



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
SALAMANCA

**TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

Curso 2015/2016

**Derechos de Autor en la Era Digital.
Los Prestadores de Servicios a través de
Enlaces**

Mario Usón Gracia

Tutora: María Mercedes Curto Polo

Mes Diciembre Año 2016

**TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

**Derechos de Autor en la Era Digital.
Los Prestadores de Servicios a través de
Enlaces**

**Copyright in the Digital Age.
The Providers of Services through Links**

**Mario Usón Gracia
mariousongracia@gmail.com**

Tutora: María Mercedes Curto Polo

RESUMEN

La llegada de la Sociedad de la Información ha exigido la definición de nuevas normas legales capaces de ofrecer un punto de encuentro razonable entre el fuerte progreso tecnológico y los principios básicos del Derecho.

Todas las ramas jurídicas relacionadas con el entorno en red se han sometido desde entonces a distintas revisiones y actualizaciones, con vistas a la construcción de nuevas reglas que, partiendo del Derecho ya consolidado, cumplieran esta función.

En este sentido, el derecho de autor, la propiedad intelectual, no puede permanecer ajeno esta evolución normativa, dada su profunda implicación en las actividades de comunicación, especialmente en las áreas audiovisual y multimedia donde la explotación en línea de éstas, pone en juego un mayor número de derechos intelectuales.

PALABRAS CLAVE: Obras audiovisuales, Derechos de Autor, Digitalización, *On line* y Límites.

ABSTRACT

The arrival of the Information Society has demanded the definition of new legal norms capable of offering a reasonable meeting point between the strong technological progress and the basic principles of Law.

All legal branches related to the network environment have been, since then, put through different revisions and updates, in order to create new rules that, based on the already consolidated law, fulfill this function.

In this sense, copyright, intellectual property, can not remain outside this normative evolution, due to its deep involvement in communication activities, especially in the audiovisual and multimedia areas, where online exploitation of these, puts into play a greater number of intellectual rights

KEYWORDS: Audiovisual works, Copyright, Digitization, *On line* and Limits.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	3
2.	LAS OBRAS AUDIOVISUALES.....	4
2.1	Delimitación de la obra audiovisual	4
2.2	Elaboración de la obra.....	6
2.3	Titularidad de la obra.....	7
3.	DERECHOS DE AUTOR.....	9
3.1	Introducción.....	9
3.2	Regulación internacional y nacional de los derechos de autor	10
3.2.1	Régimen convencional tradicional de los derechos de autor	10
3.2.2	Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1994.....	11
3.2.3	Los tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1996.....	12
3.2.4	El ámbito de la Unión Europea.....	13
3.2.5	Regulación Española	15
3.3	Derechos morales	16
3.3.1	Derecho de Divulgación en el entorno digital	17
3.3.2	Derecho de Paternidad en el entorno digital.....	19
3.3.3	Derecho de Integridad de la obra.....	21
3.4	Derechos patrimoniales	22
3.4.1	Derecho de Reproducción.....	23
3.4.1.1	Introducción	23
3.4.1.2	Determinación del Derecho de Reproducción	23
3.4.2	Derecho de Comunicación pública.....	28
3.4.2.1	Introducción.....	28
3.4.2.2	Determinación de la Comunicación.....	29
3.4.3	Derecho de Transformación	34
3.4.3.1	Determinación del Derecho de Transformación.....	34
3.4.4	Derecho de Distribución.....	35
3.4.4.1	Introducción.....	35
3.4.4.2	Determinación del Derecho de Distribución	35

4.	LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO PATRIMONIAL EN EL ENTORNO DIGITAL.....	36
4.1	Fundamento de los límites.....	36
4.2	La regla de los tres pasos.....	37
4.3	Doctrina del fair use	40
5.	INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN EL ÁMBITO DIGITAL	44
5.1	Introduccion.....	44
5.2	Ámbito subjetivo de la infracción de los derechos de autor	45
5.2.1	El usuario, el proveedor de contenidos y el prestador de servicios por enlaces	45
5.2.2	Responsabilidad de los Prestadores de Servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.....	46
5.2.3	Limitación de la Responsabilidad de los Prestadores de Servicios: El conocimiento efectivo	49
5.2.3.1	Responsabilidad penal	51
6.	MEDIDAS SUSPENSIVAS DEL SERVICIO Y CLAUSURAS DE PAGINAS WEB	52
6.1	Ley SINDE	53
6.2	Ley 21/2014, de 4 de noviembre	54
7.	CONCLUSIONES	57
8.	BIBLIOGRAFÍA.....	59

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es acercar el estudio del derecho de autor y de la propiedad intelectual a las nuevas formas de comunicación en el área audiovisual y multimedia en Internet. Para ello se analizará la evolución de las distintas ramas del derecho, y en especial aquellos preceptos jurídicos que tratan sobre la materia, con la finalidad de extender la protección de los derechos de autor a las nuevas formas de explotación de obras a través de páginas web. Con especial hincapié en las formas de explotación ofrecidas por los prestadores de servicios en Internet a través de enlaces, y cómo su progresiva popularidad entre los usuarios de la web a promovido cada vez más la vulneración de los derechos de los titulares de las obras.

En primer lugar llevaremos a cabo un estudio del concepto de obra audiovisual; pasando por todos aquellos elementos que configuran en definitiva el derecho de autor sobre la propia obra.

Posteriormente, nos centramos en los comienzos y evolución de la regulación de los derechos de autor en el nuevo marco de la digitalización, así como las implicaciones en las distintas categorías de derechos.

A continuación, siguiendo con la misma línea argumental, se hará un recorrido por las distintas excepciones a los derechos de autor, con el fin de hacernos una idea de los diferentes tratamientos y concepciones del alcance y límites de los derechos de autor en Internet.

Finalmente, en el último apartado, se va a realizar un análisis de la integración de la protección de los derechos de autor en las nuevas formas de explotación en línea. En concreto, la puesta a disposición, a los usuarios de la red, de obras amparadas por los derechos de sus titulares a través de la intermediación de los prestadores de servicios en línea.

2. LAS OBRAS AUDIOVISUALES

2.1 Delimitación de la obra audiovisual

El artículo 86¹ de TRLPI define las obras cinematográficas como “creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada”; haciendo una equiparación de las obras audiovisuales a las obras cinematográficas, ya que éstas son la primera manifestación de una imagen en movimiento.

Por tanto, toda fijación de una obra audiovisual, indistintamente del tipo de soporte utilizado, “por primera vez” será simultáneamente obra audiovisual.

Dentro de la enumeración ejemplificativa de obras susceptibles de constituir derechos de autor, el artículo 10.1 TRLPI en el apartado d) *a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales*. Así pues tal y como aclara CONCEPCION SAIZ GARCIA², nuestro legislador “*destina los artículos 86 y ss. a la regulación específica de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales. Deveniendo este régimen únicamente aplicable a aquellas creaciones audiovisuales que sean originales en el sentido del artículo 10.1 TRLPI; por lo que la principal diferencia entre las obras audiovisuales y las meras grabaciones radica en que , las primeras, observan necesariamente el requisito de la originalidad³ que exige el concepto genérico*

¹ “Las disposiciones contenidas en el presente Título serán de aplicación a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, entendiéndose por tales las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras”.

² SAIZ GARCÍA, C ; “Obras Audiovisuales y Derechos de Autor”, Ed. Aranzadi 2002.

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992, cuyos criterios citan y aplican más recientemente otras resoluciones (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998 y de 22 de abril de 1998) según la cual “... el requisito de "originalidad" que ha de darse en la creación literaria, artística o científica para ser objeto de propiedad intelectual ha sido entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo se entiende que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor,... (y) desde el punto de vista objetivo que considera la "originalidad" como "novedad objetiva", (tampoco) puede afirmarse que nos encontremos ante una creación original, no ya sólo porque la utilización de la figura humana o de partes tan significativas de ella como las manos y la cara, no constituye una novedad en el arte de la joyería, sino porque la gran simplicidad y reducido tamaño de las manos y figuras humanas incorporadas a collares, cadenas, pulseras y sortijas o formando piezas separadas, que limitan considerablemente la libertad del artista para su tratamiento, impide que la utilización en esa forma de tales motivos ornamentales, motivos que no pueden ser objeto de propiedad intelectual, pueda merecer la protección dispensada a las creaciones originales por la Ley de Propiedad Intelectual, so pena de llegar a establecer prácticamente un monopolio sobre la utilización de esos motivos decorativos a favor de quien obtuviere la repetida protección.”)

de obra del artículo 10.1 TRLPI, mientras que para las segundas la observancia de tal requisito carece de relevancia”.

El artículo 120 TRLPI entiende incluidas bajo la denominación de obras audiovisuales todas aquellas *“fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de esta ley”.*⁴

En la categoría de obras audiovisuales se engloban no solo las cinematográficas, sino también las televisivas, las videografías, los videoclips y también los videojuegos. Respecto de estas últimos ha habido opiniones enfrentadas respecto si los videojuegos entran dentro de la categoría de obras audiovisuales o por el contrario entran dentro del grupo de las conocidas como obras multimedia.

ESTEVE PARDO⁵ aclaró que la obra multimedia se caracteriza por partir de obras analógicas, que tras ser reproducidas en formato digital, son combinadas por un programa mediante conexiones que permiten al usuario del programa navegar libremente por ella y explotarla. Así, según este autor la obra multimedia puede ser definida como *“ la obra resultado de la combinación de textos, imágenes fijas o en movimiento y sonidos digitales a través de un programa de ordenador que facilita la interactividad del usuario”.*

En la misma línea de opinión, NARAZETH PÉREZ DE CASTRO⁶ indica que las obras multimedia no se pueden incorporar dentro de la categoría de obra audiovisual por la difícil aplicación de los preceptos que integran la regulación de las obras audiovisuales, ya que, el elenco de autores de la obra audiovisual es cerrado a diferencia de lo que ocurre con las obras multimedia, en las cuales intervienen otro número de personas que pueden tener la cualidad de autor; por tanto superando la enumeración del artículo 87 TRLPI.⁷

Sin perjuicio de lo anterior, la incidencia de los avances tecnológicos en el proceso de creación de las obras audiovisuales es evidente, y esta claro que la obra audiovisual puede ser creada a través de programas de ordenador; pero esto no significa su salida de la categoría de obra audiovisual.

⁴ La única excepción que hoy existe en cuanto a obra audiovisual que no puede recibir la consideración de grabación audiovisual son los programas en directo emitidos por radiotelevisión. Este tipo de creación, no necesita ser fijado en ningún tipo de soporte material para ser objeto de comunicación pública.

⁵ ESTEVE PARDO; *“La obra multimedia en la Legislación española”* ; Pamplona 1997; pág. 33.

⁶ PÉREZ DE CASTRO. N ; *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, Ed Reus S.A; Madrid 1999; pág. 102.

⁷ *Son autores de la obra audiovisual en los términos previstos en el artículo 7 de esta Ley: 1. El director-realizador. 2. Los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos. 3. Los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra.*

2.2 Elaboración de la obra

Para que pueda hablarse de creación original es necesario que la obra sea resultado de una actividad creativa personal del autor de acuerdo al artículo 10 TRLPI. Pero además, también se percibe este carácter creativo cuando la actividad desplegada consista en transformar cualquier obra preexistente con el fin de obtener otra derivada (artículo 11 TRLPI).

Incluso, según el artículo 12 del mismo texto legal, poseerá carácter creativo toda actividad consistente en seleccionar, ordenar y componer, cuales quiera elementos nuevos o preexistentes.

Para dejar patente la concurrencia del requisito de la originalidad basta que haya desplegado el autor de forma independiente una actividad de carácter creativo y que esta haya cobrado forma. Para que la misma este incluida dentro del Libro Primero y por tanto reciba esa protección efectiva, requiere que la obra en si no sea una copia total ni parcial, ni transformación no autorizada de otra obra preexistente, salvo que las obras utilizadas pertenezcan a dominio publico⁸.

El problema se plantea cuando en las propias obras se pretenden incorporar obras preexistentes que no hayan caído en dominio público, en tal caso, se tendrá que localizar al titular de cada obra que se desea incorporar para solicitar la autorización. La clave de este problema es la multiplicidad de autores que poseen derechos sobre la obra, como pueden ser los compositores, ejecutantes, dramaturgos, actores etc...⁹

8 DELIA, LIPSZYC, "Derecho de Autor y Derechos Conexos", pág. 11, Unesco-Cerlalc-Zavalía, Buenos Aires (2005): "El dominio público lo constituyen todas las obras que no están protegidas por el derecho de autor y que por lo tanto pueden ser utilizadas sin permiso o sin tener que pagar al autor original. Eso significa que las obras de dominio público pueden ser copiadas, distribuidas, adaptadas, interpretadas y exhibidas en público gratuitamente, como si perteneciesen a todos.

Las obras entran en el dominio público cuando:

- *Termina el período de vigencia de su protección por el derecho de autor*
- *No cumplen las condiciones de protección del derecho de autor.*

⁹ *Ley 5/1998 de 6 de Marzo sobre la protección de las bases de datos determina en su artículo 34 una excepción: "El usuario legítimo de una base de datos protegida en virtud del artículo 12 de esta Ley o de copias de la misma, podrá efectuar, sin la autorización del autor de la base, todos los actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario, aunque estén afectados por cual cualquier derecho exclusivo de ese autor. En la medida en que el usuario legítimo esté autorizado a utilizar sólo una parte de la base de datos, esta disposición será aplicable únicamente a dicha parte".*

Tal y como aclara MIGUEL A. ENCABO VERA¹⁰, los derechos que solicitarán los creadores o productores de una obra multimedia, al incorporar trabajos ya preexistentes, serán de producción, distribución, transformación y en su caso, de comunicación pública. Así pues, en primer lugar será necesaria la fijación de la obra mediante la obtención de una copia digital, lo que significaría adquirir el derecho de reproducción. En segundo lugar, habría que obtener el derecho de distribución para poder poner a disposición del público la obra.

Además, será preciso la obtención de los derechos de transformación en aquellos casos en los que la forma de comunicar los contenidos de la obra, varíen.

Por último será imprescindible la adquisición del derecho de comunicación pública cuando la obra este destinada al mercado *on line*¹¹ con ocasión de dar a conocer al público la existencia de la obra, o cuando se tenga la intención de explotar dicha obra en línea con la red de servicios integrados.

2.3 Titularidad de la obra

La autoría y la titularidad han sido cuestiones polémicas, en tanto que existen diferentes sistemas respecto al derecho de autor.

El artículo 14 bis 2) del Convenio de Berna aclara: “ *La determinación de los titulares del derecho de autor sobre las obras cinematográficas queda reservada a la legislación del país en que la protección se reclame*”. Desde esta perspectiva, la autoría corresponde a quienes efectúan la actividad creativa y solo es predicable respecto de las personas.

Como corresponde en este caso, hablamos de obras audiovisuales que han sido realizadas por varias personas, tal y como DELIA LIPSZYC, en la misma línea que la mayoría de la doctrina, nos dice que “ *la obra en colaboración es aquella realizada por dos o mas personas que trabajan juntas, o al menos tienen mutuamente en cuenta sus contribuciones y bajo una misma inspiración común* ”.¹²

En otras palabras, tal y como nuestro ordenamiento determina, el autor es la persona natural que crea la obra¹³, y por ello se le reconoce la propiedad intelectual

¹⁰ MIGUEL A ; *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*; Ed Reus S.A; Madrid 1999; pág. 76.

¹¹ El concepto se utiliza en el ámbito de la informática para nombrar a algo que está conectado o a alguien que está haciendo uso de una red.

¹² LIPSZYC, Delia: *Derechos de autor y Derechos Conexos*. Ed. UNESCO/CERLALC/ZAVALLIA. Buenos Aires, 1993, p. 130

¹³ Artículo 5 TRLPI: “1. Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica. 2. No obstante, de la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella”.

sobre la misma¹⁴. Sin embargo, ello no impide la posibilidad de que determinadas personas, jurídicas o no, se beneficien de la protección que nuestra ley concede a los autores, ni quien mediante contrato, ya sea laboral o de otro tipo participe en la creación de esa obra.

Si nos centramos en el tema de la autoría en el ámbito de las obras audiovisuales, la respuesta a quienes son los autores, tal y como se comentó anteriormente, la encontramos en la regulación del artículo 87 TRLPI. Tal como nos explica NARAZETH PÉREZ DE CASTRO, en esta disposición legal se determina taxativamente quienes son los autores, comenzando con el director realizador, los autores del argumento, la adaptación y los del guion o los diálogos y los autores de las composiciones musicales creadas específicamente para la obra. Excluyendo de esta enumeración al productor de la obra audiovisual ni a otras personas que participan en la elaboración de la obra con aportaciones creativas (escenógrafo, operador de cámara, montador...).

Según esta autora, la protección que reciben estos sujetos intervinientes en la producción de una obra audiovisual es variada. Así, por una parte están quienes aparecen taxativamente en el ya mencionado artículo 87, con la condición de coautores; los otros autores cuyo régimen general es el del artículo 10 no presentan la condición de coautores, aunque sí de creadores de su aportación individual. Y por último aquellos sujetos cuya actividad se reconoce en el Libro segundo del TRLPI¹⁵.

Así mismo, en la Directiva de alquiler y préstamo 92/100 en el artículo 2.2 se dice: “*se considerara autor o coautor al director principal de una obra cinematográfica o audiovisual*”. Lo que significa, que los que son coautores tienen autoría y titularidad conjunta sobre la obra resultante además de ser autores de su propia aportación.

Como consecuencia de todo esto, hay que tener claro que el régimen de la obra en colaboración exige el común acuerdo de sus autores para divulgar y modificar la obra, así como que a todos ellos se les reconocen derechos sobre la obra resultante y que pueden explotar sus aportaciones individuales de una manera separada del resto de participantes, siempre y cuando no se cause un perjuicio a la obra en común.

El régimen jurídico de las obras en colaboración viene establecido por la Ley de Propiedad Intelectual y por las normas del Código Civil sobre la comunidad de bienes en los artículos 392 y siguientes y, en consecuencia, en defecto de pacto expreso, se presume la igualdad de las participaciones en el bien común. En este sentido, el artículo 398 del Código Civil prevé: “*para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes*”. Ahora bien, la divulgación y modificación de la obra no se rige por la regla de la mayoría, sino que

¹⁴ Artículo 1 TRLPI: “*La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación*”.

¹⁵ “*De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección sui generis de las bases de datos*”

para estos supuestos la Ley de Propiedad Intelectual exige el consentimiento unánime de todos los coautores, debiendo resolver el Juez en caso de desacuerdo. Finalmente, los coautores pueden explotar su aportación por separado, siempre que dicha explotación individualizada no perjudique la obra en común, y siempre a salvo de los concretos pactos que puedan haberse celebrado.

Los artículos 7 a 9 de la LPI contienen referencia a diversos supuestos de intervención conjunta de varios sujetos, en la creación de las obras del ingenio. La obra en colaboración es aquella que es fruto de la intervención de dos o más personas, cuyas aportaciones, que pueden ser o no diferenciables, constituyen un resultado unitario.

3. DERECHOS DE AUTOR

3.1 Introducción

El derecho de autor se define como el conjunto de derechos legítimos de una persona natural sobre su obra de naturaleza literaria, artística o científica, incluyendo dentro de esta definición también a las personas jurídicas. La legislación actual establece que el autor pueda obtener beneficios por su trabajo intelectual y su aportación a la cultura en general, durante un tiempo limitado.

Así, los derechos de autor se distinguen en dos categorías; por un lado, los derechos morales, los cuales son irrenunciables como el derecho de reconocimiento de la autoría y el derecho de integridad de la obra. La otra categoría de derechos de autor, son los derechos económicos, los cuales a diferencia de los anteriores si que se pueden transmitir, siendo estos de duración limitada en el tiempo, como el derecho de explotación, reproducción, divulgación.

El estudio que se va a realizar en este capítulo sobre los derechos de autor parte desde la perspectiva de la inclusión del actual marco tecnológico en estos derechos, influenciado por la aparición de nuevas formas de transmisión digital. La digitalización, la incorporación a una base de datos, el almacenamiento temporal, la puesta a disposición de la obra *on line*, la grabación en el disco duro del ordenador, la impresión en papel, las paginas web dedicadas a la explotación de las obras audiovisuales.

Como base fundamental del estudio que se va a hacer a continuación, el artículo 2 de TRLPI expone: *“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”* en suma con el artículo 17 del mismo texto legal, el cual nos dice: *“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”.*¹⁶

3.2 Regulación internacional y nacional de los derechos de autor

La regulación de la propiedad intelectual ha alcanzado de manera progresiva un alto nivel de armonización internacional. Hay una serie de principios básicos tanto en materia de propiedad intelectual, derecho de autor y derechos conexos, que son de aplicación hoy en día en todo el mundo en sistemas jurídicos muy distintos.

En este epígrafe, he tomado como apoyo el esquema legislativo elaborado por M^o TRINIDAD SANCHIS MARTÍNEZ¹⁷.

3.2.1 Régimen convencional tradicional de los derechos de autor

El texto básico y fundamental en la regulación y protección de los derechos de propiedad intelectual a nivel internacional, es el Convenio de la Unión de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886. Ofrece a los creadores como los autores, músicos, poetas, pintores, etc., los medios para controlar quién usa sus obras, cómo y en qué condiciones. Contiene una serie de disposiciones que determinan la protección mínima que ha de conferirse, así como las disposiciones especiales para los países en desarrollo que quieran valerse de ellas.

El Convenio de Berna establece tres principios básicos y contiene una serie de disposiciones que determinan la protección mínima que ha de conferirse

- a) Las obras originarias de uno de los Estados Contratantes deberán ser objeto, en todos y cada uno de los demás Estados Contratantes, de la misma protección que conceden a las obras de sus propios nacionales.
- b) La protección no deberá estar subordinada al cumplimiento de formalidad alguna.
- c) La protección es independiente de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Si en un Estado Contratante se prevé un plazo más largo de

¹⁶ 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.

¹⁷ SANCHÍS MARTINEZ. M^o TRINIDAD; “*Derechos de autor, digitalización e internet*”; Ed Universitas, S.A. Madrid 2004 p. 69.

protección que el mínimo prescrito por el Convenio, y cesa la protección de la obra en el país de origen, la protección podrá negarse en cuanto haya cesado en el país de origen

Por otro lado el Convenio fija una serie de reglas materiales, que tiene como finalidad establecer un mínimo de protección común:

- a) La no subordinación a ninguna formalidad para el goce y ejercicio de los derechos de autor (art 5.2),
- b) Los derechos morales, en concreto el derecho de paternidad y de modificación (art 6 bis),
- c) Los plazos mínimos de protección de los derechos (art 7),
- d) El derecho exclusivo de los autores, de hacer o autorizar la traducción de sus obras (art 8),
- e) El derecho de cita (art 10),
- f) El derecho de comunicación pública (art 11 bis),
- g) El derecho de adaptación (art 12), etc.

3.2.2 Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1994.

La necesidad de garantizar de forma efectiva ese estándar o ese mínimo de protección común, tanto material como procesal de las obras y de sus respectivos derechos de autor en los distintos ordenamientos, motivó la adopción de los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio o también conocidos como ADPIC¹⁸.

En virtud de este acuerdo, los principios del trato nacional, la protección automática y la independencia de la protección obligan también a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que no son parte en el Convenio de Berna. Además, el Acuerdo sobre los ADPIC impone una obligación de "trato de la nación más favorecida", en virtud del cual las ventajas que un miembro de la OMC confiere a los nacionales de otro país también deberán conferirse a los nacionales de todos los demás Miembros de la OMC.

Así las principales aportaciones de los ADPIC se encuentran en las normas que regulan la tutela de los derechos de propiedad intelectual, especialmente, en la imposición de la obligación de establecer en las legislaciones nacionales procedimientos y acciones efectivas a la hora de prevenir y, en su caso, sancionar las infracciones de los derechos de autor.

¹⁸ También conocidos como acuerdos TRIPS, *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

3.2.3 Los tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1996

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) es un arreglo particular adoptado en virtud del Convenio de Berna que trata de la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital. Además de los derechos reconocidos en el Convenio de Berna, se conceden determinados derechos económicos.

El Tratado también se ocupa de dos objetos de protección por derecho de autor:

- a) Los programas de computadora, con independencia de su modo o forma de expresión.
- b) Las compilaciones de datos u otros materiales (bases de datos).

En cuanto a los derechos concedidos a los autores al margen de los derechos reconocidos por el Convenio de Berna, el Tratado también confiere:

- a) El derecho de distribución es el derecho a autorizar la puesta a disposición del público del original y los ejemplares de la obra mediante venta u otra transferencia de propiedad.
- b) El derecho de alquiler es el derecho a autorizar el alquiler comercial al público del original y las copias de tres tipos de obras:
 - los programas de ordenador (excepto cuando el programa propiamente dicho no sea el objeto esencial del alquiler)
 - las obras cinematográficas (pero únicamente cuando el alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de dicha obra que menoscabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción)
 - las obras incorporadas en fonogramas, tal como lo establezca la legislación nacional de las Partes Contratantes (excepto para los países que desde el 15 de abril de 1994 aplican un sistema de remuneración equitativa respecto de ese alquiler).
- c) El derecho de comunicación al público es el derecho a autorizar cualquier comunicación al público por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida "la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija". La expresión citada abarca, en particular, la comunicación interactiva y previa solicitud por Internet.

En cuanto a las limitaciones y excepciones, en el artículo 10 del WCT se incorpora la llamada "*regla de los tres pasos*" para la determinación de las limitaciones

y excepciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio de Berna¹⁹, que extiende su aplicación a todos los derechos. En las Declaraciones concertadas que acompañan al WCT se estipula que esas limitaciones y excepciones, establecidas en la legislación nacional de conformidad con el Convenio de Berna, podrán hacerse extensivas al entorno digital. Los Estados Contratantes podrán formular nuevas excepciones y limitaciones adecuadas al entorno digital. Se permite la ampliación de las limitaciones y excepciones existentes, o la creación de otras nuevas, siempre que se cumplan las condiciones de la regla de los tres pasos.

3.2.4 El ámbito de la Unión Europea

La labor de armonización y regulación comunitaria de la propiedad intelectual se inició con el Libro Verde sobre los derechos de autor y el desafío tecnológico: problemas de derechos de autor que requieren una acción inmediata, de 1988, cuya idea principal es que la tutela de los derechos de propiedad intelectual deviene esencial para el correcto desarrollo de la sociedad de la información. Idea que fue desarrollada en el Libro Verde: derechos de autor y derechos afines de la Sociedad de la Información, de 19 de julio de 1995.

Siguiendo las directrices del Libro Verde, y en línea con los TDA y el TIEF de la OMPI, cuyo contenido transcribe en numerosos puntos, se elaboró la Propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, de 10 de diciembre de 1997. Así lo recogió posteriormente la Exposición de Motivos de la Propuesta modificada de Directiva, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines, de 21 de mayo de 1999, que también recoge la necesidad de armonización de las legislaciones nacionales, en aras de la protección de los derechos de autor y por la importancia de la explotación transfronteriza de los mismos.

La Propuesta de la Directiva N° 2001/29/CEE del Parlamento, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de algunos aspectos del derecho de autor en la sociedad de la información (2001), fue determinante en la modificación de la legislación española, centrándose en los derechos de reproducción, de comunicación pública, de

¹⁹ 1) *Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.* 2) *Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.* 3) *Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio.*

distribución...adecuando el sistema de derechos de autor y conexos al entorno digital, asumiendo el mismo tiempo las obligaciones contraídas por la Unión Europea y sus Estados Miembros en el marco de los Tratados Digitales OMPI²⁰ Y promoviendo una armonización de las reglas jurídicas en el entorno europeo.

Esta directiva tal y como nos explica PATRICIA RIERA BARSALLO²¹ contempla como derechos de explotación el derecho de reproducción, el derecho de distribución, el derecho de comunicación pública y el derecho “de poner a disposición del público prestaciones protegidas” (Art. 3). Siendo esta una modalidad del derecho de comunicación y cuya principal características es que incluye el concepto de interactividad (el usuario no es un mero receptor, sino que decide donde y cuando recibir la prestación) es definido por la Directiva como “*el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija*”.

También, recoge en su artículo 5 una lista de excepciones que afectan a los derechos de reproducción (apartado 2 del artículo 5), comunicación pública y puesta a disposición del público (apartado 3 del artículo 5).

Esta lista es de carácter exhaustivo pero no obligatorio (tan sólo la excepción 5.1, relativa a los actos de reproducción transitorios o accesorios, es de carácter obligatorio). Cada Estado Miembro podrá confeccionar su propia lista de excepciones a partir de las que se recogen en la Directiva, sin incluir otras excepciones que afecten a dichos derechos y que no se recoja en la lista a menos que no se traten de excepciones que ya existan en el derecho propio de cada Estado.

La Directiva 2001/29/CE no trata los derechos morales tal y como especifica en su Considerando 19, el cual remite a la legislación propia de cada Estado miembro así como a los convenios y tratados internacionales para regularlos.

Finalmente cabe mencionar como directivas reguladoras de los derechos de propiedad intelectual, comenzando por las mas recientes como últimos pasos en la materia:

²⁰ WCT Y WPPT

²¹ “*Derechos de autor y acceso a la información: los conflictos en la era digital*”; Anuari de Biblioteconomia, Documentació i Informació : Bibliodoc 2001/2002

- *Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2011 por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (2011)*

- *Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador (Versión codificada) (2009)*

- *Directiva 2006/115/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre Derechos de Alquiler y Préstamo y Otros Derechos Afines a los Derechos de Autor en el Ámbito de la Propiedad Intelectual (Versión codificada) (2006)*

- *Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (Versión codificada) (2006)*

- *Directiva N° 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (1998)*

3.2.5 Regulación Española

Los derechos de propiedad intelectual se regulan en los preceptos del Código Civil de los artículos 10.4 y artículos 428 y 429.

Asimismo se encontraban regulados en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, ley que fue objeto de numerosas revisiones como la remuneración de la copia privada, la compensación a los artistas, intérpretes o ejecutantes.

Sin embargo las mayores modificaciones realizadas, fueron fruto de la transposición de las directivas comunitarias anteriormente mencionadas, por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Propiedad intelectual, quedando derogadas

- *Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.*
- *Ley 20/1992, de 7 de julio, de modificación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.*
- *Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.*

- *Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.*
- *Ley 27/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 29 de octubre, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.*
- *Ley 28/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/83/CEE, del Consejo, de 27 de septiembre, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.*

A continuación se desarrollara a partir del compendio legislativo que acabamos de visualizar, el estudio de tanto los derechos morales y los derechos patrimoniales que poseen todo autor de una obra, así como su localización en los preceptos.

3.3 Derechos morales

A tenor de lo expuesto en la introducción de este capítulo; los derechos morales son el “conjunto de derechos inherentes a la persona del autor, que tienen carácter de irrenunciables e inalienables”.²²

Los derechos morales se encuentran regulados a nivel internacional en el artículo 6 bis del Convenio de Berna, que considera como tales el derecho a reivindicar la paternidad de la obra y el derecho a oponerse a cualquier modificación de la misma y el derecho a la divulgación o no de la obra. Así la internacionalización antes comentada promueve la tendencia a la armonización, especialmente a la revisión de la tradicional contraposición de los sistemas continental y anglosajón, en el que no se reconocen esta categoría de derechos, dejando la regulación a cada uno de los estados miembros, circunstancia que contribuye a la vulneración de estos derechos.

Por otro lado, el entorno tecnológico en el que nos movemos ha propiciado la inclusión bajo la propiedad intelectual de bienes con un alto contenido técnico, que ha implicado una menor relevancia de los derechos morales. Junto con el uso de las nuevas tecnologías, las cuales han producido una mayor facilidad en la alteración, adaptación y puesta a disposición de las obras por los usuarios, lo que supone mayores riesgos para

²² ESPÍN CANOVAS, DIEGO: “El Derecho Moral del Autor y su Protección Post Mortem en la Legislación Española”. Conferencia publicada en el libro memoria de I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, realizado en la ciudad de Madrid. Madrid 1991. p.217.

los derechos morales, especialmente para los derechos de respeto a la integridad de la obra y el reconocimiento de la paternidad del autor.

El contenido del derecho moral de autor se integra por diversas facultades que permiten al autor proteger la obra en cuanto manifestaciones de su personalidad.

A continuación se va a hacer un análisis del contenido de cada una de las facultades acompañado del estudio de los problemas que han surgido en la Sociedad de la Información, es decir, en Internet.

3.3.1 Derecho de divulgación en el entorno digital

El artículo 4 TRLPI define que se entiende a efectos de la ley por divulgación²³, con el que se reconoce al autor la capacidad de decidir si su obra ha de ser divulgada, accesible al público, o no y en que condiciones. Según TRINIDAD SANCHIS MARTINEZ²⁴, esta facultad moral conferida al autor, es la que mas estrechamente se acerca con los derechos económicos o de explotación puesto que normalmente el derecho a la divulgación se ejercita al tiempo o mediante las facultades de explotación. En esta línea ESPÍN CÁNOVAS explica: “ *el efecto económico de la divulgación es introducir la obra en el comercio, adquiriendo por tanto valor patrimonial, cuestión que indudablemente ocurre en el caso de una obra alojada en un sitio web* ”.²⁵

El lado negativo de esta facultad, se concreta con la capacidad del autor de no divulgar la obra, también conocido como el derecho de inédito. Tal y como lo define RUTH CASTELLOTE: “*El derecho de inédito expresa el dominio total y absoluto que tiene el autor sobre su obra, durante el periodo anterior a la divulgación. La Ley reconoce al autor la facultad de divulgar, pero no le impone ninguna obligación; por lo que el autor puede decidir libremente entre divulgar la obra una vez creada, aplazar su divulgación o incluso no divulgarla nunca*”. Por lo que la obra accediera al público sin el consentimiento del autor constituiría una actividad ilícita, debiendo considerarse la obra como inédita en cualquier caso.

También el art. 14.1²⁶ y 2 TRLPI establece el derecho del autor a decidir si su

²³ “Por divulgación cabe entender toda expresión de la obra que, con el consentimiento del autor la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma”

²⁴ *óp. Cit.* Pág. 121.

²⁵ ESPÍN CÁNOVAS, D; “Las facultades del derecho moral de los autores y artistas”., p 68.

²⁶ *Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:*

- 1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
- 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
- 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
- 4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación,

obra ha de ser divulgada, en qué forma y si ha de hacerse con su nombre o bajo seudónimo, signo o anónimamente.

El ejercicio del derecho de divulgación es el presupuesto imprescindible para la explotación de la obra. Una vez que se ha divulgado la obra por el autor solo puede evitar el acceso del público mediante el ejercicio del derecho de retirada de la obra. En el ámbito de este artículo 14, BERCOVITZ²⁷ explica *“Los riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. La doctrina distingue entre la vertiente negativa del derecho a no divulgar la obra o derecho de inédito, y la positiva correspondiente al derecho de comunicación de la obra al público por primera vez”*.

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

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

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

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

El principal problema con respecto a esta facultad es la facilidad para divulgar o poner a disposición del público cualquier obra a través de la digitalización. La vulneración que aquí se produce en el momento en que la obra está en línea sin el consentimiento del autor o en la forma en la que se produce esa puesta a disposición.²⁸

alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

5.º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.

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

²⁷ MARTINEZ ESPIN, P; *“Comentarios al art.14” en “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”*, coordinados por BERCOVITZ, R. P.222.

²⁸ Nasper era una página en la que se proporcionaba un determinado programa que permitía el intercambio de archivos musicales en formato MP3 entre los usuarios. Sin embargo, aunque el intercambio de archivos era privado, lo cierto era que el acceso libre para cualquier persona, en cualquier punto del planeta. Lo que provocaba el conflicto de determinar si realmente existía una divulgación o

RIVERO HERNANDEZ señala que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, no se distingue entre la divulgación y la publicación, aclarando que el concepto de publicación está normalmente ceñido al derecho moral del autor.²⁹ Así mismo, PÉREZ DE ONTIVEROS, explica que *“el concepto de divulgación engloba el de publicación, en una relación de género a especie, por lo cual toda publicación es divulgación, pero no toda divulgación es publicación, pues para que exista publicación debe de ponerse a disposición del público un número de ejemplares que satisfagan razonablemente las necesidades del público”*.³⁰

GARROTE FERNANDEZ- DIEZ opina que diferenciar entre ambos conceptos puede parecer problemático cuando hablamos de una publicación electrónica que no está basada en la existencia de ejemplares materiales, pudiendo decirse que *“poner una obra a disposición del público en un sitio web supone una divulgación en la Red como acto de comunicación pública, pero no entendiéndose como una publicación en el sentido de nuestro TRLPI, ya que no parece que puedan coexistir publicación y comunicación al público”*.³¹ Lo cual es coherente con el hecho de que los dos derechos patrimoniales que se ven involucrados en el caso de las transmisiones en línea son el derecho de reproducción y el derecho de comunicación pública; mientras que la publicación está ligada no sólo al derecho de reproducción, sino que también al derecho de distribución, tal y como lo expresa COLOMBET.³²

3.3.2 Derecho de paternidad en el entorno digital

El derecho a la integridad intelectual de la obra se regula en nuestro ordenamiento en el artículo 14.2º y 3º TRLPI³³.

Como ya se ha visto en la divulgación de una obra por Internet, es relativamente fácil que se cometan lesiones al derecho de paternidad, ya que en la mayoría de

puesta a disposición del público de las canciones, siendo patente la falta de consentimiento expreso de todos y cada uno de los autores para esa determinada forma de divulgación o de explotación.

Otro caso es el del grupo U2, que vio como dos de sus canciones se colocaban en un sitio web antes de que fueran oficialmente dadas a conocer.

²⁹ RIVERO HERNANDEZ, F; *“Comentario al artículo 4”* en *“Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por BERCOVITZ, R. p.70.

³⁰ PÉREZ DE ONTIVEROS, C; *“Derecho de autor: La facultad de decidir la divulgación”*, Civitas, Madrid, 1993, p. 79.

³¹ GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, I; *“El derecho de autor en internet”*; Ed. Comares; Granada 2001. p. 162.

³² COLOMBET, C; *“Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo”*. Ed UNESCO/CINDOC, 3ª Ed, Madrid 1997, p.66.

³³ 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente. 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.

ocasiones no se manifiesta de manera clara y fehaciente quien es el verdadero autor de una determinada obra.

Asimismo, en el artículo 12 TDA³⁴ y en el artículo 7.2 de la DDASI³⁵ se establece la obligación de los estados a proteger la información para la gestión de derechos o disposición en formato electrónico de la explotación de una obra; información que incluye el nombre del autor o autores de la misma, lo que en definitiva va a tener un efecto beneficioso para el respeto del derecho de paternidad en el entorno de Internet.

Según GARROTE FERNANDEZ- DIEZ³⁶, el problema no se plantea desde un punto dogmático, sino desde un punto de vista práctico, ya que los sistemas electrónicos de identificación de obras hacen posible reconocer fácilmente al autor de un fichero digital, sino que el problema reside en el lugar donde esos nombres se localizan. En este sentido, el reenvío a un fichero que contiene una lista de nombres mediante el establecimiento de un enlace normal puede no ser suficiente para satisfacer el contenido del derecho en e cada caso.

En conclusión, y bajo la línea que marca este autor, la firma digital supone una forma directiva de garantizar en la práctica la protección del derecho de paternidad, siendo el enlace una forma directa y rápida de conectar la obra con los nombres de los autores, siendo por tanto suficiente la regulación prevista en los párrafos antes comentados del artículo 2º y 3º del artículo 14 TRLPI tanto si la obra está disponible en Internet o fuera de ella.

³⁴ Artículo 12 del Tratado de Derechos de Autor de la OMPI: “ *A los fines del presente Artículo, se entenderá por información sobre la gestión de derechos, la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra*”.

³⁵ Artículo 7.2 de la Directiva de Derechos de Autor en la Sociedad de la Información: “*A efectos de la presente Directiva, se entenderá por «información para la gestión de derechos» toda información facilitada por los titulares de los derechos que identifique la obra o prestación protegida contemplada en la presente Directiva, o a que se refiere el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE, al autor o cualquier otro derechohabiente, o información sobre las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, así como cualesquiera números o códigos que representen dicha información*”.

³⁶ *Óp. Cit.* Pág. 168.

3.3.3 Derecho de integridad de la obra

El derecho a la integridad de la obra se encuentra recogido en el artículo 14.4 TRLPI: *“Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación”*.

Se amplia por tanto los supuestos en que se entiende lesionado el derecho de integridad de la obra respecto de los recogido en el artículo 6 bis.1 del Convenio de Berna, quedando protegidas de esta manera todas aquellas obras introducidas en la red sin protección tecnológica alguna.

La principal cuestión es la determinación de qué se entiende por legítimos intereses del autor y si el mero hecho de introducir una obra que previamente existía en formato analógico en una red informática digital como es Internet constituye en sí un atentado contra la integridad de la misma.

La doctrina en nuestro país se ha manifestado en contra de dicha posibilidad, ya que el acto de la digitalización solo supone un cambio de formato, y no afecta a la integridad misma de la obra, la cual no sufre alteraciones o modificaciones. Tal y como aclara CARLOS VATTIER³⁷, las modificaciones deben ser aquellas de carácter leve, que no se inmiscuyan en el mencionado artículo 14.4 TRLPI; explicando de esta manera que la ley consiente que el autor puede autorizar modificaciones al editor, al productor o a la entidad de radiodifusión, teniendo en cuenta el carácter indisponible del derecho a la integridad. Es decir, que lo que entiende la doctrina es que para considerar lesionado este derecho debe de tratarse de una modificación o alteración de elementos sustanciales de la obra, entendiendo por sustancial todo aquello que cambiaría el significado o sentido dado por el autor.

Por el otro lado, otra parte de la doctrina, como es el caso de JOAQUÍN AGUIRRE³⁸, defiende la idea de que el autor puede tener motivos para impedir que su obra sea difundida en la Red, ya que según él, un artículo difundido en Internet no goza del mismo prestigio nos se le atribuye la misma fiabilidad que a uno publicado en soporte papel. Por lo que en caso de publicarse en la Red, bajo opinión de este autor, si que se verían gravemente afectados los intereses del autor, y por *inde*, sus derechos.

En opinión de GARROTE FERNANDEZ-DIEZ: *“el tenor literal del artículo 14 TRLPI 4º, es suficiente flexible para garantizar la protección de los autores sin*

³⁷ VATTIER FUENZALIDA, C; *“La Propiedad Intelectual”*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVI 1993, p. 1063.

³⁸ AGUIRRE ROMERO, J; *“Las revistas digitales: ¿Un revulsivo de la vida académica?” en Retos jurídicos en Internet; Seminario Complutense de Telecomunicaciones e Información*, Madrid, 1998, p. 154.

*obstaculizar la circulación de obras protegidas a través de Internet. La limitación legal del derecho es suficiente para establecer por vía jurisprudencial un equilibrio de intereses adecuado a un entorno como el de las redes digitales, que determine si se ha afectado a la esencia de la obra”.*³⁹

3.4 Derechos patrimoniales

El derecho patrimonial consiste en ser un derecho exclusivo , de manera que no se trata de utilizar la obra primero y luego obtener el consentimiento después, sino que solo pertenece al autor la facultad de resolver si autoriza o no la explotación de la creación intelectual.

Así, tal y como lo define CASTELLÓ PASTOR⁴⁰, los derechos patrimoniales o de explotación, forman parte del contenido de los derechos de propiedad intelectual y reconocen a su titular la facultad de explotar de forma exclusiva la obra creada o ceder a terceras personas estos derechos, onerosa o gratuitamente; en otras palabras, y tal y como expresa este autor: “ *se atribuye al titular de la obra su monopolio para poder controlarla y obtener unos rendimientos económicos por ella, al tiempo que se prohíbe a terceros hacerlo sin su autorización, salvo que medie alguna limitación legal*”.

La llegada de las redes informáticas ha supuesto la aparición de nuevos problemas para el derecho autor, como se ha comentado en los casos de la ley aplicable y los derechos morales. Está claro que la “transmisión de una obra”⁴¹ en línea significa una nueva forma de explotación económica, donde se inicia la posibilidad de transmitir obras y prestaciones protegidas a petición individualizada del usuario.

Así, junto a las posibilidades tradicionales han surgido otras nuevas posibilidades de copias idénticas a la original con rapidez y costes mínimos, el escaneado de las obras, la realización de copias inmateriales de las obras, etc. Todas estas nuevas posibilidades propician, sin embargo, los usos no autorizados de las obras, con el consiguiente perjuicio económico a los titulares de derechos de autor.

En este nuevo apartado, se va a hacer un estudio de la repercusión de esta nueva forma de transmisión de obras en los distintos derechos patrimoniales.

³⁹ GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, I; “*El derecho de autor en internet*”; Ed. Comares; Granada 2001. p. 168.

⁴⁰ CASTELLÓ PASTOR, JJ; “*Motores de búsqueda y derechos de autor: infracción y responsabilidad*”, Ed, Aranzadi, Pamplona 2016, p. 86.

⁴¹ Es una operación compleja, que implica reproducciones permanentes, en memoria RAM y efímeras, así como una puesta a disposición al público de la obra.

3.4.1 Derecho de reproducción

3.4.1.1 Introducción

El derecho de reproducción consiste en la fijación de una obra en un medio que permita su comunicación y obtención de copias de toda o parte de ella, abarcando tanto los modos tradicionales como los nuevos modos en los que se puede manifestar, incluyendo las reproducciones realizadas por sistemas digitales (ordenador, DVD, CD, pendrive...). Este derecho alcanza a cualquier titular de los derechos de propiedad intelectual, como por ejemplo los productores de fonogramas y películas⁴².

SANCHIS MARTÍNEZ, amplía que el derecho de reproducción se ha considerado como el derecho fundamental dentro de todos los que configuran la propiedad intelectual, manifestando que incluso se ha llegado a identificar el derecho de autor con el derecho de reproducción; aunque actualmente es una más de las facultades económicas reconocidas dentro de la propiedad intelectual.⁴³

Este derecho se configura en el entorno digital como un paso previo imprescindible para que la distribución de contenidos protegidos y la comunicación al público puedan darse.

3.4.1.2 Determinación del Derecho de Reproducción

En nuestro país, el derecho de reproducción queda reconocido al autor de la obra en el artículo 17 del TRLPI y desarrollado en el artículo 18 de la misma, donde se afirma que *“Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”*. Este precepto permite al titular de la obra poder controlar mejor todos los supuestos del uso de la misma y, en definitiva, ejercer su *ius prohibendi* sobre la exclusividad de sus derechos sobre el ejercicio de sus derechos, pudiendo instar al cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la oportuna indemnización⁴⁴.

CASTELLÓ PASTOR, hace un análisis de la definición etimológica tanto por un lado de *“la fijación de una obra en un medio”* y por el otro lado de *“que por este*

⁴² *“El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías”*, coordinado por AGUSTIN MACÍAS CASTILLO Y MIGUEL ÁNGEL HERNÁNDEZ ROBLEDO; Ed: LaLey, Madrid 2008. P. 141.

⁴³ *Óp. Cit.* P.131.

⁴⁴ *Artículo 138 Acciones y medidas cautelares urgentes TRLPI: El titular de los derechos reconocidos en esta ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140. También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor.*

motivo permita comunicar u obtener copias de esta obra”. Señala, partiendo de la “exigencia de fijación” que una reproducción no se verá afectada por la distancia entre el lugar en el que se halle el original y en el se produzca la copia. Mientras que la segunda se pretende abarcar todas aquellas copias realizadas durante una transmisión digital.

Tal y como señaló LEMLEY “*una copia en el modem receptor y transmisor del ordenador que amortiguará cada byte de datos, como también se realizará una copia en el router, otra en el ordenador que reciba la imagen, el navegador del chip de descompresión de video y la tarjeta de visualización de vídeo*”.⁴⁵ Es decir, cualquier obra será reproducida en varios estadios, así como en aquellos casos en los que intervenga un prestador de servicios de almacenamiento⁴⁶; es indiscutible por tanto que en todos estos hay reproducciones.

Por consiguiente, cualquier obra será reproducida en varios estadios: en el servidor en el que se aloja, en el ordenador del usuario e incluso en los distintos servidores por donde pasa hasta llegar a su destino final. Debe de matizarse que los prestadores de servicios de almacenamiento (*hosting*) o de búsqueda, realizan reproducciones de estas obras protegidas en sus *caché*. Por esto mismo el legislador entendió necesario fijar un límite para ciertos tipos de reproducciones por el hecho de que sería ilógico tener que solicitar permiso al titular de una obra protegida cada vez que fuera mostrada en la red.

Toda esta situación ha sido regulada por otros preceptos, como el **artículo 5.1 de la Directiva sobre los Derechos de Autor** el cual dice: “*Los actos de reproducción provisional que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:*

1. *una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o*
2. *una utilización lícita*

de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2”.

Por otro lado, nuestra Ley de Propiedad Intelectual recoge en el artículo 31 las reproducciones provisionales y copia privada¹ TRLPI: *No requerirán autorización del*

⁴⁵ *Óp. Cit.* P. 92.

⁴⁶ Hosting (alojamiento o también conocido como hospedaje web, alojamiento web, web site hosting, web hosting o webhosting) es un negocio que consiste en alojar, servir, y mantener archivos para uno o más sitios web. Más importante que el espacio del ordenador que se proporciona para los archivos del sitio web es la conexión rápida a Internet.

autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 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, entendiendo por tal la autorizada por el autor o por la ley.

Así como también se recoge la exoneración de responsabilidad para aquellos prestadores de servicios que alojen o realicen copias en los artículos 12 a 14 de la Directiva sobre Comercio Electrónico⁴⁷.

En cuanto a la segunda parte referida a “*que permita su comunicación o la obtención de copias*”. El legislador ha limitado la determinación concreta del alcance de la limitación en los artículos 31 a 40 del TRLPI, extendiendo la reproducción no solo a los supuestos de fijación en soporte físico, sino también en el ámbito de la digitalización.

Tal y como manifiesta RIVERA BLANES⁴⁸, es unánime por la doctrina considerar que hoy en día que la simple fijación de la obra en un medio supone una

⁴⁷ **Artículo 12:** “...no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios:

- a) no haya originado él mismo la transmisión;
- b) no seleccione al destinatario de la transmisión; y
- c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos.....

Artículo 13: “...no pueda ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos, a condición de que:

- a) el prestador de servicios no modifique la información;
- b) el prestador de servicios cumpla las condiciones de acceso a la información;
- c) el prestador de servicios cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector;
- d) el prestador de servicios no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información; y
- e) el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella será imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.....”

Artículo 14: “...no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que:

- a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,
- b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios.....”

⁴⁸ RIBERA BLANES, B; “*El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*”; Ed. Dykinson 2003. P. 174.

reproducción con independencia de que, con posterioridad se realicen copias y se comunique. Pues la digitalización de contenidos ha supuesto una situación en la que existen multiplicidad de reproducciones, creando un binomio entre la propia reproducción y la comunicación pública aumentando así el marco de protección de los derechos del autor, el cual tiene reservados en exclusiva.

Con respecto a esto último, esta extensión de los derechos del autor supone por otro lado un aumento de las obligaciones para todo aquel que lleve a cabo una transmisión de una obra a través de Internet. Hablamos en este caso de un incremento de las obligaciones en los motores de búsqueda y de las bases de datos, las cuales como prestadores de servicios van a tener que solicitar una mayor cantidad de licencias al titular de estos derechos tanto en el lugar donde se vaya a iniciar la transmisión como en el lugar donde se transmita dicho contenido⁴⁹.

La jurisprudencia española no se ha quedado al margen de esta situación, puntualizando en una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de junio de 2002. *“la digitalización y almacenamiento en soportes estables de memoria conectados en la red (uploading), desde los que las obras son accesibles al público, a cuyo alcance está la comunicación y obtención de copias (downloading), viene comprendida en el ámbito de reproducción, tal como se define en el artículo 18 LPI”*.

ESTEVE GONZALEZ, en la misma línea que el tribunal, aclara que el propio acto de cargar una obra en un servidor *web* tiene dos partes: su introducción en el disco duro de un servidor (reproducción) y asignación a la obra de una URL (puesta a disposición interactiva). Por ello, tanto la Directiva de comercio electrónico como la Directiva DDASI contemplan la transmisión de obras digitales como un acto complejo que implica de forma cumulativa el ejercicio del derecho de reproducción y de comunicación pública⁵⁰.

La interpretación que ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del derecho de reproducción contemplado en la Directiva 2001/29 CE, dio como resultado una de sus primeras resoluciones la sentencia sobre el asunto *Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening*⁵¹. En esta sentencia el Tribunal consideró que: *“una actividad realizada en el contexto de un procedimiento de recopilación de datos,*

⁴⁹ STJUE (Sala tercera), *Football Dataco Ltd y otros contra Sportradar GmbH y Sportradar*: *“a denominada «teoría de la emisión», en cuya virtud el acto de reutilización se habría realizado allí donde está situado el servidor de Sportradar desde el que se ha «enviado» la información solicitada por los clientes de dos sociedades de apuestas que prestan servicios en el mercado británico. Por otro lado, la llamada «teoría de la transmisión o de la recepción», con arreglo a la cual la reutilización habría tenido lugar en el Reino Unido, donde los clientes británicos de las sociedades de apuestas vinculadas a Sportradar han recibido, previa solicitud, en sus ordenadores, la información transmitida por Sportradar desde fuera del Reino Unido”*.

⁵⁰ ESTEVE GONZÁLEZ, L; *“Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet”*. Ed. Comares, 2006 p. 96.

⁵¹ STJUE (Sala cuarta), *Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening*, de 16 de julio de 2009 (asunto C-5/08)

por la que se almacena en memoria e imprime un extracto de una obra protegida formado por once palabras constituye una reproducción parcial a los efectos del artículo 2 de la Directiva 2001/29 si (...) expresa la creación intelectual de su autor”.

El 17 de enero de 2012, el Tribunal de Justicia dictó un Auto clarificando algunos de los aspectos de las excepciones de las reproducciones temporales; concluyendo: *“el artículo 5.1 de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que los actos de reproducción provisionales que se efectúan en el transcurso de un procedimiento de recopilación de datos cumplen el requisito de formar parte integrante y esencial de un proceso técnico, aunque inicien y pongan fin a dicho proceso e impliquen una intervención humana; cumplen el requisito de perseguir una finalidad única, permitir una utilización lícita de una obra o prestación protegidas; cumplen el requisito de no tener una significación económica independiente siempre que, por un lado, la realización de dichos actos no permita obtener un beneficio adicional, que vaya más allá del derivado de la utilización lícita de la obra protegida y que, por otro, los actos de reproducción provisionales no tengan como consecuencia una modificación de la obra”.*

Así pues, la digitalización de contenidos ha conllevado que el legislador amplíe la noción de reproducción para incluir cualquier tipo de fijación de las obras en un soporte con independencia de su multiplicación. Pero hay que precisar que este entorno digital ha ocasionado que el binomio, como antes se comentaba, entre reproducción-comunicación pública quede desvirtuado en el momento en que una obra sea subida a un medio telemático o digital.

PEGUERA POCH a diferencia de otros autores que han sostenido que los enlaces constituyen reproducción de la obra enlazada. Aclara que en el caso de los enlaces simples, así como en los enlaces a redes P2P⁵², tal alegación no parece tener base alguna. Ciertamente, el derecho de reproducción está definido en unos términos tan amplios que engloba cualquier supuesto de reproducción imaginable, conocido o por conocer, pero siempre que se trate de una reproducción, esto es, de la realización de una copia, total o parcial. Ese es el sentido del término “fijación” en el art. 18 LPI138, elemento del que no se puede prescindir cuando se trata de determinar si una actividad encaja en el supuesto de reproducción; y lo cierto es que quien establece un enlace simple o un enlace P2P no realiza copia alguna del contenido enlazado

En el caso de los enlaces ensamblados o incrustados, normalmente películas que pueden visionarse en un espacio destinado al efecto en la propia web de enlaces, tampoco hay reproducción, puesto que la copia (*un mero almacenamiento efímero para*

⁵² El término anglosajón P2P (Peer-to-Peer) suele traducirse al castellano como “entre pares”. Se trata de una red informática P2P se refiere a una red que no tiene clientes y servidores fijos, sino una serie de nodos que se comportan a la vez como clientes y servidores de los demás nodos de la red. Este modelo de red contrasta con el modelo cliente-servidor tradicionalmente empleado en las aplicaciones de Internet. Así, en una red P2P todos los nodos se comportan igual y pueden realizar el mismo tipo de operaciones.

facilitar el visionado en streaming) se produce únicamente en el ordenador del usuario y no hay en ningún momento una copia en el servidor de la página de enlaces. Desde luego, cabe argumentar que la causa de que se lleve a cabo tal reproducción en el ordenador del usuario es el código inserto en la web de enlaces, código que es ejecutado por el navegador del usuario. En todo caso, para el usuario existe ciertamente una apariencia de reproducción, puesto que ve el contenido como formando parte de la web de enlaces que está visitando. Sin embargo, parece por lo menos dudoso que tal apariencia deba transmutarse jurídicamente en un acto de reproducción⁵³.

Para concluir el estudio de la regulación y a modo de conclusión, de acuerdo a lo que la Directiva 2001/29 CE entiende como reproducción, resumimos que esta, engloba por tanto un concepto amplio de reproducción, dejando a un lado la naturaleza de temporalidad e intangibilidad de las reproducciones e incluyendo por tanto que todos los actos de reproducción quedarán incluidos dentro tal y como se manifiesta en su artículo 2 y en el artículo 18 del TRLPI. Adaptando de esta manera el derecho de reproducción a los contenidos en línea y por tanto, a cualquier tipo de almacenamiento digital en un soporte electrónico⁵⁴.

3.4.2 Derecho de Comunicación pública

3.4.2.1 Introducción

El derecho de comunicación pública, tal y como lo manifiesta SANCHIS MARTÍNEZ⁵⁵, es el derecho que se otorga a los autores para la explotación de las obras cuando estas *no se encuentran incorporadas en un soporte material*. Por tanto este derecho es fundamental en el tema que estamos tratando en este trabajo, que es el de las transmisiones digitales por Internet.

La comunicación pública supone la puesta a disposición de la obra a una pluralidad de personas, sin una previa distribución de ejemplares de la obra. Lo importante es la existencia de un medio intermedio entre la obra y el sujeto receptor. Por lo que a diferencia de lo que ocurre con el derecho de reproducción, en el que como hemos visto era necesario que la fijación de la obra permita al público su conocimiento tanto de una forma real o potencial; en el caso de la comunicación pública, el conocimiento de la obra se produce de forma real y efectiva pero a través de un

⁵³ PEGUERA POCH, M: *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, ISSN 1576-3366, no 42 (septiembre-diciembre 2012) p. 73

⁵⁴ También recogido en el artículo 9.1 del Convenio de Berna: “ *Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma*”.

⁵⁵ *Óp. cit.* p. 138

vehículo externo (emisión televisiva, una representación, etc.). En este caso el receptor no recibe ningún elemento material o corpóreo, sino que el medio inmaterial está en manos del comunicador.

Así, las obras se ponen a disposición del público desde el ordenador del suministrador, al que pueden acceder cuando así lo soliciten desde su propio ordenador. Por eso mismo se discute la naturaleza pública de este tipo de comunicaciones y por tanto su protección bajo el derecho de comunicación pública.

La noción de público con relación al derecho de comunicación, se entendía como unido a la presencia física en el lugar donde se producía la comunicación del conjunto de personas ajenas al círculo doméstico del organizador de la comunicación. Si bien el requisito de la presencia física, por el avance de la tecnología, ya no es exigible, sí lo es la necesidad de simultaneidad en la percepción de la obra comunicada por el público aunque se encuentren en lugares diversos.

3.4.2.2 Determinación de la Comunicación

El Derecho de comunicación pública, contemplado en el plano internacional⁵⁶, europeo⁵⁷, y en la legislación española⁵⁸, consiste en la facultad exclusiva del autor para que una pluralidad de personas pueda tener acceso a su obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Sin embargo, como puntualiza CASTELLÓ PASTOR⁵⁹ en base a estos preceptos: *“no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”*; continuando con lo que dice el artículo 20 TRLPI: *“transmisión de cualquiera obras al público, por hilo, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono”*. Dando cabida por tanto a considerar que la puesta a disposición al público de obras se haga a través de Internet.

Así, siguiendo la línea de lo comentado en la introducción de este apartado, las características configuradoras de este derecho pueden señalarse:

- La posibilidad de acceso a la obra por una pluralidad de personas
- La ausencia previa de distribución de estos ejemplares
- La no realización en el ámbito doméstico

⁵⁶ Artículos 11, 11 *bis* y 11 *ter* CB, 14.1 ADPIC, 12 CR y (TODA y 10, 14 y 15.4 TIEF.

⁵⁷ Artículo 3 DDASI y en el artículo 8.2 de la Directiva 92/100 CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

⁵⁸ Artículo 20 TRLPI

⁵⁹ *Óp. cit.* P. 104

Así, este concepto de comunicación pública, se asocia a dos elementos: un “acto de comunicación” de una obra, y la comunicación de ésta a un “público”.

La existencia de un “acto de comunicación” , debe de entenderse desde un punto de vista amplio que permita desde la perspectiva de los derechos de autor una protección de sus derechos. Respecto del segundo, que la obra deba ser comunicada efectivamente al “público”, refiriéndose éste a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica, por lo demás, un número considerable de personas.

De manera que a tenor de lo que recoge el artículo 3 DDASI, para que exista un “acto de comunicación” bastará 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. Con lo que también será necesario que esa comunicación esté dirigida a un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público.

Una de las primeras sentencias del tribunal de Justicia de la Unión Europea que interpretó este derecho fue el asunto entre *Sociedad General de Autores y Editores de España y Rafael Hoteles SA*, de 7 de diciembre de 2006; en el que se zanja la polémica de lo que se entiende como comunicación pública en la utilización de televisores en las habitaciones de hotel, concluyendo que existe una “comunicación pública” en su uso porque esos actos no se realizan dentro de un ámbito “estrictamente doméstico”. La *S.G.A.E*⁶⁰. consideraba que en el hotel, propiedad de *Rafael Hoteles*, se estaban realizando actos de comunicación pública de obras pertenecientes al repertorio gestionado por esta entidad.

El Tribunal señaló que el concepto de “comunicación pública” debía de entenderse en un sentido amplio para poder así ajustarse aún mas a lo dispuesto en la Directiva (artículo 3 DDASI), ratificando el concepto de “público” que hace referencia a un número indeterminado de telespectadores potenciales⁶¹. Si bien aprecia que la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales no equivale a una comunicación pública en el sentido de lo que dispone la Directiva, si esas instalaciones posibilitan técnicamente el acceso del público a las obras radiodifundidas. Por este motivo, la distribución de la señal por el establecimiento hotelero a los cliente alojados o presentes en cualquier zona de dicho establecimiento, constituye un acto de comunicación al público, sin que tenga relevancia alguna la técnica que se haya utilizado para la transmisión de la señal. Desde el punto de vista de CASTELLÓ PASTOR⁶², de la Directiva se desprende que el carácter privado o público del lugar en el que se produce

⁶⁰ Entidad encargada de la gestión de los derechos de propiedad intelectual en España.

⁶¹ STJUE (Sala Tercera) *Sociedad General de Autores y Editores de España y Rafael Hoteles SA*, de 7 de diciembre de 2006 (asunto C-306/05) (TJCE 2006, 354)

⁶² *OP. CIT. P.106*

la comunicación no tiene relevancia alguna, puesto que la Directiva exige la autorización del autor no para las retransmisiones en lugares públicos o abiertos al público, sino para los actos de comunicación por los que se permite al público acceder a la obra.

En definitiva, el Tribunal de Justicia consideró que, si bien la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales no equivale en si misma a una comunicación, la distribución de una señal por un establecimiento hotelero a los clientes alojados en sus habitaciones constituye un acto de comunicación al público en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29 CE, sea cual sea la técnica empleada para la transmisión de la señal. Al igual que no entiende el carácter de privado de los dormitorios.

En el mismo sentido, en la decisión *ITV Broadcasting Ltd y otros contra TV Catch Up Ltd*⁶³ sobre la difusión a través de Internet y casi en tiempo real de emisiones televisivas de los demandantes, el Tribunal de Justicia consideró que la “*la retransmisión se dirige a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica un número considerable de personas. Por consiguiente, procede constatar que, mediante la retransmisión considerada, las obras protegidas se comunicaban efectivamente a un público en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la Directiva 2001/29*”.

Así, el Tribunal determinó que el artículo 3.1 de la Directiva sobre los Derechos de Autor debía ser interpretado en el sentido de comprender una retransmisión de las obras incluidas en una emisión de televisión terrestre realizada por un organismo distinto del emisor original, mediante un flujo de Internet puesto a disposición de los abonados de ese organismo que pueden recibir esa retransmisión conectándose al servidor de éste, aún cuando esos abonados se hallen en la zona de recepción de esa emisión de televisión terrestre y puedan recibirla legalmente en un receptor de televisión, con independencia de que una retransmisión se financie con la publicidad y tenga así carácter lucrativo.

Por otro lado, en cuanto al análisis de las actividades realizadas por los buscadores en Internet. En el asunto *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Shahlman, Pia Gadd y Retriever Sverige AB*⁶⁴ se hace un estudio sobre si los enlaces suponen una comunicación pública o no. Esta cuestión resulta fundamental porque una gran mayoría de paginas web contienen enlaces que conectan con material protegido.

El Tribunal de Justicia desglosando el concepto de “comunicación pública”, considera que “*el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que*

⁶³ STJUE (Sala Cuarta) *ITV Broadcasting Ltd y otros contra TV Catch Up Ltd.*, de 7 de marzo de 2013 (asunto C-607/11) (TJCE 2013, 73).

⁶⁴ STJUE *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Shahlman, Pia Gadd y Retriever Sverige AB*, de 13 de febrero de 2014 (asunto C-466/12).

conducen a obras protegidas debe calificarse de “puesta a disposición” y, que en consecuencia, de “acto de comunicación”, y respecto al público, que “ que un acto de comunicación como el realizado por el gestor de una página de Internet mediante enlaces sobre los que se puede pulsar se dirige al conjunto de usuarios potenciales de la página que dicha persona gestiona, es decir, a un número indeterminado y considerable de destinatarios”. Queda claro por tanto que en ambos casos el gestor realiza un acto de comunicación a un público.

Sin embargo, el Tribunal entiende que la comunicación de estas obras no se produce a un público nuevo porque *“el público destinatario de la comunicación inicial era el conjunto de los usuarios potenciales de la página en la que se realizó, porque, sabiendo que el acceso a las obras en esa página no estaba sujeta a ninguna medida restrictiva, todos los internautas podían consultarla libremente”*. Por lo que se deduce que, no existiendo un público nuevo, no resulta necesaria la autorización de los titulares de los derechos de autor.

De acuerdo a esto, el Tribunal matiza que *“por el contrario, en el caso de que el enlace sobre el que se puede pulsar permitiera a los usuarios de la página en la que se encuentra dicho enlace eludir las medidas de restricción adoptadas en la página en la que se encuentra la obra protegida para limitar el acceso a ésta a los abonados y constituyera, de este modo, una intervención sin la cual dichos usuarios no podrían disfrutar de las obras difundidas, habría que considerar que el conjunto de esos usuarios es un público nuevo que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial, de modo que tal comunicación pública exigiría la autorización de los titulares. Así sucede, en particular; cuando la obra ya no está a disposición del público en la página en la que fue comunicada inicialmente o cuando ya sólo está para un público limitado, mientras que es accesible en otra página de Internet sin la autorización de los titulares de los derechos de autor”*.

Este asunto ha sido valorado desde distintos puntos de vista doctrinales. Hay sectores que defienden que los mencionados enlaces no supondrían una comunicación al público partiendo de la idea de que el establecimiento de estos hipervínculos no implican una transmisión de la obra. Apuntan, que esa transmisión es un requisito previo y necesario para la existencia de un acto de comunicación al público. Además consideran que un hipervínculo lo que proporciona no es la obra en si. Entienden por tanto que en el momento en que el autor permite que si obra sea accesible en Internet, autoriza a su accesibilidad desde cualquier sitio y por distintas herramientas; y que por otro lado, únicamente podría existir responsabilidades derivadas de esos enlaces por la ley de competencia desleal, por la infracción de derecho morales, por eludir medidas tecnológicas e incluso podría derivarse en una responsabilidad civil en el caso de promocionar copias ilegales.

SÁNCHEZ ARISTI, indicando que lo relevante de la puesta a disposición «no es subir un contenido a la red, sino hacer localizable un contenido subido a la red», actividad que podría llevarse a cabo a través del establecimiento de un enlace; y argumentando que la ausencia de agotamiento del derecho podría ser indicativa de que son posibles otras (simultáneas) puestas a disposición de la misma copia, concretamente a través de enlaces a la misma. Así, el principio de no agotamiento del derecho de puesta a disposición del público en el art. 3.3 de la Directiva 2001/29 podría haberse establecido precisamente para controlar tales puestas a disposición secundarias⁶⁵.

Siguiendo esta línea doctrinal, PEGUERA POCH manifiesta que de igual modo, que a partir de un primer acto de comunicación caben nuevos actos simultáneos de comunicación derivados de aquél, puesto que el primero no agota el derecho (*así la canción emitida por una emisora de radio que a la vez suena en el aparato de radio de un bar*), también para el caso específico de la puesta a disposición se establece la ausencia de agotamiento del derecho. Dicha puesta a disposición secundaria la llevaría a cabo alguien que no dispone de una copia, y que se limita a establecer un enlace al lugar en que la copia se puso a disposición inicialmente. Se trataría de una puesta a disposición supeditada a la original, como ocurre también con la canción que suena en el aparato de radio del bar, que deja de sonar si cesa el acto de comunicación original⁶⁶.

Así, apunta SÁNCHEZ ARISTI que “*cabe inferir que el principio de no agotamiento del derecho de puesta a disposición del público está principal si no exclusivamente concebido para abarcar la conducta de los prestadores de enlaces; porque no se ve mediante qué otro procedimiento podrían encadenarse dos actos de puesta a disposición del público sin solución de continuidad, es decir, sin mediar entre ellos un acto de reproducción que los interrumpa*”.

En conclusión, volviendo a lo manifestado por el Tribunal respecto a su interpretación de la Directiva, que apunta más bien a que lo que se quería evitar es que quien obtiene una copia a partir de un acto de puesta a disposición pueda considerarse libre para a su vez poner de nuevo esa copia a disposición del público en la red, parece claro que los enlaces cuyo contenido enlazado no hayan sido previamente publicados, subidos o autorizados por su titular, supondrán una vulneración de este derecho exclusivo.

⁶⁵ R. SÁNCHEZ ARISTI: «*Enlazadores y seudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales*», Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 5, 2012, pp. 91-135.

⁶⁶ *Óp. Cit.* p. 75.

3.4.3 Derecho de Transformación

3.4.3.1 Introducción

Por transformación de una obra intelectual se entiende la modificación de la misma de forma que se altera alguno de los elementos esenciales y configuradores de la misma, dando lugar a una “obra nueva y distinta”, y por tanto sujeta a la protección de la propiedad intelectual de forma independiente de la obra original. Es por tanto un derecho de explotación peculiar puesto que supone al tiempo el nacimiento de un nuevo derecho de autor sobre la obra transformada.⁶⁷

3.4.3.2 Determinación del Derecho de Transformación

Este último derecho exclusivo se encuentra recogido en el artículo 17 del TRLPI. Este derecho implica la facultad exclusiva del titular para autorizar o prohibir que si obra se traduzca, varíe, modifique y se adapte a soportes.

El artículo 21 del TRLPI⁶⁸ recoge este precepto, pero el problema con el que nos encontramos es que tiene una regulación “vaga” de lo que se entiende por transformación. En tal caso, recurriendo a la jurisprudencia señala que: *“la transformación constituye una alteración de la obra original que se traduce en la aparición de un nuevo objeto de propiedad intelectual, esto es, en una obra nueva, la cual puede ser compuesta o derivada, y en ningún caso una colección escogida o cualificada. Es necesario, en todo caso, un esfuerzo creativo del autor que adicione la aportación original de la primera obra y justifique una protección de un derecho exclusivo sobre la resultante”*⁶⁹

Por otro lado, la doctrina ha definido este derecho, como hace ENCABO VERA: *“la actividad transformativa recrea la obra convirtiéndola en una expresión diferente a la original”*.

Para finalizar, otra parte de la doctrina se ha preocupado por determinar si existe o no transformación en el hecho de realizar una digitalización de una obra preexistente; de acuerdo a lo anteriormente comentado, y tal y como algunos autores han defendido,

⁶⁷ SANCHÍS MARTINEZ. M^o TRINIDAD; *“Derechos de autor, digitalización e internet”*; Ed Universitas, S.A. Madrid 2004 p. 147.

⁶⁸ Artículo 21 Transformación: *“La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. Cuando se trate de una base de datos a la que hace referencia el artículo 12 de la presente Ley se considerará también transformación, la reordenación de la misma.”*....

⁶⁹ SAP de Barcelona (sec.15^o), de 5 de marzo de 2004 (AC 2004, 479) (FD 4).

la digitalización no supone una transformación, ya que lo que únicamente cambia con ella es el formato del soporte, por lo que no hay ninguna aportación original que haga resultar una obra diferente.⁷⁰

3.4.4 Derecho de Distribución

3.4.4.1 Introducción

El derecho de distribución es la facultad de los autores de las obras a oponerse a la circulación de ejemplares de su obra sin su previo consentimiento, es decir, el derecho del autor a ejercer un mecanismo de control sobre el proceso encaminado a poner su obra a disposición del público.⁷¹

3.4.4.2 Determinación del Derecho de Distribución

El derecho de distribución, está establecido en el artículo 19.1 de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, del siguiente modo: *“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.”*

En el mismo sentido, en el segundo apartado del Preámbulo de la propia Ley 23/2006 señala: *“Igualmente sucede con el derecho de distribución, que se mejora y aclara en su redacción, mediante la referencia expresa al hecho de que los titulares tienen reconocido este derecho circunscrito a la explotación de la obra incorporada en un soporte tangible, con lo que se acota así su alcance y se evita la confusión significativa que a veces ocurre en el ámbito de la explotación en red.”*

Tras la lectura de estos preceptos, se nos plantea el problema de cómo determinar este derecho en el ámbito digital, donde prevalece la intangibilidad. Por lo que es necesario volver al derecho de comunicación para aclarar este punto.

Así, como ya vimos en el epígrafe destinado a la determinación del derecho de comunicación pública. En el artículo 20.2. i) TRLPI, se dice: *“La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”*.

En suma, el apartado 2 del Preámbulo de la Ley aclara: *“La novedad más*

⁷⁰ J. MASSAGUER, *“Los derechos de autor en los medios y soportes electrónicos y digitales”* Diario LaLey, núm. 7800, 2012; p.3

⁷¹ *Óp. Cit.* SANCHÍS MARTINEZ; p. 143.

destacable en el catálogo de derechos está representada por el reconocimiento explícito en esta ley del derecho de puesta a disposición interactiva, es decir, aquel en virtud del cual cualquier persona puede acceder a las obras desde el lugar y en el momento que elija. Constituye ésta una modalidad del actual derecho de comunicación pública que, teniendo en cuenta los amplios términos en los que el derecho está definido en el Texto Refundido, se ha venido entendiendo que quedaba incluida en él. No obstante, se incluye expresamente, en aras de la claridad y de una mayor seguridad jurídica, lo previsto en la Directiva en sus justos términos...”

Por tanto, podemos decir que la diferencia entre los derechos de distribución y comunicación pública es la relación tangible – intangible. En el caso de la distribución mediante un soporte tangible y en el caso de la comunicación pública sin distribución de ejemplares de modo intangible, por ejemplo, vía visualización por enlaces o *streaming*, sin agotamiento del derecho de distribución⁷².

De tal modo, porque la visualización por enlaces y el *streaming* son intangibles, el derecho de autor implicado es el derecho de comunicación pública provocando, en consecuencia, que no exista el agotamiento del derecho de distribución porque no hay derecho de distribución al que agotar. Pudiendo añadir únicamente a estos casos el derecho de reproducción (como ya vimos anteriormente).

4. LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO PATRIMONIAL EN EL ENTORNO DIGITAL

Para el estudio de este capítulo, nos apoyaremos fundamentalmente en la obra de JOSE JUAN CASTELLÓ PASTOR, sin perjuicio de la inclusión de otros autores especializados en la materia que vamos a tratar.

4.1 Fundamento de los límites

La actividad realizada por los prestadores de servicios que facilitan enlaces pueden afectar a los derechos de reproducción, comunicación y transformación, como ya hemos podido ver en los apartados anteriores.

Estos límites forman parte del sistema del derecho de autor al constituir un reconocimiento en el derecho positivo de los legítimos intereses de los usuarios a utilizar material protegido sin necesidad de la oportuna autorización. Estos intereses legítimos hacen referencia tanto a la protección de los derechos fundamentales de los

⁷² Ros Aguilera, David (2011). Derecho.com. Derecho.com & Jurisweb.com. <http://www.derecho.com/articulos/2011/06/01/la-diferencia-entre-el-derecho-de-comunicacion-publica-y-distribucion-implicaciones-practicas-en-el-comercio-de-internet/>.

usuarios, la promoción de la libre circulación de la información y la difusión del conocimiento.

Estas limitaciones a las que hacemos referencia se pueden configurar en distintas categorías, distinguiendo: aquellas cuyos límites representan el respeto a las libertades fundamentales (libertad de expresión, de prensa, el derecho a la información o el derecho a la intimidad), una segunda categoría cuyo fundamento recae en la necesidad de permitir aquellos actos necesarios en el entorno digital para el usuario, una tercera categoría, abarcaría aquellos límites vinculados a intereses públicos, una cuarta categoría para aquellas excepciones basadas en fallos de mercado, y por ultimo, una categoría de límites basada en la ausencia de un perjuicio económico.

El origen de estos límites se concibe en el contexto del Convenio de Berna, ya que este fue el primer gran Tratado internacional en materia de derechos de autor. Este texto recogió por primera vez el derecho de reproducción y sus límites, como el derecho de cita⁷³, la excepción para fines educativos⁷⁴, la reproducción de discursos públicos por parte de la prensa y radiodifusión⁷⁵, el uso de artículos de prensa por otros medios de comunicación⁷⁶, el uso de contenido protegido para información de actualidad⁷⁷, el límite para las grabaciones efímeras de obras radiodifundidas⁷⁸, y finalmente, se añadió la Regla de los Tres Pasos⁷⁹.

Tras el Convenio de Berna, se sucederán el resto de textos legales que abordan este tema ya recogidos en el primer apartado de este trabajo, por lo que me remitiré a lo ya mencionado.

Existen dos tipos de sistemas que recogen estos límites a los derecho exclusivos del autor de la obra. Comenzaremos con el análisis del sistema cerrado, correspondiente a la Regla de los Tres Pasos, y a continuación para acabar este capítulo, trataremos el sistema abierto, referente a la Doctrina del *Fair Use*.

4.2 La regla de los tres pasos

Esta regla tiene su origen en el Acta de Estocolmo de 1967 de la Convención de Berna y se ideó para limitar y exceptuar la facultad exclusiva de “reproducción” de los titulares de derechos, aunque en la actualidad nada impide que también se aplique a

⁷³ Artículo 10.1 CB

⁷⁴ Artículo 10.2 CB

⁷⁵ Artículo 2 *bis* II CB

⁷⁶ Artículo 10.1 *bis* CB

⁷⁷ Artículo 10 *bis* 2 CB

⁷⁸ Artículo 11 *bis* CB

⁷⁹ Regla que habilita a los distintos Estados miembros a mantener e introducir límites al derecho de reproducción siempre que se cumplan ciertos requisitos.

otros derechos de explotación. Es decir, en la medida en que se cumplan estos tres pasos, no será necesario recabar previamente la autorización del titular de derechos.

Los tres pasos son:

- 1) que esté previsto en casos especiales la limitación o excepción,
- 2) que no afecte a la explotación normal del derecho que se trate, y
- 3) que no cause un perjuicio injustificado a los intereses del titular.

Añade CASTELLO PASTOR que, cuando el uso de una obra protegida se englobe en alguno de los citados límites, no conllevará automáticamente que este uso resulte impune, sino que deberá, en todo caso, asegurarse que no se perjudique al titular de la obra protegida ni tampoco a la explotación normal de la obra⁸⁰.

La regla de los tres pasos debe utilizarse como equilibrio del sistema, con la finalidad de interpretar en cada momento los límites y excepciones de los derechos de propiedad intelectual, que cambian como resultado del avance tecnológico y la aparición de nuevos modelos de negocio. Ahora bien, sería un error pensar que, al aplicar la prueba de los tres pasos, los jueces pueden reconfigurar el sistema de límites y excepciones, más allá de la interpretación y aplicación de las normas concretas, a modo del sistema de propiedad intelectual anglosajón conocido como “fair use” (que veremos posteriormente). Así el artículo 40bis del TRLPI⁸¹ no es un límite en sí mismo sino que dota a los Juzgados y Tribunales de un criterio hermenéutico o “norma interpretativa” para evitar que los límites legales (principalmente, arts. 31 a 40 del TRLPI) puedan “llegar a un resultado tal que vacíe de contenido el monopolio de explotación de autores, artistas y productores, entre otros titulares de derechos de autor y afines al de autor”⁸².

Tal y como lo entiende ERDOZAÍN⁸³, al hablar en nuestro sistema de propiedad intelectual de la regla de los tres pasos, los Jueces y Tribunales son destinatarios solamente de los pasos 2) y 3). Ya que, el primer paso tiene por destinatario al propio poder legislativo y se trata de un mandato a los legisladores de los Estados

⁸⁰ *Óp. Cit.* p. 159

⁸¹ Artículo 40 bis TRLPI: “Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”.

⁸² J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”, Thomson Civitas, 2007, p. 343.

⁸³ J. C. ERDOZAÍN, A. GONZÁLEZ, J. J. MARÍN, M. SOL «El test de las tres etapas y la comunicación pública. Mesa Redonda», IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. núm. 1, 2005.

parte del Convenio de Berna, e incluido en el artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, para que sólo prevean límites a los derechos de autor en situaciones excepcionales debidamente justificadas, para que señalen las facultades concretas afectadas por la excepción (reproducción, distribución, comunicación pública o transformación) y si se configura o no como un derecho remuneratorio.

Por ello, la determinación del primer paso es una facultad exclusiva del legislador que tasa de forma cerrada los límites o excepciones a los derechos exclusivos de propiedad intelectual sobre las obras protegidas y corresponderá a los jueces, en su caso, analizar, ponderar e interpretar esos límites de forma que no afecten a la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses del titular. De esta manera, los otros dos pasos se aplican a todos los límites de los derechos de propiedad intelectual y habrán de ser debidamente observados en la interpretación de los artículos 31 a 40 del TRLPI y en las excepciones de los derechos afines, según prevé el artículo 132 del TRLPI⁸⁴. Por tanto, el artículo 40bis del TRLPI no se formula como una excepción más ni a modo de válvula de autorregulación del elenco de límites a la propiedad intelectual, sino como un “límite a los límites”⁸⁵.

No debe concluirse que el artículo 40bis del TRLPI esté vacío de contenido. Por el contrario permite a los Juzgados y Tribunales, como criterio hermenéutico, adaptar la interpretación de las excepciones a las cambiantes circunstancias de la tecnología, modelos de negocio y cualesquiera otros elementos que afecten a nuestro sistema de propiedad intelectual. Pero, a juicio de DIEGO SOLANA, y de forma contraria a la doctrina que se desprende de la Sentencia objeto de comentario, no permite al intérprete de la ley introducir nuevos límites a la explotación de las obras que no hayan sido expresamente tipificadas por nuestro legislador⁸⁶.

En definitiva, los límites y excepciones determinados en la normativa han de superar la barrera infranqueable del triple test⁸⁷, no permitiendo que los Estados miembros creen nuevas excepciones ni amplíen los límites, pero es cierto que la jurisprudencia está introduciendo nuevos límites a los derechos de autor, e incluso se

⁸⁴ Artículo 132 Aplicación subsidiaria de las disposiciones del Libro I: “*Las disposiciones contenidas en el artículo 6.1, en la sección 2.ª del capítulo III, del Título II y en el capítulo II del Título III, salvo lo establecido en el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 37, ambos del Libro I de la presente Ley, se aplicarán, con carácter subsidiario y en lo pertinente, a los otros derechos de propiedad intelectual regulados en este Libro*”.

⁸⁵ *Óp. Cit.*, A. González. p. 31

⁸⁶ DIEGO SOLANA; “*El asunto Google y la “regla de los tres pasos” en nuestra Ley de Propiedad Intelectual*”; 2008.

⁸⁷ R. BERCOVITZ, “*Manual de Propiedad Intelectual*” 6ª Edición; Ed. Tirant lo Blanch; Valencia, 2015, p.109.

está utilizando la Regla de los Tres Pasos como norma “*ad hoc*” para crear nuevos límites fuera del marco normativo de los derechos de autor⁸⁸.

4.3 Doctrina del fair use

La transmisión *on line* de creaciones protegidas por derechos de autor o por derechos conexos también se ha visto afectada por las llamadas excepciones a los derechos exclusivos. Tales excepciones no son uniformes en todos los estados existiendo grandes diferencias. Los derechos de concepción subjetiva establecen una lista taxativa de excepciones a los derechos de autor, mientras que las concepciones objetivas, como en el caso de estados unidos, se mantiene un listado abierto.

En EEUU el límite abierto es el llamado “*fair use*” o “uso legítimo”, esta limitación a los derechos permite a cualquier usuario utilizar las creaciones *on line* sin autorización de los autores o titulares. El problema de esta institución recae en su propia determinación, ya que, para delimitar su alcance es necesario recaer en cada caso concreto.

La *Digital Millennium Copyright Act*⁸⁹ no contiene ninguna norma específica respecto del *fair use*. Así, y respecto al *browse*, del derecho a ojear el contenido de las páginas *web* y/o hacer copias temporales en la memoria RAM, para leer las obras en el propio ordenador de usuario, no constituye una infracción de los derechos de autor, siempre que no se hayan vulnerado medidas tecnológicas. Por lo que tanto la realización de copias privadas a través de la descarga del archivo en el disco duro del ordenador, en un disquete o en un CD o incluso la impresión de una obra quedarían dentro del *fair use*.

Esta institución también ampara las reproducciones en el entorno educacional o con una finalidad de información, por ejemplo, puede ser considerado como uso legítimo citar una porción de un texto digital en el artículo de un periódico, revista digital o libro digital. Y por último, puede llegar a entrar dentro del *fair use* el uso transformativo del material de una obra *on line* para crear una obra nueva y diferente.

Por otra parte, respecto a los derechos morales, los sistemas de *copyright* no incluyen una regulación tan rigurosa y específica como la de los derechos inspirados en

⁸⁸ *Óp. Cit.* CASTELLÓ PASTOR; p.159

⁸⁹ La Digital Performance Right in Sound Recordings Act de 1995 creó un nuevo sistema de derechos de distribución digital y un nuevo derecho de ejecución pública con el objetivo de proteger el comercio de la música a través de internet. Pero la adaptación del derecho estadounidense a los Tratados de la OMPI mediante la Digital Millennium Copyright Act no contiene ninguna norma sobre que derecho debe de aplicarse a las transmisiones digitales, desprendiéndose que se trata de una acumulación de los derechos de reproducción, distribución, exhibición y ejecución.

la concepción subjetiva, aunque eso no significa que queden desprotegidos. De una manera indirecta la normativa estadounidense *Digital Millennium copyright Act* establece una serie de remedios como la privacidad, difamación o la competencia desleal, pudiéndose así aplicar una protección similar a la de los derechos morales en los sistemas subjetivos⁹⁰.

CASTELLO PASTOR, manifiesta que el copyright norteamericano ha configurado su sistema de límites a los derechos exclusivos de autor en torno a la figura del *fair use*⁹¹. Una figura, nacida de la interpretación jurisprudencial y definida por la doctrina entre otros por C. BALL como “*un privilegio que tienen los demás, sobre el titular del derecho de copyright, a utilizar de una manera razonable el material protegido sin su consentimiento*”⁹².

El caso *Folsom vs Marsh*, resulta clave ya que supuso la introducción de la doctrina del *fair use*, al sugerir que algunas copias de obras protegidas podrían quedar eximidas de autorización, debiendo “*mirar la naturaleza y el objeto de la selección hecha, la cantidad y el valor de los materiales usados, el grado en el que el uso puede perjudicar las ventas, o disminuir las ganancias, de la obra original*” para poder así determinar la existencia o no del uso legal.

Incluso en el Glosario de derecho de autor y derechos conexos de la OMPI, Ginebra 1980 p 112, p114 se puede encontrar una definición de *fair use* o uso leal: “*el uso leal esta permitido para fines como la crítica, el comentario, noticias, informes o reportajes, docencias, estudios especiales o investigación. El uso leal habrá de determinarse teniendo presentes factores tales como el hecho de si la utilización tiene un carácter comercial o es para fines docentes no lucrativos, la naturaleza de la obra protegida por el derecho de autor, la cantidad e importancia de la parte utilizada en relación con el conjunto de la obra, y las repercusiones de la utilización sobre el mercado potencial o el valor de la obra, y las repercusiones de la utilización sobre el mercado potencial o el valor de la obra.*”

La figura del *fair use*, contemplada en un principio como límite al derecho de reproducción y posteriormente extendida al resto de los derechos exclusivos. Es una excepción que se activará en caso de plantearse una infracción de los derechos exclusivos, recayendo la carga de la prueba al infractor. De manera que no podrá alegarse como un derecho y por tanto, no se podrá violar el “derecho de *fair use*” de alguien; permitiendo el uso de una obra protegida siempre y cuando el beneficio para la sociedad sea mayor que el eventual daño que pudiese ocasionar a su titular.

⁹⁰ ESTEVE GONZÁLEZ, L; “*Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*”, Ed, Comares, S.L. 2006, Granada, p.87.

⁹¹ *Op. Cit.* p. 180.

⁹² BALL, H.C; “*Law of Copyright and Literary Property*”; Ed. Banks and Company, New York, 1944. P. 260.

Como se comentó anteriormente, la fijación del *fair use* queda sujeta a la decisión de los jueces caso por caso, los cuales podrán determinar la existencia o no del uso leal de acuerdo a los cuatro factores tasados en la sección 107 de la Copyright Act⁹³, que son:

El fin y el carácter del uso, incluyendo si dicho uso es de naturaleza comercial o para fines educativos no lucrativos, la naturaleza de la obra protegida, la cantidad y sustancialidad de la parte usada en relación a la obra protegida como conjunto y el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida.

A continuación se va realizar un análisis de cada uno de los factores que acabamos de enumerar:

Primer factor: los tribunales deberán analizar el propósito y el carácter del uso, con el fin de justificar el uso secundario del material protegido: por un lado, la finalidad comercial o educativa del uso secundario de la obra protegida y, por otro, el carácter transformativo de dicho uso.

En cuanto a la primera faceta, no será suficiente determinar la existencia o no de un fin comercial, sino que deberá concretarse lo convincente que sea el uso secundario al repercutir en el conocimiento y progreso de la cultura general.

Respecto de la segunda faceta: la valoración que realizara el juez será si el uso de la obra protegida simplemente reemplaza los objetos de la creación original o si realmente añade uno nuevo de forma que altere el original con una nueva expresión. Tal y como señala HALPEN, lo importante aquí es analizar si el uso realizado de la obra protegida añade algo novedoso, con algún propósito adicional o de naturaleza diferente, siendo mas transformativa la obra nueva, restando importancia al resto de factores que puedan contrarios al *fair use*⁹⁴.

Segundo Factor: se deberá valorar la naturaleza del contenido protegido. Así, se analizará por un lado si la obra protegida ha sido publicada o es inédita y, por otro, si los hechos de la obra son reales o creativos.

En el asunto *Harper vs Row*⁹⁵, se argumentó que la no publicación de una obra dotaba de prioridad al titular de esa obra sobre el criterio del *fair use*, primando el

⁹³ Esta sección consta de tres partes: un preámbulo que declara que el uso leal de una obra protegida no constituye infracción. Un listado de seis ejemplos ilustrativos, pudiendo ser calificados como usos leales, que son la crítica, comentarios, la información sobre noticias, la enseñanza, becas o investigación; y cuatro factores.

⁹⁴ S. HALPEN, C. NARD, K. PORT; “*Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, patent, trademark*”, 3º Ed. Wolters Kluwer, 2011, p 120.

⁹⁵ *Harper vs Row, Publishers, Inc. Vs Nation Enters.* 471 U.S 539, 564 (1985).

derecho del titular de la obra a controlar la primera aparición pública de la obra sobre cualquier defensa de este criterio.

La creatividad de la obra protegida es el segundo de los aspectos que el juez ha de valorar. Por lo que cuanto mayor originalidad posea la obra original mayor justificación necesitará el uso secundario para que pueda gozar el *fair use*. Así las obras de ficción o fantasía obtendrán mayor grado de protección de *copyright* frente a las obras que incorporen elementos de dominio publico o que se basen en hechos reales.

Tercer factor: lo que se analizara por el juez es la cantidad y la calidad o importancia del contenido protegido utilizado en relación con el conjunto de la obra. En este sentido, el aspecto cuantitativo obedece a proteger al titular de la obra respecto de su total reproducción; y cualitativamente se protege frente a la copia, las mejores partes o las mas esenciales.

Sobre el aspecto cuantitativo, en la sentencia *Maxtone-Graham vs Burtchaell*⁹⁶, se considero que “*no existen reglas absolutas para determinar la cantidad de obra protegida que pueda ser copiada y, asimismo, ser considerad como leal*”. Aunque parece evidente, que sea improbable que la doctrina del *fair use* obtenga resultados positivos, cuando la obra sea reproducida en su totalidad.

En este caso, el Tribunal consideró, que aunque se alegase el superior interés público, la reproducción de una parte de la obra no constituía un *fair use*, porque no habían sido publicadas y porque aunque lo reproducido era parte esencial de la obra. Por tanto, tal y como menciona la propia sentencia, se examinará “*si el uso, centrado en los elementos mas expresivos de la obra, excede el necesario para divulgar los hechos*”.

Cuarto Factor: analiza el efecto sobre el mercado potencial y sobre el valor de la obra protegida. Este factor ha sido considerado por el Tribunal Supremo Americano como el mas importante de los factores antes mencionados, aunque no excluyente sobre estos.

La labor del juez al analizar este factor consistirá en averiguar si la obra derivada tiende a sustituir o reemplazar a la original en el potencial mercado, en cuyo caso será más que probable que dicho uso no sea calificado como leal. En todo caso deberá quedar demostrada la posible merma económica alegada por el titular de la obra.

En definitiva, todos los factores deben de ser sopesados en su conjunto, sin desdeñar el eventual examen de otros factores cuando así lo estime oportuno el juez. Es cierto, que sin embargo, el primer y el cuarto factor pueden desequilibrar la balanza hacia la posible justificación del uso⁹⁷.

⁹⁶ *Maxtone-Graham vs Burtchaell*, 803 F.2d 1253, 1263, 13 Media L. Rep. (BNA).

⁹⁷ *Óp. Cit* CASTELLÓ PASTOR. P. 194.

5. INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN EL ÁMBITO DIGITAL

5.1 Introducción

Internet y el mundo virtual se han convertido en un medio básico para que un usuario pueda buscar información, difundir cualquier tipo de opinión o bien comparar o vender un producto, o simplemente utilizar la información en cualquier parte del mundo, siendo necesario para todo ello la intervención de intermediarios en el proceso.

Estos intermediarios resultan imprescindibles para el desarrollo de la economía digital por facilitar un importante volumen de negocio.

Desde hace ya algunos años, los sitios webs que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas están en el punto de mira de los titulares de derechos, quienes los ven como el objetivo al que deben dirigir principalmente su estrategia para frenar las descargas de contenidos que se producen en la red a partir de copias puestas a disposición de forma no autorizada en servidores de descarga o en redes P2P.

Estas páginas atraen a un gran número de usuarios, que desean descargar música, películas o programas de ordenador y están interesados especialmente en las últimas novedades: películas recién estrenadas, o incluso a punto de estrenar, videojuegos que acaban de aparecer en el mercado, últimas producciones discográficas, etc. La página les ofrece de modo ordenado enlaces a dichas obras y prestaciones, a menudo catalogándolas, reproduciendo las carátulas, etc. Estos sitios web no alojan las obras y prestaciones en cuestión, sino que proporcionan enlaces para que el usuario pueda acceder a los archivos digitales correspondientes, los cuales pueden hallarse bien en otros servidores⁹⁸ o bien en redes *peer to peer* (P2P)³. Algunas de estas páginas ofrecen servicios de *streaming*, consistentes en enlaces ensamblados (*embedded links*) que permiten visualizar en la propia web películas alojadas en servidores externos. En la inmensa mayoría de los casos, las webs de enlaces obtienen ingresos vía publicidad, tanto de la inserta en la página, como, en ocasiones, de los servicios de publicidad por correo electrónico que es preciso aceptar para registrarse en la web⁹⁹.

En este capítulo por tanto se va a hacer un estudio de las posibles infracciones de los derechos de autor que pueden llevar a cabo los prestadores de servicios de intermediación.

⁹⁸ Servicios de alojamiento de gran capacidad, como fue en su momento Megaupload.

⁹⁹ *Óp. Cit.* PEGUERA POCH. P.33.

5.2 ÁMBITO SUBJETIVO DE LA INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

En el Anexo B de la Ley de Comercio Electrónico se ha definido a los prestadores¹⁰⁰ de servicios intermediarios como: *“servicio de la sociedad de la información por el se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información”* abarcando *“la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet”*.

5.2.1 El usuario, el proveedor de contenidos y el prestador de servicios por enlaces.

El proveedor de contenidos es el que introduce o genera cualquier tipo de información, la cual posteriormente será transmitida por los propios usuarios. De ahí que los usuarios sean ejemplos de proveedores de contenido por facilitar la subida y compartir contenidos en la red, aunque no todos los usuarios serán proveedores de contenido, quedando excluidos todos aquellos que ostenten una posición pasiva sin subir ningún archivo a la red.

La responsabilidad de los proveedores de contenidos y de los usuarios va a ser difícil de distinguir, ya que, resulta arduo el proceso de averiguación de la procedencia del material o del lugar desde el cual se ha subido la obra a la red. Tal y como dice SANCHIS CRESPO, *“no hay problemas con la tecnología actual en desandar el camino que un usuario ha realizado y reconstruirlo, para llegar a saber desde que máquina se introdujo el contenido difamante. Salvo que haya procedido a un borrado concienzudo y profesional, estos datos podrán obtenerse. La dificultad estriba en que esto no es mas que una parte del trabajo probatorio necesario”*¹⁰¹.

Los proveedores que facilitan enlaces, a contenidos o instrumentos de búsqueda, son definidos por CASTELLÓ PASTOR como *“los prestadores que ofrecen a los*

¹⁰⁰ Definido *“prestador de servicio”* o *“prestador”*, según el apartado C del Anexo de la LSSICE, como la *“persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”*.

¹⁰¹ SANCHÍS CRESPO, C, *“La tutela del derecho al honor, Internet y la blogosfera”*, Diario La Ley, núm. 8035, 2013, p.13.

usuarios poder acceder a su base de datos cuando soliciten información, previamente recopilada, facilitando en su resultado un listado de direcciones de páginas web, imágenes o vídeos. Principalmente se incluyen en este servicio prestado los motores de búsqueda, aquellas páginas que dispongan de un instrumento de búsqueda ofreciendo enlaces a contenidos de tercero, las paginas que ofrezcan contenidos en streaming o las plataformas de intercambio de archivos P2P”¹⁰².

De estos, la Directiva 2004/48 CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual señala que: *“la Directiva interpreta en sentido amplio el concepto de intermediario, para incluir a todos los intermediarios cuyos servicios hayan sido utilizados por terceros para infringir un derecho de propiedad intelectual. Esto implica que incluso los intermediarios sin relación o conexión contractual directa con el infractor están sujetos a las medidas previstas en la Directiva”.*

5.2.2 Responsabilidad de los Prestadores de Servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

El análisis que la doctrina y la jurisprudencia han hecho sobre el régimen del establecimiento de enlaces desde un punto de vista de la propiedad intelectual ha girado en torno al estudio del derecho de reproducción y a la modalidad de puesta a disposición del público dentro del derecho de comunicación pública.

En principio, en relación con el derecho de reproducción, un enlace, por sí mismo, no puede constituir una reproducción de una obra o prestación protegida por la LPI. El enlace ni contiene, ni fija, ni multiplica la obra o la prestación. Es un mero dato del que no puede deducirse originalidad que lo convierta en protegible. La única reproducción que implica el enlace es la de la dirección URL a través de la cual puede accederse al sitio web en el que se halla alojada la obra o prestación protegida. Y tampoco, una dirección URL es susceptible de ser protegida por la LPI por el mismo motivo que el del enlace.

Por lo que, en opinión de RAMÍREZ SILVA¹⁰³ no puede ponerse a disposición de un tercero aquello de lo que uno mismo no dispone. Teniendo en cuenta que la obra o prestación se encuentra accesible en la página web o el equipo de un tercero o alojada en servidores ajenos, sobre los cuales quien establece un enlace no tiene facultad de disposición alguna, no puede existir puesta a disposición del público de la obra o prestación por parte de quien establece el enlace. La única puesta a disposición del

¹⁰² Óp. Cit. p.225.

¹⁰³ RAMÍREZ SILVA, P; *“Webs de enlaces y Propiedad Intelectual”*, InDret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2012. P. 15.

público del artículo 20.2 de la TRLPI que se realizará será la que lleva a cabo el titular del sitio web o del equipo en la que la obra o prestación está ubicada, ya sea de forma ilícita o no.

Sin embargo, que el establecimiento de enlaces no pueda enmarcarse en el ámbito de la reproducción ni de la puesta a disposición del público no implica que sean ajenos a las disposiciones de la LPI. Tal y como vimos en capítulos anteriores el artículo 20 de la TRLPI es encargado de regular y desarrollar el derecho de comunicación pública. En el se ofrece una definición de lo que debe considerarse un acto de comunicación pública y, en su apartado segundo concreta una serie de supuestos que, “especialmente”, son actos de comunicación pública. Dada la redacción de este artículo se entiende que cualquier acto que pueda enmarcarse en la definición general de comunicación pública, será un acto de comunicación pública¹⁰⁴.

Siguiendo con lo manifestado por RAMIREZ SILVA, el factor determinante de la definición para calificar un acto como comunicación pública es, sin duda, la posibilidad de acceso de una pluralidad de personas a la obra sin que ésta se halle incorporada a un soporte físico, analógico. Determinando que *“El enlace que remite a los usuarios a una obra o prestación situada en un equipo o un sitio web de un tercero facilita y posibilita su acceso sin que los internautas deban llevar a cabo la ardua tarea de buscar en la inmensidad de la red la obra o prestación. Una web de enlaces elimina esa necesidad, permite el acceso directo”*. Bastando, por tanto, que el público tenga la posibilidad de acceder a la obra, pero en ningún caso es necesario que dicho acceso se produzca efectivamente.

Así, se producen dos actos de comunicación pública: en primer lugar, el de comunicación pública general que realiza la web de enlaces al establecer el link correspondiente; en segundo, y a continuación, la puesta a disposición del público que lleva a cabo el titular del sitio web, del servidor o del equipo en el que se halla la obra o prestación.

En la misma línea, la Directiva 29/2001/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, en su considerando 23 establece: *“debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación”*¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Artículo 20.1 TRLPI: *“Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”*.

¹⁰⁵ En suma con el artículo 3 del TRLPI: *“Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”*.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece que: *“Del vigesimotercer considerando de la Directiva 2001/29 se desprende que el concepto de comunicación al público debe entenderse en un sentido amplio. Esta interpretación resulta, además, indispensable para la consecución del objetivo principal de dicha Directiva, que, como se deriva de sus considerandos noveno y décimo, se concreta en lograr un elevado nivel de protección en favor, entre otros, de los autores, con el fin de que éstos puedan recibir una compensación adecuada por el uso de su obra y, concretamente, en el caso de su comunicación al público”*.¹⁰⁶

Así, este mismo Tribunal en el asunto *Sanoma-Playboy/Gs Media*¹⁰⁷ interpreta que la colocación de hipervínculos (links) en sitios de internet a obras protegidas disponibles en otros sitios de internet, sin contar con autorización del titular constituye un acto de comunicación pública al amparo de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2.001, consolidando, de esta manera, la interpretación al respecto dada por la Sentencia *Svenson*¹⁰⁸.

También la jurisprudencia española, como la Audiencia Provincial de Alicante, aclara: *“Según el artículo 20 del TRLPI lo califica como el acto por el que «una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares», recogiendo a continuación una serie de supuestos que se consideran como comunicación pública, sin que dicha relación tenga carácter de numerus clausus...”*¹⁰⁹.

Por todo ello, el responsable o responsables de la página web denunciada, realizan actos de comunicación pública en el momento en que en ella se permite el acceso mediante enlaces directos, a los usuarios de la Red Internet a determinadas obras intelectuales, cinematográficas y musicales.

En conclusión, queda demostrado que los titulares de estas páginas web que aportan enlaces a obras protegidas por los derechos de autor. Desarrollando con ello un

¹⁰⁶ STJCE, 3a, 7.12.2006, as. C-306/05 (TJCE 2006\354; MP: J. Malenovsky).

¹⁰⁷ SJTUE. 8.9.2016. as. C-160/2015 (*Sanoma-Playboy/GS Media*): *“Los titulares de los derechos de autor pueden actuar no sólo contra la publicación inicial de su obra en un sitio de internet, sino también contra toda persona que coloque con ánimo de lucro un hipervínculo que remita a la obra publicada ilegalmente en este sitio así como, en las condiciones expuestas en los apartados 49 y 50 (las letras a) y b) de este artículo) de la presente sentencia, contra personas que hayan colocado esos vínculos con ánimo de lucro.”* Ésta sentencia aclara que cuándo la actividad de enlazar en internet a obras protegidas por los derechos de autor constituye comunicación pública, ampliando los supuestos, de tal forma que constituirá comunicación pública en los siguientes supuestos:

a) Cuando exista ánimo de lucro; b) Cuándo el que enlaza conoce o pudo tener conocimiento de que la obra había sido enlazada sin autorización. Es el caso cuando existe un requerimiento por parte del titular de retirada del contenido o cuando por otras circunstancias sabe que no cuenta con autorización; c) Cuando la obra publicada en internet lo es con autorización y cuenta con medidas de protección. Es el caso, por ejemplo, de obras publicadas con autorización en plataformas legales que cuentan con medidas de protección.

¹⁰⁸ STJUE, 4a, 13.2.2.014, as. C-466/12) (TJCE 2014:76)

¹⁰⁹ AAP de Alicante. Secc. 7a, 20.9.2010 (MP: José Teófilo Jiménez Morago).

nuevo modelo de negocio, basado en la mayoría de las ocasiones en la inclusión de publicidad, el cual, por consiguiente les reporta grandes beneficios dada la gran actividad de estas páginas.

5.2.3 Limitación de la Responsabilidad de los Prestadores de Servicios: El conocimiento efectivo

El artículo 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), que bajo la rubrica Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, proporciona un mecanismo muy útil para limitar la interpretación del derecho de comunicación pública en relación con el establecimiento de enlaces: estableciendo:

Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

- No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

De esta manera, RAMÍREZ SILVA entiende que *“el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen”*¹¹⁰. Por tanto, el elemento esencial de la exclusión de responsabilidad a los prestadores es el conocimiento efectivo de la ilicitud por parte del prestador de enlaces.

Pero la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, ha ampliado de forma considerable el concepto de conocimiento efectivo. Amparadas en el último inciso de los artículos 16 y 17 de la LSSI¹¹¹ y en especial en la inclusión en éstos de la expresión

¹¹⁰ *Óp. Cit. p. 21.*

¹¹¹ *“Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de*

“*otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*”, establecido que el prestador no sólo tiene conocimiento efectivo de la ilicitud cuando recae una resolución judicial o administrativa que así lo declara, sino que puede tenerlo también cuando la ilicitud es evidente por sí misma o ha existido una notificación fehaciente y fundamentada de la parte afectada¹¹².

Este razonamiento viene apoyado por el artículo 281.4 LEC, el cual aclara: “*no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general*”. Así, en la misma línea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) en el asunto C-324/09 *L'oreal vs Ebay* (párrafo 120):

“(…) *para que se le niegue al prestador de un servicio de la sociedad de la información la posibilidad de acogerse a la exención de responsabilidad prevista por el artículo 14 de la Directiva 2000/31, basta con que haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido deducir ese carácter ilícito y actuar de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b), de dicho artículo 14.*”.

En cuanto a la Jurisprudencia española, la sentencia de la AP de Toledo (Sección 1a) de 1 de junio de 2012¹¹³, determina que el prestador de servicios sería responsable de la ilicitud de los contenidos aun cuando esta no le hubiera sido notificada judicialmente, en los casos:

- Que la decisión judicial de ilicitud de los contenidos es suficiente para adquirir conocimiento efectivo pero no excluye “*otros muchos casos*”.
- Que entre esos “*otros muchos casos*” se encontrarían aquellas situaciones.
- Que el comportamiento previo del prestador de servicios resolviendo positivamente situaciones idénticas o análogas le vincula a futuro.

contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”,

¹¹² SSTS, Civil, Secc. 1a, 9.12.2009 (RJ 2010\131; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel) y 18.5.2010 (RJ 2010\2319; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

¹¹³ “*las expresiones proferidas son claramente ofensivas y se da además la circunstancia Según el propio recurrente declaró en instrucción, que el usuario conocido como " Pelosblancos ", ha tenido muchos problemas por comentarios ofensivos hacia juzgados, abogados etc., habiéndole tenido que pedir en otras ocasiones que corrigiera parte de sus textos. No se trata por tanto de que el acceso al servicio sea libre y sorpresivamente se pueda deslizar un comentario de dudosa licitud sin que el administrador se aperciba del mismo, sino que nos encontramos ante insultos apreciables por cualquiera, introducidos en el foro por un individuo que ya en ocasiones anteriores ha dirigido comentarios ofensivos y el administrador del foro hoy recurrente, sin esperar a que ninguna resolución los declarase ilícito, obligó al otro acusado a corregir sus textos, lo que demuestra que es consciente de que sin necesidad de declaración judicial alguna, tiene el deber de impedir comentarios insultantes, y precisamente esa reiteración de comentarios le hace si cabe más responsable, pues el deber de vigilancia sobre el contenido de los mismos se extrema hasta el punto de que lo razonable hubiera sido impedirle directamente el acceso al foro.*”...

En definitiva, la LSSI únicamente establece los elementos necesarios para que, en caso de que un prestador sea responsable de un ilícito, dicha responsabilidad se vea excluida. Es decir, sólo si llegamos a la conclusión de que el establecimiento de enlaces a obras y prestaciones sin consentimiento de sus titulares constituye una infracción de la LPI de la cual el prestador es responsable deberemos analizar si dicha responsabilidad puede excluirse en virtud del artículo 17 de la LSSI. Por el contrario, si consideramos que el establecimiento de este tipo de enlaces no entraña infracción de la LPI o de otra norma sustantiva, no podremos acudir al artículo 17 de la LPI para hacer responsable al prestador.

5.2.3.1 Responsabilidad penal

Nuestro Código Penal, castiga los delitos contra la propiedad intelectual en el Art 270.

“Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y de multa de doce a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”.

Ahora bien, en el enjuiciamiento penal de estas conductas se plantean muchas cuestiones que son específicas de esta jurisdicción, y que son independientes del hecho de que la conducta pueda considerarse una violación de la LPI. Así ocurre por ejemplo con la apreciación de la concurrencia del ánimo de lucro como elemento integrante del tipo penal del artículo 270.1 CP, como en el caso de *Todocarátulas*¹¹⁴.

En este caso concreto el Juzgado al dar a entender que si los hechos hubieran sido enjuiciados con arreglo a la reforma obrada por la LO 15/2003 (que entró en vigor el 1 de octubre de 2004), la conducta del acusado sí podría resultar constitutiva de delito, ya que encajaría en el artículo 286.3 CP. Dicho precepto se refiere a quien «sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente» (286.1 CP) o bien sin ánimo de lucro, facilite a terceros dicho acceso, o por medio de una comunicación pública, comercial o no, suministre información a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguirlo, incitando a lograrlo (286.3 CP). Parece entender el Juzgado que la comunicación pública —sin necesidad de ánimo de lucro— de información sobre cómo lograr el acceso a obras protegidas ubicadas en otros sitios de internet sería subsumible

¹¹⁴ SAP. de Barcelona, Sección 7ª, de 22 de diciembre de 2005. n° 338/05.

en el art. 286.3 CP. De este modo, mientras que el delito del art. 270.1 se cometería por quienes ponen a disposición los contenidos infractores, el titular del sitio de enlaces incurriría en el delito previsto en el art. 286.3 CP. Sin embargo, el acceso no se refiere de modo general a obras protegidas sino a “servicios” prestados por un tercero y sin el consentimiento de éste. El bien jurídico protegido parece ser el derecho del titular del sitio de internet donde se ponen a disposición los contenidos o donde se prestan servicios de acceso condicional. A ello pudo contribuir la testifical aportada por la propia acusación particular, la cual —según expone la sentencia— vino a indicar *«que tan sólo estarán obligados al pago de las oportunas tarifas a la SGAE aquellas páginas que permitan la descarga directa de las obras musicales, pero no aquellas otras que contengan enlaces a otras que permitan esa descarga última, de lo que solo puede deducirse nuevamente la atipicidad de esta segunda clase de conductas»*¹¹⁵

Precisamente este tema de debate jurisprudencial, ha sido el mecanismo utilizado por las páginas web que alojan enlaces para eximir su responsabilidad penal.

6. MEDIDAS SUSPENSIVAS DEL SERVICIO Y CLAUSURA DE PAGINAS WEB

En este capítulo, se va a realizar un estudio de la evolución que ha tenido la legislación española ante las nuevas vulneraciones de los derecho de autor en el ámbito digital, en concreto, se analizarán las medidas suspensivas del servicio de las paginas web y su clausura desde la perspectiva de las dos ultimas grandes reformas realizadas en la Ley de Propiedad Intelectual y en la Ley de Economía Sostenible.

La fundamentación jurídica la encontramos en el Libro II TRLPI relativo a las diversas formas de protección de los Derecho de Propiedad Intelectual (artículo 138 y ss.). Recogiendo diferentes referencias a las concretas acciones y procedimientos que pueden instar los titulares de estos derechos, principalmente, de cesación de la actividad ilícita, de indemnización y de pretensiones punitivas, artículos 139¹¹⁶, 140¹¹⁷ y 143¹¹⁸.

¹¹⁵ PEGUERA POCH, M: *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, ISSN 1576-3366, no 42 (septiembre-diciembre 2012) p. 35

¹¹⁶ En este artículo se regula el “Cese de la actividad ilícita”, y en él se enuncian las concretas pretensiones que pueden englobarse o derivarse de este precepto.

¹¹⁷ Es el dedicado a las indemnizaciones por daños y perjuicios que se deben abonar al titular del derecho infringido. En el caso del derecho moral se tendrá derecho a la correspondiente indemnización, aunque no se hubiere probado la existencia de un perjuicio económico. Además, en la cuantía de la indemnización se podrán incluir los gastos de investigación en que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción.

¹¹⁸ Este precepto hace extensivas las medidas cautelares que sean procedentes en los procesos civiles a las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual.

6.1 Ley SINDE

Con el objetivo de proteger los derechos de Propiedad Intelectual en el ámbito de la Sociedad de la información y del comercio electrónico, se modificó el Art 8 de la LSSICE relativo a las “Restricciones que se imponen a la prestación de servicios”. Dicha modificación la recoge la Disposición final cuadragésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. En virtud de esta disposición, se añade un punto nuevo (punto “e”) dentro del apartado 1 del artículo 8 y, se introduce un apartado 2.

De forma breve señalar, que estos cambios en la LSSICE se concretaron en:

- Salvaguardar los derechos de propiedad Intelectual
- Que los órganos competentes podían interrumpir la prestación de servicios u ordenar la retirada de datos, que vulnerasen los derechos de propiedad intelectual, siempre que el prestador directa o indirectamente, actuase con ánimo de lucro o hubiera causado o fuese susceptible de causar un daño patrimonial.
- Que, el órgano competente para tomar la decisión de interrupción o retirada de los datos, fuese la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.
- Un papel mas activo de los jueces. Así el órgano competente podía requerir al prestador la cesión de los datos que permitan la identificación, pero dicho requerimiento necesita de una previa autorización judicial.

Como consecuencia de esto, la comisión puede pedir a los prestadores de servicios de Internet que identificasen a los *webmasters* de las páginas que, presuntamente, vulneran la ley, a fin de que comparezcan en el procedimiento instruido por el Ministerio de Cultura. Sin embargo, la facilitación de dichos datos necesita una autorización judicial previa. Pero también pueden pedir el bloqueo de páginas que estén alojadas fuera de España, aunque para ello deberán acudir a la Audiencia Nacional para que autorice dicha acción.

A efectos prácticos la Ley Sinde impide el acceso de los usuarios desde España a una web con el servidor en el extranjero para descarga contenidos ilegales sujetos a derechos de autor.

Con ello permite la retirada de contenidos o la interrupción del servicio de una web de descargas de contenidos ilegales sujetos a derechos de autor, esté o no alojada en un servidor de España, previa autorización de un juez de la Audiencia Nacional. El Real Decreto refuerza el procedimiento de mediación y arbitraje de la sección primera

de la comisión con el propósito de la resolución "voluntaria" y "extrajudicial" de los conflictos sobre propiedad intelectual.

Se establece como máximo nueve meses para que se resuelva el conflicto, mientras que el laudo arbitral, que tendrá "carácter vinculante, ejecutable e impugnabile", deberá dictarse en el plazo máximo de tres meses desde que las partes formulen sus posiciones definitivas.

Los titulares de derechos de autor o las entidades o personas naturales o jurídicas que los representen pueden también dirigirse directamente a la sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (nunca actuará de oficio). Ésta también instará a la web de forma voluntaria a la retirada de los contenidos o la presentación de alegaciones en el plazo de 48 horas.

Transcurrido este plazo sin que ninguno de estos requerimientos hayan sido seguidos, la sección pedirá que ambas partes presenten conclusiones en cinco días, tras los cuales la comisión tendrá otros tres días como máximo para dictar resolución. Declarada en dicha resolución la existencia de una vulneración de derechos de propiedad intelectual, la sección segunda ordenará, previa autorización judicial, la retirada de los contenidos en un plazo de 24 horas desde su notificación. La resolución contemplará, asimismo, para el caso de incumplimiento dentro del plazo de 24 horas, "las medidas de ejecución forzosa dirigidas a los servicios de intermediación de la sociedad de la información que correspondan para el eficaz cumplimiento de la resolución". "Los servicios de intermediación deberán dar cumplimiento a este requerimiento de colaboración en un plazo de 72 horas desde la notificación", añade el Real Decreto que deberá ser aprobado por el Consejo de Ministros y que podría comenzar a aplicarse en tres meses¹¹⁹.

Este es el procedimiento que se ha seguido estos últimos años para la suspensión de la actividad, eliminación de enlaces y el cierre de varias paginas populares entre los usuarios, como han sido el caso de *Series.ly*, *Extravagos*, *Piratebay*, etc...¹²⁰

6.2 Ley 21/2014, de 4 de noviembre.

Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta ley se constituye como un instrumento de reacción frente a las

¹¹⁹ <http://www.20minutos.es/noticia/1018596/0/borrador/ley/sinde/#xtor=AD-15&xts=467263>

¹²⁰ http://www.vozpopuli.com/medios/Illegal-Peliculas-Cine-Internet-LPI-Paginas_de_enlaces-Ley_de_propiedad_intelectual-Gobierno-amenazas-hosting-series-ly-Cuevana_0_769423102.html

vulneraciones de derechos, consecuencia de la implantación generalizada e intensiva de las nuevas tecnologías, la cual ha multiplicado los riesgos de vulneración de los derechos de propiedad intelectual.

Las modificaciones que ha implantado esta ley se pueden resumir en:

Se modifica el régimen de acciones y medidas cautelares que puede ejercitar el titular de los derechos reconocidos en la LPI (instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140, así como instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor).

A estos efectos, se prevé que será responsable como infractor, quien induzca dolosamente la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor¹²¹.

También, se dota a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual de mecanismos de reacción frente a las vulneraciones cometidas por prestadores de servicios de la sociedad de la información que no cumplan voluntariamente con los requerimientos de retirada que le sean dirigidos por aquélla, incluyendo la posibilidad de requerir la colaboración de intermediarios de pagos electrónicos y de publicidad y previendo la posibilidad de bloqueo técnico, debiendo motivarse adecuadamente en consideración de su proporcionalidad y teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance. Asimismo, se prevé que, en caso de incumplimiento reiterado de los requerimientos de retirada, los prestadores que vulneren derechos de propiedad intelectual sean sancionados administrativamente¹²².

Este procedimiento de restablecimiento de la legalidad se iniciará de oficio¹²³ y se dirigirá contra:

a) los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual

¹²¹ Se modifica el artículo 138 TR LPI (Acciones y medidas cautelares urgentes).

¹²² En el artículo 158 ter (Función de salvaguarda de los derechos en el entorno digital), se establece que la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá las funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información a través de un procedimiento cuyo objeto será el restablecimiento de la legalidad.

¹²³ Reforma claramente lo que manifestaba el artículo 721 LEC: “Necesaria instancia de parte...las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal....ni tampoco se podrán acordar medidas mas gravosas que las solicitadas”.

b) los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual de la forma referida en el párrafo anterior, facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. En particular, se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio¹²⁴.

ARMENGOT VILPLANA¹²⁵, añade que además de las medidas cautelares tasadas por la ley, “*dado el actual desarrollo tecnológico o las nuevas practicas en Internet podrían poner de manifiesto la necesidad de otras medidas mas adecuadas y proporcionadas en el caso concreto*”.

Estas medidas cautelares previstas para la protección de los derechos de autor son de aplicación, tanto en el proceso civil. Como en el proceso penal que de forma conjunta o separada pudiesen tramitarse, operando de forma subsidiaria los preceptos del artículo 726 LEC y ss.

Así, el que afirma ser titular de los Derechos de Propiedad podrá solicitar como medida cautelar la suspensión de una actividad consistente, por ejemplo, en la gestión y mantenimiento de una página web que tiene por objeto la puesta a disposición en la Red pública de copias ilícitas de obras sin la autorización de su autor, actuación que además le reporta a éste un lucro económico; tal y como expresa el artículo 138 TRLPI¹²⁶.

No bastará con alegar de manera genérica que el prestador de servicios de intermediación posibilita con sus actuaciones la vulneración de Derechos de Propiedad Intelectual. Deberá especificarse en la demanda cautelar cuáles de los servicios técnicos que presta están utilizando para vulnerar tales derechos de autor y justificando concretamente por qué deben suspenderse.

¹²⁴ El Tribunal de Justicia de Unión Europea dictó una resolución, de fecha 21 de octubre de 2014 (asunto C-348/13, *BestWater*), por la que establece que el simple hecho de incluir en una página web el enlace a un vídeo de libre acceso publicado en otra página, no vulnera los derechos de autor sobre dicho vídeo. Señala así el TJUE que el simple hecho de que una obra protegida y libremente accesible en una página de Internet, sea insertada en otra página web por medio de un enlace que utiliza la técnica de la transclusión, como la utilizada en el asunto principal, no puede considerarse como comunicación al público en el sentido del artículo 3, párrafo 1, de la Directiva 2001/29, en la medida en que la obra en cuestión ni se transmite a un público nuevo ni se comunica utilizando una técnica específica, diferente de la utilizada por la comunicación original.

¹²⁵ ARMENGOT VILPLANA, “*La tutela cautelar de la Propiedad Intelectual tras la últimas reformas legislativas*”; Revista de Propiedad Intelectual, núm. 25, 2007, pág. 45 y ss.

¹²⁶ “*El titular de los derechos reconocidos en esta ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140....*”

En este sentido, el artículo 728.2 LEC, determina: “*El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios*”.

En cualquier caso, como puede leerse en el propio artículo 141.6 TRLPI, todo ello “*sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*”, y más concretamente en los anteriormente mencionados artículos 16 y 17 LSSI, relativos a “*a la responsabilidad del prestador de servicios y a los diversos supuestos de exoneración de la misma*”¹²⁷.

Para finalizar y a efectos ejemplificativos, MONSERRAT DE HOYOS SANCHO resume como sería el inicio del procedimiento a seguir: Si se está llevando a cabo en una página Web una actividad de “comunicación pública” o de “reproducción” de una obra cinematográfica, el solicitante de la medida cautelar de clausura de ese sitio Web, acreditaría por un acta notarial que en unas fechas determinadas se podía descargar esa película en ese sitio Web, pudiendo adjuntar un atestado de la Guardia Civil (por el que se ha detectado, por ejemplo, que al día siguiente del estreno se una conocida película , ésta estaba disponible en una Web de descargas).

7. CONCLUSIONES

1.- La incidencia de los avances tecnológicos en el proceso de creación de las obras audiovisuales es evidente. Pero esta influencia no ha supuesto una ruptura de la concepción clásica de la categoría de obra audiovisual, ya que, su regulación sigue los principios básicos de la concepción genérica de obra.

2.- Los esfuerzos de armonización de los derechos de autor ante los nuevos desafíos que presenta la era digital, han conllevado un estándar mínimo común en la regulación de esos derechos. Facilitando así una defensa uniforme y globalizada de los derechos de los titulares de las obras. Aunque también es cierto, que esa base común de protección queda desvirtuada en el momento en que se concede a cada estado discrecionalidad, en *ultima ratio*, para la regulación de esos derechos de autor a nivel nacional.

3.- El proceso de digitalización ha conllevado una reinterpretación de los derechos de explotación de la obra. Debido a que con el progresivo aumento del uso de

¹²⁷ DE HOYOS SANCHO, M; “*La Propiedad Intelectual en la era Digital*”, La Ley, 2011, Madrid, p. 306.

las tecnologías digitales, en concreto, Internet, ha provocado que las formas clásicas de reproducción, comunicación, transformación y distribución de las obras se hayan quedado obsoletas. Dando como resultado nuevas regulaciones, adaptadas a las nuevas necesidades de la sociedad.

4.- Si bien, la armonización de los derechos de autor ha creado una base común de protección, no debemos obviar que la defensa efectiva de los mismos queda en última instancia en manos de cada estado. La desigual regulación los Derechos de Autor, ha facilitado las actividades infractoras. Así la colocación de los servidores, en los que se apoyan las páginas web que pretenden vulnerar los derechos de propiedad intelectual, se alojaran en aquellos países donde la legislación de explotación de derechos sea más laxa con estas actividades.

5.- Son evidentes los esfuerzos, que en el caso de España, se han llevado a cabo con las sucesivas modificaciones de la ley para la protección de los derechos de autor, frente a las actividades ilícitas en la red. Pero también ha quedado patente la debilidad de los mecanismos para perseguir este tipo de actividades infractoras, tanto por los distintos puntos de vista jurisprudenciales, como por el aumento masivo de estas páginas web de enlaces .

8. BIBLIOGRAFIA

AGUIRRE ROMERO, J; “*Las revistas digitales: ¿Un revulsivo de la vida académica?*” en *Retos jurídicos en Internet; Seminario Complutense de Telecomunicaciones e Información*, Madrid, 1998.

AGUSTIN MACÍAS CASTILLO Y MIGUEL ÁNGEL HERNÁNDEZ ROBLEDO; “*El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías*” .Ed: LaLey, Madrid 2008.

BALL, H.C; “*Law of Copyright and Literary Property*”; Ed. Banks and Company, New York, 1944.

BERCOVITZ. R, “*Manual de Propiedad Intelectual*” 6º Edición; Ed. Tirant lo Blanch; Valencia, 2015

CASTELLÓ PASTOR, JJ; “*Motores de búsqueda y derechos de autor: infracción y responsabilidad*”, Ed, Aranzadi, Pamplona 2016.

COLOMBET, C; “*Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*”. Ed UNESCO/CINDOC, 3ª Ed, Madrid 1997.

DE HOYOS SANCHO, M; “*La Propiedad Intelectual en la era Digital*”, La Ley, 2011, Madrid, p. 306.

DIEGO SOLANA; “*El asunto Google y la “regla de los tres pasos” en nuestra Ley de Propiedad Intelectual*; 2008.

DELIA, LIPSZYC, “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, pág. 11, Unesco-Cerlalc-Zavalía, Buenos Aires (2005).

ERDOZAÍN, A. GONZÁLEZ, J. J. MARÍN, M. SOL «*El test de las tres etapas y la comunicación pública. Mesa Redonda*», IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. núm. 1, 2005.

ESPÍN CANOVAS, DIEGO: “*El Derecho Moral del Autor y su Protección Post Mortem en la Legislación Española*”. Conferencia publicada en el libro memoria de I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, realizado en la ciudad de Madrid. Madrid 1991.

ESPÍN CÁNOVAS, D; “*Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*”. Madrid. Civitas Ediciones. 1991.

ESTEVE GONZÁLEZ, L; “*Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*”. Ed. Comares, 2006.

ESTEVE PARDO; “*La obra multimedia en la Legislación española*” ;Ed. Pamplona 1997.

GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, I; “*El derecho de autor en internet*”; Ed. Comares; Granada 2001.

HALPEN, C. NARD, K. PORT; “*Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, patent, trademark*”, 3º Ed. Wolters Kluwer, 2011.

MARTINEZ ESPIN, P; “*Comentarios al art.14*” en “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”, coordinados por BERCOVITZ, R.

MASSAGUER, “*Los derechos de autor en los medios y soportes electrónicos y digitales*” Diario LaLey, núm. 7800, 2012

- MIGUEL A ; *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*; Ed Reus S.A; Madrid 1999;
- PEGUERA POCH, M: *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, ISSN 1576-3366, no 42 (septiembre-diciembre 2012).
- PÉREZ DE CASTRO. N ; *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, Ed Reus S.A; Madrid 1999.
- PÉREZ DE ONTIVEROS, C; “*Derecho de autor: La facultad de decidir la divulgación*”, Civitas, Madrid, 1993.
- RAMÍREZ SILVA, P; “*Webs de enlaces y Propiedad Intelectual*”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2012.
- RODRÍGUEZ TAPIA, “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”, Thomson Civitas, 2007.
- RIBERA BLANES, B; “*El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*”; Ed. Dykinson 2003.
- RIVERO HERNANDEZ, F; “*Comentario al artículo 4*” en “*Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*”, coordinados por BERCOVITZ, R.
- SAIZ GARCÍA, C ; “*Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*”, Ed. Aranzadi 2002
- SÁNCHEZ ARISTI: «*Enlazadores y seudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales*», Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 5, 2012.
- SANCHÍS CRESPO, C, “*La tutela del derecho al honor, Internet y la blogósfera*”, *Diario La Ley*, núm. 8035, 2013.
- SANCHÍS MARTINEZ. Mº T.; “*Derechos de autor, digitalización e internet*”; Ed, S.A. Madrid 2004.
- VATTIER FUENZALIDA, C; “*La Propiedad Intelectual*”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI 1993.

FUENTES

- “*Derechos de autor y acceso a la información: los conflictos en la era digital*”; *Anuari de Biblioteconomia, Documentació i Informació : Bibliodoc* 2001/2002.
- 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. «BOE» núm. 97, de 22/04/1996.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. «BOE» núm. 166, de 12/07/2002.
- Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa, hecho en Berna el 19 de septiembre de 1979. «BOE» núm. 235, de 1 de octubre de 1986, páginas 33547 a 33555 (9 págs.)
- Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. «DOUE» núm. 346, de 27 de noviembre de 1992, páginas 61 a 66 (6 págs.)
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.

-Decisión del Consejo, de 19 de noviembre de 2007, sobre la aceptación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), hecho en Ginebra el 6 de diciembre de 2005. «DOUE» núm. 311, de 29 de noviembre de 2007, páginas 35 a 41 (7 págs.)

-Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. «DOUE» núm. 167, de 22 de junio de 2001, páginas 10 a 19 (10 págs.)

-Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. «BOE» núm. 162, de 8 de julio de 2006, páginas 25561 a 25572 (12 págs.)

-Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «BOE» núm. 206, de 25/07/1889.

-Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

-STS de 26 de octubre de 1992.

-STJUE (Sala tercera), *Football Dataco Ltd y otros contra Sportradar GmbH y Sportradar*.

-STJUE (Sala cuarta), *Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening*, de 16 de julio de 2009 (asunto C-5/08).

-STJUE (Sala Tercera) *Sociedad General de Autores y Editores de España y Rafael Hoteles SA*, de 7 de diciembre de 2006 (asunto C-306/05) (TJCE 2006, 354).

-STJUE (Sala Cuarta) *ITV Broadcasting Ltd y otros contra TV Catch Up Ltd.*, de 7 de marzo de 2013 (asunto C-607/11) (TJCE 2013, 73).

-STJUE *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Shahlman, Pia Gadd y Retriever Sverige AB*, de 13 de febrero de 2014 (asunto C-466/12).

-STJCE, 3a, 7.12.2006, as. C-306/05 (TJCE 2006\354; MP: J. Malenovsky).

-SJTUE. 8.9.2016. as. C-160/2015 (*Sanoma-Playboy/GS Media*)

-STJUE, 4a, 13.2.2.014, as. C-466/12) (TJCE 2014:76)

-STJUE, de fecha 21 de octubre de 2014 (asunto C-348/13, *BestWater*)

-SSTS, Civil, Secc. 1a, 9.12.2009 (RJ 2010\131; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel) y 18.5.2010 (RJ 2010\2319; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

-SAP. de Barcelona, Sección 7ª, de 22 de diciembre de 2005. nº 338/05.

-SAP de Barcelona (sec.15º), de 5 de marzo de 2004 (AC 2004, 479) (FD 4)

-AAP de Alicante. Secc. 7a, 20.9.2010 (MP: José Teófilo Jiménez Morago).

