disposición del público de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto.

Quedan excluidas del concepto de alquiler la puesta a disposición con fines de exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, incluso de fragmentos de unos y otras, y la que se realice para consulta «in situ». (art. 19.3 LPI) En los casos de las obras audiovisuales y fonográficas mediante los contratos de producción los autores (art. 90.2 LPI) y los artistas ejecutantes o interpretes (109.3.1 LPI) se presume que ceden el derecho de alquiler a los productores a quienes corresponde autorizar este derecho (117 y 123 LPI). Esa cesión origina un derecho irrenunciable a favor de los autores y de los artistas a cobrar una remuneración que se hace efectiva mediante las entidades de gestión (90.7 y 109.3.2 LPI).

2.3.- DISTRIBUCIÓN MEDIANTE PRESTAMO

Se entiende por préstamo la puesta a disposición del público de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público. Se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento.

El derecho de préstamo tiene un límite previsto en el art. 37.2 LPI que reconoce un derecho de remuneración a los autores que se hace efectivo a través de las entidades de gestión.

Derecho de transformación.

El derecho de transformación consiste básicamente en el derecho de autorizar o prohibir modificaciones en una obra (obra preexistente) de las que resulte una obra diferente (obra derivada). Así, son transformaciones la traducción de un libro, la adaptación cinematográfica de una novela, por ejemplo, y requieren de la autorización del autor de la obra preexistente al de

la obra derivada.

El derecho de transformación está expresamente recogido, con carácter general, en el art. 12 del Convenio de Berna.

Este derecho, sin embargo, no ha sido objeto, de armonización en la UE, si bien 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. (Art. 4.C), reconoce el derecho exclusivo al titular de un programa de ordenador de autorizar “la traducción, adaptación, arreglo y cualquier otra transformación de un programa de ordenador”.

El art. 21.1. LPI define la transformación: comprende la traducción, adaptación y cualquier otra modificación en la forma de la obra de la que se derive una obra diferente.

Y el art. 22.2 LPI regula el contenido del derecho, y el art. 99 LPI reconoce el derecho de transformación a los titulares de los programas de ordenador.

Las obras derivadas son también objeto de propiedad intelectual (artículo 11 LPI), siendo titular de sus derechos el autor de la transformación, sin perjuicio de que su explotación ha de ser autorizada por el titular de la obra preexistente mientras no esté en dominio público (art. 22.2 LPI).

El Artículo 89 LPI contiene disposiciones específicas relativas al contrato de transformación de una obra (normalmente será literaria, aunque cabe pensar en otros supuestos) en una obra audiovisual: se presumen cedidos determinados derechos al productor audiovisual (89.1), y otros se reservan al autor de la obra persistente, salvo pacto en contrario (art.89.2).

Hay transformación, a efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, cuando se produce la utilización de una obra ajena que consista en la apropiación de elementos singulares de la misma, o incluso de toda ella, con el fin de aplicarlos a una obra diferente.

Un caso complejo de transformación de una novela en coreografía se resuelve en esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 2003.

Derecho de comunicación pública.

CONCEPTO

Dado que las normas internacionales no definen el derecho de comunicación pública, podemos

partir de la definición contenida en el art. 20 de la LPI.. Nos encontramos en sus dos párrafos con su delimitación positiva, y con la negativa.

a) DELIMITACION POSITIVA:

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

El acto de comunicación pública exige, pues, dos requisitos:

1. Una pluralidad de personas: grupo indeterminado, cualitativa y cuantitativamente, de personas, sin especial vínculo personal o relación jurídica.
2. Posibilidad de que estas personas tengan acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas: tener acceso sensorial a la obra sin que sea necesario para ello que le entreguen un ejemplar.

Nótese que no se exige que el acceso de la pluralidad de personas a la obra sea simultáneo, aunque en la mayoría de los supuestos suele serlo.

b) DELIMITACIÓN NEGATIVA

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

“Ámbito estrictamente doméstico”: es claro que comprende las comunicaciones en el domicilio para el círculo familiar y de allegados, pero hasta donde llega ese círculo y dónde está su límite es un tema controvertido.

En España, ¿ha de ser la comunicación en el domicilio, para que no se considere comunicación pública, aunque se trate de un acto privado? No se exige expresamente, pero como antes se apuntó, los tribunales han condenado en infinidad de ocasiones a locales públicos que ponen música de baile sin la licencia oportuna, incluso en actos estrictamente privados, como bodas, a pagar la correspondiente tarifa a la entidad de gestión por comunicación pública de obras musicales. El ánimo de lucro de un empresario suele ser, en este ámbito (y en otros), el que marca la frontera. Es ilustrativo al efecto ver la cantidad de supuestos que contemplan las tarifas de SGAE por comunicación pública en todo tipo de eventos. La tarifas aplicables están en el capítulo I de las tarifas generales, y comprenden desde casas rurales, bailes de fin de año,

partidos políticos, piscinas, etc.

Respecto a la comunicación pública en las habitaciones de hotel mediante televisiones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales ha sido muy cambiante, aunque desde la Sentencia del T. Supremo de 10 de Julio de 2008 es doctrina jurisprudencial estable que la instalación de aparatos de televisión en las habitaciones de los hoteles es acto de comunicación pública a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual y generador, por tanto, de un derecho de los titulares de los derechos sobre los contenidos audiovisuales protegidos a percibir una indemnización por dicho acto ilícito y/o a cobrar una remuneración una vez autorizada la citada comunicación. Se dictó a consecuencia de una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, luego tal doctrina es extensiva a toda la UE.

En relación con las clasificaciones que la doctrina y jurisprudencia formulan sobre los actos de comunicación pública, y sin perjuicio de que veremos esa clasificación con mas detalle, parece básica la que distingue entre comunicación pública directa, que es la que hace perceptible la obra al público sin necesidad de una fijación previa ni de agentes intermedios (su ejemplo típico es la representación o ejecución de una obra en directo ante el público), y la comunicación pública indirecta, que se realiza a partir de una fijación previa o a través de un agente de difusión (por ejemplo, la audición pública de un fonograma, o la emisión por televisión o radio de una actuación, aunque sea en directo: precisa de la intervención de una entidad de radiodifusión).

REGULACION INTERNACIONAL

El Convenio de Berna no define lo que ha de entenderse por comunicación pública, sino que especifica en cada caso los derechos que corresponden a los autores de diversas clases de obras, y que incluyen muy diversas modalidades e comunicación pública. Así, el artículo 11 reconoce derechos de comunicación pública (“representación y ejecución pública por cualquier procedimiento”) a los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales, y el 11 bis (posterior en el tiempo al 11) les reconoce a los autores de obras literarias y artísticas (que engloban a los anteriores) el derecho de autorizar la radiodifusión, entre otras modalidades, y el art. 11 ter reconoce otros derechos a los autores de obras literarias (los de recitación y transmisión de la recitación por cualquier procedimiento).

No obstante, el art. 11.2 bis abre la puerta a las licencias legales, es decir, la posibilidad de los estados de autorizar en casos determinados la comunicación pública sin consentimiento del autor siempre que se respeten sus derechos morales y obtenga una remuneración equitativa.

Las normas internacionales más recientes, sin embargo, se limitan a reconocer a todos los autores de obras literarias y artísticas el derecho de comunicación pública. Así, el art. 8 del Tratado OMPI de Derechos de Autor de 1996 .Este tratado configura como una modalidad de comunicación pública el derecho de “puesta a disposición del público interactiva”, que se define en su último inciso: es la realizada “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.”

En el ámbito europeo, el art. 3 de la Directiva 2001/29 C del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, reconoce a los autores el derecho a autorizar cualquier forma de comunicación pública, incluida la puesta a disposición interactiva, en consonancia con Tratado OMPI sobre Derecho de Autor de 1996.

REGULACION EN ESPAÑA

Ya hemos estudiado el art. 20.1 de la LPI al hablar del concepto de comunicación pública. El art. 20.2 relaciona hasta 11 modalidades de comunicación pública, sin excluir que pueda haber otras. Se pueden clasificar en:

- Modalidades de comunicación en escena y exposición
- Modalidades de difusión
- Modalidades de acceso digital mediante redes

1.- Modalidades de comunicación en escena y exposición:

1.1.- Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento. (Art. 20.2.a LPI).

Teniendo en cuenta que la organización de conciertos sólo exige la autorización del autor , por cuanto, en principio, no utilizan grabaciones audiovisuales o fonogramas al ser en directo, en general, para organizar conciertos en España suele solicitarse la licencia de SGAE, que cobra el 10 % de la taquilla (Ver pág. 20 de sus tarifas generales). Lógicamente, se puede evitar ese pago si se demuestra que se cuenta con la autorización personal del autor si éste no es socio de la SGAE. Para la organización de conciertos sin pago de taquilla hay otras muy variadas tarifas, que

dependen del establecimiento, carácter del acto, número de habitantes de la localidad, etc. Pueden consultarse, para ver el detalle, las tarifas generales. de SGAE. (Cap. I., comunicación pública).

1.2. - La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones. (Art. 20.2.h LPI).

2. Modalidades de difusión:

2.1.- La proyección o exhibición pública de obras audiovisuales. (Art. 20.2.b).

2.2.- La emisión de obras por radiodifusión o por cualquier otro medio de difusión inalámbrica. (Art. 20.2.c). La radiodifusión es la emisión por cualquier medio inalámbrico de sonidos o imágenes para su recepción por el público: engloba, por tanto, la radiofonía y la televisión: se realiza por ondas electromagnéticas propagadas por el espacio sin guía artificial (sin cable). Es comunicación pública indirecta, aunque pueda contener una actuación “en directo”, o realizarse a partir de una fijación.

2.3.- La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de obras. (Art. 20.2.d). El art. 20.3 LPI establece las normas que rigen la comunicación al público vía satélite en el territorio de la Unión Europea, y son trasposición de 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 afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable. Estas se refieren a las comunicación pública por satélite que tenga por destinatario a personas que estén en el territorio de la UE, y que no regulan otras comunicaciones.

2.4.- La transmisión de obras al público por cable. (Art. 20.2.e).

2.5- La retransmisión, por cualquiera de los medios citados, de la obra radiodifundida. (Art.20.2.f). Cuando hablamos de retransmisión, nos referimos a retransmisión por cualquier medio de obras radiodifundidas, sea a través de TV o de radio. (Art.20.2.f LPI, primer párrafo). Y por retransmisión por cable la retransmisión simultánea de transmisiones iniciales de programas radiodifundidos destinados al público, se haga la retransmisión por cable, o por microondas. (Art. 20.2.f, segundo párrafo). El art. 20.4 LPI contiene las normas por las que se rigen las retransmisiones por cable procedentes de estados miembros de la UE. Este es el único derecho exclusivo que debe ser obligatoriamente ejercido mediante su gestión colectiva: es la entidad “retransmisora” la que ha de concertar el contrato con la entidad de gestión de los autores (y por ende, con las de artistas, productores de fonogramas y de obras audiovisuales, y con las

entidades de radiodifusión titulares de la emisión a retransmitir). El art. 20 describe las particularidades de esta gestión colectiva especial (posibilidad de someterse a mediación ante la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, legitimación “universal” de las entidades de gestión, que representan también a los autores que no estén afiliados a ellas, posibilidad de los titulares de reclamar a la entidad de gestión en el plazo de tres años, abuso de posición dominante, etc.

2.6.- La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida. (Art. 20.2.g).

3.- Modalidades de acceso digital mediante redes.

3.1.- 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. (art. 20.2.i). La denominada “puesta a disposición interactiva”.

3.2.- El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las disposiciones del libro I de la LPI. (art. 20.2.j).

En este caso, se trata del acceso a obras protegidas incorporadas a la base de datos, independientemente de la protección o no de la propia base de datos. El titular de este derecho, por tanto, será el autor de la obra incorporada a la base de datos.

3.3.- La realización de cualquiera de los actos anteriores (se refiere a todos los supuestos del 20.2, aunque en realidad sólo algunos son posibles), respecto a una base de datos protegida (art. 12 LPI) por el Libro I de la LPI. (art. 20.2.k).

Este supuesto se refiere al acceso a bases de datos protegidas por ser originales por la selección o disposición de sus contenidos (art. 12.1 LPI), y por lo tanto, gozar de protección sus autores como tales, sin perjuicio de que su contenido esté constituido, o no, por obras protegidas. Por lo tanto el titular del derecho será el autor de La base de datos.

Derecho de colección.

El art. 2 bis. 3 del Convenio de Berna establece este derecho a favor de los autores de determinados discursos, conferencias y alocuciones, que consiste en el derecho exclusivo a reunir (y explotar) en colección las citadas obras.

Sin embargo, la legislación española es mas generosa con los autores, pues se extiende a todo tipo de obras, aunque su autor haya cedido sus derechos de explotación. (Artículo 22 LPI).

Es un derecho que comparte naturaleza moral (es un privilegio del autor que desee ver reunidas o todas o algunas de sus obras) y patrimonial (tiene trascendencia económica porque puede reportar beneficios al autor).

Sección 3. Los derechos de remuneración

Ninguna norma nacional o internacional define los derechos de remuneración, que tampoco tienen una configuración uniforme ni reciben un tratamiento sistemático. Pero todos tienen dos características comunes:

- Constituyen derechos del autor o titular de derechos conexos a cobrar dinero por determinados usos, ciertos o al menos previsibles, de sus obras o prestaciones.
- Obedecen a alguna intervención legal de carácter limitativo de la facultad exclusiva de autorizar o prohibir un uso: se trata de los límites a los derechos de PI, y de las presunciones de cesión de sus derechos exclusivos.

El Convenio de Berna contiene ya algunas referencias directas a derechos de remuneración (por ejemplo, el Derecho a obtener una participación en las reventas de las obras de arte originales y manuscritos de obras literarias o musicales, regulado en el art. 14.ter), y algunas de sus disposiciones constituyen el origen de otros derechos de remuneración:

- Al establecer “la regla de los tres pasos” como requisito a los estados para fijar los límites al derecho de reproducción, exigiendo que no atenten a la explotación normal de la obra ni perjudiquen al autor (Art. 9.2).
- Al posibilitar el establecimiento de licencias obligatorias para la radiodifusión, comunicación pública por medios inalámbricos y retransmisión de obras radiodifundidas (art. 11 bis), o la grabación sonora de obras musicales (art. 13), se condiciona a la obtención de una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente.

Con frecuencia, los derechos de remuneración se configuran como de gestión colectiva obligatoria.

El derecho de remuneración por copia privada

El derecho de remuneración por copia privada es consecuencia jurídica del límite regulado en el art. 31. 2 LPI.

En algunos países la ley no permite reproducir las obras para uso privado sin autorización del titular del derecho de reproducción: no existe el límite de copia privada y por lo tanto no existe este derecho de remuneración.

En la Comunidad Europea este derecho no está armonizado, pues la Directiva 2001/29/CE del Parlamento y el Consejo, 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 autoriza a los estados, pero no les obliga, a establecer un límite a favor de la copia privada, “siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa...” (art. 5.2.b).

Anualmente ThuisKopie (entidad de gestión holandesa) publica el informe “International Survey in Private Copying. Law and Practice”, cuya edición del 2010 ofrece el panorama actual de la copia privada en el mundo.

Mediante Real Decreto-ley 20/2011 de 30 de diciembre (BOE 31-12-2011) de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, se suprime el procedimiento vigente regulado en el art. 25 LPI para el pago de la compensación equitativa por copia privada y se prevé su sustitución por otro a cargo de los Presupuestos Generales del Estado (Disposición Adicional Décima).

Por tanto a fecha de enero 2012 mientras que el derecho de remuneración subsiste el procedimiento para su efectividad se encuentra pendiente de regulación legal.

ANTECEDENTES

El derecho de remuneración por copia privada se introdujo en España en la LPI de 1987, cuyo art. 25 (modificado en varias ocasiones) hasta el Rea Decreto-ley mencionado, regulaba las líneas fundamentales del sistema de pago y distribución entre las entidades de gestión de la recaudación.

Las modalidades de reproducción para uso privado que hasta ahora daban derecho a la compensación son: reproducción de obras en soporte libro u otras publicaciones asimiladas reglamentariamente (tales como revistas), reproducción de obras divulgadas en fonogramas, y

reproducción de obras divulgadas en videogramas u otros soportes visuales o audiovisuales.

Los acreedores (Art. 25.3.b) LPI) son respectivamente en las modalidades citadas, los autores de las obras reproducidas, conjuntamente con:

- a) Editores: en libros y publicaciones asimiladas
- b) Artistas intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas.
- c) Artistas intérpretes y ejecutantes y productores de videogramas.

Los obligados al pago (Art. 25.4.a) LPI): son los fabricantes en España que actúen como distribuidores comerciales, y los adquirentes fuera de España (importadores) para su distribución comercial dentro de España.

Y, con ellos, son responsables solidarios del pago los sucesivos adquirentes de los bienes gravados (distribuidores, mayoristas y minoristas), salvo que acrediten haber realizado el pago los deudores.

Los deudores están obligados a presentar a las entidades de gestión de derechos autoliquidaciones detalladas trimestralmente, y a realizar los pagos correspondientes (art. 25.13, 14 y 15 LPI).

Bienes gravados: Equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar la reproducción.

La Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificó el sistema para el ámbito digital, estableciendo un procedimiento para la determinación cada dos años de los aparatos y soportes sujetos y fijación de la remuneración por cada uno de ellos, mediante orden de los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, previo intento de acuerdo entre deudores y acreedores. Tanto el acuerdo como la resolución administrativa deberían atender, entre otros posibles, a los criterios que se señalan en el art. 25.4.LPI Iniciado el nuevo procedimiento mediante su convocatoria en el BOE de 24 de Agosto de 2006, y trascurridos los plazos sin que se llegara al acuerdo entre los representantes de los acreedores y deudores, el Ministerio de Presidencia del Gobierno dictó 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.

La necesidad de cambiar el sistema de cobro de la remuneración derivaba de dos hechos fundamentalmente: la anulación de la Orden por la sentencia dictada el 22/3/2011 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y, sobre todo del contenido de la sentencia del caso Padawan dictada el 21 de Octubre de 2010 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona, que concluye que el sistema no resultaba conforme con la Directiva 2001/29 por la aplicación indiscriminada del llamado 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.

El derecho de remuneración por reventa de obras plásticas

Concepto y titulares.

Si la obra de arte es revendida, su autor tiene el derecho -irrenunciable e intransmisible “inter vivos” - a participar en un porcentaje del precio de reventa de la obra, siempre que intervenga un profesional del mercado del arte como comprador, vendedor o intermediario.

Es titular de este derecho el autor de obras de arte originales gráficas o plásticas, realizadas por el propio autor o bajo su autoridad. Siendo este derecho transmisible “mortis-causa”, los herederos del autor serán titulares del derecho durante el plazo de protección de la obra.

Regulación Internacional: Convenio de Berna

Como se ha apuntado arriba, este derecho está enunciado en el art. 14.3 del Convenio de Berna: su establecimiento es potestativo para los estados y sometido al principio de reciprocidad. En Berna, el derecho se extiende también a manuscritos literarios y partituras originales.
Regulación Comunitaria.

En la Unión Europea, dadas las diferencias entre las normativas , se armonizó la normativa a través de la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27-9-2001 relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. La armonización no se aplica a manuscritos de escritores o compositores.

Regulación en España.

España introdujo este derecho con la Ley 22/1987 de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, y estuvo regulado por el art. 24 de la LPI hasta su derogación por la actual regulación, contenida

en la vigente Ley 3/2008 que adapta la regulación de este derecho de participación a lo dispuesto por la Directiva 2001/84/CE antes citada.

En lo que la Directiva 2001/84/CE deja margen a la legislación interna de los estados miembros, la Ley 3/2008 fija el precio de activación del derecho en 1.200 euros, (art.4), y se excluyen las reventas por importe inferior a 10.000 € realizadas por galerías de obras adquiridas directamente al autor en los tres años anteriores a la reventa (art.3.3). reconoce el derecho a los autores extracomunitarios residentes en España (Art.1.2.), establece la gestión colectiva de este derecho es voluntaria, y establece la responsabilidad del intermediario profesional del arte (art. 8.4. y art. 10).

Derechos de remuneración de autores de obras musicales y audiovisuales

Regulación internacional

En general, El art. 11 (y el 11 bis y 11 ter) del Convenio de Berna reconoce a los autores el derecho a autorizar la comunicación pública de sus obras en cualquier modalidad. Pero el 11.bis.2 establece la posibilidad de que los estados modulen la forma de ejercicio de este derecho cuando la comunicación se hace mediante radiodifusión o mediante otros dispositivos que permitan la transmisión de la obra radiodifundida, siempre que se respeten los derechos morales del autor y el derecho a obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo, por la autoridad competente. En el mismo sentido, el art. 13 .1 de Berna faculta a los estados a establecer la forma de ejercicio de los autores de la música y letra de composiciones musicales cuya grabación ya han autorizado para autorizar una nueva grabación de dicha composición siempre que se respete su derecho a obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo, por la autoridad competente.

Respecto al derecho de alquiler, ADPIC, en su artículo 11 (leer), se limita a determinar que los estados han de reconocer a los titulares del derecho de autor el de autorizar el alquiler de obras cinematográficas y programas de ordenador, pudiendo excluir ese derecho respecto a las obras cinematográficas si el alquiler no ha dado lugar a una copia masiva de esas obras que menoscabe significativamente el derecho de reproducción del titular, y el art. 14.4 contiene disposiciones semejantes respecto a los fonogramas, pero no obliga a establecer derechos de remuneración, sino que simplemente los tolera. En idéntico sentido se pronuncia el art. 7 del Tratado OMPI sobre Derechos de Autor de 1996.

Regulación comunitaria

A nivel de la UE, 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, (y anteriormente, la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, de igual título y derogada por aquélla) establece la posibilidad de que los estados apliquen respecto a la distribución mediante alquiler de obras audiovisuales y fonogramas mecanismos de transferencia al productor de estos derechos mediante presunciones, pero el autor (y los artistas intérpretes y ejecutantes) ha de conservar el derecho irrenunciable a obtener una remuneración equitativa. (Art.3.4, 3.5, y art..5). El art. 6 de la misma directiva establece la posibilidad de limitar el derecho de distribución mediante préstamo, siempre que los autores obtengan una remuneración. El derecho de remuneración por préstamo no se limita a los autores audiovisuales y musicales.

No hay otros derechos de remuneración armonizados en la UE que los ya mencionados, y como se ha expuesto, la presunción de cesión al productor del derecho de alquiler y la limitación del derecho a autorizar el préstamo, y correlativos derechos de remuneración, no son obligatorios. En definitiva, ni siquiera en el ámbito europeo los derechos de remuneración son los mismos, por lo que hay que acudir a cada legislación nacional para conocer con detalle la situación en ese país.

España: Derechos de remuneración de los autores por comunicación pública de obras audiovisuales y por alquiler de éstas y de fonogramas

Para posibilitar la explotación de las obras audiovisuales y los fonogramas la LPI establece un complejo entramado de cesiones de derechos y licencias legales que dan lugar a los llamados derechos de remuneración respecto a las obras audiovisuales y fonográficas.

Centrándonos en los derechos de remuneración de los autores de obras audiovisuales, se trata de que la organización de la explotación de la obra recaiga en el empresario que financia y organiza la producción, simplificando la transmisión de derechos precisa para explotar la obra en diferentes “ventanas”, (cine, TV abierta o de pago, comercialización en soportes como DVs, Internet). El usuario que realiza estos actos de explotación no tiene que pedir autorización a todos los titulares de derechos sobre la obra o prestaciones conexas (interpretaciones, grabaciones sonoras o audiovisuales, etc.) sino sólo al productor, pero tiene que abonar de acuerdo con las tarifas de las entidades de gestión los correspondientes derechos de remuneración a los autores y a otros titulares de derechos de PI.

Así, el art. 88 LPI presume la cesión por el autor de los derechos de comunicación pública, reproducción y distribución al productor audiovisual una vez que se firma el contrato de producción, que es aquél mediante el que comprometen a participar en la creación de la obra audiovisual. También se presumen cedidos al productor los derechos del subtítulo y doblaje de la obra (que se integran dentro del derecho de transformación). Esta presunción tiene determinadas limitaciones para la obra cinematográfica. El art. 89 establece presunciones equivalentes para los autores de obras preexistentes que se incorporarán, mediante su transformación, a la obra audiovisual (tales como novelistas en que se base la obra audiovisual, compositores de músicas preexistentes que se incorporen a la banda sonora, etc...).

En el mismo sentido, el art. 90.2 LPI establece la presunción de cesión del derecho de alquiler no sólo para los autores de obras audiovisuales respecto a éstas, sino también de los autores que hayan suscrito con el productor de fonogramas contratos relativos a su producción, por lo que esta última presunción afecta fundamentalmente a autores musicales.

En compensación a tales cesiones presuntas (frente a las que cabe pacto en contrario, pacto que raramente se produce, pues supondría una cortapisa a la comercialización de la obra), se establecen a favor de los autores los siguientes derechos de remuneración:

- Para los autores de obras audiovisuales y de obras incorporadas a fonogramas (música), derecho irrenunciable a una remuneración equitativa remuneración por el alquiler de obras audiovisuales y fonogramas (art. 90.2).

El derecho a autorizar la distribución por alquiler lo ejercen los productores audiovisuales y fonográficos, pero los autores cobran por dicho alquiler. Es notorio que mientras existe un mercado de alquiler de obras audiovisuales (“videoclubs”), no existe en España un mercado de alquiler de fonogramas: ello obedece, simplemente, a que los productores fonográficos ejercen su derecho a prohibir el alquiler de los fonogramas, mientras que los productores audiovisuales autorizan dicho alquiler, pues es una ventana de explotación habitual de las obras cinematográficas.

- Para los autores de obras audiovisuales, derechos de remuneración por comunicación pública: Cuando la obra audiovisual sea proyectada en lugares públicos mediante el pago de un precio de entrada (obras cinematográficas, básicamente): derecho a percibir de los exhibidores un porcentaje de los ingresos (Art. 90.3).

La proyección o exhibición sin exigir precio de entrada, la transmisión al público por cualquier medio o procedimiento, alámbrico o inalámbrico, incluido, entre otros, la puesta a disposición en la forma establecida en el art. 20.2.i), da derecho a recibir la remuneración que proceda, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la entidad de gestión (art. 90.4).

Todos estos derechos son irrenunciables y de gestión colectiva obligatoria (Art. 90.7).

Derecho de remuneración por préstamo

La Ley 10/2007 del la Lectura, el Libro y las Bibliotecas modificó la redacción del art. 37.2 LPI, estableciendo el derecho irrenunciable a percibir una compensación económica a regular por Real Decreto para disminuir la pérdida de ingresos de los autores derivada de la excepción que permite el préstamo de obras a museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, e instituciones similares (art. 37.2).

Son lo acreedores del derecho los autores de las obras prestadas, y los deudores, los titulares de los establecimientos que realizan el préstamo. Se trata de un derecho de gestión colectiva obligatoria.

La disposición transitoria vigésima de la LPI (introducida por la citada Ley del Libro) establece que el Real Decreto regulador de este derecho debería publicarse en el plazo de una año, y que mientras ocurría, la remuneración sería de 0,2 euros por cada ejemplar adquirido por los establecimientos destinado al préstamo, situación vigente, a pesar de haber transcurrido un plazo superior al previsto.

Otros derechos de remuneración

De forma asistemática, la LPI se refiere a otros derechos de remuneración relacionados con distintos límites a la PI:

- Remuneración por recopilaciones de artículos con fines comerciales (art. 32.2 LPI). Los Tribunales han determinado que tanto el derecho de oposición a esta práctica (aquí, ejemplo de oposición) como la remuneración corresponden al editor, al ser las publicaciones de prensa obras colectivas (“ La Propiedad Intelectual y el press clipping”).
- Remuneración por uso de trabajos sobre temas de actualidad difundidos por medios de comunicación social (art. 33.1 LPI).

- Remuneración por consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos (art. 37.3 LPI).

En los tres casos de trata de derechos de remuneración que no son de gestión colectiva obligatoria, por lo que, en defecto de acuerdo entre los titulares y los usuarios que se amparen en el límite, habrán de ser los tribunales los que señalen la remuneración a percibir.

Capítulo 6. Los derechos conexos

Resumen

La propiedad intelectual no se agota con los derechos de los autores, en este capítulo se presentan otros derechos que corresponden a otros titulares que también forman parte del sistema de propiedad intelectual.

Sección 1. Introducción

Además de los derechos de PI de los que son titulares los autores, la Ley reconoce otros derechos a un grupo heterogéneo de personas físicas y jurídicas, en cada caso con diferente fundamento pero con el objetivo común de proporcionar, a través del reconocimiento de facultades de explotación exclusivas, una vía para la obtención de un retorno económico al esfuerzo realizado. Estos “otros” derechos de PI (denominados derechos conexos, o afines) presentan rasgos comunes con los del autor, son facultades de exclusiva, son independientes, acumulables y de duración determinada. Su objeto no es la obra (creación humana original) si no otros elementos protegidos (interpretación, grabación, edición, emisión ...) y sus titulares son los sujetos que han realizado una aportación personal o económica (interprete, productor, editor, entidad de radiodifusión...) necesaria para su existencia. La legislación internacional es mucho más limitada que en el caso de los autores, el ordenamiento español está dentro de los ordenamientos que más derechos de este tipo reconoce. Los principales tratados internacionales relativos a derechos conexos son: - Convención de Roma sobre derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. 1961. http://www.wipo.int/treaties/es/ip/rome/trtdocs_wo024.html - Convenio de 29 de octubre de 1971, para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas.

<http://unesdoc.unesco.org/images/0000/000058/005843sb.pdf>

- Tratado OMPI sobre interpretación y ejecución de fonogramas (1996)
<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/index.html> - Texto del APDIC:
http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm

La legislación comunitaria

-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 afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable. Traspuesta al Derecho español por la Ley 28/1995, que hoy forma parte de la LPI.

-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. Fue traspuesta al Derecho español por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, que hoy forma parte de la LPI. Regula los derechos del autor de la base de datos, y el derecho “sui generis” del fabricante, que protege fundamentalmente su inversión económica. El plazo de protección de este derecho “sui generis” es de 15 años.

-DIRECTIVA 2001/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 22 DE MAYO DE 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Traspuesta por la Ley 23/2006, de 7 de julio, de reforma de la LPI. Reconocen los titulares de derechos conexos el derecho de reproducción y el de puesta a disposición como una modalidad del derecho de comunicación pública. Sistematiza los límites, y faculta a los Estados a establecer (o no) unos límites a los derechos de reproducción y (en ciertos casos) distribución. Establece la obligación de tomar medidas contra la elusión de las medidas tecnológicas de protección de derechos.

-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 PI. Reconoce derechos de artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y de películas y entidades de radiodifusión.

-DIRECTIVA 2006/116/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Ha sido modificada por la Directiva 2011/77/EU, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, citada más adelante.

DIRECTIVA 2011/77/EU, DE 27 DE SEPTIEMBRE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por la que se modifica la directiva 2006/116/ce, de 12 de diciembre, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Extiende el plazo de protección de los derechos de los intérpretes y ejecutantes, y de las grabaciones de sonido, de los 50 hasta los 70 años después de la muerte del titular o de la fecha de fijación. Facilita que los artistas puedan

recuperar sus derechos si el productor no reedita sus grabaciones. Otras medidas complementarias pretenden reforzar la posición de los intérpretes.

Normativa nacional: Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (TR LPI). Los denominados derechos afines, conexos o vecinos se regulan en el LIBRO II que lleva por rúbrica “De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección sui generis de las bases de datos”. Resultan de aplicación a estos “otros derechos de propiedad intelectual” las disposiciones contenidas en la Sección 2ª del Capítulo III del Título II y en el Capítulo II del Título III, ambos del Libro I de dicha Ley. Dichas disposiciones se aplican con carácter subsidiario y en aquello que resulte pertinente, por remisión expresa del art. 132. “Aplicación subsidiaria de disposiciones del Libro I”, del Título VII. “Disposiciones comunes a los otros derechos de propiedad intelectual”. Dedicamos una sección de este capítulo a los derechos, reconocidos en el TRLPI, de cada uno de estos “otros” titulares.

Sección 2. Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes

Sujeto: el TRLPI en su art. 105 describe al artista intérprete o ejecutante como aquel que “represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra” y asimila a los mismos al director de escena y al director de orquesta.

Están incluidos, entre otros, los actores, ejecutantes de música, dobladores, bailarines, humoristas, monologuistas, manipuladores de muñecos, directores de escena y orquestas.

El objeto protegido por la PI es la prestación personal: la interpretación o ejecución artística. Sólo las personas físicas pueden ser artistas, nunca las personas jurídicas.

Derechos morales de artista

En España, el artista tiene un derecho al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones, y a oponerse, durante toda su vida, a toda deformación, mutilación, o cualquier otro atentado sobre sus actuaciones que lesione su prestigio o reputación. Asimismo, es necesaria su autorización expresa para el doblaje de su actuación en su propia lengua (art. 113 LPI).

Derechos patrimoniales del artista

Derechos de explotación (Art. 7.1 Convenio Roma y art. 14.1 ADPIC)

Confieren a su titular el poder de autorizar previamente toda forma de utilización de sus prestaciones artísticas protegidas:

a) Fijación - art. 106 LPI. Es la grabación de la interpretación a partir de la cual ésta puede percibirse o comunicarse. Este derecho consiste en la facultad de impedir que la fijación en un fonograma, o grabación audiovisual, de sus interpretaciones no fijadas anteriormente se realice sin su consentimiento.

b) Reproducción - art. 107. LPI. Cualquier nueva fijación de toda o parte de la interpretación fijada, sea de forma directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de tal forma que permita su comunicación o la obtención de copias, corresponde autorizarla o prohibirla al artista. No necesitan autorización las reproducciones provisionales o efímeras cuando cumplen los requisitos del art. 31.1 LPI

c) Distribución - art. 109 LPI. Es la puesta a disposición del público mediante soportes tangibles de la fijación de la interpretación mediante su venta, alquiler, préstamo, o de cualquier otra forma.

d) Comunicación pública - art. 108 LPI. Es todo acto por el que una pluralidad de personas puede tener acceso a interpretación sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No incluye los actos desarrollados en un ámbito doméstico.

El derecho de comunicación pública del artista sobre su interpretación no incluye la facultad de autorizar o prohibir la comunicación realizada a partir de una fijación previamente autorizada, sin perjuicio del derecho de remuneración que veremos a continuación.

Derechos de remuneración del artista

a) Remuneración por copia privada de las fijaciones de sus interpretaciones contenidas en fonogramas o videogramas explotados públicamente (art. 25 LPI).

b) Remuneración por alquiler de las fijaciones de sus interpretaciones contenidas en fonogramas o videogramas (art. 109.3 LPI).

c) Remuneración por comunicación pública de las fijaciones de sus interpretaciones contenidas

en fonogramas o videogramas (en todas sus formas, arts. 108. 3, 4 5 y 6 LPI). Estos derechos remuneratorios son de gestión colectiva obligatoria.

Sección 3. Derechos de los productores

Sujeto: el productor es la persona física o jurídica que tienen la iniciativa y responsabilidad de la grabación. Producir es financiar y coordinar los medios necesarios para obtener una obra o grabación (musical o audiovisual). Objeto: la grabación audiovisual o sonora (arts. 114.1 y 120.1 TRLPI), así como las fotografías obtenidas durante el proceso de producción audiovisual (art. 124 LPI). La Ley reconoce derechos de PI originarios (no derivados de una cesión de los autores) sobre las grabaciones a los productores fonográficos y a los productores audiovisuales, con independencia, en ambos casos, de que esas grabaciones incorporen o no obras protegidas por la PI (p. ej., obras cuyos derechos de explotación estén en dominio público, u otro tipo de contenido no protegido como sonidos o imágenes de la naturaleza). Estos derechos son, exclusivamente, de contenido patrimonial, los productores carecen de derechos morales.

Derechos de los productores de fonogramas

EL CONVENIO DE ROMA reconoce a los productores fonográficos el derecho a autorizar o prohibir la reproducción de sus fonogramas (art. 10), y además un derecho de remuneración por su comunicación pública (art. 12). ADPIC les reconoce, únicamente, el derecho de reproducción (Art. 10 Convenio Roma, art. 14.2 ADPIC, arts. 114 y siguientes LPI).

La legislación española reconoce a estos productores los siguientes derechos patrimoniales:

1.- De explotación:

- a) Reproducción: derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción directa, o indirecta, de sus fonogramas (art. 115 LPI).
- b) Distribución: derecho exclusivo de autorizar o prohibir la distribución de los fonogramas y de sus copias, mediante puesta a disposición del público a través de venta, alquiler, préstamo, o de cualquier otra forma. Incluye la facultad de autorizar la importación y exportación de copias del fonograma (art. 117 LPI).
- c) Comunicación pública: La LPI no reconoce expresamente un derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de los fonogramas por parte de sus productores, EXCEPTO en la modalidad de puesta a disposición interactiva (art. 116.1 LPI).

2.- De remuneración:

- a) Remuneración por copia privada (art. 25.4 LPI)
- b) Remuneración equitativa y única en los supuestos de reproducción y utilización de los fonogramas para cualquier forma de comunicación pública (art. 116.2 y 3 LPI).

Estos derechos se hacen efectivos a través de las Entidades de gestión colectiva.

Derechos de los productores de grabaciones audiovisuales

Los productores audiovisuales no gozan de protección en convenios internacionales. Cabe recordar aquí que en los ordenamientos del sistema de copyright estos productores tienen la condición de autores, o al menos de titulares originarios de derechos de autor, por lo que gozan de igual protección que éstos.

1.- En España la LPI les reconoce sobre sus grabaciones audiovisuales, constituyan o no obra original, los siguientes derechos de explotación:

- a) Reproducción: corresponde al productor de la primera fijación de una grabación audiovisual el derecho exclusivo a autorizar la reproducción, directa, o indirecta, del original y de las copias de dicha grabación, y a impedir que la reproducción se haga sin su consentimiento (art. 121 LPI).
- b) Distribución: corresponde al productor de la primera fijación de una grabación audiovisual el derecho exclusivo a autorizar la distribución del original y de las copias de la misma, y a impedir que dicha distribución se haga sin su consentimiento (art. 123 LPI). Sobre el agotamiento del derecho de distribución después de la primera venta en la UE, ver art. 19.2 LPI.
- c) Comunicación pública: el productor tiene el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales (art. 122.1 LPI).
- d) Derecho de explotación de las fotografías realizadas en el proceso de producción de la grabación audiovisual (124 LPI).

2.- El productor audiovisual ostenta los siguientes derechos de remuneración

- a) Por copia privada (art. 25.4 LPI).
- b) Por la comunicación pública de la grabación mediante su retransmisión por cualquier medio, y su transmisión en lugar accesible al público (art. 122.2 LPI, en relación con el art. 20.2, f y g).

Sección 4. Derechos de las entidades de radiodifusión

Art. 13 Convenio de Roma, art. 14.3 ADPIC y arts 126 y 127 LPI

Sujetos: Entidades de radiodifusión (aquellas que cuenten con una organización técnica que les permita la emisión o transmisión de sonido y/o imagen con destino al público mediante ondas hertzianas, cable, satélite o Internet).

Objeto: los derechos de PI de estas entidades recaen en sus emisiones o transmisiones. Los conceptos de emisión y transmisión incluyen, respectivamente, las operaciones mencionadas en los párrafos c) y e) del apartado 2 art. 20 de la presente LPI:

- La emisión de cualquier contenido por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.
- La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.

Y el concepto de retransmisión, la difusión al público por una entidad que emita o difunda emisiones de otra, recibidas a través de cualquier medio.

Las entidades de radiodifusión tienen, el derecho exclusivo de:

- a) Autorizar o prohibir la fijación de sus emisiones o transmisiones en cualquier soporte sonoro o audiovisual, incluida la fijación de imágenes aisladas.
- b) Autorizar la reproducción de las fijaciones de sus emisiones o retransmisiones.
- c) Autorizar la comunicación pública de sus emisiones o transmisiones mediante la puesta a disposición interactiva.
- d) Autorizar la retransmisión de sus emisiones o transmisiones, por cualquier procedimiento técnico.
- e) Autorizar la comunicación pública de sus emisiones o transmisiones de radiodifusión, cuando se realice en lugares a los que el público pueda acceder mediante el pago de una cantidad como entrada.
- f) La distribución de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones.

Sección 5. Otros derechos conexos

La LPI regula una serie heterogénea de derechos conexos de diversos titulares y contenido, que vamos a examinar en esta sección.

Derechos sobre meras fotografías

El art. 128 LPI dispone que “Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el libro I goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente ley a los autores de obras fotográficas. Este derecho tendrá una duración de 25 años desde el 1 de enero siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción.”

La diferencia entre la obra fotográfica y la mera fotografía, que en muchos de casos no es fácil de establecer, se ha justificado por la falta de originalidad creativa de las meras fotografías, al ser la intervención del autor en el proceso creativo prácticamente nula: el resultado es la reproducción por la cámara de algo que existe en la realidad.

Quien realice una fotografía u otra reproducción análoga, si no tiene el carácter de obra protegida en el Libro I de la LPI (“De los derechos de autor”), no tiene derechos morales ni el derecho patrimonial de transformación, pero goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública.

Derechos de los editores de libros y otras publicaciones

Los editores de libros y otras publicaciones tienen derecho a percibir, junto a los autores, una remuneración por copia privada (art. 25.4 LPI)

Los editores de obras no protegidas por el Libro I de la LPI (obras excluidas por el art. 13 LPI y en dominio público) tienen los derechos de explotación de reproducción, distribución y comunicación pública sobre sus ediciones, siempre que puedan ser individualizadas (art. 129.2 LPI)

Derechos del divulgador de una obra inédita en dominio público

La persona que divulgue lícitamente una obra inédita que esté en dominio público tendrá sobre ella los derechos patrimoniales que corresponderían al autor:

a.- Derecho a autorizar o prohibir la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

b.- Derecho de remuneración por copia privada.

Sección 6. Derechos "sui generis" sobre las bases de datos

Sujeto: el fabricante de la base de datos.

Objeto: la inversión económica realizada en el producto. Es indiferente que la base de datos goce o no de la protección del derecho de autor, es decir, que sea o no una obra original. Se consideran bases de datos las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesible individualmente por medios electrónicos o de otra forma.

El fabricante de una base de datos, tiene los siguientes derechos a autorizar o prohibir (art.133 LPI):

a) Derecho de extracción:

- La transferencia de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base datos a otro soporte, siempre que la obtención, verificación o representación del contenido represente una inversión sustancial.

- No está autorizada la extracción repetida y sistemática de partes no sustanciales que supongan actos contrarios a una explotación normal o causen un perjuicio injustificado a los intereses del fabricante.

b) Derecho de reutilización:

Puesta a disposición del público de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base datos mediante la distribución de copias, comprendidas: venta, alquiler, cualquier transferencia de la propiedad del soporte y transmisión en línea.

Capítulo 7. Duración y dominio público en Propiedad intelectual

Resumen

La propiedad intelectual tiene una duración limitada en el tiempo. En este capítulo se exponen los plazos de duración y las consecuencias de su agotamiento.

Sección 1. El dominio público

Una de las características que hacen de la propiedad intelectual una propiedad especial es su temporalidad. Una finca siempre tiene un propietario, mientras una película, al cabo de un tiempo determinado, podrá ser reproducida, distribuida, comunicada y versionada por cualquiera sin pedir autorización a nadie. Las leyes sobre PI recogen este criterio, y por ello regulan, junto con los derechos de explotación, importantes limitaciones a estos derechos, que configuran un régimen de propiedad sobre las creaciones intelectuales caracterizado por la temporalidad y la relatividad.

El sentido del término “dominio público” tiene poco que ver con el que se le da en otras ramas del Derecho. No se trata aquí, en sede de PI, de bienes destinados al uso público. Simplemente significa que todos los derechos de explotación se han extinguido, y que, por lo tanto, no son de nadie, y cualquiera puede acometer la explotación de la obra objeto del derecho extinguido. Aquí tampoco nos referimos a bienes de interés cultural, o histórico, sean o no de titularidad pública.

Podría definirse el dominio público como una esfera o ámbito en los cuales las obras están libres de derechos de PI. A partir de aquí es preciso admitir que hay zonas grises en la materia: puede haber áreas donde legalmente una obra está en dominio público pero no efectivamente disponible; obras que los poderes públicos o los tribunales han tratado como si estuvieran en dominio público; obras donadas por sus autores u obras producidas por alguna institución (Beatriz Busaniche). En sentido estricto, las obras que se encuentran en dominio público son al menos, y con seguridad, aquellas cuyos derechos de PI han prescrito o se han extinguido en un ámbito territorial.

La regulación del dominio público debe tener en cuenta tres dimensiones:

- temporal: el dominio público se ve afectado por las modificaciones en la duración de los plazos de protección de los derechos de autor y derechos conexos. En los últimos años asistimos a un

proceso de progresiva y constante ampliación de estos plazos de protección.

- territorial: las normas que definen el dominio público no son exactamente iguales en cada jurisdicción nacional; sin embargo, la comunicación y puesta a disposición de obras online, a través de internet, obliga a redefinir la idea de dominio público.
- objetiva: el alcance y contenido del dominio público se ve afectado por la creación de nuevos derechos de propiedad intelectual, o la ampliación de los ya existentes. Es lo que ha ocurrido con las bases de datos.

Todos los derechos patrimoniales y algunos morales son temporales: transcurrido el plazo legalmente previsto para cada uno de ellos, se extinguen. El agotamiento de los plazos de protección determina el paso de la obra a dominio público: las obras pueden usarse libremente respetando los derechos morales de paternidad e integridad. La reproducción, distribución, comunicación pública, transformación o cualquier otra forma de explotación es libre.

En España nos encontramos con dos posibles excepciones al régimen general:

- la persona que divulgue lícitamente una obra inédita que está en dominio público tiene los mismos derechos de explotación que el autor durante 25 años: art. 129.1 LPI.
- el editor de una obra no protegida por el derecho de autor tiene los derechos exclusivos de reproducción, distribución, y comunicación pública sobre su edición durante 25 años: art. 129.2 LPI.

En los países de nuestro entorno el uso de obras caídas en dominio público es gratuito, pero no siempre fue así, ni tiene por qué seguir siéndolo. En España sólo lo es desde 1964.

Antes de concretar los distintos plazos de duración de los derechos, es preciso matizar algunas cuestiones importantes:

1ª- Estrictamente, lo que “pasa a dominio público” son los derechos de explotación, no las obras. El momento en que esto ocurre es cuando los derechos de explotación de cada titular se extinguen por el transcurso de los plazos legales.

Los derechos de remuneración, sin embargo, cuando se extinguen no “benefician” a nadie, ni los derechos morales tampoco. Sólo cuando se han extinguido los derechos de explotación del autor (que son los de mas larga duración) se habrán extinguido todos los derechos de explotación, y podrá decirse que la obra “está en dominio público”.

2ª- En ocasiones, otros regímenes jurídicos pueden afectar a la tenencia y disfrute de determinadas obras. Por ejemplo, si un bien ha sido declarado de interés cultural por la aplicación de la normativa estatal o autonómica ello puede conllevar determinadas obligaciones de conservación para su propietario.

3ª- No es sencillo determinar cuándo una obra cae en dominio público, pues en ocasiones intervienen factores que alteran el cómputo: por ejemplo, durante las guerras mundiales se establecieron prórrogas en determinados países, y existen también acuerdos bilaterales que afectan a la materia. Más adelante veremos unos criterios básicos con relación a las obras de autores españoles.

¿Existe algún límite constitucional para legislar en materia de dominio público? En el proceso *Golan v. Holder*, en EEUU, se plantearon dudas de constitucionalidad en relación con la Ley que concretaba los compromisos derivados de los acuerdos ADPIC. Esta Ley restauraba o “recuperaba” la protección del copyright para las obras extranjeras que se habían incorporado al dominio público por no cumplir los requisitos que exigía el Derecho de EEUU. El 18 de enero de 2012 el Tribunal Supremo rechazó la demanda y confirmó la validez de la ley.

Sección 2. Duración de los derechos: morales y patrimoniales

Duración de los derechos morales

En España, los derechos morales del autor y de los artistas intérpretes y ejecutantes no pueden ser transmitidos en vida de éstos: son inherentes a la persona de su titular. Los derechos de paternidad e integridad de los autores sobre sus obras duran para siempre, son imprescriptibles. La misma regla se aplica a los artistas intérpretes sobre sus actuaciones desde la reforma introducida por Ley 23/2006, de 7 de julio.

El derecho de divulgación dura toda la vida del autor y otros 70 años desde su muerte (Art. 15 LPI).

Estos derechos no se transmiten inter vivos, pero sobreviven a su titular, por lo que el ordenamiento señala a terceras personas que los pueden ejercitar después de la muerte del autor. Así, el art. 15 LPI legitima a los señalados a tal fin en el testamento del autor, en su defecto a sus herederos, y en defecto de ambos o ignorándose su paradero a las administraciones públicas estatal, autonómica, local e institucional de carácter cultural, para el ejercicio de los derechos de paternidad, integridad, y divulgación. Los restantes derechos

morales (modificación, retirada, acceso al ejemplar único) se extinguen con la vida del autor.

El art. 113 LPI encomienda a los herederos de los artistas intérpretes o ejecutantes el ejercicio de sus derechos de paternidad e integridad sobre sus actuaciones y las fijaciones de éstas, sin ningún límite temporal: son perpetuos. El derecho al doblaje en su propia lengua dura la vida del artista.

Duración de los derechos de explotación

El Convenio de BERNNA establece como plazo mínimo para la protección de derechos de autor el de la vida de éste y 50 años después de su muerte (art. 7.1), a computar desde el 1 de enero siguiente a que ocurra. Tal plazo está previsto y es obligatorio para los derechos patrimoniales, y no siempre para los derechos morales. Si se trata de obras anónimas o seudónimas, se computa desde que se hicieron accesibles al público. Hay prescripciones especiales para obras cinematográficas, fotográficas, de artes aplicadas, y obras en colaboración.

En cualquier caso, los Estados pueden establecer plazos superiores. En cada caso, el plazo de protección será el establecido por el país en el cual la protección se reclame, pero (si la legislación no dispone otra cosa) sin exceder del plazo de protección previsto en el país de origen de la obra: art. 7.8 BERNNA. Por lo tanto, este de 50 años es el plazo mínimo internacional para la protección del derecho de autor.

En Europa la Directiva 93/98/CEE (y luego la Directiva 2006/116/CE, de 12 de diciembre) fijaron el plazo para la protección de los derechos en 70 años después de la muerte del autor. Respecto a los derechos de artistas intérpretes/ejecutantes, el plazo se fijaba en 50 años desde la actuación o ejecución, o desde la primera comunicación. El mismo plazo de 50 años rige para los derechos de los productores de películas y las entidades de radiodifusión respecto a los objetos protegidos (grabaciones audiovisuales y emisiones), desde la primera comunicación pública o retransmisión. La Directiva 2006/116/CE fija también un plazo de 25 años para proteger las ediciones o comunicaciones públicas de obras inéditas en dominio público, sobre las que el editor tiene derechos económicos como un autor, iniciándose el cómputo con la edición o comunicación.

El 11 de Octubre de 2011 fue publicada la Directiva 2011/77, del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE, de 12 de diciembre. Destaca la ampliación del plazo de protección de los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes musicales cuando su interpretación se publica o comunica públicamente en un fonograma, y

(muy importante) de los productores de fonogramas, de los 50 a los 70 años.

La Directiva hace referencia también a los derechos de autor, para armonizar la duración de la protección de las obras musicales con letra. Así, dicha duración será de 70 años contados desde la muerte de la última de las siguientes personas en sobrevivir, sean o no consideradas como coautores: autor de la letra y autor de la composición musical.

La situación en ESPAÑA responde a lo descrito hasta aquí (la Directiva 93/98/CEE se incorporó a nuestro ordenamiento a través de la Ley 27/1995, de 11 de octubre), y los plazos de protección vigentes para las obras creadas con posterioridad a dicha normativa son los reflejados en el Cuadro de Derechos. La regla más relevante es que, para los autores, los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte (art. 26 LPI).

Hay que hacer algunas precisiones de cara al cómputo de los plazos, ya que las normas han de aplicarse con cautela a las obras que las precedan en el tiempo, pues no suele ser retroactiva, ni a la hora de acortar plazos de protección ni a la de afectar a derechos adquiridos por terceros:

- Nuestra antigua Ley de Propiedad Intelectual de 1879 estableció un plazo de protección para los derechos de autor de 80 años. Esta Ley exigía, para otorgar su protección, el registro de las obras (excepto las plásticas) en el plazo de 1 año desde su publicación, transcurrido el cual pasaba a una especie de “dominio público provisional”, durante 10 años, transcurridos los cuales podía inscribirse de nuevo durante un año y recuperar el autor sus derechos. La obra pasaba definitivamente a dominio público si el autor no la inscribía durante este año, o manifestara formalmente su deseo de no divulgarla. También caía la obra en dominio público si el autor no reiteraba su publicación en 20 años desde la primera.

- Estos plazos y este sistema fueron sustituidos en 1987 por una nueva Ley de Propiedad Intelectual: entonces se fijó el plazo en 60 años y, desde entonces, no es exigible el registro ni ninguna otra formalidad para la eficacia de la protección.

- El plazo fue modificado nuevamente, aumentando hasta los 70 años después de la muerte (o declaración de fallecimiento), por la Ley 27/1995, de modificación de la LPI para la incorporación de la Directiva 93/98 (pasando posteriormente al T. Refundido LPI de 1996).

Este plazo de vida del autor más 70 años es el hoy vigente, con algunas reglas especiales para su cómputo, que tienen sus antecedentes en las Directivas europeas y en el Convenio de BERNA.

Así, respecto a las obras anónimas y seudónimas, tal plazo de 70 años se computa desde la divulgación lícita de la obra (art. 27.1 LPI), al igual que las obras colectivas (salvo que se divulgue con la obra el nombre de sus autores). La misma regla opera para los programas de ordenador cuya titularidad corresponde a una persona jurídica. En el caso de las obras colectivas que sí identifiquen a los coautores, el plazo de 70 años se cuenta desde el 1 de enero siguiente al fallecimiento del último coautor superviviente (art. 28.2 LPI).

Para las obras anónimas, seudónimas o colectivas, o programas de ordenador cuya titularidad corresponde a una persona jurídica, que no hayan sido divulgadas lícitamente los derechos durarán 70 años desde la creación de la obra (art. 27.2 LPI); y para las obras en colaboración, el cómputo se inicia a partir de la muerte (o declaración de fallecimiento) del último de los coautores. Esta regla es aplicable a las obras cinematográficas y audiovisuales (art. 28.1 LPI). En el caso de las obras publicadas por partes, volúmenes, entregas o fascículos, el plazo de 70 años se computa por separado para cada parte, desde su divulgación lícita (art. 29 LPI).

Los plazos se calculan a partir del 1 de enero del año siguiente al de su hecho generador.

Transitoriedad

Para solucionar los problemas que la yuxtaposición de legislaciones en el tiempo pudiera ocasionar, la LPI 1987 (y después, el Texto Refundido LPI 1996) estableció determinadas disposiciones transitorias. A la entrada en vigor de la LPI 1987 podían darse las siguientes situaciones:

- a) La obra estaba en dominio público por haber transcurrido 80 años o más desde la muerte de su autor: la obra está en dominio público, y puede ser usada.
- b) La obra estaba en dominio público definitivo por falta de inscripción en el segundo periodo anual hábil al efecto según la Ley de 1879 (ver arriba): el autor recupera la titularidad de sus derechos, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros
- c) El autor había fallecido, pero no habían transcurrido 80 años desde su muerte: los herederos podrán seguir disfrutando del plazo de 80 años hasta su agotamiento.
- d) El autor estaba vivo, y había inscrito oportunamente: sus derechos se extinguirán a los 70 años desde su muerte.

e) La obra estaba en dominio público provisional: no se inscribió en un año desde su publicación, pero no han transcurrido 11 años adicionales: el autor recupera la titularidad de sus derechos, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros mientras la obra estuvo en dominio público.

Capítulo 8. Límites y excepciones

Resumen

Los derechos de propiedad intelectual no son absolutos. En este capítulo se describen los diferentes límites y supuestos de uso libre.

Sección 1. Introducción

Concepto

Las normas sobre PI otorgan determinados derechos de exclusiva para el uso y explotación de su objeto (obra, interpretación, grabación etc.), pero esos derechos no son absolutos, tienen límites que se configuran como excepciones a la necesidad de obtener la autorización del titular.

Así, los límites o excepciones son supuestos en los que no se necesita autorización de los titulares del derecho para realizar determinados usos. En algunos casos, por tal uso sin autorización no hay que pagar remuneración alguna (por ejemplo la cita), mientras que en otros sí hay que hacerlo (por ejemplo el préstamo).

La propiedad intelectual tiene una dimensión particular (derechos de exclusiva que protegen intereses privados de los titulares) y otra social (límites que protegen los intereses públicos). Cada límite tiene su fundamento en un aspecto diferente de esa dimensión social: respeto a los derechos fundamentales, como el de acceso a la cultura o las libertades de información y de expresión, fallos del mercado, actos necesarios para el usuario legítimo, etc.

Regulación Internacional

1.- El art. 9.2 del Convenio de Berna, con relación al derecho de reproducción, faculta a los Estados para que otorguen más o menos protección, y regulen límites más o menos generosos pero respetando la “regla de los tres pasos” (“three-step test”):

1º.- Los límites han de referirse a ciertos casos especiales.

2º.- Los límites no han de atentar contra la normal explotación de la obra.

3º.- Los límites no han de causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

2.- ADPIC adopta igualmente la regla de los tres pasos en su art. 13:

“Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.”

3.- El Tratado OMPI sobre Derechos de Autor de 1996 (WCT) también exige a los estados el respeto a la regla de los tres pasos:

“Artículo 10 Limitaciones y excepciones

1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

4.- UNION EUROPEA

a) La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, sólo establece como obligatoria la exención del derecho de reproducción en algunas reproducciones provisionales. En el resto de los supuestos se deja libertad a las legislaciones nacionales para establecer o no límites pero, de establecerse, han de estar sometidos a la regla de los tres pasos: se aplicarán únicamente 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.

Resultado de dicha normativa es que en el ámbito europeo encontramos un complicado mosaico de límites: un solo supuesto común (reproducciones provisionales) y 20 supuestos reservados a las 27 legislaciones nacionales, cada uno de los cuales establece unos límites y no otros, y con diferente extensión y requisitos.

b) la UE se plantea la necesidad de la ampliación de determinados límites (relativos al uso de las obras en la enseñanza, en la investigación, por personas con discapacidad, etc.), o la creación

de otros nuevos (como los relativos a las obras huérfanas y a los usos transformativos). Pero la oposición de titulares e industrias implicadas ralentiza la adopción de medidas concretas al respecto.

En el marco de la Agenda Digital para Europa existe una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de mayo de 2011, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

En la página de FESABID (Federación Española de Sociedades De Archivística, Biblioteconomía y Museística) se puede encontrar información actualizada sobre el estado de la propuesta de directiva europea sobre obras huérfanas.

Respecto a los contenidos generados por los usuarios de Internet, como plantea el Informe elaborado por ROOTER por encargo de GOOGLE “ El futuro del derecho de autor y los contenidos generados por los usuarios”, es uno de los mayores desafíos para el derecho de autor, al que la legislación debe dar una respuesta equilibrada a través de la adaptación del sistema de límites.

Sistemas de lista cerrada y sistemas abiertos

Existen dos sistemas para establecer los límites:

- a) Sistemas cerrados: están dotados de una lista establecida legalmente, exhaustiva y cerrada, de los supuestos que constituyen límites al derecho del autor. Este sistema tiene como ventaja la seguridad jurídica, y como inconveniente su rigidez.
- b) Sistemas abiertos: no hay lista cerrada, sino un enunciado en el que deben enmarcarse los supuestos concretos. Su ventaja es la flexibilidad, mayor capacidad de adaptación a los cambios sociales, tecnológicos y culturales.

Ejemplo de sistema de lista cerrada: legislación española

LA LPI, como se ha expuesto, incorpora la regla de los tres pasos (three-step test), en dos sentidos:

- A la hora de legislar y establecer límites para casos concretos: Los arts. 2 y 17 de la LPI establecen que las únicas limitaciones al derecho exclusivo de explotación son las que establece la ley, y dichas limitaciones se encuentran reguladas en los arts. del 31 al 40 de la LPI.
- De acuerdo con el art. 40 bis LPI, como criterio interpretativo de los límites tasados en la ley.

Ejemplo de sistema abierto (enunciado sin lista cerrada): legislación de EEUU

COPYRIGHT ACT § 107. Limitaciones a los derechos exclusivos. El uso justo (“fair use”):

“No obstante lo dispuesto en los artículos 106 y 106A, el uso justo de una obra protegida por el copyright, incluyendo la reproducción en copias o fonogramas o por cualesquier otro medio no especificado por esa sección, para propósitos tales como crítica, comentario, el reportaje de noticias, enseñanza (incluyendo copias múltiples para uso en el aula), becas o la investigación, no es una infracción del copyright.

Para determinar si la utilización de una obra en un caso particular es un uso justo deben considerarse los siguientes factores:

- (1) el propósito y carácter del uso, teniendo en cuenta si dicho uso es de naturaleza comercial o para propósitos educativos sin fines de lucro (purpose and character).
- (2) la naturaleza de la obra con copyright (nature of the work);
- (3) la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada en relación con la obra en su conjunto (amount and substantiality) .
- (4) el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra con derechos de autor.

El hecho de que una obra sea inédita no es obstáculo para que pueda ser objeto de uso justo, si el mismo se ajusta a los factores antes mencionados.”

Sección 2. Límites establecidos en la LPI

El TRLPI, RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, dedica a los límites los siguientes preceptos:

- Respecto a los derechos patrimoniales: arts. 31-39 LPI
- Interpretación: art. 40bis LPI
- Límites y medidas de protección: art. 161 LPI

Los apartados siguientes tratan de cada uno de los límites establecidos en la LPI, profundizándose en los más importantes, y remitiendo a los antecedentes en la normativa internacional y a su regulación en la LPI (que habrá de consultarse) en los demás.

Reproducciones provisionales

Es el único límite obligatorio para todas las legislaciones nacionales de la UE.

El Artículo 5. 1. de la Directiva 2001/29 establece que:

"Los actos de reproducción provisional a que se refiere el art. 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 art. 2".

La explicación de esta exención la encontramos en el Considerando (33) de la Directiva.

La LPI traspuso la citada Directiva mediante Ley 23/2006 de 7 de julio, recogiendo en su art. 31.1 esta limitación. El acto de reproducción debe reunir los siguientes requisitos cumulativos:

- a) Ser copias transitorias o accesorias, no una grabación permanente.
- b) Ser parte integrante y esencial del proceso tecnológico.
- c) No tener significación económica independiente.
- d) Tener como finalidad facilitar la transmisión o el uso lícito del contenido.

Copia privada

REGULACION INTERNACIONAL

El art. 9.2 del Convenio de Berna reserva a las legislaciones de los países firmantes la facultad de permitir la reproducción de la obra, sin necesidad de autorización del titular, en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

La facultad de limitar el derecho de reproducción establecida en el art. 9.2 del Convenio de Berna, siempre que se cumpla la "regla de los tres pasos", da cobertura jurídica al límite de copia privada.

Otras normas internacionales, como ADPIC y el Tratado OMPI de Derechos de Autor de 1996, se remiten a la aplicación del Convenio de Berna en materia de límites a la PI.

En consecuencia, la legislación internacional de general aplicación no obliga a los estados a establecer el límite de copia privada, y de hecho este límite a la PI existe en muchos países, pero no en otros. Así, no existe excepción de copia privada en EE.UU., Reino Unido, Irlanda o Australia. Por el contrario sí existe en Alemania, Austria, Italia, Francia, Holanda, Bélgica y en otros muchos países.

REGULACION COMUNITARIA

El art. 5.2.b de la Directiva 2001/29, 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, faculta a los Estados miembros de la UE para establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción respecto a reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el art. 6.

Las medidas tecnológicas mencionadas son medidas de protección que tratan de impedir la reproducción o acceso a la obra o prestación. Aunque ya se han mencionado, y nos referiremos a ellas en el capítulo sobre protección de la PI, su relación con el límite de copia privada (y con otros límites), es clara:

- Por una parte, si dichas medidas consiguen evitar la reproducción privada (y en la medida en que la consigan), están impidiendo la efectividad del derecho de copia privada. El considerando 52 de la Directiva trata la cuestión. Y la regulación la encontramos en el art. 6.4, párrafo segundo, de la Directiva.
- Por otra parte, en la medida en que las medidas tecnológicas impidan la reproducción, o la limiten (pues las medidas pueden destinarse a limitar el número de copias privadas) no deben sus titulares recibir remuneración por copia privada en las mismas condiciones que si no existieran. A esto se refiere el Considerando 35 de la Directiva.

Por otra parte, aunque no lo diga expresamente, la Directiva no autoriza la excepción de copia privada respecto a los programas de ordenador ni a las bases de datos: el art. 1.2.a) excluye a los programas de su ámbito de aplicación, y en su legislación específica (Directiva 2009/24), dicha reproducción no está autorizada, salvo la realización de una copia de seguridad (art. 5.2).

Y el art. 1.2.e) excluye de su ámbito a las bases de datos, que se rigen por la Directiva 96/9, que no autoriza la copia privada de bases de datos electrónicas (art. 6.2.a).

Finalmente, la directiva excluye también de la excepción de copia privada los supuestos de puesta a disposición interactiva. Así, su considerando 29 indica, en relación al tema del agotamiento del derecho, que: "A diferencia del CD-ROM o CD-I, en los que la propiedad intelectual está incorporada a un soporte material, esto es, una mercancía, cada servicio en línea es, de hecho, un acto que debe quedar sujeto a autorización cuando así lo exijan los derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor".

Y el art. 6.4 (con relación a la posibilidad de los estados de tomar acciones si los titulares no llegan a acuerdos con los beneficiarios de los límites para que las medidas tecnológicas no les impidan beneficiarse del mismo) párrafos primero y segundo, dispone que: "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".

REGULACIÓN EN ESPAÑA

La LPI regula el límite de copia privada en su art. 31.2.

Para ver la incidencia que el nuevo mundo digital ha tenido en el alcance de ese límite basta con comparar la redacción inicial del art. 31.2 de la LPI de 1987 con la vigente, que data de 2006, y que obedece a la incorporación de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Así, anteriormente el art. 31.2 LPI 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".

Y la redacción vigente, que es mucho más restrictiva, establece que:

"... no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el art. 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el art. 161. Quedan

excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del art. 99.a), los programas de ordenador.”

En definitiva, se exigen ahora más requisitos que han de concurrir cumulativamente para la licitud de la copia privada.

Finalmente, y según lo estipulado en la Directiva 2001/29/CE, el art. 161 LPI regula la relación entre los límites a la PI y las medidas tecnológicas, estableciendo que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de ciertos límites, incluido el de copia privada (Art. 161.1) medios adecuados para disfrutar de ellos y si no lo hacen, los beneficiarios de los límites podrán acudir ante la jurisdicción civil para que sean obligados a hacerlo (161.2). Pero esto no impide que los titulares de derechos adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo medidas tecnológicas, respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada (161.4). En definitiva, la LPI parece encomendar a los propios titulares la capacidad de decidir el número de reproducciones para uso privado que puede realizar el usuario, toda vez que no se faculta a los usuarios o sus organizaciones solicitar el levantamiento de estas medidas tecnológicas.

Por otra parte, el art. 161.5 establece que esta obligación no es aplicable a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija. En definitiva, ello significa que las obras o prestaciones a las que se acceda interactivamente no están limitadas por el derecho de copia privada, a no ser que el titular la permita voluntariamente en el contrato, lo que supone, de hecho, dejar fuera de la posibilidad efectiva de la copia privada a gran parte de los contenidos de Internet.

Reproducción, distribución y comunicación pública con fines de seguridad o procedimientos oficiales

Art. 5.3.e de la Directiva 2001/29

Art. 31bis.1 LPI, art. 5.3.e Directiva:

- No es precisa la autorización del titular cuando la obra sea usada para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales y...
- con fines de seguridad pública.

Este límite afecta a los derechos de reproducción, de distribución, y de comunicación pública.

Reproducción, distribución y comunicación pública en beneficio de personas con discapacidad

Art. 5.3.b. de la Directiva 2001/29/CE.

Art. 31bis.2 LPI

- Usos en beneficio de personas con discapacidad

Requisitos:

- ausencia de fin lucrativo,
- que guarden relación directa con la discapacidad,
- que se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad,
- que se limiten a lo que exige la discapacidad, y
- que la obra ya estuviera divulgada.

Derecho de cita

Art. 10 BERNA

Art. 5.3 Directiva 2001/29/CE,

Art. 32 LPI prevé tres supuestos:

32.1, párrafo 1 - Reproducción a título de cita o para análisis, comentario o crítica.

32.1, párrafo 2 - Reseñas o revistas de prensa.

32.2. - Ilustración para la enseñanza reglada.

1.- Reproducción a título de cita o para análisis, comentario o crítica

Es lícita la inclusión en una obra propia, sin autorización, de fragmentos de otra obra ajena (escrita, sonora, o audiovisual) o de una obra aislada cuando tiene carácter plástico, o fotográfico figurativo, siempre que se haga cumpliendo los siguientes requisitos:

- Que la obra ya haya sido divulgada antes
- Que se indique la fuente y el nombre del autor
- Que se use a título de cita o para su comentario o juicio crítico
- Con fines docentes o de investigación
- En la medida justificada por esta finalidad

2.- Reseñas o revistas de prensa

El art. 2.8 BERNA no protege las meras noticias.

Las meras recopilaciones de noticias y artículos previamente publicados en otros medios tienen la consideración de cita y su uso es libre siempre que no tengan fines comerciales. En caso de que tuvieran fines comerciales y el autor no se haya opuesto a esta actividad tiene derecho a una remuneración equitativa. Si el autor expresamente se ha opuesto la actividad no está amparada por el límite.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 6bis de Madrid, de 13 de abril de 2009, identifica a la editorial como autora al tratarse de una obra colectiva:

- La edición de diarios de prensa escrita supone la creación de una obra colectiva del art. 8 TRLPI.
- La titularidad originaria de los derechos de propiedad intelectual corresponde al editor.
- De ello debe concluirse, a criterio del Tribunal, que los derechos de oposición y remuneración equitativa a que se refiere el art. 32 TRLPI son titularidad de la editora, no del creador individual que cede, autoriza y consiente la inclusión de su obra en otra colectiva.

3.-Ilustración de la enseñanza

No necesita autorización el profesorado de la educación reglada para reproducir/distribuir/comunicar públicamente fragmentos de obras protegidas ya divulgadas...

Requisitos:

- Sólo pueden utilizarse pequeños fragmentos de obras, u obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que no se trate de libros de texto o manuales universitarios.

- La finalidad debe ser ilustrar la actividad educativa en las aulas
- En la medida justificada por el fin no comercial perseguido, y...
- Si es posible citando autor y fuente.

Trabajos sobre temas de actualidad

Art. 33.1 LPI, art. 10bis BERNA, art. 5.3.c. Directiva 2001/29/CE.

El art. 2.8 BERNA no protege las meras noticias. Aquí se trata de artículos y trabajos de prensa escritos o gráficos, difundidos por cualquier medio de comunicación social, y reproducidos por otros de la misma clase.

Condiciones:

- que no exista reserva expresa de los derechos en origen,
- que se haga constar la fuente y el autor,
- que éste perciba una remuneración equitativa (no prevista en BERNA ni en la Directiva).

Se excluyen las colaboraciones literarias (no son información), que exigen siempre la autorización del autor.

Conferencias, alocuciones, informes ante los Tribunales

Art. 33.2 LPI, art. 2bis, 1 y 2, BERNA, art. 5.3.f Directiva 2001/29/CE.

Sólo si la reproducción se realiza con carácter de información de actualidad, y las obras se expresaron oralmente en público. El derecho a publicar estas obras en colección se reserva al autor.

En el caso particular de los discursos parlamentarios, no se exige que la utilización tenga carácter meramente informativo.

Bases de datos

La Directiva 96/9/CE, otorga protección jurídica a las bases de datos en la UE.

El contenido de los derechos de explotación del autor de la base de datos es equivalente al de los derechos de explotación sobre el resto de las obras, y se describe en el art. 5 de la Directiva.

Pero el art.6.1 de la propia Directiva permite al usuario legítimo de una base de datos efectuar, sin la autorización del autor, todos los actos a que se refiere el art. 5 (reproducir, modificar, distribuir, comunicar) que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario.

Por otra parte, el art. 6.2 faculta a los Estados a imponer límites a los derechos de explotación mencionados en algunos casos, sustancialmente idénticos a otros límites generales: copia privada de bases de datos no electrónicas, fines ilustrativos de la enseñanza o de investigación científica, fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial; otras excepciones a los derechos de autor tradicionalmente contempladas por su Derecho interno.

La Directiva, además de proteger los derechos de los autores de la base de datos, protege, si bien en menor medida (durante un plazo inferior y con menores facultades) al fabricante de la base de datos, aunque no sea original en el sentido de la disposición u ordenación de sus contenidos. Y también establece unos límites específicos a este derecho “sui generis” (art.9). Estos límites son de libre adopción por los Estados de la UE, y consisten en la facultad del usuario legítimo de extraer una parte sustancial del contenido de la base de datos no electrónica para uso privado, y de cualquier base con fines ilustrativos de la enseñanza o de investigación científica, y de extraer o reutilizar la base para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial.

La regulación de la LPI (arts. 34 y 135.1) se atiene literalmente a lo dispuesto por la Directiva:

Como regla general, el usuario legítimo tiene derecho a realizar todos los actos precisos para acceder al contenido de la base de datos y para su normal utilización, aunque afecte a los derechos de explotación del autor, y establece los tres límites obligatorios en la directiva y ninguno más (reproducción con fines privados de una BD no electrónica, extracción con fines de enseñanza/investigación, extracción con fines de seguridad pública, o constancia en procedimiento administrativo o judicial) (Art. 34 LPI).

Pero la LPI sí establece en su art. 135 los límites al derecho “sui generis”, de establecimiento opcional por los Estados de la UE según la Directiva citada: el titular no podrá impedir al usuario legítimo de dicha base extraer y/o reutilizar partes no sustanciales de su contenido, ni impedir la extracción o reutilización de partes sustanciales en los tres casos contemplados en la Directiva: copia privada no electrónica, educación o investigación, o constancia en procedimientos.

Utilización de obras con ocasión de información de actualidad

10bis.2 BERNA.

Art. 5.3.c) y 3.i) Directiva 2001/29/CE.

Art. 35.1 LPI: “cualquier obra susceptible de ser vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad puede ser reproducida, distribuida y comunicada públicamente, si bien sólo en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa”.

- La obra aparece de forma incidental en la noticia: sólo en la medida que lo justifique el fin informativo. Estamos ante uno de los casos en que el derecho a recibir información veraz prevalece sobre el derecho de propiedad intelectual.

- No se exige que la obra haya sido divulgada, ni que se expresen la fuente y el autor.

Obras situadas en vías públicas

Art. 5.3.h. Directiva 2001/29/CE.

Art. 35.2 LPI

Afecta a la reproducción/distribución/comunicación pública de estas obras. Pueden realizarse tales actos, incluso con ánimo de lucro, si se dan cumulativamente estos tres requisitos:

- Ubicación permanente (no una exposición temporal, aunque sea en una vía pública).
- Lugar accesible al público y exterior: “calles, plazas, u otras vías públicas” (no en un jardín privado, o dentro de un edificio oficial).
- Reproducción bidimensional.

Cable, satélite y grabaciones técnicas

El art. 36 LPI establece una serie de límites al derecho de comunicación pública que en realidad no tienen el mismo significado que los demás, en el sentido de que no permiten a los usuarios explotaciones no autorizadas, pues tratan simplemente de dotar de coherencia a determinadas autorizaciones que por su forma de expresión podrían resultar problemáticas. En definitiva, son límites que responden a la lógica de la autorización, evitando problemas de interpretación que pudieran derivarse de la diversidad de medios tecnológicos utilizados.

Contempla tres supuestos:

- La autorización para emitir una obra por radiodifusión comprende la de transmisión por cable de esa emisión, si no se excede del ámbito geográfico de la autorización.
- La autorización para emitir una obra también comprende la incorporación a un programa dirigido hacia un satélite que permita la recepción de esta obra a través de entidad distinta de la de origen, cuando el autor o su derechohabiente haya autorizado a esta última entidad para comunicar la obra al público.
- La cesión del derecho de comunicación pública de una obra, cuando ésta se realiza a través de la radiodifusión, permite su grabación por las entidades de radiodifusión, con sus propios medios y para sus propias emisiones, a los solos efectos de la emisión autorizada.

Reproducción, préstamo y consulta en determinadas instituciones

Art. 37 LPI.

En todos los casos, el uso de la obra debe realizarse por museos, bibliotecas, fonotecas, hemerotecas, filmotecas, archivos, y similares de titularidad pública o integrados en instituciones culturales o científicas.

La finalidad es facilitar el acceso a la cultura y a la investigación o conservación de fondos, siempre que no exista ánimo de lucro.

1.- Reproducción

Art. 37.1 LPI, art. 5.2.c. Directiva 2001/29/CE.

Reproducciones no lucrativas por parte de museos, bibliotecas, archivos, y similares exclusivamente para fines de investigación o conservación.

El destinatario de la reproducción puede ser un tercero.

No existe derecho a remuneración.

2.- Préstamo

Art. 37.2 LPI, art. 10.1. Directiva 2006/115/CE.

El préstamo es diferente del alquiler: ver art. 19.4 LPI (préstamo: puesta a disposición de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico realizada por establecimientos accesibles al público; el alquiler requiere beneficio económico o comercial directo o indirecto).

Requisitos:

- Contempla los préstamos realizados por bibliotecas y similares de titularidad pública, o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico, o educativo sin ánimo de lucro.
- Estos establecimientos deben remunerar a los autores por los préstamos de sus obras a través de las entidades de gestión colectiva, por lo que estamos ante un derecho de remuneración de gestión colectiva obligatoria.
- Cuantía actual: 0'20 euros por ejemplar adquirido.

Excepciones a la remuneración:

- Establecimientos públicos en municipios pequeños (menos de 5.000 habitantes).
- Bibliotecas de instituciones docentes.

3.- Comunicación y puesta a disposición en red cerrada en determinadas instituciones

art. 5.3.n. Directiva 2001/29/CE

Art. 37.3 LPI.

Usos autorizados: Comunicación y puesta a disposición.

Personas legitimadas para el uso: personas concretas del público.

Objeto: obras que figuren en los fondos propios de museos, bibliotecas, archivos, y similares.

Condiciones del uso:

- Fines de investigación.
- Mediante red cerrada e interna con terminales especializados instalados a este efecto en los propios locales. Excluye la consulta remota.

Los autores de las obras comunicadas tienen derecho a una remuneración equitativa. No es un derecho de gestión colectiva obligatoria.

Actos oficiales y ceremonias religiosas

Art. 5.3 de la directiva 2001/29/CE.

Art. 38 LPI

Objeto: obras musicales ya divulgadas.

Uso permitido: comunicación pública en su modalidad de ejecución en directo de obras musicales

Condiciones:

- Ejecución en el curso de actos oficiales del Estado, de las Administraciones públicas y ceremonias religiosas (no son este tipo de actos las festividades de un municipio). Exige la solemnidad del acto.
- Acto abierto al público gratuitamente.
- Los artistas no son remunerados por la ejecución.

Parodia

Art. 5.3.k. Directiva 2001/29/CE

Art. 39 LPI

No existe una definición legal de parodia.

Supone recrear o transformar una obra preexistente ya divulgada, a fin de conseguir un efecto humorístico o irónico. Puede parodiarse un personaje, una obra visual, o musical, un texto, con fines publicitarios, etc.

Es un límite al derecho de transformación.

Condiciones:

- Que la obra original ya esté divulgada y sea conocida.

- Que no exista riesgo de confusión entre una y otra.
- Que la parodia no infiera un daño/perjuicio a la obra parodiada.
- Que la parodia no infiera un daño al autor de la obra parodiada.

Programas de ordenador

Los límites a los derechos sobre un programa de ordenador, la LPI los regula en su art. 100, fuera del capítulo dedicado con carácter general a las excepciones.

En la regulación general sólo se menciona a los programas de ordenador para excluirlos de la copia privada. Los límites a los derechos de explotación del programa de ordenador tienen como finalidad la de permitir al usuario legítimo su normal utilización obteniendo el rendimiento buscado al adquirir el programa.

Usuario legítimo es aquél que ha sido autorizado para el uso de una copia del programa con el fin de cubrir sus propias necesidades. Se diferencia del cesionario de derechos de explotación, pues al usuario legítimo no se le cede derecho alguno sino que, simplemente, se le autoriza el uso.

Límites a los derechos exclusivos - son los actos necesarios para la utilización del programa por el “usuario legítimo” (art. 100.1, 3, y 5 LPI):

- Reproducción y transformación (incluida corrección de errores) cuando sean necesarios para la utilización del programa con arreglo a su finalidad propuesta, salvo pacto en contrario.
- Observar, estudiar o verificar su funcionamiento con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa.
- Copia de seguridad por el usuario legítimo (art. 100.2 LPI). Se puede prohibir por pacto o contrato si no resulta necesaria para su utilización. Es diferente a la copia privada (art. 31.2 LPI).
- Interoperabilidad (art. 100.5 LPI): reproducción y transformación para conseguir la interoperabilidad con programas creados de forma independiente.

Sobre la cuestión de la interoperabilidad e ingeniería inversa hay un antecedente importante en USA. Se trata de la Sentencia dictada por la Corte de Apelación, Noveno Circuito, el 20 de Octubre de 1992, en el caso SEGA v. Accolade. Accolade desarrolló juegos que eran compatibles

con las consolas de SEGA, para lo cual hubo de utilizar sin autorización ingeniería inversa. En Wikipedia hay un resumen del caso, que además tiene implicaciones relativas al derecho de marca, y en el que fueron desestimadas las pretensiones de SEGA, analizándose en profundidad, entre otras cuestiones, la doctrina del “fair use” como límite a los derechos de propiedad intelectual en USA. También puede consultarse la sentencia íntegra.

- Límite específico para el cesionario (aquél al que el titular ha cedido los derechos de explotación): el cesionario (art. 100.4 LPI) puede realizar o autorizar versiones sucesivas y programas derivados.

La LPI reitera la “regla de los tres pasos” con respecto a los límites específicos para los programas de ordenador (art. 100.7 LPI): los límites sólo serán aplicables en los casos concretos especificados en la Ley, siempre que no perjudiquen de manera injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos ni impidan la explotación normal del programa.

El art. 102 LPI relaciona una serie de ejemplos de infracción de los derechos: poner en circulación copias de un programa conociendo, o pudiendo presumir, su carácter ilegítimo; poseer con fines comerciales una o más copias de un programa, conociendo, o pudiendo presumir, su naturaleza ilegítima; tener o distribuir instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización de los dispositivos técnicos utilizados para proteger el programa (violación de medidas tecnológicas y de gestión de derechos). Las estrategias de los titulares de derechos de ordenador para evitar la infracción de sus derechos oscilan desde la tolerancia resignada hasta la agresividad.

Capítulo 9. Transmisión de los derechos

Resumen

En este capítulo se presentan las normas que regulan la transmisión (cesiones o autorizaciones de uso) de los derechos de propiedad intelectual y algunas modalidades de contratos y licencias frecuentes.

Sección 1. Modos de la transmisión

A diferencia de lo que ocurre en el sistema del “copyright”, en el sistema continental de derechos de autor no se admite la posibilidad de transmisión de la PI como un todo unitario, porque siempre permanecen en poder del autor derechos morales, y en algunos ordenamientos, como el español, derechos de remuneración.

Transmisión “mortis causa”

Al morir una persona le suceden sus herederos, recibiendo sus derechos, bienes y deudas, entre los que se encuentran los derechos de propiedad intelectual (art. 42 LPI). La “transmisión mortis causa” de un derecho de PI es la transferencia de su titularidad de una persona física a otra física o jurídica derivada de la muerte o declaración de fallecimiento de aquélla.

Lo que puede transmitir un titular originario de derechos a sus herederos son sus derechos patrimoniales (de explotación y de remuneración) mientras no se extingan pasando a dominio público.

Los derechos morales del autor y de artistas, intérpretes y ejecutantes, en el sistema continental son inalienables, por lo que en sí mismos no se transmiten: son inherentes a la persona de su titular (derechos de la personalidad, se encuentran vinculados con los derechos de privacidad, honor, reputación etc. del autor). Algunos se extinguen a la muerte de su autor, y respecto a los demás (integridad y paternidad) lo que se transmite es la facultad de ejercerlos; por eso los arts. 15 y 113.2 LPI hablan de “supuestos de legitimación mortis causa” para referirse a quién corresponde el ejercicio de los derechos morales que sobreviven al autor o al artista después de su muerte.

Sin embargo los derechos patrimoniales si se transmiten al fallecimiento del autor: el heredero se subroga en la situación del autor.

Transmisión "intervivos": licencias y contratos

Como hemos dicho en el apartado anterior no pueden transmitirse los derechos morales que además son irrenunciables. De los derechos patrimoniales, los derechos de explotación son siempre transmisibles; sin embargo algunos de los derechos de remuneración de autores e intérpretes o ejecutantes no son transmisibles "inter vivos". Así, es irrenunciable e intransmisible "inter vivos" el derecho de remuneración de los autores de obras audiovisuales por comunicación pública mediante exhibición con precio de entrada y el derecho de los autores de obras audiovisuales a una remuneración por proyección o exhibición sin exigir precio de entrada y la transmisión al público por cualquier medio o procedimiento alámbrico o inalámbrico incluida la puesta a disposición interactiva (Artds. 90.3 , 90. 4. y 90.6 LPI).

El contenido de los derechos de explotación de la PI consiste en el derecho de autorizar o prohibir determinada explotación y su titular puede:

- Ejercer ese derecho, explotando su obra mediante actos unilaterales: reproduciendo, distribuyendo, y/o comunicando sus obras por si mismo, y/o otorgando licencias de uso de la obra describiendo en qué condiciones y con qué alcance terceras personas pueden usar la obra. Por ejemplo las licencias creative commons, permiten elegir entre varias de sus modalidades, en función de que se permita la utilización lucrativa de la obra y su transformación, bien libre, o bien condicionada a licenciar la obra resultado de la transformación con una licencia igual a la de la obra original, obligando en todos los casos a respetar la atribución de la obra a su autor (derecho de paternidad). <http://es.creativecommons.org/licencia/> En España, un sistema de licencias que obedece a parámetros similares es el de Color Iuris: <http://www.coloriuris.net/presentaciones/explicacion-sistema/#/1/>
- Acometer la explotación mediante contratos bilaterales: respetando el marco de las normas generales de derecho necesario que en protección del autor establece la LPI, las partes regularán las condiciones de explotación de la obra, tras la negociación de las mismas.

Entendemos por transmisión la cesión de la titularidad de un derecho a un tercero (persona física o jurídica), normalmente como consecuencia de un contrato expreso o una presunción legal vinculada a un contrato. Aunque puede obedecer a otros supuestos, como por ejemplo el de ejecución forzosa (embargo) o sucesión de empresas (fusión, absorción o disolución y

liquidación de sociedades).

Sección 2. Importancia del contrato y su precisión conceptual

La toma de decisiones sobre una actividad con implicación de PI exige el planteamiento del proyecto y su análisis, hasta desglosar sujetos, objetos y derechos implicados. Dicho análisis determinará qué derechos de PI requiere la actividad, y de quién hemos de recabarlos, en su caso.

Principios básicos de la contratación

El vehículo general para la transmisión de derechos de explotación es el contrato.

En la contratación de derechos de PI no hay siempre libertad para hacer los contratos “como uno quiera”, pues la implicación de ciertos factores (libertad de opinión y fomento de la creación, especial protección de los bienes culturales, desigualdad de las partes: creadores por un lado, e industria por otro) aconsejan al legislador no ser neutral.

Las normas generales de la transmisión de los derechos del autor están recogidas en el título V del libro I de la LPI.

Como aspectos generales que informan dicha regulación encontramos:

- Su carácter tuitivo: los beneficios que se reconocen en el título V sobre transmisión de derechos a favor de los autores y sus derechohabientes son irrenunciables (Art. 55 LPI).
- La obligada contratación por escrito: Toda cesión deberá formalizarse por escrito. Si, previo requerimiento fehaciente, el cesionario incumpliera esta exigencia, el autor podrá optar por la resolución del contrato (Art. 45 LPI).
- La importancia de formalizar un contrato por escrito deriva de la necesidad de definir el uso autorizado pues el alcance de la transmisión debe interpretarse restrictivamente: el contrato ha de definir exactamente quién, cómo, dónde, cuándo y para qué puede usarse la obra (art. 43.1 LPI).

Normas generales de la contratación

A continuación examinamos cada una de las normas que imponen determinadas restricciones a la libertad de pactos, estableciendo las consecuencias de la falta de previsión contractual:

A. Nulidad de determinados pactos: son nulas las estipulaciones por las que el autor cede los derechos de explotación respecto al conjunto de su obra que pueda crear en el futuro (Art. 43. 3 LPI).

También son nulas las cláusulas por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro (Art. 43. 4 LPI).

El contrato deberá identificar suficientemente la obra u obras a las que se refiere.

B. El contenido de la cesión: art. 43.1 LPI: La cesión queda limitada (interpretación restrictiva):

a) Al derecho o derechos cedidos (reproducción, distribución, comunicación pública, transformación).

b) A las modalidades de explotación expresamente previstas. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquélla que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo (art. 43.2 LPI).

Art. 45.5 LPI: La transmisión no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión.

C. El plazo de la cesión: La falta de mención del tiempo limita la transmisión a 5 años (art. 43.2 LPI).

D. El ámbito territorial de la cesión: Su falta de mención limita la transmisión al país donde se firme el contrato (art. 43.2 LPI).

E. El alcance de la cesión:

1. Cesión en exclusiva (Art. 48 LPI): Si la cesión es en exclusiva debe pactarse así expresamente (pues no se presume) y atribuye al cesionario dentro del ámbito al que se refiera la cesión la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente, y

a) Confiere al cesionario legitimación para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido.

b) Constituye al cesionario en la obligación de poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida.

2. Cesión no exclusiva: (Art. 50 LPI) El cesionario no exclusivo quedará facultado para utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión, en concurrencia con otros cesionarios y con el propio cedente.

F. La transmisibilidad de la cesión: El contrato ha de contemplar si el cesionario a su vez puede o no ceder a un tercero, pues:

a) Las cesiones en exclusiva atribuyen al cesionario la facultad de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros, salvo pacto en contrario. (Art. 48 LPI). Pero nada impide establecer tal pacto en contra de modo que sea intransmisible. Es incluso posible que el autor consienta expresamente en el contrato la transmisión de la cesión en exclusiva a un tercero (Art. 49 LPI). Si el cesionario cede en exclusiva a un tercero sin consentimiento del autor es responsable solidario con el nuevo cesionario de las obligaciones de la cesión.

b) Las cesión no exclusiva no es transmisible (Art. 50 LPI), excepto lo que indicamos a continuación.

En ambos casos, no se exige el consentimiento del autor cuando la transmisión obedezca a la disolución o cambio de titularidad de la empresa cesionaria (Arts. 49 y 50 LPI).

G. La contraprestación por la cesión de derechos de explotación: la cesión puede ser gratuita u onerosa, en este último caso el contrato ha de establecer la remuneración y sus condiciones.

NORMA GENERAL: RETRIBUCION PROPORCIONAL

La cesión otorgada por el autor a título oneroso le confiere participación proporcional en los ingresos de la explotación, en la cuantía convenida con el cesionario (Art. 46.1 LPI). Por tanto, en el contrato ha de convenirse tal participación proporcional.

EXCEPCIÓN: RETRIBUCION A TANTO ALZADO.

Podrá estipularse, no obstante, una remuneración a tanto alzado para el autor en los siguientes casos (Art. 46.2 LPI): Cuando, atendida la modalidad de la explotación, exista dificultad grave en la determinación de los ingresos o su comprobación sea imposible o de un coste desproporcionado con la eventual retribución; Cuando la utilización de la obra tenga carácter accesorio respecto de la actividad o del objeto material a los que se destinen; Cuando la obra, utilizada con otras, no constituya un elemento esencial de la creación intelectual en la que se integre; En el caso de la primera o única edición de las siguientes obras no divulgadas previamente: diccionarios, antologías y enciclopedias; prólogos, anotaciones, introducciones y

presentaciones; obras científicas; trabajos de ilustración de una obra; traducciones; ediciones populares a precios reducidos.

El art. 52 LPI añade a esa lista las obras reproducidas en publicaciones periódicas.

Aún en los casos de cesión retribuida a tanto alzado el art. 47 LPI establece una cautela en beneficio del autor, la llamada acción de revisión por remuneración no equitativa: “Si en la cesión a tanto alzado se produjese una manifiesta desproporción entre la remuneración del autor y los beneficios obtenidos por el cesionario, aquél podrá pedir la revisión del contrato y, en defecto de acuerdo, acudir al juez para que fije una remuneración equitativa, atendidas las circunstancias del caso. Esta facultad podrá ejercitarse dentro de los 10 años siguientes al de la cesión”.

A la hora de negociar y redactar un contrato de cesión de derechos, habrá que tener en cuenta las anteriores prescripciones, pues la omisión de algún aspecto (como el plazo o territorio de la cesión, su carácter exclusivo o no) puede tener importantes consecuencias.

Supuestos especiales

Hay tres supuestos que se regulados específicamente en la LPI respecto a la transmisión de derechos.

Contratación en el ámbito laboral

1. Autor asalariado (Art. 51 LPI)

La transmisión al empresario de los derechos del autor asalariado se regirá por lo pactado en el contrato (Art. 51.1 LPI).

A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral (51.2 y 3 LPI).

Esta presunción admite prueba en contrario, y en todo caso se refiere únicamente a la obra realizada en virtud de esa relación laboral y para su explotación en el marco de la actividad habitual de la empresa cesionaria.

El art. 51.4 LPI establece que “las demás disposiciones de esa ley serán de aplicación a estas transmisiones, siempre que así se derive de la finalidad y objeto del contrato”.

2. Autor asalariado de programa de ordenador (51.5 y 97.4 LPI)

Remisión del 51.5 LPI.- La titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario se regirán por lo previsto en el apartado 4 del artículo 97 de esta ley.

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

3. Transmisión de los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes con relación laboral o de arrendamiento de servicios (art. 110 LPI)

Si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este título y que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación a los derechos de remuneración reconocidos en los apartados 3,4 y 5 de la artículo 108.

Transmisión de derechos para publicaciones periódicas (Art. 52 LPI)

Dispone el Art. 52 LPI que “Salvo estipulación en contrario, los autores de obras reproducidas en publicaciones periódicas conservan su derecho a explotarlas en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se hayan insertado. El autor podrá disponer libremente de su obra, si ésta no se reprodujese en el plazo de un mes desde su envío o aceptación en las publicaciones diarias o en el de 6 meses en las restantes, salvo pacto en contrario”.

La posibilidad del pacto en contrario nos remite de nuevo a la redacción del contrato, donde se puede regular en un sentido diferente el uso que el autor pueda hacer de su propia obra o los plazos para la publicación.

Transmisión de derechos a los propietarios de ciertos soportes materiales (Art. 56 LPI)

A tenor del art. 56.1 LPI el adquirente de la propiedad del soporte al que se haya incorporado la obra no ostenta ningún derecho de explotación sobre ella, excepto el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica, que tendrá el derecho de exposición pública de la obra, salvo pacto en contrario, y siempre haciéndolo en condiciones que no perjudiquen el honor o la reputación profesional del autor.

Así pues, si el adquirente pretendiera explotar la obra de forma distinta a la exposición, deberán concretarse por escrito los usos permitidos.

Sección 3. Contrato de encargo de obra

Existen muchos contratos sin regulación específica, en los que deben incluirse cláusulas de transmisión de derechos de PI: todos aquellos cuyo objeto o cumplimiento directo o indirecto implique el uso de bienes protegidos por la PI, como por ejemplo contrato de encargo de software, licencia de usos de bases de datos, merchandising, creación publicitaria, transformación audiovisual, desarrollo de página Web, exposición de obra visual etc..

Llamamos contrato de encargo de obra al acuerdo entre el comitente (el que encarga la obra) y el autor para que éste cree determinada obra, bien para su disfrute personal (, por ejemplo, un retrato), bien para ejercer derechos de explotación sobre ella (por ejemplo, las ilustraciones para una publicación). Es un contrato que no viene regulado expresamente en la LPI, luego hemos de atenernos a las normas generales de la LPI y al CC, que regula el denominado “contrato de arrendamiento de obra”. Vamos a continuación a extraer de las citadas regulaciones las prescripciones básicas para poder articular con claridad el encargo de cualquier obra protegida.

Es clara la conveniencia de que el contrato de encargo se formalice por escrito. Ello resulta a veces obligatorio (es obligatorio cuando el encargo vaya acompañado de la cesión anticipada de algún derecho de explotación, como será lo habitual: Art. 45 LPI) y entonces el autor puede impeler al comitente a otorgar el contrato por escrito, o resolverlo, si se niega.

Entre otros extremos, conviene determinar el tipo, la calidad y el destino de la obra, los derechos de explotación cedidos, en su caso, el plazo de entrega de la versión única o primera, versiones adicionales exigibles en su caso, y desde luego, precio y/o forma de remuneración

proporcional.

Respecto a la regulación del CC en general es añeja, está pensada para obras arquitectónicas y suele ser dispositiva para las partes, pero vamos a destacar las prescripciones que consideramos más importantes, por constituir derecho necesario (obligatorio en todo caso) o supletorio (opera ante una laguna del contrato) y aplicable de modo nítido en nuestro campo:

- a) Si se conviene que la obra ha de hacerse a satisfacción del comitente, a falta de conformidad se entiende reservada la aprobación a un juicio pericial (Art.1.598 CC).
- b) El autor tiene derecho a retener la obra hasta que se le pague (art. 1.600 CC).
- c) Si no se ha previsto en el contrato, el pago se hace a la entrega (art. 1.599 CC).
- d) Si el autor se obliga a crear la obra por piezas o por medida (por ejemplo, capítulos de cualquier obra literaria) el autor puede exigir al comitente que la reciba por partes y le pague en proporción (art. 1.592 CC). Además, se presume aprobada y recibida la parte satisfecha.

Sección 4. Contrato de edición

El término “edición” se utiliza en el sector de la producción audiovisual y musical en un sentido muy amplio (p.ej. cuando se habla de “edición de guiones” al denominar la función de coordinar a los distintos guionistas que trabajan en una obra dotando al guión de continuidad, o cuando nos referimos al “editor de vídeo” como la persona que realiza, en una obra audiovisual, el montaje).

La LPI vigente emplea el término edición en un sentido más estricto: la acción conjunta de la reproducción y la distribución de una obra con autorización del autor (art. 58 LPI). Centrándonos en la regulación de la vigente LPI, la modalidad más típica es la edición de obras literarias en forma de libros y revistas, tanto en soporte papel como en otros soportes tangibles (por ejemplo: una enciclopedia “editada” en DVD). La LPI no aborda la edición “on line”.

En el caso de la edición de obra musical su explotación (a diferencia de los libros) no se realiza siempre mediante la edición de partituras (reproducción y distribución) pues comprende su comunicación pública en la mayoría de los casos. En consecuencia, en el art. 71 LPI se regula este supuesto.

También las obras plásticas pueden ser editadas: reproducidas y distribuidas al público en cualquier soporte y formato.

Será normalmente el contrato de edición el vehículo utilizado para articular la reproducción y distribución comercial de obras protegidas.

LA LPI dedica al contrato de edición una detallada regulación en el Cap. II del Tit. V de su libro I. No es necesario conocer en detalle toda esta regulación a quien no trabaje en el sector editorial, si bien vamos a continuación a tratar de sistematizarla. Se aprecia, en general, que se trata de dotar a los autores de obras que se reproducen y distribuyen de una especial protección frente a los intereses de las industrias editoras, protección que con frecuencia se ve superada por las prácticas comerciales del sector.

Contenido del contrato de edición en la LPI

“Por el contrato de edición el autor o sus derechohabientes ceden al editor, mediante compensación económica, el derecho de reproducir su obra y el de distribuirla. El editor se obliga a realizar estas operaciones por su cuenta y riesgo en las condiciones pactadas y con sujeción a lo dispuesto en esta ley” (Art. 58 LPI).

No puede ser objeto de un contrato de edición una obra futura (Art. 59.1 LPI).

Por ello, dispone el art. 59.2 LPI 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”.

a.- Normas generales del contrato de edición

No son disponibles, ni por lo tanto negociables, los beneficios reconocidos a los autores en el Título V de la LPI (Art. 55 LPI), que regula la transmisión de derechos del autor, e incluye las normas del contrato de edición. En cuanto a la forma, el contrato de edición deberá formalizarse por escrito. La consecuencia de la omisión de forma escrita es la nulidad del contrato.

El contrato ha de expresar en todo caso:

1. Si la cesión del autor al editor tiene carácter de exclusiva (en caso de omisión, al no haber regla específica, rige la general: la cesión en exclusiva ha de ser expresa, luego se entiende no exclusiva en ausencia de pacto).
2. Su ámbito territorial (en caso de omisión, al no haber regla específica, rige la general: queda limitado al país donde se produzca la cesión).

3. El número máximo y mínimo de ejemplares que alcanzará la edición o cada una de las que se convengan. Es nulo el contrato de edición que omita este particular, excepto en el caso del contrato de edición de obras musicales o dramático-musicales por el que se concedan además al editor derechos de comunicación pública, que será válido aunque no exprese el número de ejemplares (Art. 71. 1ª LPI).

4. La forma de distribución de los ejemplares y los que se reserven al autor, a la crítica y a la promoción de la obra (Art. 60.4 LPI). En caso de omisión, al no haber regla específica, rige la “interpretación restrictiva general”: queda limitada la forma de distribución a aquélla que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir su finalidad.

5. La remuneración del autor, “establecida conforme a lo dispuesto en el art. 46 LPI de esta ley” (Art. 60. 5 LPI). Es nulo el contrato de edición que omita este particular. La remisión al art. 46 LPI indica que en general la remuneración ha de ser proporcional a los ingresos de la explotación (y por tanto, a la venta de ejemplares distribuidos), pero como hemos visto mas arriba (retribución) el art. 46. 2 LPI establece algunas excepciones para la primera o única edición de determinados tipos de obra, edición que puede ser remunerada a tanto alzado.

Podrían añadirse a estos supuestos las ediciones de obras de cualquier género pensadas para distribuir gratuitamente.

El plazo para la puesta en circulación de los ejemplares de la única o primera edición, que no podrá exceder de 2 años contados desde que el autor entregue al editor la obra en condiciones adecuadas para realizar la reproducción de la misma.

Hay dos excepciones:

a) El caso del contrato de edición de obras sinfónicas o dramático-musicales por el que se concedan además al editor derechos de comunicación pública, en que tal plazo no puede exceder de 5 años: art. 71. 2ª LPI.

b) El caso de las ediciones de antologías de obras ajenas, diccionarios, enciclopedias y colecciones análogas, prólogos, epílogos, presentaciones, introducciones, anotaciones, comentarios e ilustraciones de obras ajenas, donde no rige tal limitación: art. 63 LPI.

La omisión de tal plazo dará acción a los contratantes para compelerse recíprocamente a subsanar la falta. En defecto de acuerdo, lo hará el Juez atendiendo a las circunstancias del contrato, a los actos de las partes en su ejecución y a los usos (Art. 60.6º LPI y 61.2º LPI).

7. El plazo en que el autor deberá entregar el original de su obra al editor. La omisión de tal plazo dará acción a los contratantes para compelerse recíprocamente a subsanar la falta. En defecto de acuerdo, lo hará el juez atendiendo a las circunstancias señaladas en el apartado 6 antecedente (Arts. 60. 7º y 61. 2º LPI).

8. La forma y el plazo para corregir las pruebas de tirada. Si no hay pacto en contrario, se someterán las pruebas de la tirada al autor (art. 64. 2º LPI). El autor, durante el período de corrección de pruebas, podrá introducir en la obra las modificaciones que estime imprescindibles, siempre que no alteren su carácter o finalidad, ni se eleve sustancialmente el coste de la edición. En cualquier caso, el contrato de edición podrá prever un porcentaje máximo de correcciones sobre la totalidad de la obra (Artículo 66 LPI).

9. Cuando se trate de la edición de una obra en forma de libro (Art. 62 LPI) el contrato deberá expresar, además, los siguientes extremos:

a) La lengua o lenguas en que ha de publicarse la obra. En su ausencia, sólo tendrá derecho el editor a publicarla en el idioma original de la misma. Cuando el contrato establezca la edición de una obra en varias lenguas españolas oficiales, la publicación en una de ellas no exime al editor de la obligación de su publicación en las demás. Si transcurridos 5 años desde que el autor entregue la obra, el editor no la hubiese publicado en todas las lenguas previstas en el contrato, el autor podrá resolverlo respecto de las lenguas en las que no se haya publicado.

b) El anticipo a conceder, en su caso, por el editor al autor a cuenta de sus derechos. No es obligatorio, aunque sí frecuente en el mundo editorial, pagar un anticipo. Pero si se paga, es necesario consignarlo en el contrato. Aunque tampoco cabe descartar que, por cualquier motivo, este anticipo se pacte después de la firma del contrato, e incluso, después de la edición.

c) La modalidad o modalidades de edición y, en su caso, la colección de la que formarán parte. Este punto reitera la norma general respecto a la modalidad de explotación. En este caso, se refiere a los distintos tipos de soportes en “formato libro” que el contrato autoriza: edición económica o de bolsillo, rústica, tapa dura o cartoné, etc... No existiendo regla específica para la omisión de este particular, habrá de estarse a la norma general restrictiva: si no se especifica la modalidad de edición, ésta habrá de limitarse a la modalidad que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir su finalidad (art. 43.2 LPI).

Una vez perfeccionado el contrato de edición (como todos los demás), éste obliga al cumplimiento de lo regulado expresamente en el mismo, y además a todas las consecuencias que

se deriven de la ley, de la buena fe y del uso (Art. 1.258 c.c.). A continuación vamos a examinar qué obligaciones impone la LPI al editor, aunque no vengan expresamente reguladas en el contrato, teniendo en cuenta que siendo obligaciones del editor que configuran correlativos derechos del autor, éstos son irrenunciables, luego el contrato puede modular su ejercicio, pero no eliminarlos.

b.- Obligaciones del editor

En general, es obligación del editor cumplir el contrato: Reproducir la obra en la forma convenida. Si no lo hace, el autor puede resolver el contrato (Art. 68.1.a LPI). La reproducción ha de respetar los derechos morales del autor a la integridad (sin introducir modificaciones no autorizadas), y al reconocimiento de su condición (haciendo constar el nombre o signo que lo identifique) (Art. 64.1º LPI). También está obligado a la distribución de la obra en el plazo y condiciones estipulados (Art. 64.2º LPI), a someterle las pruebas de tirada (Art. 64.3º LPI), y satisfacerle la remuneración estipulada (Art. 64.5 LPI). Si no distribuye en la forma convenida, tras un requerimiento expreso del autor, éste puede resolver el contrato (Art. 68.1.b LPI).

Además, la LPI deriva de todo contrato de edición típico las siguientes obligaciones del editor:

a) Asegurar a la obra una explotación continua y una difusión comercial conforme a los usos habituales en el sector profesional de la edición (art. 64.4º LPI). Si no lo hace, tras un requerimiento expreso del autor, éste puede resolver el contrato (art. 68.1.a LPI).

b) Cuando la remuneración sea proporcional, poner a disposición del autor al menos una vez cada año, la oportuna liquidación y las cuentas que la soporten (art. 64.5 LPI). Deberá, asimismo, poner anualmente a disposición del autor un certificado en el que se determinen los datos relativos a la fabricación, distribución y existencias de ejemplares. A estos efectos, si el autor lo solicita, el editor le presentará los correspondientes justificantes. Si no remunera el editor, o lo hace sin atenerse a lo expuesto, tras un requerimiento expreso del autor, éste puede resolver el contrato (art. 68.1.b LPI).

c) Restituir al autor el original de la obra objeto de la edición, una vez finalizadas las operaciones de impresión y tirada de la misma (art. 64.6 LPI). Ante el incumplimiento de tal obligación, cabe al autor el derecho a reivindicar el original.

La LPI establece determinados derechos del autor en caso de venta en saldo o destrucción de la edición: no puede venderse como saldo antes de 2 años de la inicial puesta en circulación de los ejemplares, y tras este plazo el autor goza de ciertos privilegios (Art. 67 LPI).

Además de las causas de resolución a instancias del autor ya citadas, que hemos ido relacionando con el incumplimiento de determinadas obligaciones del editor, la LPI, siempre buscando que la confianza en el editor y las expectativas económicas del autor no se vean defraudadas por hechos que le son ajenos, establece las siguientes (Arts. 68.1.d, e y f, y 68.2 LPI):

- a) Si el editor cede indebidamente sus derechos a un tercero.
- b) Cuando, previstas varias ediciones y agotada la última realizada, el editor no efectúe la siguiente edición en el plazo de un año desde que fuese requerido para ello por el autor.

Una edición se considerará agotada a estos efectos cuando el número de ejemplares sin vender sea inferior al 5 por 100 del total de la edición y, en todo caso, inferior a 100.

- c) En los supuestos de liquidación o cambio de titularidad de la empresa editorial, siempre que no se haya iniciado la reproducción de la obra, con devolución, en su caso, de las cantidades percibidas como anticipo.
- d) Cuando por cese de la actividad del editor o a consecuencia de un procedimiento concursal se suspenda la explotación de la obra, la autoridad judicial, a instancia del autor, podrá fijar un plazo para que se reanude aquélla, quedando resuelto el contrato de edición si así no se hiciera.

c.- Extinción del contrato

El contrato de edición se extingue (salvo en el caso del contrato de edición de obras sinfónicas o dramático-musicales por el que se concedan además al editor derechos de comunicación pública: art. 70, 3ª LPI), además de por las causas generales de extinción de los contratos, por causas especiales fijadas en garantía del derecho del autor a la explotación efectiva de la obra (Art. 69 LPI): por la venta de la totalidad de los ejemplares, si ésta hubiera sido el destino de la edición, por el transcurso de 15 años desde la entrega de la obra, plazo máximo de vigencia de un contrato de edición en todo caso, o de 10 años desde la cesión si la remuneración se hubiera pactado exclusivamente a tanto alzado.

Efectos de la extinción: salvo estipulación en contrario, el editor, dentro de los 3 años siguientes a la extinción y cualquiera que sea la forma de distribución convenida, podrá enajenar los ejemplares que posea. Dicha enajenación quedará sujeta a las condiciones establecidas en el contrato extinguido. El autor podrá adquirirlos por el 60 por 100 de su precio de venta al público o por el que se determine pericialmente, u optar por ejercer tanteo sobre el precio de venta.

Transcurrido dicho plazo el editor ha de abstenerse de vender los ejemplares (Art. 70 LPI).

Dispone el art. 73 LPI que los autores y editores, a través de las entidades de gestión de sus correspondientes derechos de PI o, en su defecto, a través de las asociaciones representativas de unos y otros, podrán acordar condiciones generales para el contrato de edición dentro del respeto a la ley. De hecho, la Federación de Gremios de Editores de España (FGEE), la Asociación Colegial de Escritores y la Federación de Asociaciones de Ilustradores suscribieron un convenio en 1989 mediante el que aprobaron como condiciones generales de la contratación cuatro modelos de contratos, que fueron actualizados en 1999: dos de edición (de obras en formato libro y de creaciones visuales en formato libro) y otros dos de encargo de obra (de encargo de obras visuales y de traducción). <http://www.fadip.org/?p=10>

La edición digital

La tecnología de la era digital e Internet supone un cambio importantísimo en el concepto mismo de libro y sus contenidos, su forma de publicación y edición, las formas de acceso y posibles utilidades. Las aportaciones tecnológicas evidentemente inciden en el modelo de negocio tradicional, plantean nuevos retos y proporcionan nuevas oportunidades de explotación. En la actualidad estos nuevos modelos de negocio se encuentran “en construcción” como podéis deducir de las siguientes fuentes de información:

- Conferencia en EOI de Javier Celaya (www.dosdoce.com) en Mayo 2011 sobre “Nuevos modelos de negocio del sector editorial en la era digital”. <http://www.eoi.es/mediateca/video/823> (entrevista). <http://www.eoi.es/mediateca/video/824> (conferencia).
- De la mesa redonda realizada en EOI en noviembre 2010 sobre “Edición Digital” la intervención de Rafael Rivera se centra en los nuevos modelos e negocio (el resto de las intervenciones también son accesibles en la Mediateca de la EOI) <http://www.eoi.es/mediateca/video/501>
- Blog de ANATOMÍA DE RED (www.anatomíadered.com) sobre edición digital.
- Blog de Joaquín Rodríguez “Los futuros del libro”. <http://www.madrimasd.org/blogs/futurosdelibro/>
- Blog de Marcos Pérez, que publicó varios post sobre el futuro del libro: <http://itruminations.wordpress.com/2011/01/18/el-futuro-del-libro-1-ocaso-gutenberg/>

Un primer cambio es el concepto de libro que recoge la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas cuyo artículo 2 contiene definiciones de libro, publicación

seriada, editor, distribuidor: librero, consumidor final. Biblioteca, bibliotecas digitales, impresor/productor de libro y publicación periódica, todas ellas adaptadas al entorno digital. Pero concepto legal empleado al regular el contrato de edición no incluye la comunicación pública (en concreto la puesta a disposición en Internet) por lo que deja fuera de su regulación la explotación “on line” de los libros digitalizados, los electrónicos y aquellos otros que se publiquen o se difundan por Internet o en otro soporte que pueda aparecer en el futuro. En esta situación de falta de regulación del contrato y de modelos de negocio “en construcción” ha generado situaciones problemáticas. En este sentido es interesante el informe de 2011 del Observatorio de la Ilustración gráfica “Los retos de la era digital”.

La Associació d’Escriptors en Llengua Catalana (AELC) y la Asociación Colegial de Escritores de Cataluña (ACEC) firmaron un acuerdo con el Gremi d’Editors de Catalunya, el 8 de junio de 2009, para renovar, después de veinte años sin hacerlo, los actuales modelos de contrato entre escritores y editores. Este acuerdo se amplió el 15 de septiembre de 2011, con la creación de un modelo de contrato para edición digital. <http://www.acec-web.org/spa/23.asp?a=2&b=3> .

Sección 5. Transmisión de derechos en la industria musical y el teatro

La LPI se limita a regular dos contratos típicos en la explotación tradicional de las obras musicales y teatrales: el contrato de ejecución musical y el contrato representación teatral. Vamos a continuación a examinar dicha regulación, y posteriormente abordaremos otros modelos de negocio en la industria musical.

Contratos de ejecución musical y de representación teatral

Mediante el contrato de EJECUCIÓN MUSICAL un compositor (o el titular derivativo que haya adquirido de él el derecho) autoriza a un tercero a ejecutar públicamente una obra musical de su autoría mediando compensación económica.

Mediante el contrato de REPRESENTACIÓN TEATRAL un autor autoriza a un tercero a interpretar públicamente una obra literaria, dramática, pantomímica o coreográfica de su autoría mediando compensación económica.

Vamos a examinar en qué ámbito opera la autonomía de la voluntad en estos contratos, y las consecuencias de determinadas omisiones.

Contenido necesario:

Es importante hacer constar en el contrato (además de lo expuesto en la parte general):

1. Si se contrata la obra para cierto número de comunicaciones, o para un plazo determinado. En ambos casos, también ha de hacerse constar la duración de la cesión, que en exclusiva no podrá exceder de 5 años (art. 75.1 LPI). Si no se establece, el plazo de la cesión se entiende de 5 años (art. 43.2 LPI).
2. El plazo dentro del cual debe llevarse a efecto la comunicación única o primera de la obra. Dicho plazo no podrá ser superior a 2 años, y si no fuese fijado, se entenderá otorgado por un año. En el caso de que tuviera por objeto la representación escénica de la obra, el plazo será el de duración de la temporada (art. 75.2 LPI).
3. La concreta modalidad de explotación de la obra autorizada: si no se concreta, se entenderá limitada a la recitación y representación en salas con pago de entrada (Art. 76 LPI).
4. La remuneración del autor. En los espectáculos públicos comerciales, esta remuneración es normalmente proporcional a los ingresos de la explotación, pero las remuneraciones a tanto alzado están permitidas, al menos como excepción a la regla general (y desde luego, para los supuestos en que el uso autorizado no genere ingresos).
5. Si se autoriza, o no, la radiodifusión de la actuación, y la extensión temporal, geográfica y técnica de tal autorización, toda vez que opera de nuevo una interpretación restrictiva: Salvo pacto en contrario, se entenderá que dicha cesión queda limitada a la emisión de la obra por una sola vez, realizada por medios inalámbricos y centros emisores de la entidad de radiodifusión autorizada, dentro del ámbito territorial determinado en el contrato (art. 84.2 LPI).
6. Quién elige a los intérpretes principales y al director de orquesta: si no se prevé en el contrato, será de mutuo acuerdo entre autor y cesionario (art. 80.2ª LPI).
7. A cargo de quién corren los gastos de copias (de las partituras y del libreto, que deberán ser visadas por el autor) necesarias para la comunicación. En otro caso, correrán a cargo del cesionario (art. 80.1ª LPI).
8. También la redacción de la publicidad de las actuaciones: si no se pactó nada, tal redacción ha de convenirse con el autor (art. 80.3ª LPI).

El contrato de ejecución musical responde a un modelo de explotación decimonónico, en el que la ausencia de tecnologías de reproducción sonora limitaba el mercado musical a la interpretación musical a partir de partituras, que eran proporcionadas por el compositor o su editor a la orquesta o grupo de intérpretes.

El contrato de edición musical y la distribución de la música

La aparición, y generalización como bien de consumo a lo largo del Siglo XX, de tecnologías de reproducción sonora (discos de pizarra, vinilos, cassettes, CDs) así como de la radiodifusión han generado una industria cuyas prácticas rebasan por completo las reguladas por el contrato de ejecución musical. Sin embargo ésta industria del Siglo XX está escasamente regulada en la LPI. En concreto, se regulan fundamentalmente los siguientes aspectos:

a) El contrato de edición musical en el que se ceden además al editor derechos de comunicación pública: El art. 71 de la LPI relaja para esta modalidad de contrato la rígida normativa que regula el contrato de edición general. Así, este contrato:

-No ha de expresar necesariamente el número de ejemplares de la edición, bastando que este número atienda a “las necesidades normales de la explotación de acuerdo a los usos habituales en el sector”.

- El límite para poner la primera o única edición de las obras sinfónicas y dramático musicales en el mercado se eleva de 2 a 5 años.

- No puede resolverse por el autor por la destrucción o venta como saldo por el editor, ni por la venta de la totalidad de los ejemplares, ni por el transcurso de 10 años cuando la remuneración ha sido a tanto alzado en los casos en que ésta es autorizada, (Art. 46.2.d.), ni se considera resuelto en todo caso con el transcurso de 15 años.

La LPI parece limitarse a reconocer que la edición musical no responde ya al parámetro “reproducción y distribución de partituras”, sino que los editores musicales asumen un papel activo en la comunicación pública de las obras, y a respetar las prácticas contractuales en la industria musical que en absoluto “cabén” en los márgenes del contrato de edición. Estas prácticas con frecuencia son abusivas para los autores (que ceden sus derechos de por vida a la industria musical), si bien determinados derechos de remuneración tratan de mantener cierto equilibrio.

b) Los derechos de los autores, intérpretes y productores respecto a las grabaciones fonográficas

(fonogramas). Aquí nos encontramos con:

- Un derecho de remuneración por alquiler de fonogramas para autores y artistas que han cedido su derecho de alquiler al productor fonográfico, cesión que se presume en el caso de los intérpretes del fonograma (Art. 90.2. LPI, y 109.3, 1) y 2) LPI), quedando el derecho exclusivo a autorizar el alquiler en manos del productor. Es notorio que en España los productores fonográficos no autorizan el alquiler de fonogramas, por lo que no existe mercado de alquiler.
- Un derecho de remuneración por puesta a disposición interactiva de los intérpretes en fonogramas, derecho que se presume cedido (Art. 108, 2 y 3 LPI), quedando el derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición en manos del productor.
- Un derecho de remuneración compartido por intérpretes y productores de fonogramas por la comunicación pública en cualquier modalidad (excluida la puesta a disposición interactiva) a pagar por el usuario (generalmente el radiodifusor), que sin embargo no ha de recabar autorización del productor ni del intérprete, sino solamente del autor o su editor. Esta autorización que no es de gestión colectiva obligatoria, pero suele gestionarse colectivamente. Nótese que el productor fonográfico no tiene reconocido el derecho a autorizar la comunicación pública de sus grabaciones mas allá de su puesta a disposición interactiva, que puede ejercer individualmente, y la retransmisión por cable, de gestión colectiva obligatoria (Art. 116.1 LPI). Así, cualquier usuario puede comunicar públicamente la obra a partir de un fonograma si tiene licencia del autor, su editor o su entidad de gestión, pero habrá de remunerar a productores e intérpretes fonográficos a través de sus entidades de gestión.

Nuevas tendencias y modelos de negocio

Este esquema, válido en general para el modelo industrial de la música consolidado durante el S. XX, actualmente convive con otros modelos de negocios propiciados por las tecnologías digitales e Internet, que se encuentran en fase de desarrollo y experimentación, por lo que todavía no hay modelos consolidados.

Así, en la puesta a disposición interactiva de obras musicales han cobrado importancia los agregadores: equivalen a los distribuidores musicales en el mercado digital: aglutinan música, la dotan de una misma estructura y formato tecnológico, y distribuyen digitalmente su catálogo a través de las numerosas tiendas online. Contratan con las compañías discográficas la distribución digital on line, en exclusiva o no. Su tipología es variada, y pueden citarse entre las importantes IODA, CD Baby, The Orchard, Zebralution, y en España, Altafonte, la Central Digital, etc.

Igualmente intervienen ahora en el mercado musical otros proveedores de servicios (Spotify, Pandora, MelOn), operadores de telefonía (Vodafone) y fabricantes de dispositivos (Nokia, Sony Ericson), que se asocian a proveedores de contenidos en variadas fórmulas de negocio.

Sección 6. La obra audiovisual y el contrato de producción

La LPI regula la obra audiovisual en el Título VI de su Libro I, si bien no regula detalladamente, como en los supuestos anteriores, los contratos relativos a la misma, denominados genéricamente contratos de producción. La LPI limita aquí a definir la obra audiovisual, a establecer quiénes son sus autores, y a regular determinadas presunciones de cesión de derechos de explotación a favor de los productores y correlativos derechos de remuneración para los autores. En el libro II de la LPI, se regulan los derechos de los productores sobre sus grabaciones audiovisuales, sean obras protegibles o no, así como presunciones de cesión de derechos de explotación y consecuentes derechos de remuneración de los artistas que participan en las mismas como actores o ejecutantes de su música.

La obra audiovisual

Son obras audiovisuales las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonido, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas por cualquier medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales en que estén incorporadas dichas obras (Art. 86 LPI). Frecuentemente, la obra audiovisual comercial es de producción compleja (intervienen muchos profesionales) y exige una fuerte inversión, siendo el productor el que organiza y financia la producción, y el que organiza la explotación.

Desde el punto de vista de su autoría la obra audiovisual es, en España, y en general en el sistema continental, una “obra en colaboración” (Art. 87 LPI), y lo es por definición legal y en beneficio de sus coautores, pues significa que son titulares de la totalidad de sus derechos de explotación, luego tal calificación legal es irrenunciable (Art. 55 LPI). En el ámbito del “copyright” por el contrario suele considerarse que el productor es el único titular de todos sus derechos, por tratarse generalmente de una obra hecha por encargo (“work made for hire”).

La producción de una obra audiovisual comercial (para cine y televisión, fundamentalmente, aunque también se van produciendo obras únicas o seriadas específicamente destinadas a Internet, y obras “multiplataforma”) supone con frecuencia, desde un punto de vista jurídico, una compleja y muy variable cadena de transmisiones de derechos de propiedad intelectual que

puede iniciarse en el autor de obras preexistentes que no estén en dominio público (novela, obra de teatro, cómic, otra obra audiovisual...), y ha de confluír necesariamente en el productor, que organiza y financia la producción, y organiza la su explotación de la obra. Si la obra audiovisual no se basa en obras preexistentes, la cadena se inicia en los autores de su guión original. Si está basada en obras preexistentes, el productor tras adquirir en derecho de adaptación audiovisual de las mismas, ha de encargar a un guionista la adaptación y adquirir también los derechos sobre el guión adaptado. Con los derechos sobre el guión, ha de contratar a un variable (y con frecuencia elevado) número de actores y de técnicos, alguno de los cuales serán autores de la obra audiovisual (el director, y según la normativa de cada país, posiblemente alguno mas), otras personas tendrán derechos conexos sobre sus interpretaciones y ejecuciones (los actores e intérpretes de la música de la banda sonora). Otras aunque no sean autoras de la obra audiovisual, son autoras de sus propias contribuciones (figurinistas, directores de arte, compositores de música no compuesta específicamente para la obra audiovisual ...). Nótese que en esta cadena pueden participar también editores de obras literarias (que pueden haber adquirido los derechos de transformación audiovisual del autor), productores de fonogramas (si preexisten a la obra audiovisual, p.ej.), editores musicales, productores audiovisuales (si se trata, por ejemplo, de un “remake”...)

De modo que el productor, para comercializar la obra en la modalidad o modalidades de explotación a que esté destinada la obra, ha de constituir el eslabón central de la cadena de transmisiones (“cadena de títulos”), para así poder ordenar en el tiempo y en el espacio la explotación en diversas “ventanas”: autorizando a su vez a los distribuidores la explotación en salas de cine, distribuidores que siguen la cadena para autorizar al exhibidor, (explotador de la sala), que es quien organiza efectivamente la comunicación pública en salas; autorizando la venta en soportes tangibles (DVDs) a distribuidores de video que los hacen llegar a los puntos de venta; autorizando a las cadenas de televisión x número de emisiones de la obra a televisiones abiertas, y/o a televisiones de pago; autorizando el alquiler en videoclubs; autorizando la puesta a disposición en Internet de la obra, etc.

El contrato de producción

Como se ha expuesto, es el productor el que organiza y financia la producción y la explotación de la obra audiovisual. En sentido amplio, contrato de producción es cualquiera de los que regulan la relación entre el productor y otra persona física o jurídica que participe en la producción, como por ejemplo, un coproductor: contrato de coproducción. No obstante, la LPI se refiere con dicha denominación estrictamente a los contratos de cesión de derechos de los

autores al productor (Art. 88 LPI).

A la vista de que la explotación es compleja y la ejerce el productor, el tráfico jurídico de la obra audiovisual está mediatizado por un sistema compuesto por:

a) Presunciones de cesión de derechos de autores y artistas intérpretes o ejecutantes al productor, que buscan garantizar al productor los derechos suficientes para explotar la obra en su “mercado natural”.

b) Derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria para autores y artistas intérpretes o ejecutantes, con el fin de garantizarles unos ingresos irrenunciables mientras la obra esté en explotación, y proporcionales a ésta.

De este modo ningún titular de derechos de autor o conexos que haya convenido con el productor y materializado su intervención en la obra puede oponerse a su comercialización ni quedarse sin participar en sus beneficios económicos. Este sistema de presunciones y derechos condiciona notablemente el contenido del contrato de producción.

A. Presunciones de cesión

Dispone el art. 88 LPI que “por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumirán cedidos en exclusiva al productor los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtulado de la obra”. Esta presunción también opera para el autor de la obra preexistente que haya convenido su incorporación a la audiovisual (por ejemplo, un novelista o un compositor): Así, dispone el art. 89 LPI: “Mediante el contrato de transformación de una obra preexistente que no esté en el dominio público, se presumirá que el autor de la misma cede al productor de la obra audiovisual los derechos de explotación sobre ella en los términos previstos en el art. 88”.

Y el art. 90.2 LPI dispone que cuando tales autores suscriban con el productor un contrato relativo a la producción de una obra audiovisual, se presumirá que ha transferido su derecho de alquiler. También respecto al artista intérprete o ejecutante que celebre individual o colectivamente con un productor de grabaciones audiovisuales contratos relativos a la producción de las mismas, se presumirá, salvo pacto en contrario, que ha transferido sus derechos de alquiler (art. 109.3 LPI).

Estas presunciones admiten pacto en contra por lo que su alcance es que el productor puede comercializar la obra audiovisual si el contrato con el autor correspondiente no dice lo

contrario. Pero la LPI establece un límite adicional que antes hemos denominado el “mercado natural”: la presunción opera en el sector comercial al que esté destinada la obra, por su naturaleza. Así, el propio art. 88 dispone que “en las obras cinematográficas será siempre necesaria la autorización expresa de los autores para su explotación, mediante la puesta a disposición del público de copias en cualquier sistema o formato, para su utilización en el ámbito doméstico, o mediante su comunicación pública a través de la radiodifusión”. Pero el derecho de alquiler sobre la obra cinematográfica se considera transferido aun sin esta autorización expresa (Arts. 90.2 y 109.3.1º LPI).

Estas presunciones dan lugar a determinados derechos de remuneración por comunicación pública y alquiler que hemos visto en los capítulos 5 y 6.

B. La remuneración pactada

Principio general: la remuneración de los autores de la obra audiovisual y la de los autores de las obras preexistentes, por la cesión de los derechos, deberán determinarse para cada una de las modalidades de explotación (Art. 90.1 LPI): esto no es sino un recordatorio de la obligada participación de los autores en los ingresos de toda la explotación de la obra. Su omisión no tiene prevista una sanción concreta.

A tal fin, dispone el art. 90.5 LPI que “con el objeto de facilitar al autor el ejercicio de los derechos que le correspondan por la explotación de la obra audiovisual, el productor, al menos una vez al año, deberá facilitar a instancia del autor la documentación necesaria”.

C. Otras cuestiones específicas del contrato de producción

El hecho de la pluralidad de autores y de intérpretes en la obra audiovisual obliga a atender, a la hora de redactar un contrato de producción, no sólo a las cuestiones generales ya estudiadas, que también son esenciales aquí (plazo y territorio para el ejercicio de derechos, cesión en exclusiva o no, etc.) sino a algunas adicionales que derivan de dicha especificidad:

a) Utilización aislada, o para otra obra audiovisual, de las diferentes aportaciones.

Algunas de las aportaciones de varios autores de la obra audiovisual pueden ser utilizadas por éstos además de para su incorporación a la obra, transformada o no, para otros usos, incluida su incorporación a otra obra audiovisual.

La posibilidad de incorporación a otra obra audiovisual vendrá determinada por el carácter exclusivo o no de la cesión: si se cedió el derecho a incorporar su obra a la obra audiovisual en

exclusiva, por definición no puede incorporarse a otra obra audiovisual mientras el plazo de la primera cesión esté vigente. Pero también esta regla tiene su excepción: dispone el art. 89.2 LPI que el autor de la obra preexistente en todo caso (luego no cabe pacto en contra), podrá disponer de ella para otra obra audiovisual a los 15 años de haber puesto su aportación a disposición del productor. Este es el caso, por ejemplo, de un novelista o autor dramático cuya obra es transformada en una película cinematográfica.

Respecto a la utilización para otros usos, establece el art. 88.2. LPI que “salvo estipulación en contrario, los autores podrán disponer de su aportación en forma aislada, siempre que no se perjudique la normal explotación de la obra audiovisual”, lo que autoriza al guionista a transformar su guión en novela, por ejemplo, pero no le autorizaría para estrenarlo como obra de teatro simultáneamente a la exhibición en cines de la audiovisual, pues podría perjudicar su explotación.

En el mismo sentido, dispone el art. 89.2. LPI que el autor de la obra preexistente, salvo pacto en contrario, conservará sus derechos a explotarla en forma de edición gráfica y de representación escénica.

b) Aportación insuficiente de un autor.

Dispone el art. 91 LPI que “cuando la aportación de un autor no se completase por negativa injustificada del mismo o por causa de fuerza mayor, el productor podrá utilizar la parte ya realizada, respetando los derechos de aquél sobre la misma, sin perjuicio, en su caso, de la indemnización que proceda”. Dicha indemnización es para el productor, y procederá precisamente cuando la negativa sea injustificada, y no cuando obedezca la insuficiencia de la aportación a fuerza mayor (P.ej., enfermedad grave del director durante el rodaje). En definitiva, se permite excepcionalmente aquí, por encima del derecho moral a la integridad de la obra, que un autor audiovisual finalice el trabajo que otro se niega o no puede acabar, y ello en defensa de la inversión del productor. El supuesto típico es el director que enferma durante el rodaje, o se niega a acabarlo por cualquier razón.

c) Versión definitiva y sus modificaciones.

La versión definitiva de la obra audiovisual se establece de acuerdo con lo pactado en el contrato entre el director-realizador y el productor (art. 92 LPI), así pues es importante en el contrato de producción del director resolver esta cuestión, sin que ello pueda implicar la modificación sustancial del guión ni de otras aportaciones sin consentimiento de su autor. En

consecuencia, es conveniente regular en el contrato del guionista, la posibilidad de que terceros guionistas, por orden del productor, puedan modificar, o no, el guión que se va a rodar, o que el mismo sea modificado, y en qué medida, durante el rodaje.

Ello es especialmente relevante si consideramos que cualquier modificación de la versión definitiva de la obra audiovisual mediante añadido, supresión o cambio de cualquier elemento de la misma, necesitará la autorización previa de quienes hayan acordado dicha versión definitiva.

d) Derecho moral y versión definitiva:

Dispone el art. 93 que el derecho moral de los autores ha de ejercerse sobre la versión definitiva de la obra audiovisual. Y ello es así porque dispone el art. 92 LPI que la obra audiovisual se considerará terminada cuando haya sido establecida la versión definitiva, y carecería de sentido ejercer derechos sobre una obra sin acabar, entre otras cosas, porque no será estrenada y por lo tanto no perjudicará materialmente los derechos morales de nadie (P. ej. que en una versión intermedia no figuren títulos de crédito).

Capítulo 10. Gestión colectiva

Resumen

En este capítulo se explica lo que es la gestión colectiva de derechos y las características de las entidades de gestión que actúan en España.

Sección 1. Gestión colectiva obligatoria y gestión colectiva voluntaria

Para garantizar la efectividad de los derechos de PI y facilitar el tráfico comercial de las obras y otras prestaciones protegidas, respecto a algunos derechos- normalmente de remuneración- la ley impone la que denominamos “gestión colectiva obligatoria”, que conlleva que la legitimación para reclamar a los deudores (sean los usuarios, sean terceros) el pago de la remuneración correspondiente la ostenta obligatoria y únicamente una persona jurídica de caracteres especiales, que denominamos “entidad de gestión de derechos de PI” de modo que podemos hablar de:

A.-Derechos de gestión colectiva obligatoria: Son los derechos que sólo pueden ejercitarse a través de una entidad de gestión de derechos de PI. La lista de derechos de gestión colectiva obligatoria varía de un país a otro.

A nivel comunitario europeo, la Directiva 2006/115 establece como obligatoria la incorporación a las legislaciones nacionales de la presunción de cesión del derecho de distribución mediante alquiler por parte de los artistas intérpretes y ejecutantes a favor del productor en el contrato de producción de una obra audiovisual, y el consiguiente derecho de remuneración a favor de dichos artistas. Sin embargo para los autores, la Directiva deja libertad a los Estados para incorporar o no a su propia legislación esa presunción de cesión a favor del productor del derecho de alquiler, pero en caso de hacerlo los Estados deben reconocer a los autores un derecho de remuneración. Tal derecho de remuneración es irrenunciable para autores y artistas. Los Estados miembros pueden optar por establecer la gestión colectiva obligatoria de tales derechos de remuneración. También faculta la Directiva a los Estados a establecer el mismo sistema (presunción de cesión, derecho de remuneración irrenunciable, opcionalmente de gestión colectiva obligatoria) a los otros derechos conexos regulados en ella (fijación, reproducción, distribución, distribución, comunicación pública).

En España, casi todos los derechos de remuneración, y además el exclusivo de autorizar la retransmisión por cable, son derechos de gestión colectiva obligatoria. Los derechos de gestión colectiva obligatoria son:

- 1.- Derecho de compensación por copia privada de autores, editores de libros y publicaciones asimiladas, productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes (25 LPI).
- 2.- Derecho de remuneración de autores e intérpretes o ejecutantes por distribución mediante alquiler de obras audiovisuales y fonográficas (90.2 y 109.3.2 LPI).
- 3.- Derecho de remuneración de autores por distribución mediante préstamo en determinados establecimientos (museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas, o filmotecas) de obras (37.2 LPI).
- 4.- Derecho de remuneración por comunicación pública (incluida puesta a disposición interactiva) de autores e intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales y fonogramas (90.3, 90.4, 108.3, 108.4 y 108.5 LPI)
- 5.- Derecho de remuneración por comunicación pública (excepto modalidad de puesta a disposición interactiva) de intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas (116.2 LPI)
- 6.- Derecho de remuneración de los productores fonográficos por comunicación pública de fonogramas (108.4 LPI).
- 7.- Derecho de remuneración de los productores de grabaciones audiovisuales por comunicación pública mediante retransmisión del 20.2. f LPI o mediante emisión o transmisión en lugar público de grabación audiovisual radiodifundida 20.2. g LPI (108.5 LPI y 122.2 LPI).
- 8.- Derecho exclusivo a autorizar la comunicación pública mediante retransmisión por cable (art. 20.4.b LPI).

B) Derechos de gestión particular o de gestión colectiva voluntaria: Los derechos a autorizar la explotación del objeto protegido en cualquiera de sus modalidades corresponden exclusivamente a sus titulares (“derechos exclusivos”) y la ley no suele imponer a los titulares una forma concreta de gestión. Los propios titulares pueden conceder las respectivas autorizaciones para explotar, o hacerlo a través de terceras personas. Nada impide, y con frecuencia ocurre en determinados sectores, como el de los artistas plásticos y el de los autores musicales, que muchos titulares encomienden a las propias entidades de gestión de muchos de sus derechos

exclusivos. De hecho, algunas entidades de gestión, como por ejemplo la SGAE o VEGAP, recaban de sus socios en el contrato de adhesión la cesión de gran parte de sus derechos exclusivos para su gestión colectiva.

En la UE, en general, todos los derechos exclusivos son de gestión colectiva voluntaria, menos el derecho a autorizar la retransmisión por cable entre Estados de la UE, que es de gestión colectiva obligatoria por disponerlo así la Directiva 93/83/CEE, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y afines en el ámbito de la radiodifusión por satélite y de la distribución por cable.

Sección 2. Régimen jurídico de las entidades de gestión

En general existen entidades de gestión de derechos en todos los países desarrollados, si bien la regulación difiere de país a país. En ciertos países sólo se permite una entidad de gestión, como en el caso italiano, donde solo existe una entidad de carácter público entendiéndose que el objeto de su gestión es el interés general de salvaguarda de la cultura. En otros, teniendo en cuenta que gestionan intereses privados de los titulares de derechos y en virtud de los principios de libertad de asociación y libre competencia, no existe este tipo de limitación; en algunos países se requiere una autorización administrativa previa al inicio de la gestión, siendo el control público posterior a la autorización diferente en cada legislación nacional. Las facultades de las entidades también difieren de un país a otro, pero suelen tener que ver con la posibilidad de fijar tarifas correspondientes a los derechos de remuneración y con facilidades procesales.

En el caso español las entidades de gestión se configuran como entidades privadas sin ánimo de lucro sometidas a autorización del Ministerio de Cultura y a un cierto control público de su actividad (este último aspecto es el que mayores problemas plantea).

En la actualidad hay ocho entidades de gestión pero cada una de ellas tiene una posición monopólica en su ámbito, excepto en el caso de los autores de obras audiovisuales donde hay dos entidades de gestión: SGAE y DAMA que gestionan los derechos de directores-realizadores, argumentistas, guionistas y dialoguistas (ver el cuadro de entidades de gestión incluido como anexo a este capítulo). Además, SGAE gestiona derechos exclusivos de otras categorías de autores, y de editores musicales.

Su regulación se encuentra en los artículos del 147 al 159 de la LPI, debiéndose tener en cuenta que corresponde a las Comunidades Autónomas por disposición de sus Estatutos la competencia para la ejecución de la legislación del Estado en materia de propiedad intelectual (por ejemplo:

art. 33.8 del de Canarias, art. 26.10 del de Cantabria, art. 155 del de Cataluña, art. 12.4 del País Vasco etc.) lo que se ha traducido, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 13-11-1997, en un vacío legal sobre vigilancia y control de la actividad de las entidades de gestión por parte de las administraciones públicas, hecho que se ha puesto públicamente en evidencia con ocasión de la investigación judicial de la SGAE.

Los requisitos para la constitución de una entidad de gestión, están regulados en los arts. 147 y 148 LPI .

La autorización, de acuerdo con los arts. 149 y 159 LPI, podrá ser revocada por el Ministerio de Cultura si sobreviniera o se pusiera de manifiesto algún hecho que pudiera haber originado la denegación de la autorización, o si la entidad de gestión incumpliera gravemente las obligaciones establecidas en la LPI.

Las obligaciones de las entidades de Gestión están reguladas en los arts. 152 a 157 LPI.

En general, y dada la parquedad de la normativa reguladora de las entidades de gestión, la normativa fundamental sobre su funcionamiento (órganos de gobierno, sistemas de recaudación y reparto, actividades promocionales, etc.) se encuentra en sus propios estatutos y reglamentos internos.

Sección 3. Actividad de las entidades de gestión

En líneas generales las actividades principales de las Entidades Gestión son:

- Recaudación: Las tarifas las establece la ley en el denominado “canon por copia privada”, cantidad que grava la compra de bienes idóneos para reproducir obras protegidas por la propiedad intelectual (ver archivo: 04.Titulares, objeto y derechos de la PI lo relativo al derecho de remuneración por copia privada). En otros casos las fijan las entidades de gestión, si bien han de ser tarifas equitativas, en el sentido de que han de ser proporcionales al valor del bien que remuneran y a la intensidad del uso de que se trate (en varios casos las autoridades de la competencia han sancionado a entidades de gestión por considerar que sus tarifas no eran equitativas). Cada entidad recaudará con relación a su repertorio los derechos de sus socios.
- Dedución de gastos de funcionamiento y de fondos asistenciales, promocionales y de formación (legales o estatutarios).
- Asignación para reparto: en función de sus normas de reparto asignan a sus beneficiarios las

cantidades en función de los criterios que establezcan, que deben estar asociados al uso de sus obras o prestaciones. En algunos casos, por la dificultad que entraña la determinación proporcional directa de la remuneración, se recurre a muestreos. Un ejemplo es la comunicación pública de música en los más variados establecimientos, donde resultaría antieconómico tratar de controlar cada pieza musical que se emite en cada uno de los cientos de miles de establecimientos para asignarle una cantidad minúscula. En el caso contrario están las salas de cine: es perfectamente posible, a través del control de taquilla, saber cuántos espectadores han visionado cada película.

- Pago a beneficiarios. Las entidades realizan periódicamente el reparto de las cantidades recaudadas y asignadas a cada titular. Los reglamentos de reparto de los derechos recaudados están publicados en la Web del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.
- Aplicación de fondos a actividades asistenciales, promocionales y de formación. Los fines a que se aplican estos fondos son muy variados: asistencia médica, premios o festivales, formación profesional etc.

El régimen de funcionamiento de las entidades de gestión ha sido analizado por la Agencia de Evaluación y Calidad en su Informe Evaluación del Sistema de Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual, editado en 2009.

El análisis del sistema desde el punto de vista de la competencia lo encontramos en el Informe sobre la Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual de la Comisión Nacional de la Competencia también publicado en el año 2009.

Utilización del repertorio de una entidad de gestión: autorizaciones, contratos y tarifas. Algunas entidades centran su gestión en los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria (por ejemplo, AISGE o DAMA), mientras otras entidades, junto con los derechos de remuneración gestionan derechos exclusivos, como SGAE y VEGAP.

La fijación de las tarifas la realizan las entidades unilateralmente pero deben seguir criterios de equidad e intensidad del uso y no incurrir en abuso por su posición dominante en el mercado al ser, como decíamos, monopolios, cada una en su ámbito (excepción hecha de DAMA / SGAE en el sector de autores audiovisuales).

Las tarifas que las entidades de gestión cobran en concepto de remuneración legalmente establecida o por los derechos exclusivos que los titulares les han confiado nos dan una idea de los derechos que gestiona cada una.

Cuando un usuario o un grupo de ellos utiliza intensamente el repertorio de una entidad (por ejemplo, una emisora de televisión respecto a las obras audiovisuales, o una de radio respecto a obras musicales, o las salas de cine respecto a obras cinematográficas) es frecuente que, bien individualmente o bien a través de sus asociaciones, negocien con las entidades de gestión contratos para la utilización del repertorio, lo que les facilita la utilización de las obras o grabaciones y el pago, y a la entidad el control de la difusión de su repertorio. Por ejemplo, SGAE y DAMA tienen suscrito un acuerdo conjunto con FECE (Federación de Exhibidores Cinematográficos) que permite determinados descuentos en la tarifa general del 2% de la taquilla.

El art. 157.2 LPI establece un mecanismo para los casos de conflicto entre entidad de gestión y usuario a la hora de establecer el precio: “en tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales”: hay que pagar o consignar antes de iniciar la actividad, o correr el riesgo de ser demandado por iniciarla sin autorización: es una forma de asegurar la efectividad de los derechos, sin perjuicio de poder entablar un juicio para discutir el precio si no se llega posteriormente a un acuerdo.

Sección 4. ¿Armonización internacional de la gestión colectiva?

De lo hasta aquí expuesto se desprende que, a pesar de que BERNA es el texto legal regulador a nivel internacional de los derechos de autor y su aceptación casi universal dota de cierta unidad al sistema global, tal armonización no existe respecto a los derechos conexos (que muchos ordenamientos no reconocen), y tampoco respecto a la gestión colectiva, cuyo campo de acción, reglas de funcionamiento y eficacia difieren mucho de unos países a otros. En la UE se ha detectado hace mucho tiempo la importancia de crear un marco legislativo comunitario sobre el régimen de las entidades de gestión, para facilitar un verdadero mercado interior único en el ámbito de los derechos de PI “on line”, y se han acometido los trabajos que deberían llevar a la aprobación de una directiva armonizadora de tal régimen, directiva prevista en la Agenda Digital Europea (ver pag.10). Sin embargo no existen iniciativas a nivel supra-comunitario, al menos mínimamente avanzadas.

Capítulo 11. La protección de la propiedad intelectual

Resumen

En este capítulo se explica cómo proteger las ideas o proyectos, y los derechos de propiedad intelectual sobre las obras y prestaciones.

Sección 1. Protección preventiva

Un principio general recogido en los Convenios Internacionales de PI (artículos 9-2º ADPIC, y 2 del Tratado OMPI sobre derechos de autor de 1996) es que las ideas no son, por sí solas, objeto de protección por parte de las normas de Propiedad Intelectual: nadie puede monopolizar una idea, ni pretender derechos exclusivos sobre ella. El mecanismo de protección de la PI entra en juego, solamente, en el momento en que esa idea es expresada con una forma determinada, como una obra, con un suficiente grado de concreción o desarrollo.

Protección de ideas y proyectos

En ocasiones, en el proceso de creación o de producción (desde la idea en estado puro hasta la realización material de la obra protegida, y su comunicación al público) es necesario poner en conocimiento de terceras personas las ideas, el esbozo, o el proyecto ideado: para buscar financiación, proponer colaboraciones, recabar autorizaciones... En estos casos, y desde el punto de vista de la PI, cualquier tercero que conozca el proyecto o la idea podría apropiarse de ellos, y desarrollarlos por su cuenta. Pero desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, la explotación de secretos empresariales adquiridos lícitamente con obligación de reserva supone un acto de competencia desleal. Esto conlleva que podemos proteger una idea, bien no comunicándola a terceros, bien confiándola a terceros bajo obligación de reserva, es decir, haciendo constar expresamente que se trata de un secreto empresarial que no se puede divulgar ni explotar sin el consentimiento del que proporciona la idea. A tal fin, es recomendable: - la firma de un Acuerdo de Confidencialidad. - levantar acta detallada y firmada de las reuniones con descripción del proyecto, la finalidad de la reunión, la obligación de guardar secreto, etc.

Un supuesto paradigmático respecto a la frontera entre idea y obra es el del formato de programa de televisión: se trata de un proyecto conformado por una serie de ideas combinadas (duración, tono, temática, audiencia potencial, etc.) cuyo contenido audiovisual sólo existirá cuando sea realizado, en cuya protección confluyen diversos intereses, y que ha dado lugar a

numerosos conflictos dilucidados en los tribunales. En estos links se puede obtener información al respecto:

<http://tvlia.com/2009/07/formatos-de-television-que-son>

<http://www.vertele.com/noticias/tengo-el-formato-de-television-del-futuro-%C2%BFcomo-lo-registro/>

<http://www.academiav.es/files>

<http://www.academiav.es/files>

<http://www.academiav.es/files/REGLAMENTO%20Y%20SOLICITUD%20REGISTRO%20FORMATOS%20OTELEVISIVOS%20ACADEMIA%20DE%20TELEVISION.pdf>

<http://www.frapa.org/>

Protección de las obras: firma, signos distintivos, marcas, nombres de dominio, registro de entidades de gestión etc.

Para que una obra quede protegida por el sistema de PI no es necesario cumplir requisito alguno: con el solo hecho de la creación nacen los derechos de PI y desde ese momento la obra entra dentro de su ámbito de protección. Pero en la práctica, si pretendemos hacer valer nuestros derechos de PI tendremos que demostrar que somos titulares de tales derechos.

Por eso, para prevenir las infracciones de derechos de propiedad intelectual, o remediarlas cuando ya han ocurrido, es conveniente que antes de poner una obra “en circulación” tomemos alguna o algunas de las múltiples medidas que nos permiten advertir a terceros de que la obra tiene un titular y todos o algunos de sus derechos reservados. Vamos a tratar de alguna de estas medidas, que serán más o menos adecuadas en función del caso de que se trate. La más sencilla es imprimir el nombre o la firma en cualquier ejemplar de la obra. Esta acción ya constituye una prueba de la autoría. Así, el artículo 6.1. LPI dispone que “se presumirá autor, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique”, de modo que quien pretenda la autoría de una obra en la que aparece como autor el nombre de otra persona tendrá que aportar pruebas de tal autoría.

En el mismo sentido que la firma, para evitar infracciones se han adoptado dos símbolos característicos: la C y la P dentro de sendos círculos (© en ediciones o publicaciones y (p) en fonogramas). Su uso es facultativo y no obligatorio. Nuestra LPI regula estos símbolos en el art.

146.

La utilización de estos símbolos es universalmente reconocida desde la Convención Universal sobre los Derechos de Autor, de 1952, revisada en París el 24 de julio de 1971. El artículo III.1 de esta Convención hace referencia explícita al símbolo © como mecanismo que garantiza la protección de los derechos sobre la obra que lo incorpora. Asimismo, el artículo 5 del Convenio de Ginebra, de 29 de octubre de 1971, para la protección de los productores fonográficos, contiene una referencia idéntica al símbolo (p) para los fonogramas.

El art. 146 LPI exige, para poder utilizar estos símbolos, ser el titular originario de la obra publicada, o el cesionario en exclusiva. Junto al símbolo se hacen constar la fecha de publicación y el lugar de divulgación de la obra (para fonogramas, sólo el año de publicación). La utilidad de estos símbolos es advertir a terceros de que todos los derechos de explotación de la obra en cuestión están reservados.

En el mismo sentido operan los símbolos utilizados en la licencias Creative Commons: indican a los usuarios quiénes son los titulares de derechos sobre las obras, y qué derechos se reservan, según el tipo de licencia elegida: la única diferencia es que, en este caso, no están todos los derechos reservados, sino que el autor o titular permite determinados usos especificados en la licencia CC.

En este apartado de “medidas preventivas”, previas a la posible infracción de los derechos, cabría hablar también de las medidas tecnológicas de protección (DRM, digital rights management), que por su importancia merecen un capítulo específico más adelante.

Sección 2. El Registro de la Propiedad Intelectual

La protección de la obra por la propiedad intelectual nace con el hecho de la creación, sin más requisitos. No es imprescindible la inscripción en el Registro de la PI, ni en ningún otro, sino que la inscripción es voluntaria y facultativa, meramente declarativa, y no constitutiva de derecho alguno. El autor tiene intactos sus derechos incluso sin haber inscrito la obra en ningún Registro.

Ahora bien, el RPI es un importante instrumento de prueba y de seguridad jurídica, ya que según el art. 145.3 LPI: “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo.”

El titular puede, mediante la inscripción de su obra, acreditar los extremos objeto de la inscripción: su titularidad, la obra creada, la fecha... y el que adquiera un derecho puede

asegurar que lo hace de su titular amparándose por la presunción de veracidad de que gozan los datos inscritos.

En España, la organización, funcionamiento y régimen de las inscripciones en el RPI están regulados:

- en los artículos 144 y 145 de la LPI,
- en el Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual (RRPI),
- y en la normativa específica de cada Comunidad Autónoma (el sistema registral es descentralizado, por lo que cada Comunidad puede tener su propio registro territorial). En las CCAA que no cuentan con él existen delegaciones del Registro Central de Propiedad Intelectual.

La inscripción en el RPI es compatible con la inscripción en otro registro. Los derechos de autor y otros derechos de PI son compatibles y acumulables a otros derechos, por lo que también es posible la inscripción de los mismos en distintos registros. Por ejemplo puede ser inscrito el derecho del autor de un diseño en el RPI, y el derecho de marca (carácter distintivo de ese mismo diseño) en la Oficina de Patentes y Marcas. También es frecuente registrar como marca el título de una obra cinematográfica o televisiva, si tiene la suficiente individualidad: así el productor se reserva la posibilidad de asociar a dicho título la comercialización de determinados productos (merchandising), evitando que un tercero lo haga sin su consentimiento. Una función similar a la de la marca cumple el nombre de dominio respecto a Internet.

La protección que otorga el RPI se define en el art. 145.3 LPI: se presume que los derechos inscritos existen, y pertenecen a su titular en la forma determinada en el Registro, salvo prueba en contrario. Esta presunción sólo puede ser destruida a través de una demanda civil, con el proceso judicial consiguiente, y en su caso con la rectificación de los asientos del Registro. Además la inscripción cierra el paso a inscripciones posteriores, incluso aunque estos derechos pudieran tener origen en un momento anterior: en tal caso, el que pretenda inscribir posteriormente tendrá que demostrar en un juicio que el titular es él, y pedir la anulación de la inscripción precedente.

En la Web del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte podemos encontrar información general sobre el Registro de PI y sus procedimientos (tasas, impresos, direcciones de las oficinas, gestión telemática, etc.).

La inscripción en el Registro de la PI, en definitiva, es un medio eficaz, barato y estable en el tiempo (no precisa renovaciones) de acreditar donde sea preciso la autoría de la obra o titularidad de derechos. Pero, en función de cada caso, otros instrumentos pueden servirnos a los mismos efectos de demostrar que en un momento dado la obra ya existía y figuraba a nombre de un autor determinado: así, el depósito notarial de una obra; los registros de las entidades de gestión (inscripción de la obra en sus repertorios por su titular); el depósito legal, que es obligatorio para muchos tipos de publicaciones, y que gestionan las Comunidades Autónomas; el ISBN (“International Standard Book Number”, regulado en la Ley del Libro y en el R.D. 2.063/2008). Finalmente, otro sistema (conocido como “poor man’s copyright” en el ámbito anglosajón según Pascual Barberán Molina, “Manuel Práctico de Propiedad Intelectual”, que comenta en las págs. 247 y ss. éstos y otros medios similares de protección) es el autoenvío de la obra por correo en un sobre que no se pueda abrir sin deteriorarlo (como por ejemplo, lacrado), y conservar el sobre cerrado: los sellos de la oficina de correos pueden probar que la obra ya existía en la fecha estampada en el mismo.

También hay registros de propiedad intelectual de carácter privado. Uno que ofrece servicios adicionales de asesoramiento y gestión de derechos es SafeCreative.

Sección 3. Protección jurisdiccional

En general, muchos titulares de derechos de PI, y las asociaciones que los agrupan, tanto nacionales como internacionales, se han quejado en los últimos años de que el nivel de protección jurídica de estos derechos en general, y específicamente en España, es deficiente o ineficaz, especialmente en el ámbito de Internet. Ejemplos de ello son el Informe 301 que cada año elabora el Gobierno de los EEUU, o la opinión de la FAP, cuya Web remite a un estudio de IDC que recoge un índice de piratería de contenidos digitales en España en 2010 y 2011 del 77% (este estudio ha sido muy cuestionado).

Pero también hay importantes corrientes de opinión que temen que el establecimiento de ciertas medidas específicas de defensa de la propiedad intelectual en Internet conlleve no sólo un obstáculo al desarrollo de nuevos modelos de negocio, sino una intromisión intolerable en los derechos a la intimidad y a las libertades de expresión y de opinión.

Esto nos sitúa en el gran debate acerca de instrumentos normativos como ACTA, Acuerdo Internacional Contra la Falsificación, o SOPA (Stop Online Piracy Act - Ley de cese a la piratería en línea-), y PIPA (PROTECT IP Act: Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act - Ley de Prevención a las Verdaderas Amenazas a la

Creatividad Económica y al Robo de Propiedad Intelectual-), proyectos normativos de EEUU cuyos efectos pueden extenderse mas allá de sus fronteras.

En España, la protección de los derechos de PI por los tribunales puede desarrollarse en diferentes órdenes jurisdiccionales:

- civil
- penal
- contencioso-administrativo

Protección jurisdiccional civil

La Ley 19/2006, de 5 de junio (B.O.E. del 6 de junio), amplió los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial en el plano jurisdiccional, estableciendo medidas y normas procesales que pretenden garantizar mejor dichos derechos en el orden jurisdiccional civil.

Los supuestos en que un titular de PI ve afectados o perjudicados sus derechos son, sobre todo, de dos tipos:

- infracciones por terceros de los derechos de PI establecidos legalmente.
- incumplimiento de contratos o pactos sobre derechos de PI.

La LPI se centra en particular en el primero de estos supuestos, el conflicto entre el titular de derechos y un tercero (infractor) sin previa relación contractual con el titular.

Ante una infracción el titular (o el cesionario del derecho perjudicado) puede acudir a los Tribunales por distintas vías, con diferentes fines. Por un lado puede pretender el cese o paralización de la actividad ilícita; por otro lado, el resarcimiento de los daños causados. La LPI regula en sus artículos 138 a 143 algunos de los recursos que tiene el perjudicado para detener la infracción y/o ver compensados los perjuicios que la misma le pueda haber producido. Estos artículos se han visto afectados, tanto por la citada Ley 19/2006, de 5 de junio, como por la Ley 23/2006, de 7 de julio, que también modifica la LPI.

En el ámbito europeo la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril, traspuesta por la Ley 19/2006, pretendió armonizar los mecanismos judiciales para la lucha contra la infracción de los derechos de PI, aproximando las normas legales correspondientes (a los efectos de esta Directiva se

incluyen los derechos de propiedad industrial).

El art. 138 LPI establece que “el titular de los derechos reconocidos en esta Ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140 LPI. También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor. Asimismo, podrá solicitar con carácter previo la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el art. 141”.

Las medidas cautelares pretenden asegurar la efectividad de los derechos de PI que podrían verse totalmente frustrados si tenemos que esperar a obtener una sentencia judicial firme. Son previas a la resolución judicial sobre el fondo del asunto, y pueden solicitarse antes, incluso, de presentar la demanda. El procedimiento sumario para su adopción está regulado, con carácter general, en los arts. 721 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La vigencia de las medidas cautelares que se acuerden, si se solicitaron antes de formularse la demanda, está vinculada a que se presente la correspondiente demanda en el plazo de veinte días desde que se adopten, en caso contrario se extinguen (art. 730 LEC). Y en cualquier caso al dictarse la sentencia, quedarán sin efecto de desestimarse la demanda, o, de estimarse, se sustituirán por medidas de carácter definitivo.

El art. 141 LPI (reformado por la Ley 23/2006) establece la posibilidad de que, a instancia de los titulares de los derechos de PI, en el caso de infracción, o temor de que ésta va a producirse de modo inminente, la autoridad judicial adopte las medidas cautelares que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos, ejemplificando varias de ellas (intervención y depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita; suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, así como la prohibición de estas actividades si aún no se han puesto en práctica; secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública; secuestro de los instrumentos, dispositivos y componentes que sirven para neutralizar medidas tecnológicas de protección y de los utilizados para la alteración o supresión de la información para la gestión electrónica de los derechos referidos; suspensión de los servicios prestados por intermediarios (proveedores de servicios de la Sociedad de la Información) a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de PI).

Un ejemplo de cómo operan, en la práctica, las medidas cautelares, asegurando la efectividad

de la tutela judicial sustantiva, lo encontramos en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, de 12 noviembre 2010 (Programa de TV “Tengo una pregunta para usted”).

Una vez detectada una actividad que infringe los derechos de PI, mediante la correspondiente demanda se puede solicitar la cesación de dicha actividad, que, según el art. 139.1 LPI (reformado por la Ley 23/2006), podrá comprender:

- La suspensión de la explotación o actividad infractora, incluyendo todos los actos a que se refieren los arts. 160 y 162 LPI.
- La prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora.
- La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, ejecutada a expensas del infractor.
- La retirada de los circuitos comerciales, inutilización y destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás instrumentos y equipos destinados a la reproducción, creación o fabricación de ejemplares ilícitos, ejecutada a expensas del infractor.
- La remoción o precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones, así como de aquéllas en que se haya suprimido, o alterado sin autorización, la información para la gestión de derechos (art. 162 LPI), o a las que se haya accedido eludiendo su protección tecnológica (art. 160).
- El comiso, inutilización y destrucción de los instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador; y de los dispositivos o componentes para la elusión de las medidas tecnológicas (art. 160 LPI), y para suprimir o alterar la información para la gestión electrónica de derechos (art. 162).
- La remoción o precinto de los instrumentos utilizados para facilitar la supresión o neutralización de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger obras o prestaciones aunque aquéllas no fueran su único uso.
- La suspensión de los servicios prestados por intermediarios proveedores de servicios de la sociedad de la información a terceros que se valgan de ellos para infringir los derechos de PI.

Los infractores de derechos de PI podrán solicitar que la destrucción o inutilización de los mencionados ejemplares y material, cuando éstos sean susceptibles de otras utilidades, se

efectúe solamente en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita (art. 139.2 LPI).

Los titulares de los derechos infringidos podrán pedir la entrega de los referidos ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios (art. 139.3 LPI).

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal (art. 139.4 LPI).

A tenor del art. 138 LPI, tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el art. 139.1.h) como las medidas cautelares previstas en el art. 141.6 podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en la LPI, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

El titular del derecho que ha sido infringido tiene derecho a percibir una indemnización por los daños causados, tanto de carácter moral como patrimonial. Nuestra legislación ha incorporado determinados criterios de cálculo de la indemnización, como reacción a lo discrecional, heterogéneo, e infracompensatorio de las decisiones judiciales al respecto.

En particular el art. 140.2 LPI (reformado por la Ley 19/2006) establece que el perjudicado podrá elegir, como módulo de la indemnización, entre alguno de los criterios siguientes:

- las consecuencias económicas negativas, incluyendo tanto la pérdida de beneficios sufrida por el perjudicado como los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor; y
- la cantidad que, como remuneración, hubiera cobrado el perjudicado, de haber autorizado la explotación.

En caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra (art. 140.2 LPI).

La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla (art. 140.3 LPI).

El daño patrimonial en muchos casos es difícil de determinar, y mas aún de acreditar. A tal fin la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 256) regula determinadas diligencias preliminares a la

demanda, a solicitar por quien se proponga interponerla, entre otras causas, por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, diligencias dirigidas a obtener datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial.

En cuanto al daño moral las decisiones judiciales suelen reconocer una indemnización cuando la infracción afecta a la reputación o al prestigio del autor. No obstante, la variedad y heterogeneidad de las decisiones es enorme, pues van desde no reconocer cantidad alguna hasta utilizar este tipo de indemnización para corregir lo ínfimo de la indemnización por daño patrimonial.

Protección jurisdiccional penal

La modificación del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, agravó la pena de los delitos contra la propiedad intelectual, modificó la definición de su contenido, y suprimió el requisito de la persecución de estos delitos a instancia de la víctima, de modo que a partir de ahora podrán perseguirse de oficio (por parte de la Fiscalía y sin denuncia previa).

Con posterioridad, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo una sustancial reducción de la pena en los casos de distribución ilícita al por menor de obras protegidas (el conocido “top manta”).

Los dos preceptos fundamentales del Código Penal para la PI que debemos tener en cuenta son éstos:

Artículo 270 CP:

1. 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 concurra 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 art. 623.5 CP.

2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

3. Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

Artículo 271 CP:

Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

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

El art. 143 LPI, referido a las causas criminales seguidas por infracción de los derechos reconocidos en la Ley, establece que podrán adoptarse en ellas las mismas medidas cautelares

que proceden en los procesos civiles.

Para terminar con los aspectos penales, debemos mencionar la importante Circular 1/2006, de mayo de ese año, de la Fiscalía General del Estado, dedicada a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003.

Esta Circular hace especial hincapié en que dicha reforma legal introdujo dos elementos en el tipo básico del delito contra la PI, uno subjetivo (exigencia de obrar con ánimo de lucro) y otro objetivo (exigencia de causar perjuicios a un tercero).

Para la Fiscalía, quienes comunican a través de la red, o ponen a disposición del público, obras protegidas, sin autorización del titular de los derechos, incurren en un supuesto de comunicación no autorizada. Pero si no está acreditada ninguna contraprestación no concurre el elemento típico del ánimo de lucro, y la conducta sólo sería perseguible, en su caso, como ilícito civil. El factor decisivo es, para la Fiscalía, el elemento del lucro comercial: sólo constituyen delito aquellas infracciones motivadas por el deseo de obtener un beneficio o ventaja comercial o industrial, por lo que cualquier otro tipo de beneficio nos conducirá a la esfera de la responsabilidad civil.

Protección jurisdiccional contencioso administrativa

La tutela contencioso-administrativa era residual hasta hace poco tiempo (el control de las Entidades de Gestión Colectiva por los poderes públicos, por ejemplo), pero ha ganado nueva importancia con la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y su polémica D. Final 43ª (“Ley Sinde”), que declara la competencia de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo para autorizar la ejecución de los actos adoptados por la Sección 2ª de la Comisión de Propiedad Intelectual (art. 158 LPI) que “ velará por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información...”. El funcionamiento de dicha Comisión está regulado mediante el Real Decreto 1889/2011, de 30 de Diciembre (BOE 31 de Diciembre).

Sección 4. Medidas tecnológicas de protección

Pueden definirse como los procedimientos, técnicas, dispositivos, componentes, o combinación de éstos, cuya función es controlar, impedir o restringir el acceso o la utilización de las obras y/o prestaciones protegidas por las normas de PI, impidiendo aquellos actos que no cuenten con la autorización de los titulares de derechos de las obras y/o prestaciones correspondientes (o

con la autorización de la ley). Dentro de estas medidas (digital rights management, DRM) pueden encontrarse medidas de control de acceso (contraseñas o encriptado), control de copia, control de conversión a otros formatos... Pueden permitir la visualización/audición de la obra protegida, pero no su reproducción, su descarga, ni su impresión; o permitir estos actos sólo en ciertas condiciones, o a través de ciertos dispositivos. A menudo estas medidas se encuentran previstas, y reguladas, a través de los acuerdos de licencia de uso de la obra.

Las medidas tecnológicas se consideran eficaces cuando el uso de la obra o prestación protegida está controlado por los titulares de derechos mediante un control de acceso, un control de copiado, o un procedimiento de protección (o codificación) que sólo permite el uso de la obra a aquellas personas que cuenten con autorización.

Los artículos 11 y 12 del Tratado de Derecho de Autor de la OMPI (WCT) y los arts. 18 y 19 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), ambos de 1996, establecen la obligación de las Partes Contratantes de aprobar disposiciones nacionales (con “protección jurídica adecuada” y “recursos jurídicos efectivos”) respecto de la elusión de las medidas tecnológicas efectivas utilizadas por los autores respecto de sus obras y por los artistas intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas en relación con sus interpretaciones o ejecuciones y fonogramas.

Estas disposiciones nacionales deben dirigirse contra cualquier persona que, conociendo o teniendo motivos razonables para conocer su ilicitud, induce, facilita u oculta una infracción relacionada con la supresión o alteración de cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos, o bien, sin autorización distribuye, importa para su distribución, emite o comunica al público o pone a disposición del público ejemplares de obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

Los Estados pueden elegir los recursos adecuados de acuerdo con su propio sistema jurídico, pero éstos deben resultar “eficaces”. Ello incluiría sanciones tanto civiles como penales, las cuales deberán ser proporcionadas y disuasorias, y deberán llevar aparejadas la posibilidad de solicitar el resarcimiento de daños, el cese de la actividad ilícita, medidas cautelares, y sanciones accesorias.

Estas normas de los Tratados OMPI de 1996 fueron incorporadas al Derecho de los EEUU a través de la DMCA (Digital Millennium Copyright Act) de 1998. Esta ley prohíbe expresamente los actos de elusión de medidas tecnológicas de protección (medidas usadas por el titular de derechos

para controlar el acceso a sus obras), prohibición que se aplica incluso allí donde la finalidad perseguida podría ser legítima fuera del entorno digital. Se ha dicho que la DMCA, en su § 1201, a.1), viene a eliminar en la práctica la distinción entre reproducción no-autorizada y reproducción ilícita. La DMCA no sólo ilegaliza la actividad de realizar copias digitales no-autorizadas, y de distribuirlas, sino que declara ilícito también el diseño y elaboración de las tecnologías que permiten dicha actividad: §§ 1201, a.2) y 1201, b). El delito no consiste sólo en la violación del copyright, sino en la creación de las herramientas y programas informáticos que hacen posible tal violación. Por otra parte, los límites y excepciones que prevé la DMCA tienen un alcance muy reducido, por lo que no configuran un área significativa de usos legítimos (fair use).

Este tipo de normas aparece en Europa con la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001. Esta Directiva considera fundamental la aplicación, a escala europea, de medidas tecnológicas tendentes a proteger las obras y prestaciones (impidiendo o restringiendo actos que no cuenten con la debida autorización, por ejemplo mediante contraseñas, controles, códigos o claves de acceso, etc.), y de medidas tendentes a asegurar la información necesaria sobre los derechos. La Directiva pretende establecer una protección jurídica armonizada frente a la elusión de estas medidas tecnológicas y frente al suministro de dispositivos y productos (o servicios) que faciliten dicha elusión.

Como señala la Directiva 2001/29/CE, cuestión diferente es la relativa a la responsabilidad que se deriva de las actividades de intermediación realizadas en el contexto de la red, y que se refiere, no sólo a los derechos de PI, sino también a otros sectores, tales como la difamación y la injuria, la publicidad engañosa o la violación de marcas registradas. Esta responsabilidad se trata de manera transversal, común para los prestadores de servicios de internet, en la Directiva 2000/31/CE, de 8 junio 2000 (" Directiva sobre el comercio electrónico").

El artículo 6 de la Directiva 2001/29/CE establece obligaciones de los Estados de la UE sobre el establecimiento de normas relativas a las medidas tecnológicas de protección. Deberán establecer una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue este objetivo (art. 6.1).

Asimismo, los Estados miembros deben adoptar medidas jurídicas de protección frente a la fabricación, importación, venta, alquiler, posesión con fines comerciales..., de cualquier dispositivo, producto o componente que:

- sea objeto de promoción o publicidad con el fin de eludir la protección tecnológica, o
- sólo tenga un uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o
- esté principalmente concebido, producido, o adaptado con el fin de facilitar dicha elusión (art. 6.2).

El apartado 4 de este artículo advierte que se deberán prever medidas que posibiliten el uso permitido al beneficiario de una excepción o limitación establecida legalmente. La idea es que, a quienes disfrutan de un límite de forma lícita, no se les puede impedir el acceso a la obra mediante la implantación, en ésta, de medidas tecnológicas de protección. Los Estados deberán adoptar medidas jurídicas para que los titulares de derechos faciliten a los beneficiarios de los límites los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción.

La Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la LPI, introduce en su art. 160 el concepto de “medida tecnológica de protección” que se refiere a cualquier técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, permite al titular de derechos impedir o restringir determinados usos de la obra, y en general aquellos actos que no cuenten con autorización del titular.

Las llamadas “medidas tecnológicas eficaces” son las medidas que dan al titular control sobre los usos de la obra. Este concepto tiene como antecedente los dispositivos técnicos que protegen los programas de ordenador y sólo hacen posible su uso si se cumplen ciertas condiciones. Una medida tecnológica de protección es, por ejemplo, un software que impide el acceso a una obra hasta que no se introduzca una clave o contraseña (password) que, además, puede tener un periodo de validez determinado (como ocurre en las versiones de prueba o demos).

Otros ejemplos son:

- los sistemas que restringen la reproducción, y permiten realizar una sola copia digital de la obra (o un número limitado de ellas), o sólo permiten realizar la copia a un usuario registrado;
- los sistemas que sólo permiten la reproducción en determinados dispositivos, con ciertas características (interoperabilidad), y no en otros;
- los sistemas que impiden la copia de los contenidos digitales cuando circulan por cables o vías de conexión entre diferentes dispositivos;
- los sistemas que impiden la descarga, y sólo permiten la audición o visualización en

streaming...

Más ejemplos pueden encontrarse en la entrada en Wikipedia del término Gestión de derechos digitales.

Los titulares de derechos pueden tratar como una infracción de sus derechos la elusión de medidas de protección, y como consecuencia ejercitar acciones jurisdiccionales contra aquellos que, conscientemente, eludan las medidas tecnológicas de protección, así como contra quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiciten, o posean con fines comerciales cualquier dispositivo o producto (o presenten algún servicio) que:

- se comercialice o difunda con la finalidad u objetivo de eludir las medidas de protección,
- sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, y
- esté principalmente concebido, adaptado o realizado para permitir o facilitar dicha elusión (ver art. 160 LPI).

Estas normas no afectan a la regulación existente sobre los dispositivos técnicos que pueden proteger los programas de ordenador, regulación que es autónoma e independiente (art. 160.4 LPI).

La protección otorgada a las medidas tecnológicas de protección se extiende a la información para la gestión de derechos (art. 162 LPI), es decir, la destinada a facilitar la gestión electrónica de los derechos.

Ahora bien, estas medidas tecnológicas no son una excusa para ampliar los derechos de autor más allá de los límites establecidos en la Ley o de los derechos de los consumidores. Así, el art. 161 LPI introduce una serie de instrumentos jurídicos que, en principio, deberían asegurar que los beneficiarios de determinados límites no se vean perjudicados por las medidas tecnológicas de protección (art. 161.1 LPI). Las asociaciones de consumidores y usuarios están llamadas a emplear estos instrumentos (art. 161.2 LPI).

Así, la LPI prevé que los titulares de derechos sobre obras protegidas con medidas tecnológicas faciliten a los beneficiarios de los límites los medios adecuados para disfrutar de ellos, siempre que tengan acceso legal a la obra o prestación.

Sobre la relación entre medidas tecnológicas y el límite por copia privada, la D. Adicional Primera de la Ley 23/2006, de 7 de julio, prevé que el Gobierno pueda modificar, por Real

Decreto, determinados apartados del art. 161 LPI. Asimismo, las entidades de gestión deberán informar semestralmente al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, sobre la aplicación de las medidas tecnológicas en relación con la copia privada.

Cuando los titulares de derechos de PI no hayan adoptado medidas voluntarias (incluidos acuerdos con otros interesados) para el cumplimiento del deber previsto en los párrafos anteriores, los beneficiarios de estos límites pueden acudir ante la jurisdicción civil. Se otorga legitimación activa a las asociaciones representativas de consumidores y usuarios.

Lo que hemos indicado no es óbice para que los titulares de derechos puedan adoptar las soluciones restrictivas que estimen adecuadas, incluyendo medidas tecnológicas, respecto del número máximo de reproducciones disponibles de una obra en concepto de copias para uso privado del usuario. En este caso concreto, los beneficiarios del límite de copia privada no pueden exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas que hayan adoptado los titulares de derechos.

La posibilidad de levantar medidas tecnológicas (o de facilitar el ejercicio de los límites) no es aplicable a las obras (o prestaciones) que se hayan puesto a disposición del público de forma interactiva, para que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, según las condiciones convenidas en un contrato (por ejemplo, una licencia on line). Esta regla, en línea con lo dispuesto en el art. 6.4.4 de la Directiva 2001/29/CE, supone una restricción muy importante (quizá decisiva) a la aplicación del límite de copia privada en internet y, en general, en las redes de telecomunicaciones. Debe resaltarse que la norma no hace distinción entre distintos tipos de medidas tecnológicas: controles anticopia (el caso más claro), encriptado, controles de acceso...

Para el sector de la música on line, una breve historia de las medidas tecnológicas de protección, de su ascenso, y de su (aparente) fracaso, puede verse en este post de Ruth Suehle.

Para una comparación con el sector del audiovisual puede verse este trabajo de Matthew Elcock, publicado en el Repositorio Institucional de la Universidad DePaul.

Sección 5. La responsabilidad

La responsabilidad civil puede ser contractual (derivada de un contrato entre las partes) o extracontractual. Esta última, que es la que nos interesa, entra en juego cuando una persona,

física o jurídica, causa un daño ilícito a otra, con la que no estaba ligada por una previa relación jurídica.

En general, el autor de un daño (en nuestro caso, de un daño ocasionado por la infracción de un derecho de propiedad intelectual) sólo es responsable cuando en su acción intervienen, bien la voluntad e intención de dañar, bien la negligencia o el descuido culpable. Así el art. 1.902 CC establece que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. El Derecho español se asienta en un “principio culpabilista”: la responsabilidad no se objetiva totalmente, y aquellos que prueban que su actuación fue cuidadosa y prudente quedan exentos de responsabilidad. Sólo en ciertos casos se acepta la responsabilidad por riesgo.

Lógicamente la regla general es la de responsabilidad por los propios actos. Sin embargo, el art. 1.903 CC señala que la responsabilidad civil por daños es exigible “no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”.

Tenemos así tres grandes áreas de responsabilidad:

- la responsabilidad por hecho ajeno;
- la responsabilidad objetiva o por riesgo; y
- la responsabilidad personal en sentido estricto.

1º) En el primer caso (responsabilidad por actos de terceros) los diferentes ejemplos que recoge el CC tienen en común una relación de subordinación, dirección, jerarquía, o dependencia entre el que causa efectivamente los daños y el responsable final. El caso más significativo es el del empresario que responde por actos de sus empleados. Se habla aquí de una responsabilidad “in vigilando”. Salvo prueba en contrario, se presume que quien dirige o supervisa no ha sido diligente cuando su subordinado causa un daño a otro. ¿Por qué? Porque el subordinado actúa, en cuanto tal, no como persona autónoma, sino como representante de quien dirige, controla o supervisa su acción, como instrumento de su actividad.

Otro supuesto es el de la responsabilidad por actos de un tercero con quien se tiene un vínculo contractual, por ejemplo una empresa contratista (en un contrato de obra). También aquí la jurisprudencia es constante al exigir una relación de dependencia entre ambas, y extiende la responsabilidad a la empresa principal sólo si ésta se reserva facultades de control, dirección o vigilancia sobre el trabajo.

La responsabilidad por actos de terceros está reconocida en todos los ordenamientos jurídicos. En los EEUU se conocen dos fórmulas para exigir responsabilidad por hecho ajeno:

- por un lado (vicarious liability) hay responsabilidad cuando concurren la capacidad de supervisar la actividad infractora o dañosa, y la existencia de un interés económico en la misma;
- por otro (contributory infringement), es responsable quien induce, facilita, contribuye o ayuda a causar la conducta dañosa de un tercero, conociendo el alcance de ésta.

Ambas fórmulas se han aplicado en procesos por infracciones contra la propiedad intelectual (copyright), como fueron los casos Shapiro v. Green (1963), la primera, y Gershwin v. Columbia (1971), la segunda fórmula.

2º) En el segundo caso, para que sea aplicable la teoría de la responsabilidad objetiva, o por riesgo, a los daños producidos por la conducta del agente, es preciso que éstos sean consecuencia de una actividad peligrosa, o que impliquen un riesgo considerablemente anormal o superior al propio de las actividades ordinarias de la vida. La noción de riesgo va unida a la explotación de actividades, instrumentos o materias que conllevan peligro de daños a terceros, y a la obtención de los beneficios derivados de estas actividades.

Es fundamental aquí la noción de “previsibilidad”: el agente debe responder del daño causado si éste era, hasta cierto punto, previsible, y no tomó todas las precauciones posibles para evitarlo. Esta teoría sólo opera en aquellos sectores donde exista un peligro o riesgo efectivo. No cabe aplicar la teoría de la responsabilidad por riesgo cuando la probabilidad de sufrir un daño no resulta de las condiciones normales del ejercicio de una actividad, llevada a cabo con la prudencia normalmente exigible.

3º) En el tercer caso (responsabilidad directa por actos propios), corresponde al reclamante acreditar la existencia de un daño o perjuicio efectivo (violación de derechos), y la relación de causalidad, mientras que corresponde al presunto causante acreditar que actuó siempre con la debida diligencia, atención y cuidado, tomando las precauciones que el caso requería.

Respecto al régimen específico de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo 1, Sección 5 “Otras materias”, apartado “Sociedad de la información y comercio electrónico”.

Capítulo 12. Vocabulario

Resumen

Incluye los términos más comunes relacionados con la materia, con su correspondiente definición.

Sección 1. Glosario de términos

Términos

Acción: iniciativa o medida que promueve quien tiene el derecho de actuar en un juicio, de perseguir la defensa de sus intereses ante un órgano jurisdiccional.

Adaptar: acomodar, ajustar, amoldar, unir una cosa a otra de modo que forme con ella un conjunto adecuado, que tome exactamente su formato o carácter.

Alquiler: es la puesta a disposición de una obra (o de una grabación) para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto. No es alquiler la puesta a disposición con fines de exposición (*), de comunicación pública (*) a partir de fonogramas o grabaciones audiovisuales (*), y la que se realice para efectuar su consulta en el mismo lugar y momento.

Anónima (obra): obra de autor (*) desconocido, o no declarado. Cuando una obra sea divulgada al público de manera anónima, o bajo seudónimo, los derechos de PI serán ejercidos por la persona que saque la obra a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad.

Arbitraje: acuerdo entre dos o más personas para someter un conflicto o litigio a la decisión de árbitros libremente elegidos, para que éstos adopten una decisión basada en el Derecho o en la equidad.

Armonización: coordinación, aproximación, acercamiento; en términos de la Unión Europea, reducción de las diferencias legislativas entre los Estados miembros, estableciendo un marco jurídico común a todos ellos.

Arrendamiento de obra: contrato (*) por el que una de las partes (contratista) se obliga frente a otra (dueño o comitente) a ejecutar y finalizar una obra a cambio de un precio cierto. Puede

tener por objeto cualquier tipo de obra, tarea o industria. Es un contrato civil.

Arrendamiento de servicios: contrato (*) por el que una persona (arrendador) se compromete a desarrollar una actividad y/o prestar sus servicios a otra (cliente o comitente) a cambio de una remuneración u honorarios. Es un contrato civil.

Artista intérprete o ejecutante: es la persona que representa, lee, canta, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra (*). Suele llamarse “intérpretes” a quienes representan una obra dramática (actores y bailarines), y “ejecutantes” a quienes participan en actuaciones musicales. A los efectos de la LPI, se asimilan a los intérpretes el director de escena y el director de orquesta.

Asiento: nota o inscripción (*) en un Registro público, sea para acreditar un acto, para darle publicidad, sea una nota marginal, una anotación, una cancelación, una mención o indicación.

Autor: según la LPI, se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística, o científica. Se presume autor a quien aparece como tal en la obra, mediante su nombre, firma, o signo que lo identifique.

Autorización (para el ejercicio de derechos de PI): es la facultad por la cual un titular de derechos de PI cede, o transmite, a un tercero todos o parte de sus derechos de explotación (*), en las condiciones que ambos determinen.

Base de datos: es la colección 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.

Caché (memoria): memoria utilizada para acelerar el acceso del microprocesador a los dispositivos del sistema; algunas de las operaciones efectuadas repetidamente se almacenan en esta memoria y, si se repiten de nuevo, no es preciso recurrir al microprocesador.

Caducidad: extinción o pérdida de acciones o derechos por el transcurso del plazo fijado para hacerlos valer.

Canon: cuota, tasa, renta; cantidad que se paga, periódicamente o de una vez, a cambio del disfrute o uso de una cosa propiedad de alguien como reconocimiento de esa propiedad.

Certificar: declarar cierta y verídica una cosa, particularmente por un funcionario o autoridad competente y en un documento o registro oficial.

Cesión: en general, renuncia de alguna cosa, acción, o derecho que una persona (el titular cedente) hace a otra tercera (el cesionario). En el ámbito de la PI se suele llamar así a la transferencia de derechos de PI; distinguimos entre:

- cesión en exclusiva (*): transmisión de la facultad de explotar una obra/grabación con exclusión de otras personas, comprendido incluso el propio cedente. Debe formalizarse expresamente y por escrito.
- cesión no exclusiva: transmisión de la facultad de explotación, pero en concurrencia con otros cesionarios o con el propio cedente.

Comunicación pública: se entiende por tal todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin previa distribución (*) de ejemplares a cada una de ellas. Se excluye la comunicación realizada en un ámbito estrictamente privado y doméstico.

Comunicación vía satélite: forma de comunicación pública (*) que consiste en introducir las señales portadoras de programas en una cadena ininterrumpida de comunicación que se dirige a un satélite, y desde éste a la Tierra.

Comunidad de bienes: existe comunidad cuando la propiedad de una cosa, o la titularidad de un derecho, pertenece pro indiviso a varias personas, esto es, todas ellas (los comuneros) son igualmente propietarios de la cosa.

Concepción (de una obra): formación intelectual de una idea o proyecto.

Confidencialidad: políticas, normas, o compromisos tendentes a garantizar que una determinada información no sea comunicada incorrectamente, ni revelada a personas no autorizadas, ni se haga públicamente accesible.

Consentimiento: asentimiento, autorización, licencia, permiso. Ha de ser reconocible externamente, bien de forma expresa (escrita o no) o tácita (por ejemplo, mediante un comportamiento inequívoco).

Contraseña: cadena de caracteres que un usuario (*) utiliza para verificar su identidad frente a un equipo, soporte, o sistema de comunicación.

Contrato: compromiso, pacto, o acuerdo de voluntades entre dos o más personas, por el cual libremente se encargan o entregan una cosa, prestan un servicio, crean o extinguen relaciones, etc.

Contrato de trabajo: acuerdo de voluntades por el que una persona (trabajador) se compromete a prestar servicios a otra (empleador) por cuenta y bajo la dependencia y supervisión del segundo.

Copia auténtica: copia autorizada y legítima (genuina, garantizada) de un documento.

Copia privada: es la reproducción de un soporte/grabación realizada exclusivamente para uso privado, conforme a la autorización prevista en la ley, mediante instrumentos no tipográficos, o reproductores sonoros, visuales o audiovisuales, siempre que la copia se destine a uso particular y no lucrativo.

Copiar: hacer una cosa igual a otra que ya está hecha, tomando ésta como modelo o referencia. Imitar, repetir, reproducir.

Depósito: contrato por el que una persona (depositante) hace entrega a otra persona (depositario) de una cosa mueble para que la guarde y custodie, con la obligación de devolverla cuando la reclame. Es un contrato civil.

Derecho imperativo: son normas de Derecho imperativo todas aquellas normas que no son disponibles por la autonomía privada, que no pueden ser excluidas ni modificadas por los particulares, y cuyo cumplimiento es siempre obligatorio.

Derechos conexos (o derechos afines): son los derechos de PI distintos a los derechos de autor, y que no tutelan la creación de una obra original; se reconocen a los artistas intérpretes y ejecutantes (*), a los productores (*) (tanto de fonogramas como de grabaciones audiovisuales), y a las entidades de radiodifusión.

Derechos de explotación: es el conjunto de derechos patrimoniales que la ley reconoce en relación con los actos de explotación y aprovechamiento de la PI, en sentido amplio, sean derechos de autor o derechos conexos (*), y con el rendimiento económico o comercial derivado de dichos actos. Por su carácter patrimonial son derechos transmisibles inter vivos y mortis causa, son hipotecables y embargables.

Derechos de gestión colectiva obligatoria: son los derechos cuya gestión atribuye la ley a las Entidades de Gestión (*). No pueden ser ejercitados por el propio titular del derecho. La gestión colectiva de derechos comprende la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación, y distribución de la remuneración correspondiente, y todas las actuaciones que aseguren la efectividad de dichos derechos. Entre estos derechos se encuentran los derechos de

remuneración por alquiler (*) y por copia privada (*).

Derechos morales de autor: es el conjunto de derechos o facultades de carácter personal, irrenunciables e inalienables, reconocidos por la ley a los autores (*), y en concreto los de paternidad e integridad. Sólo es transmisible mortis causa el ejercicio de determinados derechos morales. Esta expresión aparece en España con la LPI de 1987.

Derechos reales: derechos de una persona sobre ciertas cosas, que le permiten actuar sobre ellas, atribuyéndole poderes y facultades; se caracterizan por la relación directa e inmediata del titular (*) sobre el objeto, y frente a todos los demás.

Descarga: transferencia de un archivo desde un ordenador remoto hasta el disco duro (*) de otro ordenador.

Digitalizar: transferir una obra desde un soporte (*) analógico a otro digital, mediante su codificación numérica o transformación en código binario.

Directiva: norma dictada por los órganos de la Unión Europea, y que tiene como destinatarios a los Estados miembros. Exige su transposición al Derecho interno a través de una Ley nacional.

Disco duro: medio de almacenamiento secundario, compuesto por varios discos rígidos con dispositivos de grabación alojados en una unidad cerrada herméticamente.

Diseño (industrial): es la forma o aspecto exterior de una parte o del conjunto de un producto. Se caracteriza por sus líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación. El bien jurídicamente protegido por la PI es el valor añadido por el diseño al producto desde el punto de vista comercial, prescindiendo de su nivel estético o artístico y de su originalidad.

Distribución: es la puesta a disposición del público del original o de copias de la obra (*), sea mediante su venta, alquiler (*), préstamo (*), o de cualquier otra forma.

Divulgación: es toda expresión de una obra (*) que, con el consentimiento del autor (*), la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma.

Dominio público: estado en que se encuentran las obras (*) y demás creaciones cuyo plazo de protección ya ha terminado; por tanto, una vez expirado este plazo, pueden ser utilizadas libremente por cualquier persona física o jurídica, respetando los derechos de paternidad (*) e integridad (*).

Editar: hacer, por procedimientos mecánicos o de otro tipo, múltiples ejemplares de una obra (*) escrita, grabados, dibujos, diseños, etc., para difundirlos al público, con o sin precio.

Ejecución (de una obra): realización perceptible de una obra ideada o proyectada.

Emisión: acto de comunicación pública (*) por el cual una pluralidad de personas tiene acceso a una obra/grabación, mediante difusión inalámbrica de signos, sonidos, o de imágenes y sonidos.

Encriptar: codificar la información mediante algoritmos, de forma que sólo sea accesible a personas que conocen determinadas claves.

Entidad de Gestión: asociación sin ánimo de lucro, autorizada para gestionar los derechos de PI de diferentes titulares (*) en los términos que la ley establece.

Exclusiva: un derecho en exclusiva es un derecho a autorizar o prohibir ciertas formas de explotación de la obra original (*), que la ley otorga a su titular; éste puede ser el autor de una obra original, el productor, el intérprete, etc., según los casos.

Exposición: acción de exhibir un conjunto de obras o creaciones originales, para que sean vistas. Conjunto de esas obras expuestas..

Extracción: es la transferencia permanente o 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.

Fijación: se entiende por “fijación” la incorporación de sonidos y/o imágenes a un soporte material estable, que permite su posterior reproducción (*).

Fonograma: toda fijación (*) exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución musical o de otros sonidos.

Forma: manera de estar distribuida la materia de un objeto, y por la cual es posible distinguirlo de otros por los sentidos.

Grabación audiovisual: es la fijación (*) de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, y sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales (*).

Idea: cualquier representación existente en la mente, o elaboración de ella; conocimiento.

Imitar: hacer una cosa copiando de otra cosa anterior, o inspirándose en ella. Hacer algo del

mismo modo o manera que lo hace otro. Disfrazar, remedar, simular.

Indemnización: resarcimiento, reparación; compensación económica motivada por un daño o perjuicio causado en los derechos e intereses legítimos del afectado. Quien provoca un daño a otro queda obligado a indemnizarle.

Inscripción: toma de razón en un registro público; nota escrita de un acto o documento en el Registro, a fin de darle publicidad y obtener valor probatorio (constituye la prueba de los hechos inscritos).

Integridad (derecho de): derecho del autor a impedir cualquier modificación, deformación, alteración o atentado contra su obra, que suponga perjuicio a sus intereses legítimos o menoscabo de su reputación.

Internet: red mundial de ordenadores conectados entre sí, que permite comunicar datos, e intercambiar información entre todos ellos, en diferentes formatos, y a través de la utilización de protocolos de comunicación prefijados.

Intimidad: espacio reservado a los asuntos del sujeto frente a intromisiones o interferencias ajenas.

Irrenunciable: son irrenunciables aquellos derechos reconocidos por las leyes, y de los cuales su titular no puede disponer, por existir un interés público regulado por normas imperativas (*); el titular de estos derechos no puede renunciar a ellos.

Legitimación: es la facultad legalmente reconocida de iniciar y conducir un proceso concreto frente a otro sujeto, habitualmente por ser titular de un derecho frente a él.

Licencia: acuerdo contractual por el que se conceden a un tercero determinadas facultades de uso y utilización de una creación intelectual, pero sin transferir el propio derecho.

Marca: signo mediante el cual una empresa identifica sus productos o servicios.

Medidas cautelares: resoluciones que un tribunal puede adoptar, al principio de un proceso (o incluso antes de iniciarse éste), bien para proteger de forma preventiva la integridad de un derecho sobre el cual se discute en el proceso, bien para asegurar la ejecución de la resolución definitiva que se dicte.

Memoria RAM: memoria primaria de un ordenador que contiene instrucciones y datos a los que puede acceder la unidad de proceso central de manera directa.

Modelo industrial: creaciones estéticas destinadas a servir de modelo o pauta para la fabricación de un producto comercial, sea éste industrial o de artesanía.

Novedad (de un diseño): según la ley, un diseño (*) es nuevo cuando ningún otro diseño idéntico haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o, si se reivindica prioridad, antes de la fecha de prioridad.

Obra: el término “obra” (según el Convenio de Berna) comprende todas las creaciones y producciones en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión: libros, folletos, conferencias, obras dramáticas, coreográficas, y composiciones musicales, con o sin letra; las obras cinematográficas y asimiladas; las obras de dibujo, pintura, grabado, escultura, o arquitectura; obras fotográficas, y de artes aplicadas; ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas similares.

Obra audiovisual: creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación pública (*) de imagen y sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de las obras.

Obra multimedia: creación digital (*) que contiene sonido, vídeo, texto, imagen fija, gráficos, etc., y permite al usuario (*) interactuar con estos contenidos.

Original: es la creación que aporta y constituye una novedad frente a cualquier otra creación preexistente, que no es copia ni repetición de otras anteriores.

Página Web: archivo escrito en lenguaje HTML que puede ser visualizado con un navegador (programa específico para esta visualización).

Patente: título que reconoce el derecho a explotar en exclusiva (*), en el ámbito industrial o comercial, la invención patentada y registrada.

Paternidad (derecho de): derecho moral del autor, que consiste en el reconocimiento público de la autoría de sus creaciones, en ser reconocido como su autor.

Persona jurídica: cualquier entidad considerada por la ley como sujeto de derechos y obligaciones. Puede ser pública (administraciones, corporaciones, cámaras, colegios profesionales, universidades...) o privada (asociaciones, sociedades mercantiles, clubes, partidos, sindicatos, fundaciones...). La persona jurídica posee una nacionalidad, un domicilio, una organización propia, capacidad jurídica y autonomía patrimonial; es diferente de las

personas físicas que la componen.

Plagio: copia de obra ajena con total similitud en lo sustancial, actividad mecanizada y carente de toda originalidad, con coincidencias estructurales básicas y fundamentales.

Portal: sitio web (*) que reúne grandes volúmenes de información sobre uno o varios temas.

Prestador de servicios: cualquier persona que suministre o facilite un servicio de la sociedad de la información.

Préstamo: puesta a disposición de los originales y copias de una obra (*) para su uso por tiempo limitado, sin beneficio económico o comercial, directo ni indirecto, siempre que el préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos abiertos al público. No existe beneficio si el préstamo da lugar sólo al pago de una cantidad que no supere lo necesario para cubrir gastos. No es préstamo la puesta a disposición con fines de exposición (*), comunicación pública a partir de fonogramas o grabaciones audiovisuales, y la que se realice para efectuar su consulta en el mismo lugar y momento.

Productor de fonogramas: la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución musical u otros sonidos.

Productor de grabaciones audiovisuales: la persona natural o jurídica que tiene la iniciativa y asume la responsabilidad de la grabación audiovisual (*).

Programa (de ordenador): cualquier 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, sea cual sea su forma de expresión y de fijación. Se incluye la documentación preparatoria.

Protocolizar: formalizar un instrumento público, acta, o escritura; las actas de protocolización son un instrumento notarial específico, mediante el cual se da fe pública de un determinado documento.

Proyecto: plan, idea que se tiene de algo; dibujo en que se expone una cosa que se piensa hacer o que se puede hacer.

Publicación: es 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 su naturaleza y finalidad.

Puesta a disposición: nueva forma de explotación de la PI en línea, a través de las redes de comunicación pública (*). Una creación almacenada en formato digital (*) se pone a disposición del público de forma interactiva, de forma que los usuarios pueden acceder a la obra en el lugar y en el momento que elijan. Internet (*) es el ejemplo más relevante.

Remuneración: retribución o compensación económica que han de satisfacer ciertos sujetos a los titulares de derechos de PI, por mandato legal, como contrapartida de ciertos actos de uso o de explotación.

Representación: consiste en confiar a una persona (representante) la facultad de actuar y decidir en interés y por cuenta de un tercero (representado). Los actos del representante vinculan al representado.

Reproducción: es la fijación (*) de la obra en un medio o soporte que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella. Toda grabación (*) sonora o visual es considerada reproducción (BERNA).

Retransmisión: la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión.

Retransmisión por cable: es la transmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas, de emisiones o transmisiones iniciales de programas radiodifundidos o televisados dirigidos al público.

Reutilización: es toda forma de puesta a disposición del público de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una Base de Datos (*), mediante la distribución de copias en forma de venta, u otra transferencia de propiedad, o por alquiler (*), o mediante transmisión en línea, o en otras formas.

Salario: constituyen salario la totalidad de las percepciones económicas, monetarias o en especie, que retribuyen la prestación de servicios laborales por cuenta ajena en el marco de un contrato de trabajo.

Secreto industrial: conocimiento reservado o confidencial sobre ideas, proyectos, productos o procedimientos que el empresario titular desea mantener oculto.

Servidor: ordenador que proporciona recursos en una red, y que provee de información y datos a los usuarios conectados a ella.

Seudónimo: nombre empleado por un autor (*) o por un artista (*) en sustitución del nombre suyo verdadero.

Signo: cualquier cosa, acción, suceso o imagen que evoca o representa otra cosa para alguien, sea por una relación natural o convencional. Icono, índice, símbolo.

Singularidad (de un diseño): según la ley, se consideran singulares los diseños (*) que producen en el usuario informado una impresión de conjunto diferente a la de los demás diseños, y que, en el momento en que se solicita la protección, no hayan podido llegar a ser conocidos en el curso normal de los negocios por los círculos especializados en el sector de que se trate que operan en la UE.

Sitio Web: conjunto de páginas web (*) visibles permanentemente en internet (*).

Solidaridad: en una obligación solidaria hay varios deudores, y cada uno de ellos debe la prestación íntegra, en su totalidad, pudiendo dirigirse el acreedor contra cualquiera de ellos, a su elección, para cobrar el total.

Soporte: medio de exteriorización o de fijación (*) de la obra. Puede ser tangible o no, material o inmaterial, y puede ser duradera o efímera. El derecho de autor recae sobre la obra (*), y no sobre su soporte.

Subasta: procedimiento de venta que consiste en ofrecer públicamente cosas que se adjudican al que ofrece y paga por ellas un precio más alto.

Testimonio: documento legal firmado por un juez, notario, autoridad, o funcionario público, en el que se da fe de algo, frecuentemente de la realización de un acto o de la existencia de un documento.

Titular: en sentido restringido, es el creador intelectual al que la ley atribuye derechos morales (*) y patrimoniales sobre sus obras; en sentido amplio, titular puede ser cualquier persona física o jurídica que detente derechos de PI, sea a título originario o derivativo (por transmisión inter vivos o mortis causa).

Transformación: la transformación de una obra comprende su traducción, su adaptación, los arreglos (en obras musicales), y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. En el caso de las bases de datos (*) se considera transformación la reordenación de la misma.

Trato nacional: principio de Derecho Internacional, por el que se asimilan y equiparan los extranjeros titulares de derechos a los nacionales; ambos gozan de igual protección.

Usuario: cualquier persona que realiza cualquier acto de uso o de explotación de una obra.