



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

*Nafarroako
Unibertsitate
Publikoa*



Universidad
Pública de
Navarra

**LA OBRA, EL ESFUERZO Y SU FINALIDAD.
MEDIDAS DE PROTECCIÓN. DISYUNTIVA DE
ACCIONES EJERCITABLES Y EFECTIVIDAD
ANTE LA INFRACCIÓN.**

Máster de Derecho Privado Patrimonial

Curso 2020 / 2021

ANTONIO ALAEJOS ANDRES

Universidad de Salamanca

MARIA JORQUI AZOFRA

Universidad Pública de Navarra

Junio / 2021



SCAN ME



INDICE DE CONTENIDOS

I. Introducción.	7
II. La Obra del Autor.	12
1. Licencias.	12
2. El Valor de la Obra.	17
3. Innovadores Modelos de Negocio.	21
III. El Sistema de Compensación Equitativa.	30
1. Antecedentes.	30
2. Determinación de la Cuantía.	37
3. Perspectiva para la Actualización de Tarifas.	42
IV. Nuevos Sistemas de Protección.	44
V. Problemática Jurídica.	50
1. Legitimación activa.	50
2. Gratuidad.	52
3. Daño Moral.	54
4. Condena de Futuro.	55
VI. Disyuntiva de Acciones Ejercitables.	56
1. Procedimiento Civil.	56
2. Procedimiento Penal.	59
3. Efectividad del Ejercicio de Acciones.	61
VII. Conclusiones.	69
VIII. Bibliografía.	72
IX. Jurisprudencia.	74

ABREVIATURAS

⊖	
©	Copyright
AAP	Auto Audiencia Provincial
AEEC	Agenda Europea para la Economía Colaborativa
AGEDI	Asociación de Gestión y Derechos Intelectuales
AIE	Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión
CD's	Compact Disks
CE	Constitución Española
CE	Comunidad Económica Europea
CP	Código Penal
D	Decisión
DA	Disposición Adicional
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DRM	Digital Rights Managment Systems
ECD	Ministerio de Educación, Cultura y Deporte
EGPI	Entidades de Gestión de la Propiedad Intelectual
FGE	Fiscalía General del Estado
FS	Software libre
GNU GPL	Licencia Pública General de Software Libre
HTML	Hyper Text Markup Language
IRPC	Instituciones Responsables del Patrimonio Cultural
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGDCU	<u>Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios</u>
LPI	Ley de Prensa e Imprenta
LSSICE	<u>Ley Servicios Sociedad de Información Comercio Electrónico</u>
MCyD	Ministerio de Cultura y Deporte
OM	Orden Ministerial
OSS	Software de Código Abierto
P2P	Particular a particular (Peer to Peer)
PE	Parlamento Europeo
PDCDig.	Propuesta de la Directiva relativa a Contenidos Digitales
PGE	Presupuestos Generales del Estado
PI	Propiedad Intelectual
R	Resolución
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal
RADNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
RC	Responsabilidad Civil
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo

RGPD UE	Reglamento General de Protección de Datos Unión Europea
ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
RSS	Really Simple Syndication
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SGAE	Sociedad General de Autores y Editores
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
SJP	Sentencia del Juzgado de lo Penal
SPCPI	Sección Primera Comisión Propiedad Intelectual
SSCPI	Sección Segunda Comisión Propiedad Intelectual
SSI	Servicio de Sociedad de Información
STJCE	Sentencia del Tribunal Justicia de la Comunidad Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCP	Tribunal de Comercio de París
TPM	Técnicas de Protección del Contenido y Copiado
TRLGDCU	Texto Refundido Ley General Defensa Consumidores Usuarios
TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
UE	Unión Europea
©	Copyright
Ⓢ	Sin Remuneración
CC	Creative Commons
€	CC Gratuito

**LA OBRA, EL ESFUERZO Y SU FINALIDAD.
MEDIDAS DE PROTECCIÓN. DISYUNTIVA DE ACCIONES
EJERCITABLES Y EFECTIVIDAD ANTE LA INFRACCIÓN.**

**THE WORK, THE EFFORT AND ITS PURPOSE.
PROTECTION MEASURES. DISJUNCTIVE OF EXERCITABLE
ACTIONS AND EFFECTIVENESS BEFORE THE INFRINGEMENT.**

Antonio Alaejos Andres¹

*Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca, España;
Julius – Maximilians – Universität Würzburg, Alemania; Abogado / Attorney;
Administrador Concursal. E-Learning digital skills online / Google pour les pros /
Marketing Digital IAB Spain, Master of Business Administration.*

<https://www.linkedin.com/in/antonio-alaejos-675006130/>

E-mail: aalaejos@usal.es

Resumen. La obra debe ser considerada como un bien o derecho patrimonial independiente sobre la que gravitan los exclusivos de la propiedad intelectual, y como tal objeto de comercio. El esfuerzo del autor debe recompensarse como un valor patrimonial, siendo a quien le corresponde establecer la licencia bajo la que publicar según la expectativa remuneratoria de su trabajo. Ante el articulado normativo sobre la compensación equitativa de derechos, se critica la falta de intervención de algún agente. El avance tecnológico hace que surjan medidas de protección consecuentes con el desarrollo, incluidas acciones más efectivas e inmediatas. Sin embargo, la insuficiencia de acciones de protección efectivas e inmediatas provocará tanto que la obra se devalúe en el mercado como que se incremente el perjuicio económico del haber patrimonial del autor. Deberá optar por la mejor defensa de sus derechos, tanto el patrimonial como los inherentes a la obra, pero la práctica le conducirá a dejarse tutelar por la intervención de la administración.

¹ Máster de Derecho Privado Patrimonial – Facultad de Derecho USAL / UPNA 2020-2021.

Palabras clave: Propiedad Intelectual. Derecho patrimonial. Licencias de explotación. Remuneración equitativa. Medidas de protección. Acciones legales.

Summary: The author's work must be considered as an independent property or patrimonial right on which the exclusive rights of intellectual property gravitate, and as such an object of commerce. The effort made by the author should be rewarded as a patrimonial value, and it is up to him to establish the license under which to publish according to the remuneration expectation of his work, of his work. Faced with the normative articulation on the equitable compensation of rights, the lack of intervention of some agents is criticized. Technological advancement leads to the emergence of protection measures consistent with development, including more effective and immediate actions. The insufficiency of effective and immediate legal actions for protection will not only cause the work to be devalued in the market, but also increase the economic damages of the author's assets. He must opt for the best defense of his rights, both the patrimonial and those inherent to the work, but the practice will lead him to allow himself to be protected by the intervention of the administration.

Keywords. Intellectual property. Property law. Operating licenses. Equitable remuneration. Protection measures. Legal actions.

I. Introducción.

Con este trabajo queremos proyectar no sólo una perspectiva del valor de la obra como derecho patrimonial en sí, propio e independiente de los derechos reconocidos en 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, (Texto Refundido de la Propiedad Intelectual, en adelante TRLPI), sino llegar a considerarlos derechos propios y exclusivos del autor con una visión innovadora ante los posibles modelos de negocio.

El autor es quien, dada su facultad de creación, tiene que desarrollar su modelo de negocio para obtener la mejor explotación de su obra. Deberá conseguir la óptima remuneración equitativa más acorde al trabajo desarrollado para la consecución de la obra que pretenda publicar, sin someterse a leoninas condiciones contractuales de los titulares que pretenden detentar sus derechos – editoriales, productoras, ...–, así como por ende a los porcentajes por la gestión de sus derechos de propiedad intelectual (en adelante, PI).

Las licencias que el autor otorgue a sus derechos de PI serán consecuentes con el esfuerzo desarrollado, así como con la pretensión del público a quien se dirige. Quizás la protección de la obra con el tradicional “*COPYRIGHT* ©” no llegue al beneficio esperado frente a otras licencias en abierto que puedan llegar a lograr otros, e incluso mayores rendimientos económicos por vía indirecta al tradicional (alcance e impacto social, prestigio, publicitario, ...). Los autores y titulares no sólo pueden, sino que deben decidir cuál será su modelo de negocio para ver remunerado el esfuerzo de posteriores obras que pretenda publicar.

La Comisión Europea apostó para el desarrollo de aplicaciones como motor del empleo y crecimiento europeo, entre ellas la Economía Colaborativa². El desarrollo tecnológico y los emergentes modelos de negocio provocará que se introduzcan bienes y derechos patrimoniales que antes no se contemplaban como objeto de comercio. El atractivo y nuevo tráfico económico hará que los

² [Agenda Europea para la Economía Colaborativa \(AEEC\), Junio 2016.](#)

autores busquen sus alternativas oportunidades de negocio, empleo, ingresos y competitividad frente a tradicionales titulares de derechos. A mayor oferta digital, precios más bajos, mayor alcance social, mayor remuneración alternativa,

Se hacen necesarias mayores y mejores protecciones a la PI a las ya existentes, máxime cuando la actualidad económica es cambiante, debiendo como principio necesario adaptarse la normativa a la realidad, como de hecho viene ocurriendo con el dictado de tanta normativa comunitaria.

En el albor digital, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en adelante, LSSICE), introdujo conceptos como Servicio de la Información e Intermediación³. Se reguló el ámbito de aplicación de la PI a prestadores de servicios de otro Estado miembro de la UE cuando el destinatario radique en España, su salvaguarda con medidas de interrupción, información a usuarios sobre responsabilidades por vulneración, y la responsabilidad de quien registró el dominio⁴.

Aun así, permanecía la confusión jurídica entre proveedor, consumidor, prestador o trabajador que limitaba el potencial y apostado desarrollo⁵. Al fijar tres tipos de agentes: prestador de servicios que comparte activos, recursos, tiempo y competencias (ocasional o profesional); usuarios de estos servicios, e intermediarios que conectaban a ambas partes facilitando transacciones en las plataformas colaborativas, consecuentemente se comenzó a exigir autorización

³ [Anexo Ley 34/2002 LSSICE](#). Servicio de la Información, el prestado a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, así como los servicios no remunerados por sus destinatarios si constituyen una actividad económica para el prestador, incluyéndose la contratación de bienes y servicios.

Servicio de intermediación, el que facilita la prestación de servicios de la sociedad de la información o acceso a Internet, transmisión de datos por vía telemática, copias temporales de páginas *web*, alojamiento en servidores, aplicaciones, instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

⁴ Arts.3.1 a), 8.1 e), 12 bis y Disposición Adicional (DA) 6ª Ley 34/2002

⁵ [STJUE de 18 de Diciembre de 2007, Caso Jundt. apart.32 y 33](#). ECLI:EU:C:2007:816. *Solo las actividades remuneradas constituyen actividad económica, entre ellas la prestación de servicios. En cambio, no es necesario que el prestador persiga un beneficio. Aunque la transacción entre prestador de servicios y usuario no constituya actividad económica, puede tener relación con la plataforma colaborativa.*

para la actividad empresarial⁶. La existencia de nichos de mercado exige una regulación clara, objetiva, así como una autorización administrativa que habilite una especial cobertura jurídica, máxime cuando por su carácter universal, los intervinientes pueden realizarlo de forma transfronteriza desde otro Estado⁷.

Cuando la plataforma colaborativa ofrece servicios ajenos a los de la información, actúa como intermediario entre el prestador del servicio subyacente y los usuarios con sujeción a una normativa sectorial. Los servicios subyacentes se prestan cuando el precio y las condiciones contractuales son fijados por el prestador sin imponerse por la plataforma, quien además posee la titularidad de los activos necesarios. Aun así, no se clarificaba, verdaderamente quien prestaba el servicio subyacente, si la plataforma colaborativa o el intermediario, pues al sufragar gastos, riesgos, realizar actividades auxiliares, pagos, seguros, garantía postventa, ..., se incidía en el grado de corresponsabilidad entre los intervinientes, así como en la posible exención de responsabilidad entre los intermediarios que se limitaban aparentemente a prestar servicios de alojamiento de datos en una plataforma colaborativa. Se concluyó que la responsabilidad, quedaba limitada si los aspectos en relación con el alojamiento no son los más importantes del servicio⁸.

Con estos antecedentes, se dictó la [Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de Junio de 2017](#) sobre una Agenda Europea para la Economía Colaborativa (AEEC)⁹, exponiendo el deseado crecimiento, beneficio social,

⁶ [Art.4.2 Directiva 2006/123/CEE de Servicios](#). Prestador de servicios: Cualquier persona física o jurídica que ofrece una actividad económica por cuenta propia a cambio de remuneración. Cualquier actividad podría incluirse independiente de la frecuencia y sin requerir que el proveedor actúe como “profesional”. Se define “Comerciante” como cualquier persona que actúe con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión.

⁷ [Directiva 2000/31/CEE](#), art.2. La libertad de ofrecer servicios transfronterizos ... podrá derogarse cuando haya una amenaza sobre el orden público, protección de la salud pública, defensa nacional y protección de los consumidores. [Directiva 2006/123/CEE de Servicios](#). Arts.10 a 13

⁸ [Decisión \(D\) 30/06/2008, Tribunal de Comercio de París \(TCP\) en Louis Vuitton Malletier / Christian Dior Couture y Parfums Christian Dior, Kenzo, Givenchy et Guerlain contra eBay](#).

⁹ [Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa \(2017/2003\(INI\)\)](#)

acceso al mercado laboral, empoderamiento, la competitividad y opción del consumidor a elegir, así como la necesidad de regular un sector dada la confusión entre los agentes intervinientes en las plataformas, ..., junto a su responsabilidad.

Sobre la Propiedad Intelectual (PI), la [Estrategia Europea 2020](#), de 3 de Marzo de 2010¹⁰, buscó adaptar un mercado tradicional a un único digital a través de una regulación jurídica que facilitase la digitalización y divulgación de obras. La regulación de la PI, destinada a los mercados tradicionales, por su necesidad de incorporarse a estructuras digitales, se completó con el RDL 1/1996, de 12 de Abril con el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), que incorpora la Directiva 1993/98/CEE del Consejo, de 29 de Octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del Derecho de Autor y determinados derechos afines¹¹.

Otra importante incorporación se produjo con el RD 1398/2008 de 23 de Noviembre, que desarrolla el art.25 del TRLPI con la Directiva 2001/29/CEE, de 22 de Mayo, sobre armonización de determinados aspectos de los Derechos de Autor al permitir a los Estados miembros de la UE limitar o exceptuar el derecho exclusivo de reproducción de copias efectuadas por una persona física para uso privado y siempre que los titulares del citado derecho reciban a cambio una compensación equitativa¹². La remuneración equitativa se recoge en el RD 624/2014, de 18 de Julio¹³, por inclusión de la Directiva 2006/115/CEE de 12 de Diciembre, sobre derechos de alquiler y préstamo, así como la obligación de reconocer a los autores el derecho de autorizar o prohibir el préstamo de originales y copias de obras protegidas por el derecho de autor¹⁴.

¹⁰ [Europa 2020: la estrategia de la Unión Europea para el crecimiento y la ocupación](#)

¹¹ [Directiva 1993/98/CEE](#) sobre Armonización del plazo de Protección del derecho de autor.

¹² [Directiva 2001/29/CEE](#) sobre armonización para limitar o exceptuar el derecho de reproducción de copias para uso privado a cambio de compensación equitativa.

¹³ [RD 624/2014 de 18 de Julio](#).

¹⁴ [Directiva 2006/115/CEE](#) sobre derechos de alquiler y préstamo, autorización y prohibición del préstamo de originales y copias de obras protegidas por el derecho de autor.

A continuación de la Estrategia Europa 2020, se dicta la Directiva 2012/28/CEE de 25 de Octubre, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas y la problemática de la condición jurídica de la obra huérfana y sus consecuencias ante posibles usos autorizados¹⁵, viniendo a regularse en el RD 224/2016, de 27 de mayo, por el que se desarrolla su régimen jurídico¹⁶.

La Directiva 2015/1535/CEE de 9 de Septiembre¹⁷, introdujo el procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, haciéndose precisa y necesaria la regulación específica, dando lugar a la Directiva 2019/790/CEE de 17 de abril, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital¹⁸.

En resumen, en poco más de dos décadas se ha pretendido regular el marco normativo de la PI con lo relacionado al mercado único digital. Por último, el dictado de la Directiva 2019/790/CEE regula nuevas excepciones a estos derechos, un derecho conexo a favor de los editores de prensa, así como la responsabilidad de plataformas digitales. Todo lo cual permite que se perfilen nuevas medidas de protección.

Probablemente no serán las últimas medidas de protección a dictarse, pues como ya se anuncia, la realidad económica es cambiante y la normativa debe acomodarse a las necesidades del autor o su titular. Sus expectativas también son cambiantes, y en consecuencia las distintas opciones que tendrá y deberá tener el autor para defender sus derechos e intereses, su propia obra, – se esforzó al realizarla –, como derecho patrimonial independiente, así como los inherentes y exclusivos derechos de propiedad intelectual que sobre la misma

¹⁵ [Directiva 2012/28/CEE](#) sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

¹⁶ [RD 224/2016 de 27 de Mayo.](#)

¹⁷ [Directiva 2015/1535/CEE](#) sobre procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

¹⁸ [Directiva 2019/790/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019](#), sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que modifican las Directivas 96/9/CEE y 2001/29/CEE.

gravitan. El fin pretendido no puede ser otro que la tutela de la efectiva remuneración de su esfuerzo. Deben ponerse a su disposición todas aquellas medidas de protección necesarias para la tutela de su esfuerzo, así como de las acciones ejercitables eficaces e inmediatas para no ver perjudicados aún más sus legítimos intereses. Como conclusión, no parece lograrse esta pretendida finalidad remuneratoria salvo con la intervención administrativa que corta de raíz tanto la infracción del derecho, como el posible perjuicio al esfuerzo y valor de la obra del titular que se va devengando hasta la adopción de la medida cautelar, que no suele ocurrir, o en su caso hasta la finalización del procedimiento judicial.

II. La Obra del Autor.

1. Licencias.

El *Copyright* © se cuestionó al entenderse que no era un derecho natural sino un monopolio artificial impuesto que limitaba la copia. Se protegía la obra, a su creador, así como a instituciones que se lucraban con el esfuerzo ajeno. Se planteaba que iba en contra del desarrollo social al no poder privarse al público y minorías de su acceso para al limitar el progreso tecnológico y científico¹⁹.

El creciente desarrollo del movimiento de “Software libre FS”²⁰ hizo que las grandes tecnológicas comenzaran a crear programas en abierto “Open Source Software OSS” acercándolo al mundo empresarial, surgiendo de esta forma el “COPYLEFT ©”, como medio intermedio entre el estricto control del “*Copyright* ©” y la excesiva libertad del “Software libre FS”²¹. Algún autor considera que el

¹⁹ Stallman R., *The GNU Operating System and the Free Software Movement. Open Sources*. Free Software Foundation, Boston, 1991. “Una de las suposiciones es que las empresas de software tienen el derecho natural e incuestionable a poseer el software, y por lo tanto a detentar el poder sobre todos los usuarios (si se tratara de un derecho natural, no podríamos objetar nada, independientemente del perjuicio que esto causara al público) ...”. Stallman, R., *Software libre para una sociedad libre*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2007. [Richard Stallman's Personal Page](#)

²⁰ En la programación coexisten dos ciber – rebeldes: Los Hackers que con habilidades y conocimientos posibilitan la creación y programación del “Software libre FS” y, los Crackers que quebrantan la seguridad informática, saquean y destruyen información. La limitación de las empresas tecnológicas para revelar códigos fuentes de sus programas, alegando derechos de Propiedad Intelectual (PI), hizo que surgiera en 1980 de manos de Richard Stallman el movimiento cooperativo entre hackers y usuarios al verlo como un problema social y necesitar autorización del creador para cambios informáticos.

²¹ Rodríguez Mederos, M., *La difusión de las creaciones en la era digital: El Copyleft para distribuir creaciones en la era digital*, Acimed 15.1, Ciudad de la Habana (Cuba), 2007.

“COPYLEFT ©” es una forma distinta de concebir los derechos de autor al ampliar el acceso a la cultura a la ciudadanía cambiando la remuneración de los creadores, así como las estructuras económicas, de producción y propiedad²², si bien debe entenderse como otro derecho de autor que se somete a la licencia que éste mismo establece.

También el movimiento “música libre” como medio de difusión ilimitado de distribución musical, frente al tradicional modelo limitado a la venta y alquiler controlado por la industria de contenidos, se genera un incremento de la plena disponibilidad a usuarios de copias digitales por sus creadores sin intermediación de la industria musical. De igual forma, en el mundo editorial, para dar mayor publicidad y alcance al contenido, quien pretenda copiarlo sabrá de qué manera hacerlo o no según las licencias, “COPYRIGHT ©” o “COPYLEFT ©”.

La integración de otras licencias, esto es el *Copyleft ©*, *Creative Commons ©*, ..., y derivados, hace que las creaciones deban ser objeto de protección en sus respectivas formas de creación, obtención y distribución, así como sujetas a responsabilidad civil tanto en el mercado tradicional como en el digital.

Dentro de la creatividad intelectual y desarrollo tecnológico coexisten con el “COPYRIGHT ©”²³ otras licencias de contenidos, como el “COPYLEFT ©”²⁴,

https://brumario.usal.es/permalink/34BUC_USAL/edmht/cdi_latinindex_primary_oai_record_493214

²² Martínez Cabezudo, F. y Rodríguez Prieto R., “Axiologías para el Desarrollo de las nuevas ideas de Propiedad Intelectual”, *Athenea Digital*, vol. 15, núm. 2, 2015, págs. 233-247.

²³ Un único autor usa, modifica o distribuye el contenido, autoriza expresamente a quien se le abona un canon para su uso.

²⁴ Se permite a una persona usar, modificar y distribuir contenidos con fines comerciales. Solo es preciso mencionar la autoría. Copyleft.org

“CREATIVE COMMONS ©”²⁵, “GNU GPL”²⁶, “LICENCIA ARTE LIBRE LAL”²⁷, “COLORIUS”²⁸, ..., y otras específicas para el periodismo “L20m”²⁹, musicales “OPEN AUDIO LICENCE”³⁰, ..., con su correspondiente representación gráfica para su identificación por el usuario.



Por su parte, la propia “CREATIVE COMMONS ©” desglosa diversos tipos de licencias de contenidos digitales contando, en todo caso, con el permiso a la reproducción total o parcial, su distribución, comunicación pública y creación de obras derivadas, entre otros:

²⁵ Reconociendo la autoría, se introducen limitaciones según criterio del autor, con variantes dependiendo si el autor permite modificar la obra, si modificada se puede compartir, o si se permite el uso comercial o no. [Creative Commons ©](#)

²⁶ Licencia con “Copyleft ©” usado en programas informáticos como software libre. Cualquiera puede instalarlo, modificar su código o distribuirlo sin necesitar una autorización del autor. Ubuntu / OpenOffice. [The GNU General Public License v3.0 - GNU Project - Free Software Foundation](#)

²⁷ Se permite copiar, modificar y difundir libremente el contenido protegido, respetando los derechos del autor. [Copyleft Attitude | Licence Art Libre](#)

²⁸ Sistema mixto entre autogestión y cesión de derechos de autor para creadores de contenidos literarios, musicales, audiovisuales y fotográficos. [Coloriuris](#)

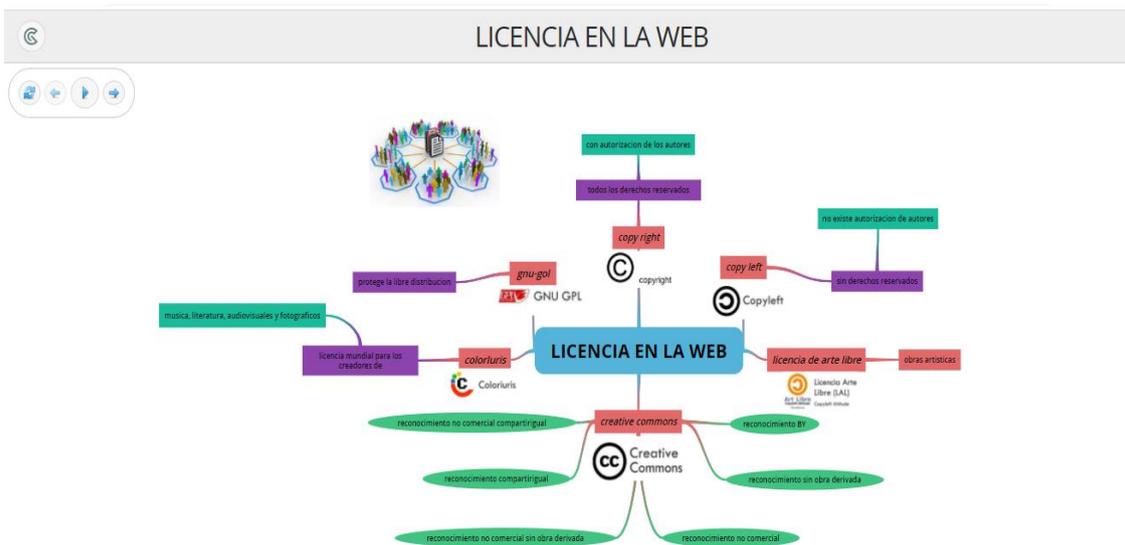
²⁹ Licencia con “Copyleft ©” para periódicos. Permite copiar, modificar y distribuir una noticia si el contenido distribuido se adhiere a esta licencia. Se pueden tomar del diario “20 Minutos”, y publicarlas en otra web si se señala su fuente y autoría. [Licencia L20m \(antonio-delgado.com\)](#)

³⁰ Permite la distribución, copia y modificación de las canciones, sólo exige que se acredite su autoría. Es compatible con licencias “Creative Commons ©” [EFF | Defending your rights in the digital world](#)



- : Con fines comerciales.
- : Sin fines comerciales.
- : Sin fines comerciales y distribuidos bajo licencia.
- : Se permite descargar y compartir obras previo pago al creador, prohibiendo el intercambio y uso comercial.
- : Se permite la distribución bajo licencia de la obra original.
- : Se permite la distribución siempre que la obra circule en su integridad, sin cambio y previo abono al autor.

La realidad material de licencias digitales avanza rápidamente, como se ha expuesto anteriormente. Se deja constancia gráfica de su variedad³¹.



³¹ [Licencia en la Web \(goconqr.com\)](http://goconqr.com)

Ante tanta variedad de licencias digitales, el debate está servido desde el momento en que se introducen medios de reproducción distintos al tradicional, cuando se publican todo tipo de contenidos digitales, sea cual sea su formato, y limitados en su uso y distribución como los mencionados, como ocurre con la descarga de música a través de "CREATIVE COMMONS ©" y "COPYLEFT ©".

Esta diferenciación de licencias digitales también se recoge en las SAP de Madrid, de 5 de Julio de 2007 y SAP de Ourense, de 12 de Diciembre de 2017, entre otras muchas, al detallar que concurren o coexisten diferentes modelos de difusión de contenidos según las posibilidades digitales ofrecidas³²:

a) El tradicional, basado en la protección de la copia o " COPYRIGHT © ", que busca una restricción del acceso y uso del contenido "on line", recurriendo a fórmulas negociales de carácter restrictivo y medidas tecnológicas de control de accesos, que se subsumen en los llamados "Digital Rights Management".

b) Otro modelo que proporciona acceso libre "on line" a los contenidos, "COPYLEFT ©", "CREATIVE COMMONS ©", ..., permiten en ocasiones su uso personal y, en otros casos, la difusión libre de la obra, su transformación e incluso su explotación económica, con la única condición de citar la fuente, siendo de dominio público y sujetos a licencias generales (*General Public License*).

Según estas Sentencias, estas alternativas se plantean como lucha frente a las restricciones de derechos para hacer y redistribuir copias de una obra determinada derivadas de las normas planteadas en los Derechos de Autor o PI. Se pretende garantizar mayor libertad, permitiendo que cada receptor de una copia o versión pueda usar, modificar y redistribuir tanto el propio trabajo como las versiones derivadas del mismo. Los partidarios de este modelo tratan de otorgar al autor el control absoluto sobre sus obras, surgiendo como respuesta frente al tradicional modelo del "COPYRIGHT ©".

³² [SAP Madrid, de 5 de Julio de 2007](#) ROJ: SAP M 10132/2007 / [SAP Ourense, de 12 de Diciembre de 2017](#) ROJ: SAP OU 790/2017

No obstante, parece que este modelo alternativo pudiera estar al margen o enfrenteado al “COPYRIGHT ©”, cuando en realidad son licencias que coexisten con el anterior. Como recogen estas Sentencias, “estas alternativas derivan de las restricciones derivadas de las normas”, si bien el propio creador de la obra facilita unas licencias digitales a los usuarios. Por tanto, el autor es una persona que debe ser tutelado y protegido, máxime cuando su obra forma parte de su propiedad intelectual (ex art.1 y 2 TRLPI)³³.

De aquí que todas estas licencias deban ser tuteladas y protegidas en aras de salvaguardar la PI del creador de la obra, con independencia de la facilitada a los usuarios, restrictiva o permisiva, debiendo equiparse todas ellas pues todas parten de la persona entendida como Creador – Autor.

2. El Valor de la Obra.

Siendo incuestionable que la obra tiene un valor, principalmente por el esfuerzo del trabajo desde su creación hasta que llega a cualquier usuario, en estos tiempos la monetización se materializa a través de medios digitales, pues los tradicionales sin llegar a desaparecer, se verán disminuidos sobremanera. Se facilita incluso una mayor difusión en condiciones controladas, impacto social y su propia fama o prestigio, optando incluso por su gratuidad, sin renunciar a derechos morales o económicos, pues el modelo tradicional de negocio aparenta resultar obsoleto³⁴.

Frente al plazo de duración de protección de derechos³⁵, surgen también críticas: Unos autores defienden la perpetuidad; otros la renovación indefinida, y

³³ Art.1 TRLPI. Hecho generador. La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación.

Art.2. Contenido. La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.

Art.5. Autores. Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica.

³⁴ Cervera, J., ‘Copyleft’: *Permiso concedido*, en Cuadernos de Periodistas: Revista de la Asociación de la Prensa de Madrid, Enero 2005, pags.69-76.

³⁵ Art.26 a 30 TRLPI en relación con la [Directiva 2011/77/CEE](#) que modifica la Directiva 2006/116/CEE. El plazo de duración de los derechos se amplió a los 70 años bien desde el

una última tendencia – aunque contraria a la tendencia europea – es la de protegerla menos tiempo con mayor eficacia³⁶. El autor se nutre de su “*Background cultural*” sin prescindir de elementos comunitarios de la PI, surgiendo así el incentivo para dedicar su talento al esfuerzo de la obra para que ésta revierta a su bolsillo y a la sociedad buscando un equilibrio entre ambos³⁷.

El origen de la remuneración derivaba del coste de la copia. Si la difusión digital no supone un coste, sino que puede entenderse como un beneficio por su mayor alcance, los intereses de autor y empresas editoras se separan. Al autor le interesa la mayor difusión de su obra, frente a la editora que pretende un mayor control. Cuantas más copias posibles se consigan, pueden obtenerse ingresos o remuneraciones por otras vías derivadas de su fama o prestigio (venta en portales y publicidad on line, conferencias, ...); por su parte, al editor que sólo cobra por copia, le interesa restringirlas e impedir su reproducción. Aquí es cuando surge el editor digital particular – *Prosumer* – que canaliza su creación a través de medios colaborativos. Compartiendo en abierto la obra, genera ingresos publicitarios que revierten directa o indirectamente en su bolsillo.

Los usuarios digitales que acceden aparentemente de forma gratuita a los contenidos del autor se convierten en sujetos que vienen a cederle sus datos personales para sean objeto de monetización por una vía distinta a la tradicional, siendo a todos los efectos una remuneración objetiva al esfuerzo de su obra. Los datos personales vienen a ser moneda de cambio que sirve para monetizar la obra con la generación de anuncios. De esta forma, revierte a favor del autor del contenido un ingreso indirecto, remunerativo o compensatorio del esfuerzo de su trabajo³⁸. Por tal motivo, estos usuarios no se consideran usuarios de contenidos

fallecimiento del Autor, desde la divulgación de obras póstumas o anónimas, bien desde el último fallecido en obras colectivas, o desde la publicación de la última parte o volumen de una obra

³⁶ Sanchez Aristi R., “*Derechos digitales*” en Revista de Libros, Junio 2019: “Un sistema de derechos de autor que proteja las obras durante plazos más cortos, pero con medidas más eficaces (que reducido dicho plazo de protección podrían introducirse con mayor aceptación social) podría ser más eficiente que el actual en lo económico y al tiempo más beneficioso en lo social.”

³⁷ Sanchez Aristi, R., “*Derechos Digitales*”, ob. cit., 2019.

³⁸ Actualmente en tramitación la Iniciativa Legislativa Ley Dashboard de Mark Warner (D-Va.) Y Josh Hawley (R-Mo.) USA., que pretende que autores o suministradores digitales de contenidos pongan precio a los datos personales en aras de lograr mayor transparencia digital.

gratuitos³⁹, pues utilizan una moneda de cambio no tradicional para acceder a la obra y satisfacer sus necesidades.

A todas luces, es una compensación o remuneración quizás más equitativa que la desarrollada en el TRLPI. Cedidos los datos personales, se deja a arbitrio y elección personal del usuario a través de su navegación digital, el anuncio publicitario que será objeto de reembolso al autor. No se somete al usuario a un canon único fijado – digamos arbitrariamente – por las Entidades de Gestión de Propiedad Intelectual (EGPI). En cualquier caso, si el usuario accede de forma libre, aparentemente gratuita u onerosa al contenido ofertado o que se oferte, siempre permanecerá si resulta de su interés pues satisface sus necesidades reconociendo el esfuerzo del autor.

Hay que destacar que no es aplicable la Propuesta de la Directiva relativa a Contenidos Digitales (PDCDig.) al no entrar dentro del objeto competencial, máxime cuando se hace una reserva a que no debe tratar sobre derechos de autor o aspectos relacionados con derechos de la PI del suministro de contenidos digitales⁴⁰. No obstante, dado el carácter irrenunciable de la compensación equitativa del derecho de autor⁴¹ y tener cedido la gestión del cobro⁴², ¿podría el autor ver recompensado su esfuerzo con una contraprestación no pecuniaria?, esto es, ¿a través de la cesión de datos personales? Resulta evidente que no. A pesar del valor de los datos del usuario, a la fecha actual, no está previsto una

<https://www.axios.com/mark-warner-josh-hawley-dashboard-tech-data-4ee575b4-1706-4d05-83ce-d62621e28ee1.html>

³⁹ Spindler G., “Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la PDCDig.” *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, pág.11.: “Si se entiende que el dato personal carece de valor, se extiende la protección al consumidor y usuario”.

⁴⁰ PDCDig. Considerando 21: La presente Directiva no debe tratar sobre derechos de autor o sobre otros aspectos relacionados con derechos de propiedad intelectual del suministro de contenidos digitales. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-634-ES-F1-1.PDF>

⁴¹ Art.25.2 TRLPI: Este derecho es irrenunciable para los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes.

⁴² Art.25.9 TRLPI: La compensación equitativa se hará efectiva a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual conforme al procedimiento que se determine a tal efecto por real decreto, debiendo las mismas garantizar a los deudores y a los responsables solidarios una comunicación unificada de la facturación que a estos les corresponda abonar

forma de pago distinta a la tradicional monetaria, máxime cuando está regulado el cobro a través de las EGPI a cargo de los deudores y responsables solidarios.

Esta figura intermediaria de EGPI para el cobro de los derechos de autor puede ser criticada. Viene a limitar tanto la admisión de otros medios alternativos para el abono de las compensaciones equitativas distintas a las tradicionales, como el alcance digital e impacto público de la obra al someterse a directrices de los editores digitales y de las propias EGPI. Al autor digital se le limita ser su propio *Prosumer*. Esta limitación intermediaria podría compararse con un oligopolio, donde varias EGPI desarrollan su modelo de negocio, afín a los intereses del interesado – autor –, imponiendo condiciones y, en este caso, sin recompensar debidamente el esfuerzo del autor. A mayor gestión de cobro, mayor porcentaje de ingresos en las cuentas de la propia gestora; mucho más en conductos de gran tráfico de derechos adscritos a la propiedad intelectual como los digitales.

Sin perjuicio de la consolidada figura de las EGPI como encargadas del cobro de los derechos de autor, impuesta legalmente con un afán recaudatorio, no puede negarse que su labor administrativa es fundamental, pero tampoco se entiende que sea la única que puede encargarse de esta labor.

Por analogía, si un derecho de crédito puede reclamarse de forma lícita tanto en sede judicial como en otras vías extrajudiciales (mediación, arbitraje, empresas de recobro por cesión, ...) con mismo e incluso mejor resultado que el judicial, ¿por qué no facultar al propio autor para que tenga disponibilidad para decidir quién se encargará de gestionar sus derechos, o incluso ser él mismo, sin imponerle una figura a la que debe someterse sin posibilidad de negociación contractual?, ¿El autor estaría como parte débil ante posibles cláusulas abusivas de contratación frente a las EGPI?, ¿Este oligopolio no debería regularse por la propia Administración Pública al ser una figura jurídica impuesta legalmente para la gestión del cobro?,...

Son cuestiones que debieran debatirse, o retomarse como ya se hiciera⁴³, para tratar de mejorar la postura del autor como parte débil frente a entidades o instituciones con grandes intereses económicos, concretamente sobre derechos de la PI, que se consolidan como verdaderos oligopolios de uso de determinados conocimientos, diseños y vehículos de transmisión. Es una lucha inútil, la figura impuesta de las EGPI llegó para quedarse al sector, sin que se espere o prevea modificación alguna.

Aunque pudiera parecer que estamos ante un contexto más liberal que intervencionista, lo cierto es que el autor comienza a buscar vías alternativas para la gestión de sus derechos patrimoniales, pues él mismo tiene facultad para instaurar, según su propio criterio y capacidad de negociación, la expectativa de su remuneración como recompensa al esfuerzo de su trabajo, incluso a través de innovadores modelos de negocio.

3. Innovadores Modelos de Negocio.

El autor puede salvaguardar el valor de su obra con la elección de las distintas licencias, restrictivas o permisivas, a favor de los beneficiarios según avance el desarrollo tecnológico digital, así como implementar nuevos modelos de negocio, con licencias onerosas o gratuitas, excepciones y limitaciones, ..., que también serán objeto de protección material y jurídica. Siendo las obras inagotables, las medidas de protección deben serlo también al irse acomodando su protección material y jurídica según van surgiendo.

La tecnología digital impulsa los modelos de negocio para hacerlos más innovadores. Se basan sus modelos de negocio en la sustitución de la venta de copias digitales por el pago por el uso, y así se faculta al “*End User*” para que pueda reproducir temporal – streaming – o permanentemente – downloading –. No se venden copias sino derechos de uso de copias digitales impidiendo con medidas de protección tecnológica, la posterior reventa o transmisión a

⁴³ Estévez Araujo J.A., “La Propiedad Intelectual: De la voluntad del lobby al texto de la Ley”, *Mientras tanto*, núm. 113, 2009, págs.21-26.

terceros⁴⁴. Pero ¿qué ocurre si el titular del derecho pretende buscar otra remuneración distinta a la concebida tradicionalmente? El modelo retributivo no tiene porqué corresponderse con el esperado, pues el autor no está obligado a soportar la potencial pérdida en caso de venderse la obra por precio superior a lo percibido y tampoco inferior para compartir las pérdidas con el editor, aunque se pueda revisar la remuneración si no resulta equitativa⁴⁵.

Por este motivo, por ejemplo, las empresas discográficas y las editoriales digitales – van incorporando otros modelos de negocio en sus respectivos sectores empresariales para satisfacer tanto sus propios derechos económicos como los de los titulares que en ellas intervienen.

a) **Discográficas.** Desde que comenzó la crisis en las ventas tradicionales, se planteó que el espacio de negocio sería el mercado digital⁴⁶, por lo que, con el propósito de rentabilizar el esfuerzo del trabajo, a su vez precursor para otros contenidos, puede decirse que en este medio es donde se encuentran los reales derechos económicos de los autores⁴⁷.

Grandes empresas discográficas, [Universal Music Group](#) – [Vivendi](#), [Sony Music Entertainment](#), y [Warner Music Group](#) – [Access Industries](#), al concurrir su condición de editoras, han derivado su cuota global de mercado a controlar los derechos de “streaming” de los autores. Con otra perspectiva, [Hipgnosis Songs Fund](#) pretende innovar el modelo de negocio a través de su fundador – Merck Mercuriadis –, a quien se le define como “el hombre más odiado de la música y

⁴⁴ Cordon-García, J.A., Carbajo Cascón F., Alonso-Arévalo J., “*El libro electrónico: Propiedad intelectual, derechos de autor y bibliotecas.*”, Editor Torres Ripa, 2011. pags.174. Gredos USAL / Brumario <http://hdl.handle.net/10366/116960>

⁴⁵ Art.47 TRLPI

⁴⁶ Fouce Rodríguez H., *El futuro ya está aquí: música pop y cambio cultural*. Editorial Velecio, Madrid, 2007. “Primero se vivió a través de los procesos de fusión con fondos de armario brutales, y con la llegada de Spotify se volvió a poner en valor.”

⁴⁷ Alex Webb. “[Bob Dylan's Latest Tune Is 'Hey, Mr. Cash Machine Man'](#)” Bloomberg, Diciembre, 2020. “La publicación musical (derechos sobre composición y letras subyacentes) es más rentable que el resto del negocio, con ganancias del 23% de los ingresos, en comparación con el margen de beneficio del 15% de la música grabada”.

su principal agente de ventas”⁴⁸, sorprendiendo con adquisiciones, totales o parciales, de derechos directamente a los compositores en donde se abona una cantidad a tanto alzado y única a los compositores.

Siempre se pensó en la explotación del derecho a través de EGPI, o en su cesión temporal a terceros por el largo plazo de la protección de la obra⁴⁹. Con este innovador modelo se lucha frente a la retención de los derechos editoriales de las discográficas, para que en base al “ingente volumen de derechos” volcado en plataformas digitales – Spotify, Amazon Music Prime, ... –, sean los propios usuarios quienes decidan. En este sentido, gana tanto el adquirente del derecho al incrementar su capitalización bursátil⁵⁰, como también el compositor pues pueden capitalizar sus derechos económicos (recompensa por su esfuerzo) en periodos de crisis económicas, no tienen que esperar a la expiración de temporal de sus derechos que se van devaluando paulatinamente, previsibles problemas hereditarios, así como evitar tener que pagar impuestos todos los años, mientras que al vender su catálogo solo pagan el gravamen una vez.

En consecuencia, estamos ante un cambio de tendencia, así como ante la innovación del modelo de negocio, y como tal, el ordenamiento jurídico debe contemplar su regulación normativa, tanto para la “transmisión inter vivos”, total o parcial, o incluso la recuperación del derecho de autor frente al adquirente.

En nuestro ordenamiento está normalizada la cesión universal y en exclusiva de todos los derechos de explotación, sin limitación ni restricción, hasta que la obra cae en uso de dominio público. No obstante, la “transmisión inter vivos”, entendida como disposición total o cesión definitiva del derecho, no ha

⁴⁸ Madeline Berg & Antoine Gara. [“Conozca al hombre más odiado de la música y su principal agente de ventas”](#) Forbes, Febrero, 2021.

⁴⁹ Levet Viviana. [“Michael Jackson, la celebridad que más ingresos genera desde la tumba”](#). Forbes, Marzo 2021: Mickael Jackson compró derechos de McCartney por US \$ 47’5 M que luego sus herederos vendieron a Sony por US\$ 750 M. Universal Music compró a Bob Dylan los derechos de 600 canciones por US \$ 300 M; Hipgnosis Found compró a Neil Young el 50% de 1180 canciones por US \$ 150 M, y a Shakira 145 canciones sin haberse descifrado la cantidad.

⁵⁰ Hipgnosis Songs Fund – fundado en 2018 – tiene un valor en el mercado de US \$ 1800 M, ostentando en su poder un tercio de los artistas escuchados en Spotify [HIPGNOSIS SONGS FUND Stock | London Stock Exchange](#)

tenido relevancia en el sector musical⁵¹ frente al anglosajón. La transmisión de los derechos de explotación se entiende limitada a la cesión del derecho cedido, modalidades de explotación, tiempo y ámbito territorial, salvo mención expresa de las partes (5 años y país donde se realice la cesión)⁵².

No obstante, la cesión no es la transmisión efectiva del derecho. Se incurre en el error jurídico de inclusión e interpretación civil de la cesión dentro del ámbito aplicable de la transmisión (compraventa), pues como recoge el TRLPI, sobre el agotamiento de los distintos derechos⁵³, el titular solo dispone de la facultad de transmisión en la primera, quedando extinguida en las sucesivas transmisiones de propiedad que se efectúen en el ámbito territorial de la Unión Europea⁵⁴.

Si se transmiten estos derechos fuera del ámbito de la Unión Europea, como ocurre con estas discográficas y fondos de inversión, ¿podrán los titulares o compositores reservarse la facultad de una transmisión parcial en el territorio europeo? No hay nada que lo prohíba sin estar sometidos a la normativa europea ni al TRLPI al ser una operación extracomunitaria. Dependerá de la voluntad contractual según la adhesión al Convenio de Berna⁵⁵, si bien lo normal será una transmisión universal al cederlos a entidades que se sirven de plataformas digitales para su difusión mundial sin reserva de territorios como el comunitario.

⁵¹ García Barnes, H., ["Si Bob Dylan vende sus canciones por US \\$ 300 M ¿podría hacer lo mismo Sabina?"](#) El Confidencial. Diciembre, 2020. David Crosby afirmaba: "Yo también vendo mis derechos, no puedo trabajar y el 'streaming' se ha quedado con el dinero de mis discos. "Tengo una familia, hipoteca, y tengo que cuidar de ellos, así que es mi única opción... Estoy seguro de que los otros se sienten igual. Si nos pagasen por nuestros discos y por tocar en directo, ninguno de nosotros estaríamos haciendo esto. Ninguno".

⁵² Art.43 TRLPI. Los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos «inter vivos», quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen. La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo.

⁵³ Art.19 TRLPI. Distribución. Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

⁵⁴ Arts.19.2, 109.2, 117.2, 123.2 y 126 TRLPI.

⁵⁵ Convenio de Berna / [Berne Convention](#)

Con independencia de los derechos derivados de la propiedad intelectual, el Convenio de Berna menciona los derechos patrimoniales del autor⁵⁶, como un derecho independiente a la cesión, explotación o distribución de la obra por lo que debe considerarse como un objeto de transmisión con una duración de la vida del autor y 50 años desde la muerte del autor, o según la ley del país donde se reclame la protección pudiendo exceder del fijado por el de origen⁵⁷.

Parece confundirse el concepto de cesión con el de transmisión del TRLPI, pues debe recalcar que el art.43 regula la “transmisión inter vivos” de derechos de PI, quedando limitado al objeto, modalidades de explotación de la obra, tiempo y ámbito territorial, sin incluir actos de disposición que implican la total transmisión o cesión definitiva, según la SJM de Santander, de 24 de Noviembre de 2014 y la SAP de Alicante, de 2 de Abril de 2019⁵⁸.

b) **Editoriales digitales.** Otra tendencia innovadora se vislumbró en el principio de las ediciones digitales cuando, siendo medios participativos, la información era sólo una conversación entre dos partes. Con los sistemas operativos y códigos abiertos, las plataformas digitales ponían a disposición de lectores resúmenes y enlaces de noticias, permitiendo poder ser comentadas por lectores y usuarios (www.Slashdot.com, www.Barrapunto.com, ...). La participación colaborativa generaba contenidos.

Este lector y editor particular se fue transformando a ciudadano experto de medios sociales que comunicaba y lideraba comunidades virtuales. Se empezó a conocerlos también como *Prosumers*⁵⁹, al ser capaces de crear estados de

⁵⁶ Art.6º bis. 1 Convenio de Berna: Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, y lo mismo después de la cesión de dichos derechos, el autor conserva el derecho de reivindicar la paternidad de la obra, así como el derecho de oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de dicha obra, que fuere perjudicial a su honor o a su reputación.

⁵⁷ Art.71 y 2 Convenio de Berna: La duración de la protección comprenderá la vida del autor y 50 años después de la muerte del autor. Si el plazo no fuere adoptado uniformemente por todos los países, la duración se regulará por la ley del país donde la protección se reclame y podrá exceder del plazo fijado en el país de origen de la obra.

⁵⁸ [SJM de Santander, 24 de Noviembre de 2014](#) ROJ: SJM S 2870/2014 / [SAP de Alicante, de 2 de Abril de 2019](#) ROJ: SAP A 2150/2019

⁵⁹ Arcos, E., “*Tendencias y Bitácoras*”. Hipertextual. Febrero 2004. Parte del éxito de las bitácoras, ..., es esa vuelta a la calidez de una red mundial completamente fría ..., más social,

opinión, movimientos sociales y tendencias ya que recopilaban información con su trabajo digital para enviarlo a sus propios medios de difusión y redes. De esta forma, surgía la Economía colaborativa como fuente de ingresos de las ediciones digitales a través de comisiones por la publicación de sus opiniones⁶⁰.

Los lectores se suscribían a “*Really Simple Syndication (RSS)*”⁶¹, sumarios enriquecidos a través de un agregador a contenidos de páginas “*Hyper Text Markup Language (HTML)*”⁶² que permiten crear un propio portal o medio privado a un *Prosumer* o a un colectivo colaborativo con materiales digitales de diversas fuentes según las preferencias del lector o usuario. Las combinaciones de suscripciones a *Blogs* y *RSS* crearon la profundización en asuntos de interés para ciudadanos locales en plataformas de contenidos en abierto dando lugar al periodismo participativo.

El ejemplo de la creación de contenidos por lectores convertidos en editores digitales, como el de Corea del Sur “[OhMyNews](#)”⁶³, o los americanos [News - Rockland - Camden - Knox - Courier-Gazette - Camden Herald](#), [Northwest Voice Newspaper – News for the Owings Mills, Pikesville, Randallstown, Reisterstown, Windsor Mill and Woodlawn](#), da lugar a la implantación en Europa de otros medios, [NewsIsFree –](#), así como en nuestro territorio nacional [NewsLab ...: Periodismo Participativo en Red – Universidad de Valladolid](#).

como Saul Wurman llama a este fenómeno: *Prosumers*. Consumidores que usan internet para publicar sus críticas y experiencias después de usar lo que compraron. Es como si los *weblogs* fueron hechos para los *prosumers*. Es un medio sencillo y ordenado para publicar sus experiencias Todos tenemos un *weblogger* favorito y si él recomienda un disco o una película probablemente le hagamos más caso que el crítico semanal del periódico, y probablemente compremos el disco por medio de un enlace de su bitácora a Amazon, el cual a su vez paga una comisión al *weblogger* por referirlos... economía basada en relaciones sociales a partir de gustos. Estas relaciones y gustos pueden ser condensadas si las vemos a nivel colectivo y definir las como tendencias. <https://hipertextual.com/2004/02/tendencias-y-bitcoras>

⁶⁰ Varela J., “*El Asalto de los Medios Sociales*”. Cuaderno de Periodistas: Revista de la Asociación de la Prensa. Enero de 2005, pags.20 a 34.

⁶¹ Sindicación Realmente Simple.

⁶² Lenguaje de Marcas de Hipertexto.

⁶³ Diario digital de Corea del Sur fundado por Oh Yeon Ho. Impulsor del periodismo participativo o Periodismo 3.0. A cambio de una remuneración los lectores son autores de noticias a través de un sistema de registro para enviar sus noticias que se revisan, editan o se rechazan. Si no se verifica correctamente, se puede cargar información incorrecta, reduciendo la objetividad y profesionalidad de la prensa al llegar de nuevo a otro lector.

Desde la Ley 14/1966 de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta (LPI) y a pesar del desarrollo tecnológico, no se han regulado de forma específica los medios de información participativos. La libertad de expresión⁶⁴ y la existencia de difusión de impresos⁶⁵, hace que la Administración deba garantizar el ejercicio de las libertades y derechos, así como perseguir las actividades que a través de monopolios u otros medios, intenten deformar la opinión pública o impedir la libre información, difusión o distribución⁶⁶.

Ante la disponibilidad on line de publicaciones de prensa y agregadores de noticias, donde se reutilizan fragmentos de publicaciones ajenas (*snippet*) para su puesta a disposición en plataformas, se genera, de esta forma, un nuevo modelo de negocio. Con su lectura el usuario satisface también su necesidad de información y no acude a la página en la que se encuentra la noticia original, con lo que perjudica – en principio – la sostenibilidad de la prensa tradicional. En este sentido, destaca la Resolución del Parlamento Europeo (PE) de 7 de septiembre de 2010, sobre periodismo y nuevos medios de comunicación que no llega a atreverse a reconocer a estos editores digitales como verdaderos periodistas⁶⁷.

La falta de reconocimiento como verdaderos periodistas hace que queden excluidos del ámbito de la responsabilidad de la PI. No sólo ellos, sino también el Director – Administrador del medio social participativo siempre que se limiten a agregar contenidos, enlaces a fuentes de noticias de otros, ..., esto es aquella obra que no hubiera sido creada por ellos mismos. La responsabilidad derivada de estos actos se encuadraría dentro de la protección del Derecho al Honor, uso

⁶⁴ Art.20 CE y Art.1 TRLPI

⁶⁵ Arts.9, 10 y 14 TRLPI: Se presume que existe difusión de un impreso cuando no se encuentre, ya sea en poder del autor, del editor o del impresor, la totalidad de los ejemplares, .

⁶⁶ Art.5 TRLPI

⁶⁷ Art.42. "... las redes sociales se muestran relativamente eficaces para divulgar rápidamente la información, no siempre ofrecen las garantías de fiabilidad que cabe esperar de ellas y no pueden considerarse como medios de comunicación profesionales; en numerosos casos, el tratamiento de la información en las plataformas de las redes sociales entraña peligros y puede crear graves problemas de ética periodística, por lo que es preciso utilizar con prudencia estas nuevas herramientas y elaborar un código ético para estos nuevos medios"; [Resolución PE, de 7/09/2010 \(DOCE 20/10/2011\)](#)

indebido de contenidos protegidos por la PI, pero no estarían amparados por los derechos reconocidos a los autores en el TRLPI.

En este orden de cosas, ¿cómo encajar los derechos fundamentales de la libertad de expresión e información del editor digital colaborativo con la censura, así como la responsabilidad civil del prestador del servicio? La Directiva 2000/31/CEE, de 8 de Junio de 2000, de Comercio Electrónico⁶⁸ y la LSSICE establecen que estará exento de responsabilidad el prestador de un servicio de la sociedad de la información que almacene datos cuando no tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de los datos y, caso de tenerlo, procedan de forma diligente a su retirada, ampliándose este concepto, según la Propuesta del Reglamento de Servicios Digitales⁶⁹, a la actividad o contenido ilegal.

No estamos ante una censura de actividades o contenidos en la red social, sino que, manteniendo la exoneración del prestador del servicio digital, estamos ante un control técnico a fin de no incorporar actividades o contenidos ilícitos y proceder a su retirada diligente, en caso de conocerlos, sin llegar a infringir los derechos fundamentales de la libertad de expresión e información⁷⁰.

Debe coexistir una ponderación entre estos derechos pues, como recoge el Apartado “Evaluación de Riesgos” de esta Propuesta, la difusión de contenidos ilícitos no puede generar un efecto negativo o previsible sobre el discurso cívico a proteger con manipulaciones intencionadas de estos derechos fundamentales, incluso con el uso no auténtico o explotación automatizada del servicio, sino que se deberá realizar una evaluación de riesgos con sistemas de moderación y recomendación de contenido, incluyendo los de mayor difusión.

Términos como efecto negativo, previsibilidad, discurso cívico, riesgos significativos, evaluación del riesgo, ..., son conceptos indeterminados, faltos de

⁶⁸ [Directiva 2000/31/CEE 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.

⁶⁹ [Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales](#) (Ley de Servicios Digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CEE. Art.26 y 27.

⁷⁰ Art.20 CE.

concreción jurídica, así como susceptibles de interesada interpretación. Es fácil que al editor digital le genere inseguridad jurídica ya que, a veces, las tendencias sociales marcan el discurso cívico sin efectos negativos, incluso en contra de las impuestas auditorías para la evaluación y reducción del riesgo. ¿Estamos ante entidades de gestión de riesgos como las EGPI? Seguro que se implantarán como veladoras y baluartes para la protección jurídica de estos derechos fundamentales en las plataformas digitales. Otro nuevo *lobby* que monetizará la prestación de un servicio impuesto legalmente en aras de esta protección sin margen alguno de capacidad y disposición al prestador del servicio digital.

No obstante, las Editoriales y Periodistas Profesionales, como titulares de los derechos, sí podrán ejercitar la acción de responsabilidad frente a los *Prosumer* o editores particulares digitales, no periodistas, para exigirles una remuneración equitativa por el volcado y utilización de sus derechos digitales de sus creaciones según las correspondientes licencias (©, Ⓒ, Ⓓ, ...) en las redes sociales que administran estos últimos y según el alcance digital que su difusión conlleve entre sus lectores usuarios.

Siendo la principal característica del editor digital el acceso universal a sus lectores, la difusión de su creación digital, participación o recopilación en otras fuentes, es cuantificable mediante aplicaciones de fácil uso⁷¹. Si es posible medir el alcance digital que genera un contenido en las redes sociales⁷², también se podrá determinar la responsabilidad de los editores digitales por la difusión del contenido.

Por tanto, coexisten dos sujetos calificables como editores digitales: a) El profesional periodista entendido cómo aquel que participa directamente con el medio de comunicación y, b) el *Prosumer* que participa, colabora, crea y agrega contenidos para volcarlos en sus redes sociales actuando como particular o bajo una estructura de un colectivo colaborativo. Este último puede conseguir más tráfico y alcance digital de su contenido que el anterior, si bien cualquiera

⁷¹ [Central Conversions Google Open Web Analytics - Analytics Clicky Matomo Analytics - The Alternative Analytics Made Easy - Statcounter AWStats - Open Source Analyzer](#)

⁷² Alcance: Número de individuos que han visto tu contenido. [Brandwatch](#)

persigue que sus contenidos tengan un mayor alcance e impacto social para, en consecuencia, incrementar la reputación y los rendimientos económicos⁷³.

No puede obviarse la realidad actual de los nuevos modelos de negocio donde autores y usuarios digitales interactúan para satisfacer sus respectivas necesidades. El autor pretende ver recompensado su esfuerzo por cualquier medio que le resultare satisfactorio (medios tradicionales o alternativos generadores de ingresos directos o indirectos); y el usuario quiere acceder a contenidos de forma libre, aparentemente gratuita u onerosa sin infringir ningún derecho. Ambos no deben verse coaccionados por entidades intermediarias e impuestas para la gestión de los derechos de cobro que buscan, además de sus intereses, los afines a los del autor resultando a veces incompatible.

A tenor de la Directiva 2001/29/CEE se reconocen estos derechos a las Editoriales de Prensa establecidas en territorio comunitario para el uso en línea de sus publicaciones de prensa por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información⁷⁴, comprendiendo sólo publicaciones periódicas o revistas sin aplicarse a creaciones que no dependan de una editorial de prensa (blogs, publicaciones científicas, ...). Su reutilización precisa de la autorización del titular por lo que se reconoce un Derecho Conexo de dos años de duración a favor de los Editoriales de Prensa, según la Directiva 2019/790/CEE, para poder ejercitarlo frente a los que las usan sin autorización, si bien no se aplican al uso privado o no comercial de publicaciones de prensa por usuarios individuales, actos de hiperenlace, palabras sueltas o extractos breves de una publicación⁷⁵.

III. El Sistema de Compensación Equitativa.

1. Antecedentes.

La Directiva 2001/29/CEE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines, permitía a

⁷³ Cervera, J., “*Copyleft*”: ... ob. cit., 2005.

⁷⁴ Art.2 y 3.2 Directiva 2001/29/CEE

⁷⁵ Art.15 Directiva 2019/790/CEE

los Estados miembros limitar el derecho exclusivo de reproducción en el caso de copias efectuadas por una persona física para uso privado y siempre que los titulares del citado derecho reciban a cambio una compensación equitativa⁷⁶. Esta protección remuneratoria se ha ampliado con la Directiva 2019/790/CEE, de 17 de Abril de 2019, al extenderse al mercado único digital unas normas de carácter imperativo que garanticen a autores, artistas, intérpretes y ejecutantes, una remuneración adecuada y proporcionada para los contratos de cesión suscritos a partir del 7 de Junio de 2022⁷⁷.

Entre las obligaciones imperativas se establecen la transparencia para que el cesionario que informe periódicamente una vez al año sobre la explotación de las obras para evaluar si se obtiene una remuneración adecuada y proporcional al valor de los derechos cedidos, incluso en caso de haber sido objeto de sucesivas licencias. Se establece un mecanismo de adaptación de contratos si la remuneración es desproporcionada en comparación con los ingresos, así como un mecanismo alternativo y voluntario de resolución de conflictos, y, por último, el derecho de revocar cuando a resultas de la cesión en exclusiva, las obras no son explotadas por el cesionario en un plazo razonable⁷⁸.

De igual forma, viene a recalcar que la remuneración a un tanto alzado puede constituir una remuneración adecuada y proporcional, pero no debe ser la regla general⁷⁹, ya que esta opción debe quedar reservada para casos concretos que fijen los estados miembros según las especificidades de cada sector, en consonancia con lo expuesto sobre la “transmisión inter vivos”. En caso de privarse o impedir la aplicación de las garantías en la relación contractual, se declarará nula pues lo que se pretende es que los creadores tengan una remuneración adecuada y proporcionada por la explotación de la obra a fin de contribuir con su esfuerzo personal al desarrollo cultural.

⁷⁶ [Directiva 2001/29/CEE, de 22 de Mayo de 2001](#)

⁷⁷ [Directiva 2019/790/CEE, 17 de Abril de 2019](#)

⁷⁸ Arts.18 a 22 Directiva 2019/790/CEE

⁷⁹ Considerando 73 Directiva 2019/790/CEE

El art.25 del TRLPI establece la compensación equitativa por copia privada al derivarse un perjuicio a los sujetos acreedores por la reproducción de obras divulgadas exclusivamente para uso privado⁸⁰. Sin perjuicio de la remuneración anterior, el art.31.2 y 3 del TRLPI recoge que no se tendrá que contar con la autorización del autor cuando se realice por persona física para uso privado, sin fines comerciales, procedencia lícita y sin vulnerar el acceso, así como sin que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, con excepción de reproducciones puestas a disposición del público en función de una relación contractual, bases de datos electrónicas y programas de ordenador. El sistema tradicional de la recaudación de esta compensación se gestiona a través de las EGPI fijando un canon o porcentaje anual que abonan a los autores.

No obstante, la tendencia del mercado digital puede encaminarse a abonar un tanto alzado a autores o titulares para adquirir derechos total o parcialmente, como si de una inversión se tratara (discográficas), o en caso de licencias concedidas a Bibliotecas (IRPC), los editores autorizan consultando manteniendo el “COPYRIGHT ©” y los agregadores comercializan y distribuyen el contenido con sus condiciones sin llegar a ser las Bibliotecas propietarias del contenido.

En este rango de difusión hay distintos modelos: los que se basan en la venta individual de la obra previo abono de una tasa⁸¹, en la suscripción individual de los estudiantes⁸², o en el permiso de que cualquiera puede ojear el

⁸⁰ Art. 25 TRLPI: La reproducción de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen mediante real decreto, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, realizada mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, exclusivamente para uso privado, no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales, según el art.31.2 y 3 originará una compensación equitativa y única para cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas dirigida a compensar adecuadamente el perjuicio causado a los sujetos acreedores como consecuencia de las reproducciones realizadas al amparo del límite legal de copia privada. Dicha compensación se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera de este para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio

⁸¹ www.netlibrary.com / EBSCOhost. La IRPC abona una tasa y el usuario sólo puede consultar un título y no para multiusuarios, permitiendo el material para la clase, imprimiendo sólo una página y sin permitir el préstamo interbibliotecario.

⁸² [Questia \(gale.com\)](http://Questia(gale.com)). El uso para clase no está permitido, debiendo comprarse paquetes de temas para estudiantes, imprimiendo páginas con limitación de palabras y sin préstamo interbibliotecario.

texto completo gratuitamente⁸³, desempeñando todos el mismo papel que los distribuidores del mercado tradicional acercando al usuario final a través de la biblioteca⁸⁴.

Otra variante práctica y menos lucrativa es el préstamo digital realizado por organismos públicos – Instituto Cervantes a través del Ministerio de Cultura (MCyD) –, que mantienen la tradicional cadena entre autor, editor y usuario lector de contenidos no sujetos a derechos de autor accediendo al mismo durante un plazo de expiración. En este caso, no se infringe la limitación a la copia ya que no se produce la reproducción para investigación o conservación, ni préstamo público de ejemplares, y tampoco una puesta a disposición in situ⁸⁵.

Según la interpretación doctrinal del art.5.2 b) Directiva 2001/29/CEE, quedan al margen las reproducciones realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción adquiridos por empresarios y profesionales que no se pongan a disposición de usuarios privados y manifiestamente reservados para usos distintos a la realización de copias privadas⁸⁶. También esta interpretación ha sido recogida en la STS de 9 de Marzo de 2015 para estimar la excepción de la reproducción de copias en teléfonos móviles, y establecer que los soportes digitales de tarjetas de memoria son idóneos para realizar copias, por tener capacidad y no constar que no sean destinados a utilizarse por particulares en condiciones de usuarios privados⁸⁷.

⁸³ <http://www.ebrary.com/corp/> / [Ebrary](#). Se cobra al comprar, copiar, imprimir o descargar.

⁸⁴ Cordón-García, J.A., Carbajo Cascón F., Alonso-Arévalo J., “*El libro electrónico: ...*” ob. cit. 2011, pags.185 y 186.

⁸⁵ Art. 37 TRLPI: Reproducción, préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos.

⁸⁶ [SSTJUE de 21 de Octubre de 2010](#) (C-467/08, “*Padawan*” ECLI:EU:C:2010:620), [16 de Junio de 2011](#) (C-462/09, “*Stichting de Thuiskopie*” ECLI:EU:C:2011:397) y [11 de Julio de 2013](#) (C524/11 “*Amazon*” ECLI:EU:C:2013:515). “Los Estados miembros pueden, ..., decidir con carácter facultativo acerca del establecimiento de una excepción de copia privada al derecho exclusivo de reproducción del autor, ..., aquellos que utilicen dicha facultad deben regular el abono de una compensación equitativa a favor de los autores perjudicados por aplicación de dicha excepción».

⁸⁷ [STS de 9 de Marzo de 2015](#) ROJ: STS 1235/2015: “... que el TJUE haya admitido que, por las dificultades prácticas para identificar a los usuarios privados y obligarles a indemnizar a los titulares de los derechos por el perjuicio que les causan, los Estados miembros puedan

La fundamentación jurídica de la SAP de Madrid de 12 de Abril de 2013 – previa a la dictada por la anterior STS de 9 de Marzo de 2015 –, excluye a los teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas entre los dispositivos sujetos a compensación por copia privada pues el perjuicio causado al titular es mínimo por lo que no podrá dar origen a una obligación de pago. No obstante, como también recogió la SAP de Madrid de 4 de Marzo de 2013⁸⁸, al no constar acreditado que las tarjetas de memoria vayan destinadas a un uso para fines privados o sirvan para almacenar canciones procedentes de la copia privada, se acuerda su inclusión en el sistema de “compensación equitativa” del art.25.6 y 31.2 del TRLPI al ser soportes de los fabricantes puestos a disposición

establecer, al objeto de financiar la compensación equitativa, un «canon por copia privada» que no grava a las personas privadas afectadas, sino a quienes disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y, ..., ponen dichos equipos a disposición de personas privadas o les prestan un servicio de reproducción, no traslada la ponderación del posible perjuicio del concreto aparato empleado por el usuario privado a la totalidad de los comercializados por una empresa como la demandada.

Desde el momento en que no consta acreditado ... que las tarjetas de memoria no vayan preponderantemente destinadas a su uso por personas físicas para fines privados, la sentencia se acomoda perfectamente a la doctrina del TJUE ... que hacen hincapié en la idoneidad de los soportes digitales para hacer copias y que se pongan a disposición de personas físicas en condición de usuarios privados: «En cambio, una vez que los equipos en cuestión se han puesto a disposición de personas físicas para fines privados, no es necesario verificar en modo alguno que éstas hayan realizado efectivamente copias privadas mediante aquéllos ni que, por lo tanto, hayan causado efectivamente un perjuicio a los autores de obras protegidas.

Se presume legítimamente que dichas personas físicas se benefician íntegramente de tal puesta a disposición, ..., se supone que explotan plenamente las funciones de que están dotados los equipos, incluida la de reproducción. ... la mera capacidad de dichos equipos o aparatos para realizar copias basta para justificar la aplicación del canon por copia privada, siempre y cuando dichos equipos o aparatos se hayan puesto a disposición de personas físicas en condición de usuarios privados. ... como criterio útil para determinar la cuantía de la compensación equitativa, no simplemente el «daño» como tal, sino el «posible» daño. El carácter potencial del perjuicio causado a los autores de obras protegidas reside en la realización del requisito previo necesario, consistente en la puesta a disposición de una persona física de equipos o aparatos que permitan efectuar copias, lo cual no tiene que dar lugar necesariamente a la realización efectiva de copias privadas».

⁸⁸ [SSAP de Madrid, de 4 de Marzo](#) ROJ: SAP M 4017/2013 y [12 de Abril de 2013](#) ROJ: SAP M 6917/2013: “Las tarjetas de memoria, dispositivos que, ..., son mayoritariamente utilizados, de forma exclusiva, para complementar la exigua memoria propia de la que dispone el teléfono móvil.” ... “Aun cuando es cierto, ..., que no todas las canciones que el usuario acostumbra a albergar en sus dispositivos de audio provienen de la copia privada que el canon del art.25 TRLPI está llamado a compensar (soportes CD ilegales, descargas ilegales de Internet, descargas licenciadas en tiendas de pago de internet, etc.), nada nos permite suponer que la Administración no ha tenido en cuenta dicha variable a la hora de decidir la inclusión de las tarjetas y a la hora de fijar el canon a satisfacer por ellas. Y es que, en ausencia de datos fidedignos sobre el empleo de medidas tecnológicas de protección por parte de los titulares de derechos, sobre la capacidad objetiva de almacenamiento y sobre el uso efectivo de la funcionalidad de reproducción en relación con las mismas, nunca podríamos alcanzar la conclusión de que el canon a ellas asignado es excesivo, y de hecho no ha sido nunca ese el planteamiento de la recurrente”.

de los particulares como usuarios privados, sin tener que verificar que éstos hagan uso o no de las copias privadas con los dispositivos, ni que hayan causado efectivamente un perjuicio a los autores de obras protegidas.

La mera capacidad de esos dispositivos para realizar copias y la puesta a disposición de particulares como usuarios privados basta para aplicar el canon por copia privada para determinar la “compensación equitativa” no sólo del daño sino también del “potencial daño” causado a autores de obras protegidas⁸⁹.

Sin perjuicio de los cambiantes e innovadores modelos de negocio, a nivel gubernativo se pretendió modificar este modelo para corregir el “déficit público” a cargo de los Presupuestos General del Estado (PGE)⁹⁰, apartándose de la regulación europea, y guillotinando los derechos de los titulares de derechos de la PI al quedar mandatado el Gobierno a través de Órdenes Ministeriales (ORDEN ECD) para fijar su cuantía y procedimiento de pago⁹¹. La estimación presupuestaria estaba muy lejos de la realidad por su indeterminación legal al remitirse a la estimación del número de copias realizadas de obras y prestaciones protegidas, el precio medio de cada formato reproducido, digital o analógico, DRMs de protección utilizados, ..., así como por la indeterminación del procedimiento regulador para fijar el sistema de compensación equitativa.

Planteada cuestión prejudicial, se dictó STJUE de 9 de Junio de 2016⁹², y su posterior STS de la Sala de lo Contencioso de 10 de Noviembre de 2016, por la que se decretó la nulidad del RD 1657/2012, de 7 de Diciembre, al no ser compatible con la Directiva 2001/29/CEE, así como al no haber afección concreta de ingresos y gastos en nuestro ordenamiento⁹³. La consecuencia fue la nulidad

⁸⁹ [SAP de Madrid, de 12 de Abril de 2013](#) ROJ: SAP M 6917/2013

⁹⁰ RD 1657/2012, de 7 de Diciembre.

⁹¹ Carbajo Cascón, F.; “Nueva Compensación Equitativa por copia privada. RD 1657/2012, de 7 de diciembre, que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los PGE.” *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol.1, 2019, pag.203 a 205. https://brumario.usal.es/permalink/34BUC_USAL/e9i5co/alma991009870066605773

⁹² [STJUE de 9 de Junio de 2016 \(EGPI / Caso C-470-14\)](#) ECLI:EU:C:2016:418

⁹³ [STS, Sala de lo Contencioso, de 10 de Noviembre de 2016](#) ROJ: STS 4832/2016: “Un sistema de compensación equitativa con cargo a los PGE no sería necesariamente contrario a

de la ORDEN ECD 2226/2015, de 19 de Octubre, que establecía la forma la compensación equitativa por copia privada a favor de los titulares de la PI para el ejercicio 2015, resuelto mediante SAN de 22 de Noviembre de 2019 donde las EGPI reclamaban daños, como petición principal, por valor de 39.911.241´60 € lo que denota la transcendencia económica en cuestión⁹⁴.

De igual modo, esta nulidad provocó el retorno al modelo de “compensación equitativa” por copia privada con el pago de un canon, quedando regulado en el RD 1398/2018, de 23 de noviembre, que desarrolla el art.25 del TRLPI⁹⁵. Este importe se abona por fabricantes y distribuidores de equipos, aparatos y soportes de reproducción según el perjuicio causado a los sujetos acreedores por las reproducciones efectuadas según las excepciones o límites del derecho de reproducción⁹⁶.

la Directiva 2001/29/CEE”, si bien “el TJUE impone la clara condición de que en un sistema acorde con la normativa europea el coste efectivo tiene que pesar exclusivamente sobre los usuarios de la copia privada, lo que obviamente excluye las personas jurídicas” “Introducir en un sistema de compensación equitativa con cargo a los PGE algún medio para evitar que las cantidades recaudadas de los impuestos pagados por las personas jurídicas terminen sufragando la referida compensación equitativa dista de ser tarea fácil; entre otras razones, porque en el ordenamiento español no hay, en principio, una afectación de concretos ingresos a determinados gastos.

⁹⁴ [SAN, Sala de lo Contencioso, de 22 de Noviembre de 2019](#) ROJ: SAN 4438/2019

⁹⁵ Art.25.1 TRLPI Compensación equitativa por copia privada. La reproducción de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen mediante RD, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, realizada mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, exclusivamente para uso privado, no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales, de conformidad con el art.31.2 y 3, originará una Compensación Equitativa y Única para cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas dirigida a compensar adecuadamente el perjuicio causado a los sujetos acreedores como consecuencia de las reproducciones realizadas al amparo del límite legal de copia privada. Dicha compensación se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera de este para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.

⁹⁶ Art.31 TRLPI Reproducciones provisionales y copia privada. 1. No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el art.18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la ley.

2. Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el art.25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada:

a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales.

Con independencia, la STS Sala de lo Contencioso, de 30 de Septiembre de 2020, ante el Recurso de la SGAE como posible perjudicada, declara la nulidad del art.4.1 a) del R.D. 1398/2018, de 23 de Noviembre, que desarrolla el art.25 del TRLPI, al cambiarse de criterio en los porcentajes sin contar con el Consejo de Consumidores y Usuarios, así como sin el preceptivo informe de la Comisión de la Propiedad Intelectual (CPI) a tenor del art.25.4.2º del TRLPI en relación con la Disposición Final 1ª del RD. 12/2017⁹⁷.

2. Determinación de la Cuantía.

El sistema de compensación equitativa por copia privada se lleva a efecto mediante parámetros fijados⁹⁸, revisables en cualquier momento o al menos con una periodicidad de 3 años, con transparencia y comunicación unificada de los cánones para cada deudor y responsable solidario sin llegar a diferenciar los distintos tipos de licencias. De no ser posible, las EGPI autorizadas y ubicadas en territorio nacional gestionarán el procedimiento para hacerla efectiva, nunca la “transmisión inter vivos” a la que nos hemos referido anteriormente.

Al calcular el perjuicio causado a los acreedores por las reproducciones realizadas según el derecho de reproducción de la copia privada, se deberá tener en cuenta una serie de criterios objetivos⁹⁹, sin generar obligación a compensar

b) Que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación.

c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.

⁹⁷ [STS, Sala Contencioso, de 30 de Septiembre de 2020](#). ROJ: STS 2988/2020: Se ignora qué habrían informado tales instancias, así como el resto de los que concurrieron a los trámites de consulta, alegaciones e informes, así como los Ministerios que emitieron informes a la primera de las versiones; incógnita que se extiende a AIE, ADEPI y UFI que, al fin y al cabo, defendía una distribución por tercios y no 40-30-30. ... es obvio que el cambio de redacción afecta a los intereses que legitiman a la SGAE al reducir el porcentaje de lo debido al grupo acreedor de los autores; y que la opción final era controvertida debía saberse pues, ... en su día el RD 1434/1992 fue impugnado por la distribución 50-25-25, recurso desestimado por la STS de 11 de junio de 1996.

⁹⁸ Art.25.9 TRLPI: La compensación equitativa se hará efectiva a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual conforme al procedimiento que se determine a tal efecto por real decreto, debiendo las mismas garantizar a los deudores y a los responsables solidarios una comunicación unificada de la facturación que a estos les corresponda abonar.

⁹⁹ Art.25.5 TRLPI: 1.º La intensidad de uso de los equipos, aparatos y soportes materiales, para lo que se tendrá en cuenta la estimación del número de copias realizadas al amparo del límite legal de copia privada. 2.º La capacidad de almacenamiento de los equipos, aparatos y soportes materiales, así como la importancia de la función de reproducción respecto al resto de

el perjuicio mínimo causado al titular del derecho, y sin llegar a considerarse como copia privada las realizadas en establecimientos públicos o no puestas a disposición de usuarios privados y manifiestamente reservadas a usos distintos a la realización de copias privadas¹⁰⁰. Podrán solicitar el reembolso si, actuando como “*End User*”, se justifica el destino profesional del dispositivo adquirido, sin haberse puesto a disposición privada, así como se hubieran destinado a la exportación o entrega intracomunitaria¹⁰¹.

Según la doctrina del TJUE, asuntos “*Padawan y Stichting de Thuiskopie*”, se excluyen ciertas reproducciones del límite y de la compensación¹⁰², así como el pago de la compensación de ciertas adquisiciones de reproducción efectuadas por entidades del sector público, así como personas físicas o jurídicas que actúan como “*End User*” – usuario final – y justifiquen el destino profesional sin ponerse a disposición de usuarios privados, que deberá acreditarse con la certificación emitida por la entidad pública de gestión¹⁰³.

funciones de aquellos. 3.º El impacto del límite legal de copia privada sobre la venta de ejemplares de las obras, teniendo en cuenta el grado de sustitución real de estos por las copias privadas realizadas y el efecto que supone que el adquirente de un ejemplar o copia original tenga la posibilidad de realizar copias privadas. 4.º El precio de la unidad de cada modalidad reproducida. 5.º El carácter digital o analógico de las reproducciones efectuadas al amparo del límite legal de copia privada, o la calidad y el tiempo de conservación de las reproducciones. 6.º La disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas a las que se refiere el artículo 160.3 del TRLPI y su impacto en las reproducciones realizadas al amparo del límite legal de copia privada. 7.º Las cuantías de la compensación equitativa por copia privada que resulte de aplicación en otros Estados miembros de la CE siempre que existan bases homogéneas de comparación.

¹⁰⁰ Art.25.5 b) y c) TRLPI

¹⁰¹ Art.25.8 TRLPI

¹⁰² SSTJUE de [21 de Octubre de 2010 \(*Padawan*\)](#) ECLI:EU:C:2010:620 y [16 de Junio de 2011 \(*Stichting de Thuiskopie*\)](#) ECLI:EU:C:2011:397. A tenor del art.5.2 b) de la Directiva 2001/29/CEE, los Estados miembros que decidan establecer la excepción de copia para uso privado, están obligados a regular el abono de una "compensación equitativa" a favor de los titulares de los derechos. De igual modo, pero con carácter facultativo podrán establecer una excepción de copia privada al derecho exclusivo de reproducción del autor, y por tanto deben regular el abono de una compensación equitativa a favor de los autores perjudicados por la aplicación de la excepción.

Deben quedar excluidos del límite y la compensación las reproducciones realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción adquiridos por empresarios y profesionales que no se pongan a disposición de usuarios privados dentro de sus organizaciones y que estén manifiestamente reservados para usos distintos a la realización de copias privadas.

¹⁰³ Art.25.7 TRLPI

A sensu contrario de la interpretación legislativa y doctrinal del TJUE, había razones para justificar aplicable la compensación equitativa sobre dispositivos de reproducción adquiridos por personas jurídicas, empresarios individuales y profesionales, salvo que se acreditara su destino inequívoco para usos distintos a la copia privada¹⁰⁴, siendo necesario la regulación reglamentaria para obtener y acreditar el certificado de exceptuación, así como los criterios de reembolsos que se recogen en el TRLPI¹⁰⁵. Se establece un sistema formalista donde sólo se hace necesario la obtención del certificado, trasladando la carga de la prueba a la EGPI para revocar el certificado de exceptuación o reembolso. Este régimen formalista es una invitación al fraude, contrariando la restrictiva interpretación del TJUE, claramente favorable a los intereses de los titulares de los derechos¹⁰⁶.

El hecho de que el TJUE admita que, por dificultades para identificar a los usuarios privados y obligarles a indemnizar a los titulares de los derechos, los Estados miembros puedan establecer un canon por copia privada que no grava a las personas privadas afectadas, sino a quienes disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y los ponen a disposición de personas privadas o prestan un servicio de reproducción, no hace que se traslade el posible perjuicio del concreto aparato empleado por el usuario privado a la totalidad de los comercializados por una empresa. Solo será compatible con el requisito de justo equilibrio en caso de que estos dispositivos de reproducción se utilicen para realizar copias privadas y puedan causar un perjuicio a los autores de obras protegidas. No puede aplicarse el canon por copia privada sobre dispositivos digitales incluso en caso de ser adquiridos por personas distintas de personas físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada.

Partiendo de la doctrina del TJUE, esto es, la idoneidad de dispositivos digitales – tarjetas de memoria – a disposición de personas físicas para fines privados, la STS de 9 de Marzo de 2015 detalló que no es necesario verificar que hayan realizado efectivamente copias privadas mediante los terminales, ni

¹⁰⁴ Carbajo Cascón, F. *“Propiedad Intelectual. ...”*. ob. cit. Junio 2019, pags.300-304.

¹⁰⁵ Art.10 y 11 RD 1398/2018, de 23 de noviembre.

¹⁰⁶ Carbajo Cascón, F. *“Propiedad Intelectual. ...”*. ob. cit. Junio 2019, pags.300-304.

que se cause un perjuicio a los autores de obras protegidas, pues se presume que se benefician íntegramente de la puesta a disposición al explotar las funciones de reproducción del dispositivo, según se desprende de la mera capacidad de los equipos y aparatos para realizar copias y justificar la aplicación del canon por copia privada. Se establece como criterio útil para determinar la cuantía de la compensación equitativa, no simplemente el daño como tal, sino el potencial daño del perjuicio causado a los autores de las obras protegidas, que reside en la mera puesta a disposición de una persona física de un dispositivo que permite efectuar copias, lo cual no quiere decir que necesariamente se vayan a realizar de forma efectiva copias privadas, pero pueden hacerse. Por tanto, acreditada su idoneidad para realizar copias, tener capacidad para ello, y no constar que no sean destinados exclusivamente por particulares para su uso privado, se determinó la aplicabilidad del canon por copia privada¹⁰⁷.

La Directiva 2019/790/CEE incluye el factor del principio de libertad contractual y justo equilibrio entre derechos e intereses¹⁰⁸, pero sólo entre artistas o intérpretes frente a los explotadores de los contenidos, dejando al margen a los sujetos deudores o responsables solidarios, pues como parte interesada y obligada al pago, debieran participar en los medios de ponderación – distribución de los respectivos porcentajes que éstos deben abonar por la utilización del derecho.

A la vista del RD 1398/2018, de 23 de noviembre, sobre el sistema de compensación por copia privada, la distribución parece ser simple. Se realiza según los soportes y la categoría del acreedor: fonogramas (40% autores – 30% intérpretes y ejecutantes – 30% productores), videogramas y demás soportes visuales (33´33% para cada uno), libros y publicaciones (55% autores – 45% editores). Si concurren varias EGPI en las mismas categorías, se determinará un porcentaje o reparto de mutuo acuerdo, y caso contrario a través de la Sección Primera de la Comisión de la Propiedad Intelectual (SPCPI)¹⁰⁹.

¹⁰⁷ [STS de 9 de Marzo de 2015](#) ROJ: STS 1235/2015

¹⁰⁸ Art.18 Directiva 2019/790/CEE

¹⁰⁹ [Art.3 RD 1398/2018, de 23 de noviembre](#), que desarrolla el art.25 del TRLPI, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada, en relación con el art.147 del mismo texto.

Quizás tanta simpleza oculte cierta imposición autorregulatoria de las EGPI de los porcentajes aplicables donde el obligado al pago, esto es el sujeto deudor y responsable solidario, no interviene quebrándose el equilibrio de la relación contractual o negocial para calificarse como remuneración equitativa entre todas las partes intervinientes, salvo la tutela proporcionada por la autoridad administrativa¹¹⁰. Si en otros sistemas reguladores de prestaciones públicas o privadas intervienen todos los agentes dirigidos por la administración (Convenios Colectivos), ¿por qué en la regulación de los derechos de PI no intervienen los sujetos deudores y responsables solidarios para fijar la cantidad a repercutir en la factura a sus clientes? No hay contestación al respecto, si bien se abre cierta crítica al respecto en el apartado de la actualización de tarifas.

En supuestos especiales de licencias “*CREATIVE COMMONS* ©” sin remuneración requerida por el autor, esto es “©\$”, no sería factible la tutela de la “compensación equitativa”, ya que – como se ha expuesto –, la difusión digital de la obra no supone un coste, sino más bien un beneficio buscado por el autor para obtener ingresos o remuneraciones por otras vías derivadas de su fama o prestigio (venta en portales y publicidad on line, conferencias, ...) ¹¹¹, no tiene que haber una contraprestación por la copia sino por el esfuerzo de su trabajo. En este caso, no habiendo “compensación equitativa”, se mantendría la tutela de la obra al ser necesaria la mención del autor original siendo éste quien fijaría la limitación de su licencia so pena de infracción, como ocurre en otras licencias. La SAP de Girona, de 7 de Septiembre de 2020, establece que “verdaderamente lo relevante es que tal remuneración haya sido satisfecha, por lo que en supuestos en los que se alegue la existencia de “música libre”, debe constar la acreditada autorización por el titular de la obra, no solamente para descargar la

¹¹⁰ El capítulo II regula el procedimiento para hacer efectiva la compensación equitativa por copia privada. Éste se basa en un sistema de presentación de relaciones trimestrales por parte de los sujetos deudores y por los distribuidores que culmina con la emisión de las correspondientes facturas de abono o de devolución de la compensación equitativa. Asimismo, regula el procedimiento para hacer efectivo el derecho a la obtención del certificado de exención y del reembolso del pago de la compensación equitativa.

¹¹¹ Cervera, J., “*Copyleft*”: ..., ob. cit. 2005.

misma por terceras personas, bajo determinadas condiciones, sino también para comunicar públicamente”¹¹².

3. Perspectiva para la Actualización de Tarifas.

Si la normativa se acomoda a la necesidad e interés público, ante el avance tecnológico, debiera preverse la actualización de criterios legales para remunerar adecuadamente el valor económico tanto de los derechos de autor, con carácter equitativo y no discriminatorio, como frente al sujeto pasivo, y en consecuencia frente al “*Ender User*” siendo a éste a quien le repercute el canon que se fije. La finalidad no es otra que fomentar una oferta cultural de calidad¹¹³. En cualquier caso, se pretende asegurar que el coste de la compensación equitativa por copia privada sea soportado solo por quienes realizan copias, así como establecer un sistema equilibrado de determinación de equipos, aparatos y soportes y de cuantías, dando seguridad jurídica al sector, acreedores y deudores.

Actualmente la determinación de las tarifas la establece la SPCPI tanto para explotación de derechos de gestión colectiva como individual, colaborando en negociaciones, presentando propuestas y mediando entre las partes, sólo es a instancia de EGPI, entidad de radiodifusión, asociación de usuarios o alguno cualificado¹¹⁴, según el valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra protegida en la actividad del usuario, buscando el justo equilibrio entre las partes, así como otros criterios sobre el uso efectivo del usuario, intensidad, amplitud del repertorio, ingresos económicos del usuario,¹¹⁵

¹¹² [SAP de Girona, de 7 de Septiembre de 2020](#) ROJ: SAP GI 1339/2020

¹¹³ [Plan Cultura 2020](#). Estrategia 1.3 / [SPCPI | MCyD](#)

¹¹⁴ Art.194.1 y 3 TRLPI

¹¹⁵ Art.164.3 TRLPI: a) El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario. b) La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario. c) La amplitud del repertorio de la entidad de gestión. A estos efectos, se entenderá por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestiona una entidad de gestión. d) Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio. e) El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas. f) Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de uso. g) Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación.

Aunque la aparente determinación se deja a la SPCPI, la actualización de las tarifas se deja principalmente a partes cualificadas o significativas en el sector de los derechos a proteger. Se deja al margen a autores no adheridos a EGPI o usuarios no significativos para que, en uno u otro caso, se vean obligados a adherirse o ver sacrificada su expectativa a actualizar los correspondientes derechos económicos. La EGPI podrá solicitar la actualización de tarifas de sus asociados incluso en detrimento de sus iniciales pretensiones, o en su caso, los usuarios no significativos en el sector tendrán que asumir tarifas que pueden no corresponderse con los criterios reglamentados llegando a infringirse principios de competencia desleal.

De esta forma, cada una de las EGPI publica bajo la supervisión del MCyD sus respectivas tarifas¹¹⁶, si bien no se desprende que en ellas intervengan los sujetos deudores y responsables solidarios. Se incurre en una autorregulación impositiva de los derechos de PI que se asemeja a la figura recaudatoria de la administración. ¿No sería más equitativo y justo una regulación en la se iniciara la actualización o ponderación de tarifas mediante propuesta de la propia SPCPI y dar traslado a todas las partes interesadas, incluso por sectores, territorios, zonas, ..., para alegaciones como si de un procedimiento administrativo se tratara? Quizás no se haga por evitar incurrir en dilaciones al resolver. Lo cierto es que el sistema reglamentado por la administración no es el ideal, pero el que más garantías procura, a pesar de cometerse ciertas indefensiones a las respectivas partes.

Desde el TRLPI se promueve el asociacionismo para la correcta tutela de los respectivos derechos, por lo que la parte débil que no quiere asociarse, en uno u otro caso, vería infringido sus derechos de igualdad ante la ley. No puede negarse que la administración ejerce una función intervencionista que raya con el principio impositivo de la tarifa como si de una tasa se tratara, pues a mayor recaudación por parte de las EGPI, mayor será el porcentaje también de la administración. No es un modelo de negocio sino un sistema de recaudación

¹¹⁶ [Tarifas EGPI / MCyD](#)

para autores, EGPI y administración, así como uno de abono a cargo de sujetos pasivos y responsables solidarios.

El TRLPI incluye el tecnicismo legal de “sujetos deudores” para huir de la aproximación literal del carácter intervencionista con “sujetos pasivos”, si bien ambos términos, por mucho que se pretenda negar por autores, EGPI o usuarios siempre lo ven bajo el prisma, esto es una “obligación al pago”. En otros ámbitos normativos se utiliza el concepto “sujeto pasivo / deudor” para referirse al uso y prestación de bienes o servicios, objeto que por analogía pudiera aplicarse al del TRLPI. El autor no quiere someter el esfuerzo de su trabajo y obra al carácter intervencionista e impositivo del estado por lo que se refiere siempre de tarifas generales, sin referirse tampoco a los tecnicismos de “canon o tasa”, utilizados en otros ámbitos normativos para similares objetos. En la mentalidad de todos siempre prevalecerá, aunque sea un error jurídico, la obligación del pago a cargo de la utilización o prestación del servicio derivado de los derechos de PI.

No obstante, la actualización de criterios legales es necesaria desde que las resoluciones judiciales, sobre todo en sede penal, se remiten a la fase de ejecución para fijar la cuantía del daño, mientras que en procesos civiles no ocurre lo mismo. Junto a la acción de infracción y cesación, se acumula la pretensión indemnizatoria sobre la estimación pericial de daños y perjuicios, reales o potenciales al amparo del art.140 TRLPI. Si no se adjunta, se cierra la acción resarcitoria.

IV. Nuevos Sistemas de Protección.

Sin perjuicio de las acciones protectoras reseñadas en el TRLPI, así como de las ejercitables por los perjudicados en sede judicial, que se examinan más adelante, nos interesa analizar las acciones tecnológicas y las concretas de la Directiva 2019/790/CEE dirigida al mercado único digital a fin de otorgar mayor seguridad jurídica a operadores implantando protecciones, entre ellas derivadas de la “minería de datos”.

a) Protecciones tecnológicas.

La PI digital prestada en plataformas digitales igualmente se protege desde su creación, aportación, transformación y almacenamiento como un derecho exclusivo¹¹⁷. Por su potencial rendimiento y rentabilidad, así como el impacto y alcance digital, los titulares gozan del privilegio de instaurar voluntariamente medidas de restricción eficaces frente a los infractores¹¹⁸, entendidas como técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, se destina a impedir o restringir actos sobre obras o prestaciones protegidas que no cuenten con su autorización¹¹⁹. Su eficacia dependerá de la aplicación del control de acceso o procedimiento protector, pudiendo fracasar el modelo de negocio que se pretende instaurar si no funcionan debidamente¹²⁰.

Las medidas tecnológicas de protección del contenido y control del copiado (*Technological Protection Measures*, TPM) junto a sistemas de información para la gestión digital de derechos, acompañados con sistemas de protección de datos, medios de pago seguro, ..., dan lugar a los “*Digital Rights Management Systems* (DRMs)”. Cuanto más eficaces sean las DRMs, mayor éxito tendrá el modelo de negocio, al permitir controlar variables de la copia y manipulación de contenidos digitales. Se puede fijar el precio, posibilitar la impresión, copias, ..., proteger varios formatos o donde un único formato puede ser protegido por varios DRM. No obstante, son criticadas por la Teoría del “*End User License*” ya que el usuario, en el mercado tradicional, es el único y absoluto propietario del producto adquirido disponiendo del mismo a su libre elección¹²¹.

¹¹⁷ Art.5, 12, 21 a 30, 103, 129, 138, 141 TRLPI, Art.8.1 e) LSSICE 2002 y Art.17 TRLPI. Derecho exclusivo de explotación y sus modalidades. Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley.

¹¹⁸ Art.196.1 y 2 TRLPI

¹¹⁹ Art.6.3 Directiva 2001/29/CEE

¹²⁰ Art.196.3 TRLPI: *Las medidas tecnológicas se consideran eficaces cuando el uso de la obra o de la prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección como, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado que logre este objetivo de protección*

¹²¹ Cordon-García, J.A., Carbajo Cascón F., Alonso-Arévalo J. “*El libro electrónico: ...*”, ob. cit. 2011. pags.185 y 187.

La implantación de DRMs en los diferentes modelos de negocio hace que se considere su elusión como una infracción de la gestión digital de los derechos¹²², por lo que, para evitar la infracción de los derechos y la competencia desleal, se opta por otorgar mayor tutela en los modelos de negocio basados en contratos de licencia de usuario final (“*End User License*”) y sistemas con mayor seguridad con reforzadas DRMs.

De no adoptarse DRMs, se podrán instaurar para que los titulares faciliten a los beneficiarios una excepción o limitación para disfrutar de estos derechos, siempre que se tenga acceso lícito a la obra o prestación protegida¹²³. Por tanto, se trata de un autocontrol defensivo donde los titulares facilitan a los beneficiarios los límites para disfrutar del derecho¹²⁴. Incluso, caso de no establecerse DRMs, los beneficiarios podrán acudir a la vía judicial civil para la tutela de sus derechos como consumidores y usuarios, pudiendo actuar en su nombre entidades de defensa de intereses colectivos y asociaciones representativas¹²⁵.

Por tanto, no basta sólo la implantación sino también la atribución para la tutela y ejercicio de las acciones frente a los infractores¹²⁶. Nos topamos con la facultad atribuida a las EGPI que adoptan DRMs sobre obras o prestaciones, incluso sobre el número de reproducciones por copia privada. Se limita de nuevo el modelo de negocio inicialmente instaurado por el autor, así como su inicial expectativa de retribución económica por medios distintos a los tradicionales¹²⁷. Se evidencia que las EGPI vienen a controlar toda la vida de la obra, desde la creación, publicación, distribución, ..., hasta la implantación de las DRMs que limitan, como se detalla, el alcance e impacto digital pretendido por el autor, a quien sólo le queda su esfuerzo en el desarrollo de la obra.

¹²² Art.160 y 162 TRLPI

¹²³ Art.6.4 Directiva 2001/29/CEE

¹²⁴ Art.196 y 197 TRLPI

¹²⁵ Art.197.2 TRLPI, art.3 TRLGDCU y art.11.2 y 3 LEC

¹²⁶ Art.103, 143 y 150 TRLPI

¹²⁷ Art.197.4 TRLPI

b) Protección Europea (Directiva 2019/790/CEE).

Dado el carácter global de los contenidos en red y sus respectivas licencias restrictivas o permisivas, así como el acceso de los usuarios desde diversos puntos transfronterizos, la Directiva 2019/790/CEE, de 17 de Abril, incrementa el control al mercado único digital otorgando mayor seguridad jurídica a operadores digitales, establece excepciones y limitaciones, así como normas para garantizar el funcionamiento del mercado de explotación de obras. Se regula un sector tecnológico en el que los usuarios alojaban y compartían contenidos protegidos en plataformas exentas de responsabilidad al carecer de autorización¹²⁸.

Se introducen nuevas limitaciones o excepciones a los derechos de la PI para facilitar el uso de obras o creaciones existentes en el mercado tradicional. Se regula una remuneración justa a favor de autores, así como un derecho conexo en beneficio de los editores de prensa. El avance tecnológico hace que se incorporen definiciones ajenas al ámbito jurídico como “Minería de Textos y Datos”¹²⁹, íntimamente relacionada con el *BIG DATA*, “Publicación de Prensa”¹³⁰.

Las nuevas tecnologías posibilitan el análisis automatizado de contenidos digitales, tratar grandes informaciones para adquirir conocimientos y descubrir nuevas tendencias sociales, especialmente a la comunidad de investigadores. Con anterioridad, esta práctica producía inseguridad jurídica ya que suponía la realización de actos protegidos o por el derecho “sui generis” sobre las bases de datos, precisando la autorización de sus titulares.

La principal novedad de la Directiva 2019/790/CEE son las nuevas excepciones o límites a los derechos de la PI. Si bien proceden de la Directiva 2001/29/CEE, no había plena aplicación a todos los Estados miembros. Ahora

¹²⁸ Art.17 Directiva 2019/790/CEE

¹²⁹ Art.2.2) Directiva 2019/790/CEE: “Minería de Textos y Datos: Técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital para generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones”. Entendido como proceso tecnológico que con el tratamiento de grandes cantidades de información, textos y datos en formato digital trata de adquirir nuevos conocimientos, descubrir tendencias o patrones,

¹³⁰ Art.2.4) Directiva 2019/790/CEE: “Publicación de prensa: recopilación compuesta principalmente por obras literarias de carácter periodístico”.

con la Directiva 2019/790/CEE, se incorporan consiguiendo un equilibrio entre intereses de autores y titulares de derechos con los intereses de usuarios para que éstos puedan hacer utilizaciones de obras protegidas sin necesitar autorización, aunque en algunos casos conlleve la respectiva remuneración equitativa. Por tanto, se establece otra novedosa forma de protección vinculada directamente con el mundo digital derivado del análisis computarizado de contenidos digitales previos con ciertas limitaciones o excepciones:

– **Minería de datos y contenidos.** Ante el acceso por Universidades, organismos de investigación, ..., a contenidos lícitos – bases de datos y obras protegidas –, se establece una excepción¹³¹ para realizar esta práctica sobre obras y contenidos con fines de investigación científica¹³². No lleva aparejada remuneración a favor de los titulares de los derechos pudiendo reproducir y conservar copias. No obstante, si hay una reserva de derechos por el autor, se precisa licencia expresa¹³³. Si el acceso a obras no protegidas se realiza a través de la minería de datos y contenidos, no se precisará autorización.

De esta excepción no se beneficiarán sólo Universidades y organismos de investigación con fines científicos, sino también sus socios privados cuando realicen la minería de textos y datos con medios tecnológicos en cooperación y colaboración, pudiendo los titulares establecer las medidas para garantizar la seguridad e integridad de las redes y bases de datos en que se almacenen las

¹³¹ Plaza Penadés, J., “La Directiva de derechos de autor y su incidencia en el «Big Data» en favor de universidades y otros organismos de investigación” en Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías; num.20/2019. Número 50. Editorial Aranzadi.

¹³² Art.3 Directiva 2019/790/CEE

¹³³ Art.4. Excepción o limitación relativa a la minería de textos y datos.

1. Los Estados miembros establecerán una excepción o limitación a los derechos previstos en el art.5, a), y el art.7, de la Directiva 96/9/CEE, el art.2 de la Directiva 2001/29/CEE, el art.4.1 a) y b), de la Directiva 2009/24/CEE y el art.15. 1, de esta Directiva con respecto a las reproducciones y extracciones de obras y otras prestaciones accesibles de forma legítima para fines de minería de textos y datos.

2. Las reproducciones y extracciones realizadas de conformidad con el apartado 1 podrán conservarse durante todo el tiempo que sea necesario para fines de minería de textos y datos.

3. La excepción o limitación establecida en el apartado 1 se aplicará a condición de que el uso de las obras y otras prestaciones a que se refiere dicho apartado no esté reservado expresamente por los titulares de derechos de manera adecuada, como medios de lectura mecánica en el caso del contenido puesto a la disposición del público en línea.

4. El presente artículo no afectará a la aplicación del art.3 de la presente Directiva.

obras. Esta incorporación se enlaza con la valoración de prestar dispositivos de lectura con una o varias copias digitales de libros, o poner a disposición del usuario de forma gratuita mediante descarga una copia digital evanescente que, superado el periodo de uso autorizado, desapareciera del dispositivo. En ambos casos, se podría incluso establecer una remuneración equitativa para los autores y editores a pagar por los titulares de las bibliotecas¹³⁴.

Esta excepción producirá que los autores y editores de obras científico – técnicas afectados por “minería de datos” no recibirán remuneración al preverse sólo para autores que concedan licencias o cedan sus derechos exclusivos¹³⁵. Por tanto, estos titulares afectados tendrán que reservarse expresamente sus derechos y hacer valer su licencia cuando se lleve a cabo por organizaciones distintas a las Instituciones Responsables del Patrimonio Cultural (IRPC).

– **Excepción con fines educativos.** Se dirige a cualquier centro de Enseñanza reconocido justificando la necesidad de actividad docente tanto en aula física como a distancia, incluso por estudiantes ubicados en otros países de la UE. Conlleva una compensación equitativa a favor del titular frente a la única actualmente regulada en el art.32.4 LPI sobre ilustraciones con fines educativos.

– **Excepción sobre reproducción con fines de conservación de obras ubicadas permanentemente en colecciones de IRPC.** La obligación impuesta por la Directiva ya se encuentra incluida en la normativa española.

Estas nuevas medidas tecnológicas de protección de contenidos digitales eran necesarias ya que se puede llegar a infringir derechos de autor con técnicas de desarrollo computarizado, como la extracción de contenidos para insertarlos en ediciones según algoritmos o tendencias de interés social. Las limitaciones a favor de instituciones educativas velan por la necesidad de recopilar contenidos

¹³⁴ Cordon-García, José-Antonio, Carbajo Cascón F., Alonso – Arévalo J. “*El libro electrónico: ...*”, ob. cit. 2011, pag.188.

¹³⁵ Art.18.1 Directiva 2019/790/CEE. Principio de remuneración adecuada y proporcionada. Los Estados miembros garantizarán que, cuando los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes concedan licencias o cedan sus derechos exclusivos para la explotación de sus obras u otras prestaciones, tengan derecho a recibir una remuneración adecuada y proporcionada.

de interés social, científico, educativo, ..., así como lograr una difusión universal del conocimiento a través de la red digital llegando a una población a la que no se esperaba llegar, máxime en régimen abierto.

No obstante, ¿por qué limitar el acceso universal al conocimiento que surge de instituciones educativas públicas? No tiene sentido. Si el conocimiento sale de lo público, debería tener un carácter público. Si se relaciona con la máxima socrática de “sólo sé, que no sé nada” o “solo sé, que nada sé”¹³⁶, en la búsqueda de esa difusión universal, cuanto mayor conocimiento se exponga al público, mayor será el desconocimiento que muestre el usuario digital, así como mayor el interés por la materia difundida. La fuente pública será la que mayor seguridad y garantía genere al usuario para alcanzar el potencial o previsible conocimiento.

Otra cuestión distinta será cómo hacer valer el derecho económico de la obra del autor, así como el esfuerzo de su trabajo, extremo que deberá ser reconocido, como es lógico, sin crear ningún trato de favor frente a otros agentes sociales que, investigando, creando y esforzándose, no tienen reconocido sus derechos económicos salvo el remuneratorio derivado de su relación laboral. De ahí que muchas de estas publicaciones se realicen con licencias “*CREATIVE COMMONS* ©” con la condición de nombrar a sus autores y con la finalidad única de transmitir el conocimiento.

V. Problemática Jurídica.

1. Legitimación activa.

Si las EGPI se encargan de tutelar y defender los derechos exclusivos del autor, como intermediarias entre los sujetos acreedores – autores, productores, artistas, ejecutantes, ...–, y los deudores – usuarios, fabricantes, distribuidores, ... –¹³⁷, surge la problemática a la hora de determinar la legitimación activa para accionar la protección en licencias distintas a las “*COPYRIGHT* ©”.

En este sentido, la SAP Badajoz de 3 de Septiembre de 2010, sobre la reproducción de música libre por medio de “*COPYLEFT* ©”, colgada on line con

¹³⁶ Platón, “*Apología de Sócrates*” (atribuida), “Scio me nihil scire” o “Scio me nescire”, 21 dC.

¹³⁷ Art.25.2 y 4 TRLPI

licencia "CREATIVE COMMONS ©" y descarga libre de composiciones, estableció que "no entra dentro del ámbito de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) al no formar parte de su repertorio protegido y representado"¹³⁸. Por tanto, no toda ella está protegida por los derechos de autor ("COPYRIGHT ©"), como se razona en la anterior resolución al enmarcarse dentro de licencias de autores "CREATIVE COMMONS ©" y "COPYLEFT ©", a la que puede accederse y descargarse de forma libre a través de plataformas digitales.

Por su parte, en la SAP de Madrid de 21 de Enero de 2011, detalla que "surge la disyuntiva entre la forma de gestionar los derechos de la PI que tienen los autores amparados con licencias digitales "CREATIVE COMMONS ©" y la tradicionalmente gestionada por entidades. El acceso a música libre no significa que cualquiera esté autorizado a realizar actos de comunicación, incumbiendo la remuneración del artista, al que la pone a disposición pública (productor por cesión del artista) y al usuario que la comunica públicamente (productor y artista); o la del productor, al usuario que la difunde (productor y artista), en todo caso con un reparto equitativo y único"¹³⁹.

La acreditación exigida a las EGPI del repertorio se ha ido dulcificando con el tiempo, pues conllevaría la ineficacia del sistema de protección del TRLPI por su coste e imposibilidad. No obstante, se debe exigir un mínimo de prueba que desvirtúe la oposición de la utilización de música no protegida para identificarla a través de aplicaciones, sin tener que aportar todo el listado y autores de los diferentes autores para justificar la legitimación, pero sí aquellos contratos de la música de los grupos musicales que los actuantes tocaban en el local demandado, como indicó la SAP Girona de 7 de Septiembre de 2020¹⁴⁰. No corresponde a la demandada demostrar que no ha utilizado el repertorio de música protegido y gestionado por las demandantes, pues, al tratarse de un

¹³⁸ [SAP de Badajoz, de 3 de septiembre del 2010](#) ROJ: SAP BA 809/2010, [SAP de Pontevedra, de 21 de Enero de 2010](#) ROJ: SAP PO 236/2010 y [SAP de Lugo, de 18 de Diciembre de 2009](#) ROJ: SAP LU 1025/2009

¹³⁹ Art.108.3, 4 y art.116.2 TRLPI en relación con la [SAP de Madrid, de 21 de Enero de 2011](#) ROJ: SAP M 2422/2011

¹⁴⁰ [SAP de Girona, de 7 de Septiembre de 2020](#) ROJ: SAP GI 1339/2020

hecho negativo, supondría exigirle una prueba diabólica. Sólo puede exigírsele, en el caso de que niegue utilizar dicho repertorio, o bien que no ameniza el local con música o bien que demuestre el sistema que tiene para amenizar el negocio. Tampoco se trata de exigir que las EGPI prueben que todas y cada una de las obras musicales utilizadas en el establecimiento están dentro de su repertorio, pues, de exigírsele, implicaría la necesidad de su previa identificación y ello conllevaría, por su imposibilidad o gran costo, la ineficacia del sistema de protección del TRLPI.

2. Gratuidad.

En supuestos de licencias “*CREATIVE COMMONS* ©” sin remuneración, esto es “*CC BY*”, no se tutela la “compensación equitativa”, ya que la difusión digital de la obra no supone un coste, sino un beneficio buscado por el autor para obtener ingresos o remuneraciones por otras vías derivadas de su fama o prestigio (venta en portales y publicidad on line, conferencias, ...) ¹⁴¹. No hay contraprestación por la copia de la obra sino por el esfuerzo de su trabajo. El hecho de que no se tutele la “compensación equitativa”, no impide que la obra no deba protegerse al ser necesaria la mención del autor original quien conserva la facultad y capacidad para fijar las limitaciones de su licencia.

Cuando no conste la gratuidad, la SAP de Zaragoza, de 17 de Junio de 2019, resuelve que nace a favor de las EGPI una presunción “*iuris tantum*” de que los derechos de todos o gran parte de los productores de fonogramas, artistas, ejecutantes, ..., son gestionados por ellas, correspondiendo al usuario acreditar lo contrario como hecho extintivo. Con referencia a la SAP Madrid, de 5 de Octubre de 2015, detalla que cuando un usuario decide utilizar una obra se convierte en licenciatarario y se compromete a aceptar y respetar las condiciones que el autor ha establecido para el uso de la obra, cuyo derecho a la remuneración les corresponde por la utilización de los fonogramas para cualquier acto de comunicación pública por lo que la conclusión no es otra que la obligación de pago de los derechos de remuneración. No caben las generalizaciones, sino que resulta exigible conocer con cierta precisión al

¹⁴¹ Cervera, José. “*Copyleft*: ...”, ob. cit. 2005.

alcance concreto de la cesión que hubiese podido realizarse por el titular de los correspondientes derechos. No basta con constatar la mera existencia de un cartel en un local de que se emite música "COPYLEFT ©"¹⁴².

Al ser el derecho de remuneración equitativa de gestión obligatoria por las EGPI, supone que en todo caso debe abonarse la remuneración fijada quedando fuera del poder de disposición del titular¹⁴³, estando ante una legitimación referida a la defensa de intereses generales y no a la de concretos titulares, que toma como base los derechos reconocidos legalmente y la gestión que en virtud del TRLPI tiene encomendada. La ausencia de definición legal y de una Jurisprudencia unificada, en donde exclusivamente se menciona el concepto de "COPYLEFT ©" o "CREATIVE COMMONS ©" para determinar el sometimiento o no al pago de derechos económicos a las EGPI, hace que la finalidad o idea de mayor libertad reconocida en la SAP de Madrid, de 5 de Julio de 2007¹⁴⁴, no debe confundirse ni identificarse con obras musicales no protegidas, sino con obras en las que su autor se reserva unos derechos y autoriza otros, o incluso con la inexistencia de derechos de remuneración reconocidos legalmente a favor de artistas y productores. Dada la presunción iuris tantum la estimación o

¹⁴² [SAP de Zaragoza, de 17 de Junio de 2019](#) ROJ: SAP Z 1536/2019 / [SAP de Madrid, de 5 de Octubre de 2015](#) ROJ: SAP M 18432/2015: "No todas las licencias "CREATIVE COMMONS ©" son "COPYLEFT ©" ... en las "CREATIVE COMMONS ©" el autor que crea la obra y quiere explotarla a través de internet elige algún tipo de estas licencias y al ponerla a disposición del público la identifica... Cuando un usuario decide utilizar una obra se convierte en licenciatario y se compromete a aceptar y respetar las condiciones que el autor ha establecido para el uso de la obra. Las licencias "CREATIVE COMMONS ©" no se refieren a artistas intérpretes o ejecutantes ni a productores de fonogramas, cuyo derecho a la remuneración les corresponde por la utilización de los fonogramas para cualquier acto de comunicación pública, no el derecho de los autores.

¹⁴³ [STS de 18 de Febrero de 2009](#): ROJ: STS 1251/2009 "(...) el carácter irrenunciable del derecho a la remuneración equitativa no se funda en la imposibilidad abstracta de establecer pactos sobre ella, sino en la necesidad de garantizar su efectividad. El legislador estima que esta remuneración sólo puede verse garantizada mediante una gestión de carácter colectivo. Este modo de gestión es incompatible con una negociación individual por parte de los artistas, intérpretes o ejecutantes".

¹⁴⁴ [SAP de Madrid, de 5 de Julio de 2007](#) ROJ: SAP M 10132/2007: "... Se pretende garantizar así una mayor libertad, permitiendo que cada persona receptora de una copia o una versión derivada de un trabajo pueda, a su vez, usar, modificar y redistribuir tanto el propio trabajo como las versiones derivadas del mismo. Se trata, ..., de otorgar al autor el control absoluto sobre sus obras, y surge como respuesta frente al tradicional modelo del copyright, controlado por la industria mediática".

desestimación de tales reclamaciones dependerá en gran medida de la prueba aportada por la parte demandada¹⁴⁵.

3. Daño Moral.

Con carácter general, la cuantía de la compensación equitativa se calcula, a elección del perjudicado, sobre la base del perjuicio o potencial daño causado a los titulares por la pérdida de beneficios sufridos y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita, o en su caso, la remuneración que hubiera percibido el perjudicado de haber autorizado la utilización del derecho de PI¹⁴⁶.

En ocasiones aparece el concepto de daño moral como indemnización aun cuando no se aprecie el perjuicio económico quizás por desconocimiento de la métrica en redes sociales. Según la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 14 de Marzo de 2019, ratificada por la STS de 21 de Septiembre de 2020¹⁴⁷, “dada la presunción iuris et de iure, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para cuantificarla, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en

¹⁴⁵ Moreno Renart. N. “El fenómeno de la denominada “música libre” y alcance de la comunicación pública de obras musicales bajo las licencias copyleft. Comentario a la SAP Zaragoza, de 17 de Junio de 2019”, en Aranzadi Instituciones. *Revista Aranzadi de Derecho*, Editorial Aranzadi 2020.

¹⁴⁶ Art.140 TRLPI. Indemnización. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

2. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.

En el 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.

b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

3. 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.

¹⁴⁷ [SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 14 de Marzo de 2019](#) ROJ: SAP GC 1012/2019 / [STS de 21 de Septiembre de 2020](#) ROJ: STS 2850/2020

cada caso”, para llegar a dictaminar que “es muy difícil obtener una medición exacta de la divulgación y seguimiento de unos programas de radio concretos, o del acceso por internet a artículos periodísticos”.

Quizás sea más un problema de carga probatoria imputable a la parte para dar mayor luz a la hora de resolver sobre cuestiones indemnizatorias de los derechos de autor, como recoge la SAP de Madrid, de 4 de Diciembre de 2017¹⁴⁸ – caso *Sharemula* – donde se remite para determinarse a estadísticas proporcionadas a través de la aplicación [“Ads Planner Google”](#) que estima los accesos ilícitos y descargas desde una página de enlace como utilidad para medir el alcance e impacto digital de la difusión de la obra protegida.

4. Condena de Futuro.

Aun cuando pudiera entenderse procedente la condena de futuro por las cantidades devengadas hasta la efectiva suscripción del contrato regulador de la obligación del pago¹⁴⁹, según la SAP Madrid, de 5 de Octubre de 2015¹⁵⁰, no es aplicable pues no se trata de una prestación de devengo periódico sino ante una remuneración que puede o no devengarse en el futuro según se realicen actos de comunicación pública¹⁵¹, máxime cuando la obligación del deudor no es incondicional sino que está sujeta a que se produzcan de forma efectiva estos actos sin que haya modo de determinar a priori que ocurrirá en un futuro.

¹⁴⁸ [SAP de Madrid 4 de Diciembre de 2017](#) ROJ: SAP M 14093/2017: “Estos datos se obtienen a partir de estadísticas proporcionadas por [Ads Planner Google](#). ..., se fija el número total de descargas en el período que transcurre desde 2009 a 2011, también desglosado por compañías. Esta cifra (429.626 descargas) se multiplica por el beneficio medio que perciben las compañías por la venta online de un álbum. ... tomando como referencia los precios o de venta mayorista – a la empresa que los comercializa en la red – de las descargas. El precio resultante asciende a 5,48 € por álbum. ...la indemnización en el periodo en cuestión asciende a 2.354.350,48 €”.

¹⁴⁹ Art.220.1 LEC: Cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los intereses o prestaciones que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte.

¹⁵⁰ [SSAP de Madrid, 5 de Octubre de 2015](#) ROJ: SAP M 18432/2015 y [11 de Mayo de 2012](#) ROJ: SAP M 7075/2012

¹⁵¹ [SSTS de 10 de julio de 2008](#) ROJ: STS 3636/2008 y [18 de febrero de 2009](#) ROJ: STS 1251/2009

VI. Disyuntiva de Acciones Ejercitables.

A pesar de las reducciones anuales de los daños y perjuicios generados a los derechos de autor por el acceso ilícito a contenidos digitales¹⁵², el problema está lejos de considerarse solucionado incluso por la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual (SSCPI)¹⁵³. Conseguida una mayor protección tecnológica y jurídica de los derechos digitales del autor, la concepción que del acto ilícito se derivan responsabilidades civiles deriva a endurecer en sede penal aquellas conductas calificables como más graves.

1. Procedimiento Civil.

En base al derecho exclusivo del titular de los derechos de PI, éste podrá instar el cese del presunto infractor o cooperador de la actividad ilícita, exigir la oportuna indemnización, optando entre el daño y el potencial daño de haberse autorizado su uso, a través del procedimiento establecido en LEC¹⁵⁴. De igual forma, podrá solicitar la adopción de medidas cautelares para asegurar la efectividad y suspender el servicio prestado por intermediarios a terceros que infrinjan los derechos de autor¹⁵⁵, así como una serie de medidas que anticipan la cesación de actividades ilícitas sobre las que se plantean algunas cuestiones.

Hay medidas cautelares que versan sobre la obtención de datos si se cometen mediante actos por personas no considerados como consumidores

¹⁵² Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales 2019. La piratería digital experimenta en España otro descenso en cifras absolutas, según los datos de 2019, que registran una caída del 5% en el acceso a contenidos ilícitos, siendo 5.187 millones, el número de contenidos ilícitos a los que se accedió, lo que representa una disminución acumulada del 17% desde 2015. El valor de dichos contenidos es de 30.904 millones de euros y el perjuicio para el sector alcanzó los 2.437 millones de euros en este periodo. Las arcas públicas podrían haber percibido 673 millones de euros durante 2019, una cifra que se eleva a los 4.658 millones desde 2012, y se podrían haber creado cerca de 120.000 puestos de trabajo directos e indirectos. [La Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos | PI – Piratería digital](#).

¹⁵³ Hasta Marzo de 2020 la SSCPI tramitó 374 solicitudes para la salvaguarda digital, bloqueando judicialmente 69 Webs y 142 dominios con contenido no autorizado. Se dictaron 30 Sentencias por la Audiencia Nacional (AN) autorización el bloqueo en España. [Balance CPI 31/03/2020 \(MEyFP\)](#)

¹⁵⁴ Art.138 a 143 TRLPI en relación con los arts.52.11º y 294.4 LEC.

¹⁵⁵ Art.140 y 141 TRLPI

finales de buena fe y sin ánimo de lucro¹⁵⁶, identificación del prestador de SSI y entrega de datos para identificar al usuario de sus servicios con el que mantengan o hayan mantenido en los últimos 12 meses relaciones de prestación de un servicio con el prestador. En estos dos casos, cuando consten indicios razonables de puesta a disposición o difusión, directa o indirecta, de contenidos, obras o prestaciones sin autorización con un nivel apreciable de audiencia o volumen, o dirigido a los prestadores de pagos electrónicos y publicidad¹⁵⁷.

Destaca el AAP de Bilbao, de 24 de Mayo de 2016, que estima la adopción de diligencias preliminares sobre identificación de usuarios y ejercitar frente a ellos los derechos de PI al existir elementos suficientes para afirmar la existencia de una infracción ejercitado por titular frente a la entidad privada¹⁵⁸. No obstante, partiendo de la STJUE de 24 de Abril de 2017¹⁵⁹, se desestima la adopción de la medida cautelar en el AJM de Madrid de 24 de Septiembre de 2020¹⁶⁰, al resultar difícil establecer que el simple hecho de utilizar un programa *P2P* suponga por

¹⁵⁶ Art.256.1.7 LEC

¹⁵⁷ Art.256.1.10 y 11 LEC

¹⁵⁸ [AAP de Bilbao, de 24 de Mayo de 2016 \(Caso Dallas Buyers Club\)](#) ROJ: AAP BI 2/2016: Las diligencias preliminares en materia de PI, tienen su fundamento en el derecho de información reconocido en el art.8 de la Directiva 2004/48/CEE, sin que tal derecho de información sea un derecho absoluto, sino que se ha de acomodar a las exigencias establecidas en la legislación interna: i) ...adecuadas para la finalidad perseguida; ii) concurrencia de justa causa; iii) concurrencia de interés legítimo.... las diligencias solicitadas pueden tener su encaje en los apartados 10 y 11 del art. 256.1 de la LEC, siendo imprescindible la identificación de los usuarios para poder ejercitar los derechos de PI que ostenta la recurrente, existiendo elementos suficientes para afirmar la existencia de una infracción, puesto que se dispone de un producto de forma ilícita, y sin que puedan descartarse finalidades comerciales, si previamente no se identifica al presunto infractor.

¹⁵⁹ [STJUE de 24 de Abril de 2017 \(Caso Striching Brein\)](#) ECLI:EU:C:2018:221: "...no cabe duda de la potencialidad abstracta de un programa o red *P2P* para que pueda facilitar una comunicación pública o puesta disposición, pero en el caso del usuario concreto no hay un componente lucrativo, más allá del ahorro del precio de venta al público de una obra, insignificante desde el punto de vista de la amplitud que exige un acto de comunicación pública; tampoco hay una comunicación pública en sentido estricto, en el sentido de acceso simultaneo de una pluralidad de personas a la obra, ni hay, per se, una prueba de una conducta deliberada, es decir, de un dolo al menos por conocimiento de que la utilización del programa permite a otros usuarios de número indeterminado acceder a su disco duro y descargarse lo que figura en la carpeta compartida que configura el programa y ello no cabe inferirlo de la simple utilización del programa, sin una individualización del caso concreto, por cuanto es de suponer que hay un gran número de usuarios que conocen estos programas simplemente como de descarga de archivos, obviando que también es de compartimento de los mismos...".

¹⁶⁰ [AJM de Madrid, de 24 de Septiembre de 2020](#) ROJ: AJM M 83/2019

sí un acto de comunicación pública, ya que la solicitud se realiza respecto de los titulares contractuales de las prestaciones de acceso a internet contratadas entre el usuario final y la parte que debe soportar las medidas. Las compañías de servicios de internet puedan acceder al historial o *log data* del *router* durante cierto tiempo, salvo que el usuario lo haya reiniciado, por lo que resulta incompleta la solicitud para identificar al eventual infractor de los derechos de explotación en exclusiva.

Por su parte, el art.297 de la LEC establece las medidas de aseguramiento cuando haya pruebas de infracción razonablemente disponibles para adoptarlas con o sin toma de muestras, incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos, así como materiales e instrumentos utilizados en su producción, distribución o de documentos relacionados con ellas. Esta medida se denegó en el AJM de Barcelona de 16 de Diciembre de 2019¹⁶¹, donde se pretendía obtener la tutela del derecho “in audita parte” con carácter sumario previa a la demanda principal, al amparo del art.732.2 de la L.E.C.¹⁶², lo cual infringe el principio de contradicción procesal sin que se recoja una regulación específica sobre las diligencias de comprobación de hechos en el ámbito del TRLPI, máxime cuando el domicilio personal o social está amparado en el derecho de inviolabilidad según el art.18.2 de la CE. Si en un proceso penal se extreman las cautelas y refuerzan las motivaciones para el dictado de la adopción de la medida cautelar, sobre la base de la existencia de suficientes indicios racionales de la comisión de un delito grave, en un proceso civil que no se ha iniciado, no basta una mera invocación de denuncia anónima para acceder al domicilio de una persona jurídica que no ha cometido un ilícito penal, máxime cuando no hay contradicción procesal al respecto. La conclusión es obvia: No se puede obtener en la jurisdicción civil lo que en la jurisdicción penal precisa de doble motivación para realizar la entrada y registro del domicilio, así como acceder a dispositivos de almacenamiento masivo, pudiendo vulnerar varias normativas, entre ellas la Ley

¹⁶¹ [AJM de Barcelona, de 16 de Diciembre de 2019](#) ROJ: AJM B 96/2019

¹⁶² Art.732.2 LEC: Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud.

1/2019 sobre Secretos Empresariales, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de Diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, así como el Reglamento 2016/679/CEE sobre Protección de las Personas Físicas sobre Tratamiento de Datos Personales y su Circulación¹⁶³.

2. Procedimiento Penal.

Como se ha dicho, el reproche penal se reserva para casos más graves. El CP recoge el tipo delictivo de la reproducción, plagio, distribución, difusión pública, comunicación, ..., con fin lucrativo y comercial sin autorización del autor, extendiéndose a páginas dedicadas a la prestación de SSI cuando faciliten, sin un tratamiento técnico, el acceso o localización on line de obras o prestaciones objeto de PI, en particular mediante listados de enlaces, aunque hubieren sido facilitados por los destinatarios de sus servicios¹⁶⁴.

En este caso, se podrá acordar la retirada de las obras o prestaciones si a través del portal de acceso o SSI se difundan exclusiva o principalmente contenidos anteriores, la interrupción de su prestación, cualquier otra tendente a la protección, así como excepcionalmente el bloqueo del acceso a la *Web* si existe reiteración de conducta y la medida sea proporcionada¹⁶⁵. Se amplía el tipo delictivo a quienes almacenen, exporten o importen copias no autorizadas de obras protegidas cuando se destinen a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente, los que favorezcan la supresión o neutralización de

¹⁶³ [Reglamento \(UE\) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016](#), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CEE (Reglamento General de Protección de Datos).

¹⁶⁴ Art.270.1 y 2 CP: Se impondrá la pena de 6 meses a 4 años, a quien, en la prestación de SSI, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios.

¹⁶⁵ Art.270.3 CP

DRMs incorporados a contenidos, incluyendo la fabricación de medios destinados a tal fin¹⁶⁶.

De igual forma, se establece un tipo cualificado si concurren circunstancias como la trascendencia del beneficio obtenido, especial gravedad de los hechos, pertenencia a organización o asociación que tuviera como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de PI, así como la utilización de menores para cometer estos delitos¹⁶⁷, extendiendo la responsabilidad civil sobre el cese de la actividad ilícita e indemnización de daños y perjuicios según el TRLPI¹⁶⁸.

La persecución de estos delitos se acomoda al trámite del Procedimiento Ordinario¹⁶⁹, con la posibilidad de concluir asuntos por conformidad de las partes con condena y satisfacción económica del perjuicio causado y cierre definitivo de las páginas donde se alojan, visualizan o descargan contenidos – aunque hoy en día estén operativos –¹⁷⁰, pudiendo adoptarse medidas cautelares durante el curso del proceso – cierre de la página –¹⁷¹.

La adopción de medidas cautelares sobre acceso de usuarios a páginas y bloqueo de cuentas bancarias, aunque se desprendan indicios de la comisión

¹⁶⁶ Art.270.5 y 6 CP

¹⁶⁷ Art.271 CP

¹⁶⁸ Art.272 CP en relación con el art.143 TRLPI

¹⁶⁹ [AAP de Vigo, de 15 de Octubre de 2020](#) ROJ: AAP PO 1575/2020: La instructora ha razonado la existencia de una serie de indicios razonables de esa posible participación del apelante en los hechos investigados, deducidos de las conversaciones telefónicas en que intervino con otros de los investigados, el hallazgo en la sede de un servidor conectado al servidor principal hallado ... que supuestamente estaría emitiendo contenidos careciendo de licencia. De un examen general ... extrajo la conclusión de que el acusado formaba parte de alguna forma de la estructura u organización ..., dedicada a facilitar receptores y soporte para acceder fraudulentamente a contenidos audiovisuales protegidos por derechos de PI.

¹⁷⁰ [SAP de Valladolid, de 13 de Octubre de 2020 \(Queveohoy.com\)](#) ROJ: SAP VA 1335/2020: El usuario que accedía a la página *web* podía optar por acceder directamente al visionado o bien descargarlo. Los hechos son constitutivos de un delito contra los derechos de la PI de los arts. 270.1, 270.2 y 271.b) del CP ...así como el cierre definitivo de la página *web* tanto en sus versiones .com / .net y el comiso de los efectos intervenidos dándoles el destino legal.

¹⁷¹ [AAP de Valladolid, de 18 de Julio de 2011](#) ROJ: AAP VA 551/2011: Lo que ha de dilucidarse es, no si en los autos hay prueba concluyente de la realidad de los hechos denunciados y de la participación en ellos del denunciado, sino si de la realidad de aquellos y de la participación de éste hay en la causa aquellos indicios mínimos bastantes que reclama el auto.

delictiva contra la PI, como recoge el AAP de Barcelona, de 14 de Enero de 2019, no puede incurrir en infracciones de la tutela judicial efectiva provocando indefensión. No pueden invocarse como si fueran medidas de naturaleza real tendentes a garantizar la responsabilidad pecuniaria derivada del delito, así como sin existir reiteración de las conductas y resultar desproporcionada, manteniendo el cierre de la página para impedir la continuidad delictiva y seguir obteniendo ganancias mediante conductas que vulneran los derechos de PI¹⁷².

3. Efectividad del Ejercicio de Acciones.

Ante la disyuntiva del ejercicio de la acción protectora del titular, en relación con las excepciones del TRLPI¹⁷³, debe tratarse de apreciar cuál es la vía que va a otorgar mayor efectividad, protección y seguridad jurídica frente a los actos ilícitos para evitar las dilaciones temporales en el dictado de la resolución definitiva, y en consecuencia un mayor perjuicio económico al titular. La decisión de una u otra acción debe meditarse ya que lo que realmente debe interesar es el pronto cese, la satisfacción y reintegro del perjuicio económico del titular del derecho infringido.

La Directiva 2004/48/CEE¹⁷⁴ traspuso a nuestra normativa la opción legal del perjudicado para fijar la indemnización de los daños y perjuicios¹⁷⁵. Como se

¹⁷² [AAP de Barcelona, de 14 de Enero de 2019](#) ROJ: AAP B 855/2019: "No se pondera que www.quedelibros.com se dedique exclusivamente o de forma predominante a facilitar enlaces de libros que atenten contra la PI (o que estemos ante un caso excepcional que justifique el bloqueo del acceso). Tal elemento ni tan siquiera es mencionado. Es más, de los datos obtenidos ... , se infiere que la pagina no se dedica exclusivamente a facilitar descargas ilegales, ya que permite el acceso a los libros redirigiendo al usuario a plataformas legales (Amazon, Casa del libro),ni tampoco consta que lo haga de forma predominante ... de 1202 descargas detectadas, tan solo en cinco de ellas se ha constatado indiciariamente que se vean afectados los derechos de la PI.

¹⁷³ Art.31.1 TRLPI: Reproducciones provisionales de copias privadas.

¹⁷⁴ Art.13.1 Directiva 2004/48/CEE: "[...] Cuando las autoridades judiciales fijen los daños y perjuicios: " a) tendrán en cuenta todos los aspectos pertinentes, como las consecuencias económicas negativas, entre ellas las pérdidas de beneficios, que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor y, cuando proceda, elementos distintos de los factores económicos, tales como el daño moral causado por la infracción al titular del derecho; " o " b) como alternativa a lo dispuesto en la letra a), podrán, cuando proceda, fijar los daños y perjuicios mediante una cantidad a tanto alzado sobre la base de elementos como, cuando menos, el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión".

¹⁷⁵ Art.140.2 TRLPI

ha expuesto, con carácter general, la cuantía de la compensación equitativa se calcula sobre la base del perjuicio o potencial daño causado a los titulares por la pérdida de beneficios sufridos y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita, o en su caso, la remuneración que hubiera percibido el perjudicado de haber autorizado la utilización del derecho de PI.

La STS de 30 de Septiembre de 2019¹⁷⁶ va más allá al entender que para que proceda la restitución del ingreso obtenido por el infractor no es necesario que el titular del derecho infringido haya sufrido un quebranto patrimonial, ni que el importe de la restitución se corresponda con éste, pues el titular tiene la pretensión restitutoria por el propio contenido atributivo del derecho infringido. Es irrelevante que el titular lo explote o no directamente, porque es irrelevante el beneficio que hubiera podido obtener, ya que lo relevante es qué beneficio ha obtenido el infractor por la intromisión en un derecho cuyo contenido patrimonial atribuye al titular las utilidades pecuniarias que con el mismo puedan obtenerse.

Dado el carácter punitivo del proceso penal con mayor tutela de garantías personales del infractor frente al derecho infringido, quizás la mejor opción sea acudir a la civil donde sólo se debaten cuestiones económico – patrimoniales con garantías legales de menor envergadura a las del anterior, con la salvedad que en ocasiones la pena impuesta provoca la pronta materialización del abono de la indemnización. No obstante, en ambos procesos hay siempre opciones para eludir la acción indemnizatoria que, se insiste, es la que debe primar¹⁷⁷.

Si los enlaces a contenidos puestos a disposición sin autorización del titular son actos de comunicación a un público nuevo y objeto de infracción del derecho de PI, como recoge la SAN de 5 de Febrero de 2016, para ser constitutivo de

¹⁷⁶ [STS de 30 de Septiembre de 2019](#) ROJ: STS 2852/2019: “El ordenamiento jurídico otorga a este una acción para obtener la restitución de ese rendimiento ilícitamente obtenido por quien usurpó su posición jurídica y evitar de este modo que tal beneficio se quede en el patrimonio del infractor”.

¹⁷⁷ Circular FGE 1/2006: El principio de intervención mínima que rige en derecho penal debe ser tenido en cuenta para criminalizar tan sólo las conductas que lesionan más gravemente los bienes jurídicos. Es por ello, que en los supuestos en los que, en la infracción del derecho exclusivo del titular del derecho de propiedad intelectual, sólo concurre un ánimo de obtener una ventaja de carácter individual o personal, pero no un lucro comercial, la respuesta a la vulneración del derecho debe hacerse desde el ámbito de protección civil.

infracción penal se requiere: conciencia de ajenidad al constarle al infractor que el derecho no es propio, no tiene derechos sobre él o desconoce el titular del derecho usurpado, así como realizarlo con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero¹⁷⁸. El pronunciamiento recogido en la STJUE de 13 de Febrero de 2014, sobre colocación de hipervínculos que remiten a obras que se encuentran disponibles libremente en Internet "con consentimiento del titular", es claro al concluir que no existía comunicación al público ya que el acto no se había efectuado ante un público nuevo¹⁷⁹, abundando el TJUE en la interpretación de los actos realizados a través de la técnica del "framing", – esto es, al pulsar sobre el enlace incorporado en la página, se creía que se mostraba en ella, si bien la obra procedía de otra –.

En este sentido, el ATJUE de 21 de Octubre de 2014 establece que el que una obra protegida y libremente accesible en Internet se inserte en otra página a través de un enlace, no se considera comunicación al público ya que la obra no se comunica a un nuevo público ni se divulga en un modo técnico específico diferente al de la comunicación original¹⁸⁰, y la STJUE de 8 de Septiembre de 2016, sobre los actos realizados con ánimo de lucro a través de "framing", se presume que los hipervínculos, salvo enervación probatoria, se colocan con

¹⁷⁸ [SAN, Sala de lo Penal, de 5 de Febrero de 2016](#) ROJ: SAN 117/2016: "La actividad es constitutiva de un delito contra la PI imputable a título de autor a la persona que gestione y administre la página *Web*, al concurrir los elementos del tipo del art. 270.1 CP que castiga a quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, 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 PI o de sus cesionarios. ... A través del conjunto de su acción como administradores de la página *Web* crean un riesgo jurídicamente desaprobado ... que no es ajeno al fin de protección de la norma, sino al contrario, la valoración en su conjunto de la actividad de la *Web* implica un ataque directo contra el bien jurídico protegido del art.270.1 CP".

¹⁷⁹ [STJUE de 13 de Febrero de 2014 \("Svensson"\)](#) ECLI:EU:C:2014:76) el establecimiento de enlaces de Internet no forma parte del derecho de comunicación al público reconocido a autores y demás titulares en la Directiva 2001/29/CEE. ... Los motivos son: a) los enlaces no dan lugar a una comunicación al público porque el establecimiento de hipervínculos no implica una transmisión de la obra, siendo dicha transmisión un requisito previo y necesario para que exista acto de comunicación al público en el sentido de la Directiva; b) aunque de conformidad con la Directiva la transmisión no fuera necesaria para que existiera un acto de comunicación al público, de acuerdo con la Directiva los derechos de los titulares solo cubren la comunicación al público de la obra y, justamente, aquello que un hipervínculo proporciona no es la obra; y c) una tercera razón no aplicable a nuestro supuesto de autos sino al caso concreto enjuiciado en la sentencia *Svensson*.

¹⁸⁰ [ATJUE de 21 de Octubre de 2014 \("BestWater"\)](#) ECLI:EU:C:2014:2315

pleno conocimiento de la naturaleza protegida de la obra y de la eventual falta de autorización de publicación en Internet por el titular de los derechos de autor, constituyendo una comunicación al público¹⁸¹.

Otras SSTJUE de 26 de Abril y 14 de Junio de 2017, respectivamente recogen para que exista un acto de comunicación basta con que la obra se ponga a disposición de un público con acceso directo a obras protegidas, sin que sea decisivo que utilicen o no esa posibilidad ofreciendo a los usuarios los enlaces a otra página, considerándose asimismo como comunicación pública la gestión en internet de una plataforma de intercambio que, al indexar metadatos relativos a obras protegidas y proporcionar un motor de búsqueda, permite a los usuarios localizar las obras e intercambiarlas en una red *P2P*¹⁸².

La evolución de los derechos de autor y su protección en sedes digitales acarrea la dificultad definitoria del tipo delictivo, como ocurre tanto la absolució recogida en la SAN de 5 de Febrero de 2016¹⁸³, por la falta de dolo y restantes requisitos mencionados anteriormente, además de la inexistencia del elemento subjetivo al no participar ni gestionar directa o indirectamente las plataformas donde se alojaban contenidos a los que se accedía de forma ilícita, como la reciente SJP de Murcia de 21 de Junio de 2019¹⁸⁴, donde declara básicamente

¹⁸¹ [STJUE de 8 de Septiembre de 2016](#) (“*GS Media vs. Sanoma Media / Playboy*”) ECLI:EU:C:2016:644. “Para dilucidar si el hecho de colocar en un sitio de Internet hipervínculos que remiten a obras protegidas, disponibles libremente en otro sitio de Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor, constituye una «comunicación al público» en el sentido de la citada disposición, es preciso determinar si dichos vínculos son proporcionados sin ánimo de lucro por una persona que no conocía o no podía conocer razonablemente el carácter ilegal de la publicación de esas obras en este otro sitio de Internet o si, por el contrario, los vínculos se proporcionan con ánimo de lucro, supuesto en el que debe presumirse tal conocimiento”.

¹⁸² [STJUE de 26 de Abril de 2017 \(Caso *Filmspeler*\)](#) ECLI:EU:C:2017:300 / [STJUE de 14 de Junio de 2017 \(Caso *The Pirat Bay*\)](#) ECLI:EU:C:2017:456

¹⁸³ [SAN, Sala de lo Penal, de 5 de Febrero de 2016](#) ROJ: SAN 117/2016: El delito contra la PI requiere un dolo natural y genérico, ... también necesita del conocimiento de los elementos del tipo y dentro del mismo se comprende la conciencia de ajenidad, ... le consta que no es propio y que no tiene derechos sobre el mismo, aunque desconozca quien es el titular de los derechos que usurpa; ... también requiere como elemento subjetivo del injusto que concurra el ánimo de lucro, ..., una conciencia defraudadora, de tal manera que si no se da el conocimiento de la ajenidad del contenido, aquel ánimo no rellena por sí mismo el tipo penal; por ello aunque ... el no haber participado en la gestión ..., no se le entiende relacionado con el tipo penal al faltar uno de los elementos necesarios del dolo.

¹⁸⁴ [SJP de Murcia, de 21 de Junio de 2019](#) ROJ: SJP 30/2019. La actividad de estas páginas de enlaces, al no tratarse de páginas de descarga directa, entra de lleno en la consideración de

no ser constitutivos de infracción penal, al no estar la prestación de servicios sancionada en base al eliminado “ánimo de lucro” del anterior art.270.1 del CP en lugar del “beneficio directo o indirecto” del vigente art.270.1 y 2 del CP.

Con esta nueva regulación jurídico penal, se subsume la conducta sobre páginas de enlaces en la responsabilidad derivada de la LSSICE en el supuesto de no tener constancia el presunto infractor del origen ilícito de la información, derecho lesionado o conocimiento por órgano competente de la ilicitud de los datos con orden de su retirada.

No obstante, abunda en la penalización la conducta de facilitación activa no autorizada de hipervínculos o enlaces a obras protegidas por derechos de PI, siempre que se lleve a cabo de forma activa y no neutral, limitada a un tratamiento meramente técnico, que sin albergar obras y prestaciones, posibilita acceder a contenidos alojados en servidores externos bien para su descarga o para su visionado in streaming, e incluso el ofrecimiento de listados ordenados y clasificados de enlaces que remitan a las obras protegidas.

A tenor del principio de mínima intervención, el proceso penal interpreta con cierta restricción la infracción de los derechos y su protección. Analizando el iter procesal del caso [Sharemula.com](#)¹⁸⁵, – hipervínculos directos para descargar contenidos –, previa desestimación de las medidas cautelares¹⁸⁶, se decretó el sobreseimiento libre y archivo mediante AAP de Madrid de 11 de Septiembre de

conducta de intermediación sometida al régimen de responsabilidad previsto en el art 17 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico.

¹⁸⁵ Sol Muntañola, M., “*El Caso Sharemula*”, Diario La Ley, 9120, Wolters Kluwer, Enero 2018.

¹⁸⁶ Branco Bueno D., *Acciones penales contra el intercambio de archivos en redes P2P*. Abogacía, Sección de Derecho Penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs.73-92. “... la defensa de *Sharemula*, ..., si bien podía entenderse que efectivamente *Sharemula* tenía ánimo de lucro derivado de la publicidad de la *web* – elemento éste en el que insistía la acusación particular de forma casi exclusiva – y lo que no existía en ningún caso era el elemento objetivo del tipo, es decir, la comunicación pública, dado que la página no alojaba contenido alguno, sino que se limitaba a enlazarlo, esto es, a decir dónde se hallaba. De este modo, adoptando la ya mencionada expresión del profesor Ignacio Garrote, un enlace sería un mero “dato fáctico” que por sí sólo no realiza acto alguno de explotación de derechos de propiedad intelectual. Decaído el elemento objetivo del tipo penal es innecesario analizar la concurrencia del elemento subjetivo del ánimo de lucro, pues la existencia de éste sin la de aquél resulta irrelevante. El juzgado denegó las medidas cautelares al considerar que desde esa página *web* no se cometía delito alguno por inexistencia del elemento objetivo del tipo penal. [ICA Malaga, Noviembre 2009. Tirant Lo Blanch.](#)

2008¹⁸⁷. Después en la vía civil, según la SAP de Madrid de 4 de Septiembre de 2017, como acto de comunicación pública de reproducción de los usuarios de sistemas *P2P* de obras protegidas, remitido a la Directiva 29/2001/CEE y STJUE de 13 de Febrero de 2014¹⁸⁸, entre otras muchas, se declaró la obligación de resarcir al titular en base a la estimación del número descargas a través de [Ads Planner Google](#), así como el cese de la actividad¹⁸⁹. Como curiosidad, reseñar que [Sharemula.com](#) sigue operativa en la actualidad, por lo que o se habrá interpuesto Recurso de Casación o, que no impide lo anterior, no se habrá ejecutado provisionalmente la Sentencia, o no habrá sido requerido por la SSCPI para cesar la actividad como infracción o hecho delictivo continuado.

Frente a la vetusta Instrucción 2/2011 o la Circular de 8/2015 de la Fiscalía General del Estado (FGE), o sus alegaciones programáticas¹⁹⁰, no se ha creado

¹⁸⁷ [AAP de Madrid, de 11 de Septiembre de 2008](#) ROJ: AAP M 11267/2008: Caso *Sharemula*: “la actividad de página *Web Sharemula.com* se centra en facilitar "enlaces", ni aloja archivos, ni realiza directamente la descarga, limitándose a facilitar una dirección donde se puede descargar la obra, esto es su actividad se centra en "enlazar. ...”, es una forma de facilitar al usuario de Internet el acceso a otra página *web*, pero no se reproduce la página enlazada, ni se da lugar a un almacenamiento de la misma en la propia página *web* de la remitente, ...”, aun cuando la actividad pueda suponer técnicamente una reproducción provisional, tampoco sería ilícita por su transitoriedad, porque forman parte del proceso tecnológico que hace posible el enlace, y porque suponen simplemente una transmisión entre terceros (el usuario de la red y la página a la que se dirige)”

¹⁸⁸ Art.3.1 Directiva 21/2009/CEE y [STJUE de 13 de Febrero de 2014 \(Caso Svensson\)](#) ECLI:EU:C:2014:76:“...para que exista un «acto comunicación» basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad, de modo que el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de puesta a disposición y, en consecuencia, de acto de comunicación.”

¹⁸⁹ [SAP de Madrid, de 4 de Septiembre de 2017](#): Caso *Sharemula*: “... a la comunicación pueden acceder, en cualquier momento y simultáneamente, a las obras protegidas que se intercambian a través del sitio *web*. Dicha comunicación se dirige a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica un número considerable de personas, y de ello se deduce que las obras protegidas se comunican efectivamente a un público según el art.3.1 Directiva 2001/29 .”, ... “entendiendo como publico nuevo a los operadores de [Sharemula.com](#) no podían ignorar que esta *web* permite acceder a obras protegidas sin autorización de los titulares de derechos, teniendo en cuenta que la práctica totalidad de los archivos cuya descarga se facilita son obras publicadas sin autorización de los titulares de derechos.”

¹⁹⁰ [Instrucción 2/2011 de la FGE](#) y [Circular 8/2015](#) sobre delitos contra la PI. “A fin de asegurar la satisfacción de las responsabilidades civiles, instarán la adopción de las medidas cautelares necesarias para ello, tanto las previstas en los arts.139 y 141 TRLPI y las genéricas de la LECr.”. Se reseñan entre otras, interrupción de la prestación del servicio o bloqueo, comiso de efectos, bienes, medios o instrumentos, ...”.

la Fiscalía Especializada en delitos contra la PI¹⁹¹, anunciada en 2016, para determinar, asegurar y valorar la validez sustancial, formal y procesal de los medios de prueba, así como fijar el tipo delictivo y la futura responsabilidad civil.

Ante la anterior exposición del iter procesal del caso Sharemula.com parece que no se tutelan debidamente los derechos infringidos, que a pesar del montante económico (2.354.350´48 €) y de no concurrir el tipo objetivo del delito, se deja el ejercicio de la acción a la EGPI en el proceso civil, siendo contradictorio con el interés y objeto a proteger que, como debemos recordar, será siempre el interés remuneratorio del derecho infringido, ya que:

- Han transcurrido 15 años desde el inicio de las actuaciones penales (DP 1089/2006 Juzg. Instrucción num.4 de Madrid),
- El perjuicio se ha cuantificado por la EGPI, según informe pericial, para sólo 2 años, periodo de 2009 a 2011,
- Sharemula.com sigue operativa sin cesar su actividad,
- Continúa generando beneficio al infractor por la reproducción ilícita del derecho infringido, sin computar ingresos por publicidad,
- Así como un perjuicio a los autores.

El Caso *Sharemula* parece que correrá el mismo resultado que el derivado en el Caso *Películasyonkis*, ya que no se verán tutelados realmente los derechos infringidos. En este último caso, no sólo por la absolución decretada en la SJP de Murcia, de 21 de Junio de 2019, sino porque la página dejó de funcionar sin requerimiento ni orden judicial desde el dictado de la STJUE de 13 de Febrero de 2014, e incluso se procedió a la transmisión de la mercantil de los dominios desde donde se infringían los derechos a una tercera entidad por una cantidad inferior – probablemente el valor contable – a la del perjuicio reclamado.

Este asunto es ejemplo de la ineficacia de las promulgadas y pretendidas responsabilidades civiles derivadas de actos ilícitos, entre otros más de películas

¹⁹¹ [Plan Cultura 2020](#): Estrategia 2.2: Reforzar el marco jurídico de protección de la PI, dotar de recursos humanos y tecnológicos e intensificar las actuaciones en la lucha de vulneración por la SSCPI, así como creación de una Fiscalía especializada para la lucha contra la vulneración de los derechos de PI, en colaboración con el Ministerio de Justicia.

on line ([Series yonkis](#), [Todotorrente](#), [Películas Cubanas](#), [Tu cine](#) y [Oranline](#) – ambos dominio, uno en venta y otro con simulada apariencia de otros contenidos), de diarios digitales (*Youkioske* – hoy redirigido a [Youkioske.net](#) – [Toda la Prensa](#)), así como programas de juego ([Indiceps2](#))¹⁹², de los seguidos en nuestro país durante las dos últimas décadas o recientes. Viene a poner de manifiesto la ausencia de tutela y protección efectiva de los derechos digitales, pues la mayoría, resultaron Sentencias absolutorias por tratarse de hechos anteriores a la modificación del art.270 del CP, o bien en función del principio de mínima intervención. Y las condenatorias la cuantía indemnizatoria a favor del titular era pequeña, o bien se remitían para determinarla a la ejecución de Sentencia a tenor del art.140 del TRLPI.

Extrañan estos pronunciamientos cuando tanto la EGPI como el Ministerio Fiscal intervienen en pro de los derechos de los titulares, debiendo incluso éste último, según la antigua Circular 1/2006 de la FGE¹⁹³ aplicable para hechos anteriores al vigente art.270 del CP, perseguir de oficio con actitud activa y aportar pruebas sin caer en la inercia de dejar a las partes esta función con el fin de evitar la actividad delictiva y su permanencia, así como garantizar las responsabilidades que puedan establecerse judicialmente.

Quizás propio de la inercia recaudatoria por parte de las EGPI, en alguna Sentencia absolutoria se adolece de la falta de acreditación tanto del elemento subjetivo del delito – comunicación o requerimiento previo al infractor para fijar el canon o tarifa –, aportando mera denuncia que no justifica el dolo necesario para el conocimiento de la obligación del pago, como el elemento objetivo al no

¹⁹² [SJP de Murcia, de 21 de Junio de 2019](#) (Caso *Seriesyonkis*) ROJ: SJP 30/2019: Absolutoria y petición de 500.000.000 €.

[STS de 12 de Diciembre de 2016](#) (Caso *Youkioske*) ROJ: STS 5309/2016 condena a dos de los administradores de la *web* con indemnización a fijar en ejecución de Sentencia, y absolutoria para el tercero. Petición de indemnización de 3.695.004 €.

[SAP de Madrid, de 3 de Febrero de 2020](#) (Caso *Películas Cubanas*) ROJ: SAP M 344/2020. Condena, bloqueo e indemnización a fijar en ejecución. Petición inicial de indemnización de 233.226 €.

[SJP de Huelva, de 11 de Noviembre de 2019](#) (Caso *Tu Cine* y *Oranline*) ROJ: SJP 54/2019. Condena, bloqueo e indemnización de 2.981 €, si bien la inicial era de 102.021 €.

[SAP de Barcelona, de 26 de Octubre de 2016](#) (Caso *Indiceps2*) ROJ: SAP B 9853/2016: Absolutoria, aunque se trata de un página de enlaces, no se identificaban los videojuegos a los que acceder el usuario, por lo que no se determinaba quien era el perjudicado ni constar acreditada descarga alguna.

¹⁹³ [Circular 1/2006 de la FGE](#)

constar los derechos infringidos aportando ordenadores con gran número de archivos – temas musicales comunicados a través de altavoces –, dando lugar a una inactividad y dejación de funciones propia de quien ostenta o debe ostentar la representación de los productores asociados¹⁹⁴.

De igual forma, en el ámbito civil sorprenden dispares resoluciones dictadas por el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao sobre descarga de películas *P2P* – Caso “*Dallas Buyers Club*” – por distintos usuarios¹⁹⁵, sin relevantes consecuencias civiles para el infractor sino más bien para el titular del derecho por la nimia cantidad concedida como compensación no sólo de la descarga sino al tener que asumir los gastos derivados de la reclamación judicial.

VII. Conclusiones.

Pretendiendo la protección y tutela de los derechos de PI de los autores y titulares, se deben instaurar las protecciones y medidas jurídicas necesarias para lograr este fin. Con la exposición planteada en el apartado sobre la “Disyuntiva de Acciones Ejercitables”, así como su crítica, no quiere decirse que no existan protecciones y medidas jurídicas para proteger los derechos afectados, pero se puede apreciar que no son lo suficientemente prácticas, efectivas y eficaces para combatir “*ab initio*” al infractor y la infracción cometida, en muchos casos continuada, hasta que se produzca la resolución judicial definitiva del asunto y la finalidad para lograr la indemnización o resarcimiento del perjuicio sufrido.

Si los autores o titulares pueden acceder a otros tipos de modelos de negocio en el mercado digital (gratuidad, transmisión “*inter vivos*”, editores

¹⁹⁴ [SAP de Valencia, de 16 de Julio de 2017](#) ROJ: SAP V 2606/2018

¹⁹⁵ Caso *Dallas Buyers Club*: [SJM de Bilbao de 2 de Noviembre de 2017](#) ROJ: SJM SS 981/2017: Se desestima ya que siendo el usuario titular de la *IP* desde dónde se descarga la película, y cooperador con terceros (art.138.2 TRLPI), no se le imputa responsabilidad en base al principio de la carga distributiva de la prueba (art.217 LEC), pues otras personas pueden utilizar la *IP* sin su autorización. Corresponde al titular del derecho de PI acreditar el uso por el titular de la *IP*.

[SJM de Bilbao, de 17 de Abril de 2018](#) ROJ: SJM BI 1348/2018. Se condena al usuario titular de la *IP* pues acreditada la descarga, no puede exigirse al titular del derecho de PI una prueba diabólica sobre su autoría material. No siendo un proceso punitivo, se impone como indemnización la cantidad de 150 € por lo que hubiese tenido que pagar el infractor por la descarga lícita y los gastos derivados de la reclamación judicial: informes periciales previos, diligencias preliminares para la obtención de las direcciones *IP* y reclamaciones extrajudiciales.

digitales, ...), como se ha expuesto, éstos también deberán ser objeto de protección, remitiéndose a la normativa general de las obligaciones y contratos, o a la analógica existente en el TRLPI, o a Tratados Internacionales, en caso de ser las partes no comunitarias.

Se ha ido acotando judicialmente cada vez más la interpretación jurídica de lo que se pretendía proteger. Las que no eran consideradas infracciones por los infractores en el ámbito digital, hasta que no habido una resolución judicial que lo aclarara en forma, se ha continuado con la actividad. El carácter garantista del proceso penal provoca que, si se inicia por esta vía la protección del derecho infringido, la tutela se dilatará en el tiempo, y en ocasiones, no se llegue a la obtención del resultado indemnizatorio pretendido al perdurar la infracción en el tiempo, salvo acordar el cierre de la página, lo cual resulta difícil. El perjuicio económico del derecho infringido persistiría hasta el dictado de la Sentencia, y a efectos prácticos – salvo en los tipos agravados – la indemnización se sustituiría por una pena de prisión o arresto domiciliario en caso de impago a razón de una elevada parte proporcional de la impuesta judicialmente.

Si se inicia la fase civil, de no acordarse la medida cautelar del cese de la actividad, no habrá condena de futuro por el perjuicio objeto de indemnización por la tutela infringida, ya que el infractor continuaría en su actuación hasta el dictado de la Sentencia limitándose la cuantía, a elección del perjudicado y dado el carácter rogatorio del proceso civil, sobre la base del perjuicio o potencial daño causado por la pérdida de beneficios y los beneficios obtenidos por el infractor por la utilización ilícita, o en su caso, la remuneración que hubiera percibido el titular perjudicado de haber autorizado su utilización a tenor del art.140 TRLPI. Aunque se consigue una mayor celeridad en la resolución indemnizatoria, el hecho de no adoptarse las correspondientes medidas cautelares (“*fumus boni iuris et periculum in mora*”, cierre cautelar de la página, ...), traería las mismas consecuencias que las descritas para el proceso penal, esto es la continuidad de la infracción cometida y un agravamiento del perjuicio del titular del derecho infringido.

Por tanto, la SSCPI se erige como la garante frente a la vulneración de derechos de la PI por los responsables de los servicios de sociedad de la

información cuando éstos actúen con ánimo de lucro, hayan causado o pudieran causar un daño patrimonial al titular¹⁹⁶, todo ello en base a los principios de legalidad, objetividad, proporcionalidad y contradicción. Esta eficacia se evidencia principalmente con el desarrollo del procedimiento que, iniciado a instancia del titular del derecho y verificada la infracción, agiliza los plazos de tramitación para requerir la retirada voluntaria de los contenidos en 48 horas, y de no atenderlo la breve resolución administrativa con suspensión inmediata de la publicación “para el eficaz cumplimiento de la resolución¹⁹⁷, contando con la previa autorización y auxilio del órgano judicial para su ejecución.

Se resuelve el problema de la infracción, así como el perjuicio continuado al titular del derecho, pues conocida y verificada, la tramitación no da continuidad al infractor ni tampoco el agravamiento del perjuicio, siendo como recoge el texto legal, el procedimiento más eficaz tanto desde su inicio como en el cumplimiento de la resolución. La medida más eficaz no es otra que, de no atender a la retirada voluntaria, se suspende la comunicación que implica la infracción del titular.

Como conclusión, parece que la mejor opción a cualquiera de las anteriores – penal, civil e incluso cautelar –, e incluso a las ejercidas o pudiera ejercer el titular del derecho a través de las EGPI, no es otra que la tutelada en sede administrativa por la SSCPI siendo la que ha desarrollado una mayor actividad cautelar para el cierre de páginas de infractores de derechos de PI¹⁹⁸. De este modo, se protege de forma eficaz, eficiente e inmediata el derecho del titular dando lugar a que la infracción no perdure de forma continuada en el tiempo hasta la resolución judicial, así como a un mayor agravamiento del perjuicio del titular del derecho.

Con esta intervención administrativa e inmersión del derecho público en el derecho privado, se consiga la verdadera tutela de los derechos de PI. El sentido

¹⁹⁶ [Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre](#), por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

¹⁹⁷ Art.19 a 22 del RD 1889/2001, de 30 de Diciembre.

¹⁹⁸ Hasta Marzo de 2020 la SSCPI tramitó 374 solicitudes para la salvaguarda digital, bloqueando judicialmente 69 Webs y 142 dominios con contenido no autorizado. Se dictaron 30 Sentencias por la Audiencia Nacional (AN) autorización el bloqueo en España. [Balance CPI 31/03/2020 \(MEyFP\)](#)

práctico hace que el titular deba acudir a la SSCPI, como órgano administrativo, solicitando la tutela del derecho infringido y sin tener que acudir a procedimientos judiciales complejos. Será la SSCPI quien impulsará la suspensión cautelar para cortar de raíz la infracción del derecho, incluso para que no perdure en el tiempo, sin perjuicio de las acciones que competan al titular del derecho para acudir a los órganos judiciales para la correspondiente declaración judicial, penal o civil indemnizatoria. No se conseguirá el fin indemnizatorio pretendido, pero es claro que no se producirá el agravamiento del perjuicio al titular del derecho, máxime cuando es improcedente la condena de futuro.

VIII. Bibliografía.

- Alex Webb. [“Bob Dylan's Latest Tune Is ‘Hey, Mr. Cash Machine Man’”](#), Bloomberg, Diciembre, 2020.
- Alvarez Lobo E., “Hacia una mayor responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información por los delitos cometidos por terceros”, en *Aranzadi Insignis*, Editorial Aranzadi, 964, 2020.
- Arcos, E., “Tendencias y Bitácoras”, Hipertextual. Febrero 2004. <https://hipertextual.com/2004/02/tendencias-y-bitcoras>
- Branco Bueno D., *Acciones penales contra el intercambio de archivos en redes P2P*. ICA Málaga Abogacía, Sección de Derecho Penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs.73-92.
- Cervera, J., “‘Copyleft’: Permiso concedido”, en *Cuadernos de Periodistas: Revista de la Asociación de la Prensa de Madrid*, Enero 2005, págs. 69-76.
- Carbajo Cascón, F.; “Nueva Compensación Equitativa por copia privada. RD 1657/2012, de 7 de diciembre, que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los PGE”, en *Revista Ars Iuris Salmanticensis*, Vol.1, Junio 2019, pags.300-304, https://brumario.usal.es/permalink/34BUC_USAL/e9i5co/alma991009870066605773
- Cordón-García, J.A., Carbajo Cascón F., Alonso-Arévalo J., “*El libro electrónico: Propiedad intelectual, derechos de autor y bibliotecas.*” Editor

Torres Ripa, 2011. págs. 174. Gredos USAL / Brumario
<http://hdl.handle.net/10366/116960>

– De Miguel Asensio P., “Territorialidad de los Derechos de Autor y Mercado Único Digital,” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, editada por el Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, 2020. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5613>

– Estévez Araujo J.A., “La Propiedad Intelectual: De la voluntad del lobby al texto de la Ley”, en *Mientras tanto.e*, 2009, págs. 21-26.

– Fouce Rodríguez H., *El futuro ya está aquí: música pop y cambio cultural*. Editorial Velecio, Madrid, 2007.

– García Barnes, H., [”Si Bob Dylan vende sus canciones por US \\$ 300 M ¿podría hacer lo mismo Sabina?”](#), El Confidencial. Diciembre, 2020.

– Jover García, F., “Agregadores de Noticias: Continúa el debate”, en *Aranzadi Insignis*, Editorial Aranzadi, 955, 2019.

– Levet Viviana. [”Michael Jackson, la celebridad que más ingresos genera desde la tumba”](#). Forbes, Marzo 2021.

– Madeline Berg & Antoine Gara. [”Conozca al hombre más odiado de la música y su principal agente de ventas”](#) Forbes, Febrero, 2021.

– Martínez Cabezudo, F. y Rodríguez Prieto R., “Axiologías para el Desarrollo de las nuevas ideas de Propiedad Intelectual”, *Athenea Digital*, 2015, págs. 233-247.

– Moreno Renart. N., “El fenómeno de la denominada “música libre” y alcance de la comunicación pública de obras musicales bajo las *licencias copyleft*. *Comentario a la SAP Zaragoza, de 17 de Junio de 2019”*, en *Revista Aranzadi de Derecho*, Editorial Aranzadi 2020.

– Orozco González, M., “La imbricación responsabilidad civil y penal por la vulneración de los derechos de autor en la praxis forense”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Editorial Aranzadi, 2020.

– Plaza Penadés, J., “La Directiva de derechos de autor y su incidencia en el «Big Data» en favor de universidades y otros organismos de investigación”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* núm. 20/2019. Número 50. Editorial Aranzadi.

- Rodríguez Mederos, M., “*La difusión de las creaciones en la era digital: El Copyleft para distribuir creaciones en la era digital*”, Acimed 15.1, Ciudad de la Habana (Cuba), 2007. https://brumario.usal.es/permalink/34BUC_USAL/edmht/cdi_latinindex_prim_ary_oai_record_493214
- Rubí Puig A. y Solsona Villarrasa P., “Responsabilidad de intermediarios online por infracciones de derechos de autor cometidas por usuarios de sus servicios”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Marzo 2020.
- Sánchez Aristi R., “Derechos digitales” en *Revista de Libros*, Junio 2019.
- Sol Muntañola, M., “El Caso Sharemula”, *Diario La Ley*, 9120, Wolters Kluwer, Enero 2018.
- Spindler G., “Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la PDCDig.”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Julio 2016, pág.11.
- Stallman R., “*The GNU Operating System and the Free Software Movement. Open Sources*”, Free Software Foundation, Boston, 1991. “*Software libre para una sociedad libre*”, Traficantes de Sueños, Madrid, 2007. [Richard Stallman's Personal Page](#)
- Varela J., “*El Asalto de los Medios Sociales*”. Cuaderno de Periodistas en Revista de la Asociación de la Prensa. Enero 2005, pags.20 a 34. [El asalto de los medios sociales - Dialnet \(unirioja.es\)](#)

IX. Jurisprudencia.

Sin perjuicio de las reseñas efectuadas sobre publicaciones, artículos y citas de autores, páginas *web*,... se han insertado los correspondientes enlaces directos (*links*) a los respectivos portales públicos del Parlamento Europeo (PE), Tribunal de Justicia Europeo (TJUE / ECLI:EU), CENDOJ del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ / ROJ), Órganos Jurisdiccionales y jurisdicciones civil, penal y contencioso administrativo (Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia, Audiencias Provinciales, Audiencia Nacional, Juzgados de lo Penal, Juzgados de lo Mercantil, ...), Fiscalía General del Estado (FGE), así como al de

la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (SSCPI), con los que acceder directamente a Resoluciones, Circulares, Informes Oficiales,....

No obstante, se enumeran las resoluciones judiciales por orden jerárquico haciendo constar que todas se han obtenido de la base de datos INFOCURIA JURISPRUDENCIA / EUR-LEX del TJUE, así como del CENDOJ del CGPJ / ROJ¹⁹⁹, según su orden de aparición, consultadas para realizar este Trabajo para el Máster de Derecho Privado Patrimonial.

1. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- STJUE de 18/12/2017, Caso *Jundt*, ECLI:EU:C:2007:816
- STJUE de 09/06/2016, Caso *EGPI*, ECLI:EU:C:2016:418
- STJUE de 21/10/2010, Caso *Padawan*, ECLI:EU:C:2010:620
- STJUE de 16/06/2011, Caso *Stichting*, ECLI:EU:C:2011:397
- STJUE de 11/07/2013, Caso *Amazon*, ECLI:EU:C:2013:515
- STJUE de 24/04/2017, Caso *Striching Brein*, ECLI:EU:C:2018:221
- STJUE de 13/02/2014, Caso *Svensson*, ECLI:EU:C:2014:76
- ATJUE de 21/10/2014, Caso *BestWater*, ECLI:EU:C:2014:2315
- STJUE de 8/09/2016, Caso *GS Media*, ECLI:EU:C:2016:644
- STJUE de 26/04/2017, Caso *Filmspeler*, ECLI:EU:C:2017:300
- STJUE de 14/06/2017, Caso *The Pirat Bay*, ECLI:EU:C:2017:456

2. Sentencias del Tribunal Supremo

- STS, Sala de lo Civil, de 9/03/2015, ROJ: STS 1235/2015
- STS, Sala de lo Contencioso, de 10/11/2016, ROJ: STS 4832/2016
- STS, Sala Contencioso, de 30/09/2020, ROJ: STS 2988/2020
- STS, Sala de lo Civil, de 21/09/2020, ROJ: STS 2850/2020
- STS, Sala de lo Civil, de 30/09/2019, ROJ: STS 2852/2019
- STS, Sala de lo Civil, de 18/02/2009, ROJ: STS 1251/2009
- STS, Sala de lo Civil, de 10/07/2008, ROJ: STS 3636/2008
- STS, Sala de lo Penal, de 12/12/2016, ROJ: STS 5309/2016

¹⁹⁹ https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/

<https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

3. Resoluciones de Audiencias Provinciales.

- SAP de Madrid, de 05/07/2007, ROJ: SAP M 10132/2007
- SAP de Ourense, de 12/12/2017, ROJ: SAP OU 790/2017
- SAP de Alicante, de 02/04/2019, ROJ: SAP A 2150/2019
- SAP de Madrid, de 04/03/2013, ROJ: SAP M 4017/2013
- SAP de Madrid, de 12/04/2013, ROJ: SAP M 6917/2013
- SAP de Girona, de 07/09/2020, ROJ: SAP GI 1339/2020
- SAP de Badajoz, de 03/09/2010, ROJ: SAP BA 809/2010
- SAP de Pontevedra, de 21/01/2010, ROJ: SAP PO 236/2010
- SAP de Lugo, de 18/12/2009, ROJ: SAP LU 1025/2009
- SAP de Madrid, de 21/01/2011, ROJ: SAP M 2422/2011
- SAP de Zaragoza, de 17/06/2019, ROJ: SAP Z 1536/2019
- SAP de Madrid, de 05/10/2015, ROJ: SAP M 18432/2015
- SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 14/03/2019, ROJ: SAP GC 1012/2019
- SAP de Madrid, de 04/12/2017, ROJ: SAP M 14093/2017
- SAP de Madrid, de 11/05/2012, ROJ: SAP M 7075/2012
- AAP de Bilbao, de 24/05/2016, ROJ: AAP BI 2/2016
- SAP de Valladolid, 13/10/2020, de ROJ: SAP VA 1335/2020
- AAP de Valladolid, de 18/07/2011, ROJ: AAP VA 551/2011
- AAP de Barcelona, de 14/01/2019, ROJ: AAP B 855/2019
- AAP de Madrid, de 11/09/2008, ROJ: AAP M 11267/2008
- SAP de Valencia de 16/07/2019, ROJ: SAP V 2606/2018
- AAP de Vigo, de 15/10/2020, ROJ: AAP PO 1575/2020
- SAP de Madrid, de 03/02/2020, ROJ: SAP M 344/2020
- SAP de Barcelona, de 26/10/2016, ROJ: SAP B 9853/2016

4. Resoluciones de la Audiencia Nacional.

- SAN, Sala de lo Penal, de 5/02/2016, ROJ: SAN 117/2016
- SAN, Sala de lo Contencioso, de 22/11/2019, ROJ: SAN 4438/2019

5. Resoluciones del Juzgado de lo Penal.

- SJP de Murcia, de 21/06/2019, ROJ: SJP 30/2019
- SJP de Huelva, de 11/11/2019, ROJ: SJP 54/2019

6. Resoluciones del Juzgado de lo Mercantil.

- SJM de Santander, de 24/11/2014, ROJ: SJM S 2870/2014
- AJM de Madrid, de 24/09/2020, ROJ: AJM M 83/2019
- AJM de Barcelona, de 16/12/2019, ROJ: AJM B 96/2019
- SJM de Bilbao, de 02/11/2017, ROJ: SJM SS 981/2017
- SJM de Bilbao, de 17/04/2018, ROJ: SJM BI 1348/2018