

diario LA LEY temas de HOY

www.laley.es

Edita LA LEY. c/ Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid). Tels.: 916 02 00 00 y 902 42 00 10 (Servicio de Atención al Cliente); Fax: 916 02 00 01 (Redacción); e-mail: DiarioLaLey@laley.es

AÑO II. Número 4. Jueves, 14 de diciembre de 2006

DIRECCIÓN LA LEY TEMAS DE HOY: JOSÉ MARÍA MICHAVILA NÚÑEZ y ALBERTO DORREGO DE CARLOS

LA DEFENSA DE LA CREATIVIDAD INTELECTUAL

PRESENTACIÓN

El pasado 8 de julio de 2006 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

Como es bien conocido, el objetivo fundamental de la nueva Ley es la incorporación de una de las últimas directivas sobre la materia, y más en concreto la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

En la línea que nos viene caracterizando desde nuestro nacimiento, hace ahora un año, en este nuevo número de *LA LEY-TEMAS DE HOY* hemos querido contribuir al debate social sobre un tema de gran actualidad aportando un amplio y riguroso análisis jurídico del sistema español de protección de la propiedad intelectual y, en concreto, de los aspectos que han resultado más controvertidos a lo largo de la tramitación parlamentaria de la reforma legislativa: la *función social* de las entidades de gestión, el denominado *canon de copia privada*, el tratamiento de los resúmenes de prensa, la diferenciación de tratamiento jurídico de los entornos analógico y digital, los límites de la propiedad intelectual, la disposición interactiva... o, en fin, los novedosos instrumentos procedimentales para la resolución de conflictos en esta materia.

Una cuestión que no hemos querido dejar fuera de nuestro análisis es la creciente influencia en este ámbito de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones electrónicas (TIC).

Las TIC han supuesto una transformación radical, inimaginable hace pocos años, en el mundo de la creación y de la propiedad intelectual. Han incrementado exponencialmente la capacidad de comunicación, difusión e intercambio de las obras y los productos culturales, creando en este ámbito un mercado plenamente globalizado, como quizás no exista en ningún otro sector. Las creaciones de *software* y las obras musicales o audiovisuales (estas últimas con ligeros obstáculos técnicos derivados de la capa-

cidad de las redes), se difunden y adquieren masivamente desde cualquier rincón del mundo gracias a los nuevos formatos digitales, sin prácticamente restricción alguna. Sin embargo, esta *accesibilidad global e ilimitada* provoca también grandes riesgos e incertidumbres sobre el futuro de las industrias asociadas a la creación intelectual (las cuales suponen entre un 5 y un 10% del PIB en los países de la OCDE) debido al enorme crecimiento de las defraudaciones (reproducción, distribución y puesta a disposición no autorizada) a través de estos canales. Según datos del reciente estudio de hábitos de consumo realizado en septiembre de 2006 por la consultora GFK, un 43% de los consumidores de productos audiovisuales en España tiene un comportamiento *flexible* en relación con la piratería, adquiriendo por vías ilícitas (P2P o *top-manta*) obras videográficas.

En un reciente congreso científico auspiciado por la OMPI (Organización Mundial de Propiedad Intelectual), se constataba que en España existen 1,7 millones de personas que realizan descargas ilícitas vía *peer to peer* de películas (más de dieciséis millones de descargas al año). La FAP (Federación para la Protección de la Propiedad Intelectual) cifra en seiscientos millones de euros las pérdidas en el sector audiovisual producidas en España en el año 2004, cifra aún más alarmante si se considera que en el año 2000 tales pérdidas no alcanzaban, según la misma organización, los 20 millones de euros. Se trata, por consiguiente, de un crecimiento exponencial del fraude que afecta muy seriamente a la viabilidad del sector, al sostenimiento de la industria vinculada al mismo y, al final, al propio proceso creativo.

La lucha contra estos fenómenos exige una política clara de defensa de la creatividad intelectual desde todos los frentes: medidas preventivas, formativas y de sensibilización social, desde luego, pero también una actitud decidida de rechazo (policial y judicial) a estas nuevas formas de criminalidad que resultan tan lesivas para nuestro patrimonio cultural común y el desarrollo de la creatividad de nuestros autores. Frente a una línea que iniciamos hace años como responsables del Ministerio de Justicia, introduciendo la perseguibilidad de oficio de estos delitos, castigando la tenencia de instrumentos para la comisión de

TRIBUNA

- La propiedad intelectual en la era digital, por EDUARDO BAUTISTA GARCÍA 2

LA OPINIÓN DE LOS EXPERTOS

- La gestión colectiva de los derechos y la competencia, por PABLO HERNÁNDEZ ARROYO 3
- Quince ideas generales y básicas para comprender la propiedad intelectual (derecho de autor), por ABEL MARTÍN VILLAREJO 4

BALANCE DE SITUACIÓN

- Propiedad intelectual en la sociedad de la información, por JOSÉ MANUEL TOURNÉ ALEGRE 5

NUEVAS TENDENCIAS

- Los derechos sobre la actividad creativa en la empresa: protección legal de las obras e invenciones laborales, por IGNACIO J. FERNÁNDEZ Y DANIEL CHÓLIZ 10

IDEAS BÁSICAS

- Reflexiones sobre el denominado «canon de copia privada». Análisis jurídico y aclaraciones de aspectos esenciales, por ABEL MARTÍN VILLAREJO .. 14

LO ESENCIAL 20

los mismos, incorporando estas infracciones al catálogo de los juicios rápidos penales, etc., se observa hoy mayor relajación en la defensa de las creaciones culturales y en la persecución de estas infracciones. Resultan preocupantes las consecuencias que pueden derivarse de la interpretación *hiperrestrictiva* que se viene imponiendo en determinados ámbitos jurídicos (tanto en el Ministerio Fiscal como en ciertas resoluciones judiciales) sobre el «... ánimo de lucro...» como elemento subjetivo del tipo penal definido en el art. 270 del CP aplicada en las descargas *via peer to peer* y más preocupante aún fundamentar resoluciones absolutorias en que «... lo contrario implicaría la criminalización de comportamientos socialmente admitidos y, además, muy extendidos...», como ha sucedido recientemente. Es preciso, por el contrario, un compromiso activo de todos los operadores jurídicos en defensa de la creatividad intelectual con toda la potencia y la legitimidad del Estado de Derecho. El desarrollo de la creatividad de nuestros autores, directores, artistas, intérpretes, etc., requiere una industria robusta asentada sobre sólidas bases de respeto a los derechos ajenos y a la propiedad privada. Y ello constituye una responsabilidad ineludible del Estado.

Para el estudio de todas estas cuestiones contamos con algunos de los más destacados especialistas en la materia en España, como José Manuel TOURNÉ, Director General de la Federación An-

tipiratería (FAP) y con la autorizada voz de las principales entidades de gestión de los *derechos colectivos* de propiedad intelectual. En particular hemos tenido el privilegio de contar con la colaboración de la más antigua y recocida entidad de gestión existente en España, la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), cuyo Presidente, Eduardo BAUTISTA GARCÍA y el jefe de sus servicios jurídicos, Pablo HERNÁNDEZ ARROYO, nos aportan su visión penal sobre la reforma y algunos de sus elementos más innovadores.

Asimismo participa en este número Abel MARTÍN VILLAREJO, Director General de AISGE (entidad de gestión de artistas e intérpretes), sin duda uno de los más profundos conocedores de la materia en España, que contribuye en su excelente artículo a la aclaración de conceptos jurídicos excesivamente afectados por una mezcla de tópicos y faltas de conocimiento, como la *copia privada* y sus derivaciones económicas (la compensación colectiva de los autores mediante canon). Este instrumento de compensación a los límites del derecho de explotación de los autores (pues esto es, precisamente, la *copia privada*) ha sido mal comprendido por determinados sectores de la opinión pública, cuando sin embargo ha de ser contemplado como un mecanismo razonable de salvaguarda e incentivo de la creatividad de nuestros autores,

sin perjuicio de que su configuración técnico-jurídica pueda ser debatida y mejorada en el futuro.

A pesar de resultar menos conocida por el gran público, Ignacio J. FERNÁNDEZ y Daniel CHÓLIZ, Abogados de la prestigiosa firma Ernst & Young, analizan una vertiente muy particular de esta materia que es la extensión de la propiedad intelectual en el seno de las empresas, y más concretamente de la protección de las obras e invenciones laborales, verdadero valor añadido de la labor realizada por muchos profesionales en su actividad cotidiana.

A todos ellos, junto con el Secretario Académico de la revista, Jorge VILLARINO, deseamos testimoniar nuestro más sincero agradecimiento por haber colaborado no sólo en el análisis riguroso de una cuestión de tanta actualidad, sino, sobre todo, por su contribución a la tarea de sensibilización de la sociedad española en la defensa de la creatividad intelectual. Un esfuerzo imprescindible en estos tiempos difíciles para el sector si queremos preservar nuestra potencia creativa en Europa e Hispanoamérica, incrementar nuestro nivel de desarrollo humano y afirmar con renovado vigor nuestra esencia cultural como la gran nación histórica y política que somos.

JOSÉ MARÍA MICHAVILA NÚÑEZ

ALBERTO DORREGO DE CARLOS

TRIBUNA

LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DIGITAL

Por EDUARDO BAUTISTA GARCÍA

Presidente del Consejo de Dirección de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE)

Desde hace algunos años asistimos a un momento histórico marcado por la circulación de un ingente flujo de información y mensajes que se transmi-

ten de forma ininterrumpida y en tiempo real sin detenerse ante fronteras geográficas o políticas. Este fenómeno, cuyo paradigma es Internet, esa mágica Red que interconecta millones de ordenadores y ciudadanos de todo el mundo, nos acerca a lo que entendemos por Sociedad del Conocimiento, un nuevo modelo de organización industrial, cultural y social en el que las nuevas tecnologías de la comunicación facilitan ese conocimiento. Para que esa meta se logre, es necesario que se difunda información de mayor calidad, pues cuanto más y mejores sean los contenidos que se divulguen, mayor interés tendrá el ciudadano por las redes digitales. Ahora bien, para que existan contenidos, se deben preservar eficazmente los derechos de propiedad intelectual de sus creadores.

Sin el trabajo de los autores, sin sus obras, difícilmente existirían películas, libros, discos, teatros, salas de concierto, tiendas de música, discotecas, cines, fiestas populares, fábricas de productos para el uso y consumo cultural, emisoras de radio y televisión y un largo etcétera. En definitiva, un negocio que mueve más de 10.000 millones de euros anuales y que da trabajo a más de un millón de personas. Pero no se trata, exclusivamente, de aportar meros datos económicos. España es una potencia mundial en lo que a poder cultural se refiere. Hasta esa posición de privilegio nos han llevado nombres como Cervantes, Góngora, Calderón, Velázquez, Goya, Picasso, Eduardo Chillida, Manuel de Falla, Albéniz, Aleixandre, Juan Ramón, Almodóvar, Amená-

bar, Casals, Barceló, Alejandro Sanz, Serrat, Mecano, y otros centenares más de creadores.

Para mantener ese lugar y ese papel de avanzada cultural en la era digital, se presenta un doble desafío para nuestro país. Por un lado, adaptar la distribución de la cultura a los nuevos canales y, por otro, garantizar la eficiencia en la producción de contenidos y en su inversión protegiendo los derechos de propiedad intelectual. El acceso del ciudadano a la cultura no puede, en ningún caso, vulnerar esos derechos, aunque ese acceso sea una prioridad en las políticas de desarrollo de la Sociedad del Conocimiento.

No se puede olvidar, en cualquier caso, que las industrias culturales arrancan con el autor. Sin él, no hay modelo de negocio posible, de tal forma que los sucesivos eslabones de la cadena de valor añadido se irían empobreciendo de forma acelerada hasta llegar al público final, que se encontraría falto de contenidos. Obviamente, esta indeseable situación repercutiría en la inteligencia colectiva y, también, en la cohesión cívica y social.

Si nuestro país ha desarrollado unas industrias culturales competitivas e internacionalizadas que, además, nos han dado, a ojos del mundo, una imagen de modernidad y creatividad, en esta etapa digital deberá seguir siendo así. Proteger los derechos de propiedad intelectual es, pues, un reto fundamental y estratégico para nuestro desarrollo como país.

diario LA LEY temas de HOY

AÑO II. Número 4. Jueves, 14 de diciembre de 2006

DIRECCIÓN LA LEY TEMAS DE HOY

JOSÉ MARÍA MICHAVILA NÚÑEZ
Y
ALBERTO DORREGO DE CARLOS

SECRETARIO ACADÉMICO

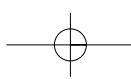
JORGE VILLARINO MARZO

COORDINACIÓN

MARÍA SOCORRO PÉREZ RALERO

REDACCIÓN

Edita LA LEY. C/ Collado Mediano, 9
28230 Las Rozas (Madrid)
Tels.: 916 02 00 00
Fax: 916 02 00 01
E-mail: DiarioLaLey@laley.es



LA OPINIÓN DE LOS EXPERTOS

LA GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS Y LA COMPETENCIA

Por **PABLO HERNÁNDEZ ARROYO**

Director de los Servicios Jurídicos de la SGAE

La gestión colectiva de los derechos nació ante la realidad de una explotación diseminada y masiva de obras creadas por autores que se veían incapaces de gestionar individualmente, en estas condiciones, la explotación de sus obras.

Las nuevas tecnologías no han cambiado esta realidad, sino que han intensificado la conciencia en el colectivo de creadores de la necesidad de dotarse de instrumentos que permitan asegurar que sus derechos pueden ser eficazmente ejercitados.

Con un claro sentido pragmático, la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 declaraba, en su Preámbulo, como hecho reconocido «por las Instituciones europeas, que los titulares de derechos de propiedad intelectual únicamente pueden lograr su efectividad actuando colectivamente a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos».

La actuación conjunta de autores conlleva una acumulación en manos de estas organizaciones de enormes repertorios de obras cuya utilización se precisa en innumerables ramos de actividad tan variopintos como el sector del entretenimiento o la propia banca.

Los empresarios que requieren el uso de obras protegidas encuentran en las entidades de gestión colectiva un mecanismo valiosísimo para lograr en una fácil transacción económica la seguridad jurídica necesaria para explotar las obras; operación que, de otro modo, resultaría muy compleja o imposible y aparejaría un coste, ciertamente, elevado.

La bondad del sistema ha encontrado, sin embargo, en el derecho de la competencia un examinador riguroso del que hay quien no ha dudado en calificar de un nuevo Atila en terreno cultivado.

Es indudable que las entidades de gestión son sujetos de laboratorio para los servicios de competencia nacionales e internacionales: permiten el establecimiento de precios (tarifas) de forma conjunta a colectivos y constituyen, en la mayoría de los casos, monopolios nacionales.

Estas circunstancias han situado a las organizaciones de autores, intérpretes o productores en «clientes» muy destacados de los procedimientos anticoncurrenciales de las autoridades que protegen una competencia sana en los mercados.

No obstante las innumerables cuestiones que se han tratado, podrían agruparse en dos grandes sectores: aquellas que versan sobre las relaciones de las entidades de gestión con los titulares de derechos, con sus miembros y las relativas a las

relaciones de las entidades de gestión con sus clientes.

Respecto a las primeras, en el ámbito europeo las sentencias más importantes son las que examinaron el grado de flexibilidad que debía reconocerse a los titulares respecto a la configuración de la encomienda de gestión que realizan a la entidad de gestión.

Los casos *Gema* y *Gema II* y *Sabam* (Decisiones de 29 de octubre de 1981, 2 de junio de 1971) vinieron a establecer los principios generales de esta relación. Las entidades de gestión no podrían requerir una cesión en bloque de dere-

seleccionar los que son objeto de encargo, se ajustaban a los principios ya expuestos.

Son importantes, en esta sentencia, las declaraciones en las que se subraya el carácter instrumental de SGAE, como entidad «creada para la satisfacción de un interés superior, especialmente buscado por el legislador, como es el de proporcionar una efectiva protección a los derechos de propiedad intelectual». Igualmente, destacadas son las consideraciones realizadas sobre las consecuencias de crear un sistema en que faltaran mecanismos de protección colectivos y los autores se vieran obligados a deshacerse de sus derechos a favor de compañías explotadoras.

Es indudable que las entidades de gestión, como órganos de ejercicio colectivo de un derecho, tienen un importante rol económico en la fijación de las tarifas a las que se sujeta la concesión de licencias. Máxime cuando la obtención de esas licencias no puede lograrse sino a través de su intermediación en numerosas ocasiones

chos; pero tampoco es exigible que deban establecer un modelo en el que se descremen la gestión, imponiendo la retirada de aquellos derechos con mayor importancia económica y se reduzca el mandato a los de mayor coste y dificultad, lo que conllevaría poner en riesgo la propia supervivencia del modelo.

Más recientemente, la Comisión tuvo ocasión de volver sobre estas cuestiones en relación con el caso *Daft Punk* (citado por Decisión de 12 de agosto de 2002 de la Comisión, asunto *Baghalter & Homenm Christo v. Sacem*). Este procedimiento, que terminó de forma convencional, dio lugar a la modificación de los Estatutos de la Entidad de gestión francesa para permitir que sus socios pudieran retirar de su gestión derechos para territorios no franceses, sin la obligación de encomendárselo en dichos territorios a otras entidades de gestión.

En nuestra experiencia nacional, el estudio más reciente de esta cuestión fue el realizado por el Tribunal de la Competencia en relación con las categorías de derechos establecidas por la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE).

La Sentencia del TDC de 16 de diciembre de 2004 rechazó las demandas de varias editoras, al entender que los nuevos estatutos de SGAE en el que se recogen diversas categorías de derechos para que los miembros de esta entidad puedan

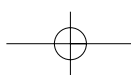
Estas consideraciones deben servir para interpretar los viejos principios de indispensabilidad y proporcionalidad que deben guiar el comportamiento de las entidades de gestión a la hora de establecer obligatoriamente la cesión de derechos.

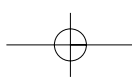
El segundo área en el que las entidades de gestión colectiva han sido objeto de escrutinio es el que versa sobre sus relaciones con los explotadores de obras y muy especialmente sobre su capacidad de fijar precios.

Es indudable que las entidades de gestión, como órganos de ejercicio colectivo de un derecho, tienen un importante rol económico en la fijación de las tarifas a las que se sujeta la concesión de licencias. Máxime cuando la obtención de esas licencias no puede lograrse sino a través de su intermediación en numerosas ocasiones.

En la determinación del precio, la Jurisprudencia comunitaria ha venido a establecer una doctrina según la cual el examen del correcto ejercicio de fijación de tarifas exigiría examinar los precios fijados por otras entidades de gestión europeas sobre las mismas explotaciones.

En efecto, en el razonamiento de las sentencias de *Tournier* y *Lucazau* (caso 395/1987, ECR 2521) la Corte de Justicia vino a establecer que una sociedad de gestión colectiva no impondría





condiciones injustas si no existían apreciables diferencias en relación con las impuestas por las entidades de gestión europeas o, cuando de existir éstas, existan razones que las justificaran.

Esta forma de razonar resulta chocante y, en mi opinión, rompe con la doctrina general establecida en materia de precios, entre otras en la Sentencia *United Brands*.

Resulta difícil de aceptar, porque coloca a las entidades de gestión en una situación de continua incertidumbre sobre cuál sea una diferencia apreciable. La Ley alemana admite diferencias de un 20%. En España, sin embargo, el Tribunal de De-

fensa de la Competencia ha rechazado diferencias de este porte ya en algún caso.

Resulta igualmente insegura en la medida en que los términos de comparación cambian, sin que se hayan producido actuaciones unilaterales por los titulares de derecho. Así, por ejemplo, la incorporación de diez nuevos países a la UE determina que el precio medio de los derechos de autor haya bajado radicalmente. Aquellos que se encontraban en la parte superior de la horquilla anterior, se hallan súbitamente muy alejados de la nueva media. ¿Sería esto suficiente para descalificar su evaluación de precios?

Sitúa, además, a las entidades de gestión en la obligación de soportar la carga de la prueba, cuando es evidente que las diferencias radican en modelos culturales e históricos distintos entre países. Argumento que, por cierto, fue aceptado por el Abogado General JACOBS en el caso 402/1985, *Basset v. Sacem*.

Los supuestos todavía son escasos y la Jurisprudencia aún no está definitivamente construida; pero lo que es indudable es que la aplicación del derecho de la competencia no sea acertado si no se tiene en cuenta la especial naturaleza y el papel de las entidades de gestión.

QUINCE IDEAS GENERALES Y BÁSICAS PARA COMPRENDER LA PROPIEDAD INTELECTUAL (DERECHO DE AUTOR)

Por ABEL MARTÍN VILLAREJO

Abogado. Director. General de AISGE. Profesor Asociado. Dpto. Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid

— La PROPIEDAD INTELECTUAL comprende tanto la *propiedad industrial* (patentes, marcas, etc.) como el *derecho de autor*. En España, excepcionalmente, al «derecho de autor» se le denomina también con el genérico de «propiedad intelectual», por contraposición con la «propiedad industrial», pero en otras legislaciones o en el Derecho internacional predomina la distinción entre «derecho de autor» y «propiedad industrial», reservando la denominación «propiedad intelectual» para el genérico que abarca ambas ramas.

— El FUNDAMENTO de la propiedad intelectual es procurar un incentivo económico y moral al creador. Pero no protege la «idea», sino la plasmación o exteriorización de esa idea, a diferencia de la propiedad industrial. Tampoco incide este régimen especial de protección en la fase de creación o producción de las obras sino en el de la explotación de las mismas. La fase de creación se ubicaría en el art. 20.1 de la CE (libertad de expresión, producción y creación) y la fase de explotación, propia del derecho de autor, en el art. 33 CE (propiedad privada).

— La NORMA ESPECIAL y vigente en la materia es el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en lo sucesivo TRLPI, 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; sobre todo después de la transposición de varias directivas comunitarias.

— Las ENTIDADES DE GESTIÓN son meros gestores, pero no titulares, de derechos ajenos. Son de naturaleza asociativa y han de ser especialmente autorizadas por el Ministerio de Cultura para actuar como entidades de gestión. Carecen de ánimo de lucro.

— La GESTIÓN COLECTIVA es un remedio subsidiario para favorecer la efectividad de dere-

chos de difícil o imposible ejercicio individual. Los derechos de propiedad intelectual de carácter exclusivo, esto es, todos los que facultan a su titular para autorizar o prohibir un determinado acto de explotación de la obra, son susceptibles de ejercicio individual.

— La PIRATERÍA comporta una actividad ilícita al reproducir sin autorización una obra y comercializarla. La piratería, en cuanto actividad vulneradora de derechos, no puede confundirse con el derecho de remuneración por copia privada, conocido como «canon de copia privada».

— El DERECHO DE REMUNERACIÓN POR COPIA PRIVADA, por el contrario, es una compensación a favor del titular de los derechos de propiedad intelectual al haber optado el legislador por establecer un límite a su derecho exclusivo de autorizar la reproducción de su creación. Es decir, a cambio de que el ciudadano pueda reproducir (copiar) para su uso privado una obra sin necesidad de solicitar autorización del titular de los derechos sobre la misma, los soportes vírgenes susceptibles de reproducir o grabar obras llevan incorporado en su precio un canon en función de su capacidad de almacenamiento de obras o creaciones.

— La propiedad intelectual está integrada por DERECHOS DE CARÁCTER PERSONAL (MORAL) Y PATRIMONIAL, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo para la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley. En consecuencia, los derechos de propiedad intelectual o las facultades que integran a los mismos sobre una determinada creación responden a una doble naturaleza (*personal y patrimonial*), toda vez que autorizan una clasificación que distinga entre derechos de contenido *moral* (autoría, integridad de la obra, etc.) y derechos de contenido *patrimonial* (copia privada, comunicación al público, etc.).

— Los DERECHOS DE CARÁCTER PATRIMONIAL son susceptibles de ser clasificados de la siguiente forma:

a) Derechos *compensatorios*, como el de participación en la reventa de las obras plásticas (art. 24 del TRLPI) y el de remuneración por copia privada del art. 25 del TRLPI.

b) Derechos *de explotación* (art. 2 y 17 TRLPI). En éstos, el incentivo que para el titular constituye su derecho de propiedad intelectual se concreta en la posibilidad de participar en los beneficios obtenidos por la explotación de sus creaciones.

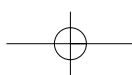
— Los DERECHOS DE EXPLOTACIÓN, a su vez, se dividen en:

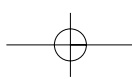
a) Derechos de explotación de carácter *exclusivo*: en los que la forma de participación en la explotación de la obra se articula mediante una facultad de autorizar previamente el acto concreto de explotación bajo las condiciones (económicas, etc.) que de manera particular o individual convengan el creador y el usuario/cesionario.

b) Derechos de explotación *de simple remuneración*: en los que la forma de participación en la explotación de las creaciones se concreta en la facultad de obtener una remuneración equitativa por cada acto de explotación efectivamente realizado, sin la facultad de autorizar previamente un determinado acto de explotación.

— Los DERECHOS MORALES atribuyen al autor o al artista un haz de facultades para proteger su autoría (derecho de paternidad), la integridad de sus creaciones, el uso que de las mismas autorice a efectuar, etc.

— Los DERECHOS CONEXOS, AFINES O VECINOS, denominados por la Ley española como *otros derechos de propiedad intelectual*, son aquellos derechos de autor que se atribuyen a





los artistas, productores, radiodifusores, editores, etc. Es decir, son derechos de autor atribuidos a otros titulares diferentes a los nominativamente descritos como autores (escritores, pintores, guionistas, compositores de música, directores de cine, etc.).

— Los derechos de propiedad intelectual se hallan LIMITADOS EN EL TIEMPO. Constituye una característica esencial y común de todos los derechos de propiedad intelectual, tanto industrial como de derechos de autor. El fundamento de tal

límite es diverso y no siempre convincente, pero el más extendido es aquel que se inspira en la idea de que el autor y sus descendientes deben beneficiarse durante un tiempo del fruto económico de su creación y luego revertir tales beneficios en la sociedad, buscando de esta suerte un equilibrio de intereses entre los del autor y su familia y los de la comunidad.

— La inscripción de las creaciones en el REGISTRO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL no es constitutiva: aquéllas se protegen

por el mero hecho de su creación, y tan sólo satisface las necesidades de prueba correspondiente, si bien ésta admite toda suerte de pruebas en contrario.

— La Subdirección General de la Propiedad Intelectual del MINISTERIO DE CULTURA es el órgano de tutela y control de los derechos de propiedad intelectual (derechos de autor) y de su gestión colectiva. También las Comunidades Autónomas ostentan facultades de control dentro de su ámbito territorial.

BALANCE DE SITUACIÓN

PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Por JOSÉ MANUEL TOURNÉ ALEGRE

Abogado. Director General de la Federación para la protección de la propiedad intelectual de la obra audiovisual (FAP). Secretario General de la Unión Videográfica Española (UVE). Consejero de la International Video Federation (IVF)

I. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Cuando Alvin TOFFLER publicó en 1980 *La tercera ola*, los ordenadores trabajaban aún con tarjetas perforadas, muchos teléfonos aún tenían discos giratorios y los únicos «móviles» o celulares eran aquellas maletitas de unos 3-4 kg de peso que trabajaban en una frecuencia de 450 Mhz.

La oferta audiovisual, además de la exhibición de obras cinematográficas en salas de cine, consistía en España en una cadena de televisión estatal que era sintonizada en color por menos del 50% de la población.

Sin embargo, el escritor y futurista estadounidense pronosticaba ya la revolución digital y de las telecomunicaciones que habría de cambiar los hábitos de la sociedad para abandonar las grandes concentraciones urbanas y trabajar desde casa lejos de zonas industriales. Otra de sus tesis más conocidas es la relacionada con la información al considerar que «la tercera ola» dará lugar a la «Era de la Información» en la que el conocimiento y el individuo se impondrán frente a la familia y la masificación de los colegios, las industrias, los servicios, etc.

Es obvio que esta era ha llegado: los teléfonos móviles están por todas partes proporcionando acceso a todo tipo de contenidos. Internet facilita flujos sin fin de información en línea. Se nos ofrece una serie desconcertante de programas y servicios a medida que los sistemas digitales de gran capacidad van aunando, creando así la sociedad de la información, en casa, en la escuela y en el trabajo.

La revolución de las telecomunicaciones impulsan las fuerzas tecnológicas y del mercado. La Unión Europea ha desempeñado un papel

central en este proceso al fijar el ritmo de apertura de los mercados, mantener la igualdad de oportunidades entre todos los participantes, crear una estructura reguladora dinámica, defender los intereses de los consumidores e incluso definir normas técnicas. Los viejos monopolios de telefonía de propiedad pública que antes operaban en mercados nacionales protegidos se han transfigurado. Han llegado nuevos participantes en el mercado con nuevos servicios imaginativos presentados de manera atractiva. Como resultado, los particulares y las empresas disfrutaban de servicios más baratos y mejores de calidad y fiabilidad más altas. Los consumidores gozan de una capacidad de elección mayor en lo que se refiere a sus proveedores y a los servicios en oferta. Europa, en pleno lanzamiento de su Unión, afirma sus valores y busca cómo competir con ventaja frente a la investigación y desarrollo americanos y el precio de la mano de obra asiática, especialmente china.

Y esta posición crea un cierto dilema pues uno de los mejores valores europeos lo constituyen sus ideas, patentes, ingenio, propiedad intelectual e industrial en suma, y que a veces parece suponer una rémora para la expansión de las comunicaciones que la Unión Europea y sus políticas y acciones han guiado y apoyado desde el principio.

Esta confrontación entre la tecnología y los contenidos que puede ofrecer han estado presentes desde el primer momento en la elaboración de las leyes que deben amparar el desarrollo de la sociedad de la información sin dejar a ningún sector en excesiva desventaja frente al otro.

«La divergencia de las normativas y jurisprudencias nacionales actuales o futuras en el ámbito de la responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios entorpece el correcto funcionamiento del mercado interior al obstaculizar, en especial,

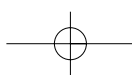
el desarrollo de servicios transfronterizos y producir distorsiones de la competencia. En algunos casos, los prestadores de servicios tienen el deber de actuar para evitar o poner fin a actividades ilegales. Lo dispuesto en la presente Directiva deberá constituir una base adecuada para elaborar mecanismos rápidos y fiables que permitan retirar información ilícita y hacer que sea imposible acceder a ella; convendría que estos mecanismos se elaborasen tomando como base acuerdos voluntarios negociados entre todas las partes implicadas y fomentados por los Estados miembros» (Directiva 2000/31/CE).

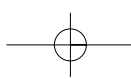
Más recientemente, la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información recoge la enorme preocupación por cuanto el avance de la misma no es igual en todos los países: «Construir una Sociedad de la Información centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida, sobre la base de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y respetando plenamente y defendiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos».

Se trata del mismo espíritu que alienta la Directiva de Comercio Electrónico que en nuestro país se convertiría en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI).

De esta forma nos vamos aproximando a un concepto de «sociedad de la información» que podríamos aventurar de la siguiente manera:

Se trata de un conjunto de servicios, onerosos o gratuitos, que se prestan a distancia, mediante





un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la compresión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio, tales como aquellos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos. Los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio.

No deben ser considerados servicios de la sociedad de la información ni la radiodifusión televisiva ni la radiofónica, ya que no se prestan a petición individual; por el contrario, los servicios que se transmiten entre dos puntos, como el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico sí son servicios de la sociedad de la información.

Todos estos servicios y actividades deben estar sujetos a un mínimo control pues las relaciones que terminan con un acuerdo privado se ofrecen, de alguna manera, públicamente. Un nuevo concepto de comunicación pública aparece: la puesta a disposición, y todo ello se realiza a través de

De hecho, la propia Directiva abría desde el primer momento la posibilidad de entablar acciones de notificación y retirada de contenidos ilegales:

«Dichas acciones de cesación pueden consistir, en particular, en órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por los que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella».

Y es que tras el informe *Kokh* y en España, el de *Ontiveros*, ha quedado claro que la sociedad de la información no avanza al ritmo esperado de generación de riqueza y empleo. Muchos entienden que la principal razón se debe a la ausencia de contenidos legítimos junto al establecimiento de la idea de que «en Internet todo es gratis».

II. LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El Libro Verde de la Comisión Europea, de 27 de julio de 1995, sobre los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información, constituye sin duda el primer eslabón de

La unidad presentada por las industrias de las telecomunicaciones y tecnología digital en sus argumentos resultó muy poderosa frente a la desunión entre las diversas industrias de la propiedad intelectual, los intereses, en ocasiones contrapuestos, de las empresas europeas frente al dominio de las multinacionales americanas en los sectores de la música o audiovisual; o los intereses representados por los distintos grupos de autores a través de las entidades de gestión.

Mientras unos y otros se ponían de acuerdo, aparecieron los medios para desproteger la música, el cine, los libros, etc, los programas de compresión de archivos para que su envío a través de Internet resultara más ágil y la velocidad de las comunicaciones se ha ido multiplicando hasta límites insospechados apenas hace 5 años. Todo ello ha configurado una sociedad de la información en la que el respeto a los derechos de propiedad intelectual es casi inexistente y los consumidores se niegan a pagar por algo que pueden obtener gratis con ningún riesgo.

Así que el legislador se ve en la obligación de volver a revisar los postulados iniciales y hasta los propios prestadores de servicios empiezan a exigir mayor protección de los contenidos para poder crear un modelo de negocio legal y controlado por las empresas en lugar de por los ciudadanos.

Las limitaciones iniciales de la responsabilidad de los prestadores de servicios han dado paso a legislaciones más severas con respecto al control que se les puede exigir, así como en lo que se refiere a los usuarios. Alemania y Francia se han unido recientemente a la relación de países que exigen la colaboración de los prestadores de servicios para perseguir delitos en Internet, al tiempo que sancionan severamente a quienes descargan contenidos no autorizados

unos intermediarios que propician las comunicaciones y el alojamiento de la información y los contenidos. Y todo ello con alcance internacional, por lo que la armonización de las legislaciones resulta esencial.

La armonización más inmediata es la que se produce en Europa y desde el Viejo continente a todos aquellos países con los que existen relaciones comerciales habituales o participan en gran medida de nuestros mercados.

El prestador de servicios de la sociedad de la información se convierte en una figura clave y que es protegida para facilitar sus inversiones y desarrollo que resulten en un mayor número de servicios. Y precisamente éste es el caballo de batalla de los titulares de contenidos que ven cómo sus obras son ofrecidas con todo descaro utilizando los servicios que aquéllos prestan.

Las limitaciones iniciales de la responsabilidad de los prestadores de servicios han dado paso a legislaciones más severas con respecto al control que se les puede exigir, así como en lo que se refiere a los usuarios. Alemania y Francia se han unido recientemente a la relación de países que exigen la colaboración de los prestadores de servicios para perseguir delitos en Internet, al tiempo que sancionan severamente a quienes descargan contenidos no autorizados.

una cadena que intenta unir los intereses de la sociedad de la información y el desarrollo de sus tecnologías con el respeto a la propiedad intelectual y al plazo necesario para que las industrias de la cultura y el entretenimiento adapten sus contenidos a los nuevos modelos de negocio:

Mientras que Estados Unidos avanzaba en la publicación de su Digital Millennium Act (DMA), hoy en día en pleno vigor y que ha sido esencial para las victorias judiciales sobre Napster, Grokster y se utiliza con buenas perspectivas para combatir el intercambio de archivos «Punto a Punto» (P2P), Europa se afanaba en crear la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

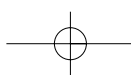
Esta Directiva se convertirá en el punto de partida esencial para proteger los derechos de propiedad intelectual en la sociedad de la información. Sin embargo, su elaboración se retrasa en exceso y no ve la luz hasta dos años después de la ley americana, lo que unido al plazo de implementación en cada Estado miembro de la Unión Europea, prolonga aún más su puesta en marcha. Aún hoy, abril de 2006, dos países, Francia y España, pugnan por el «honor» de ser el último país europeo en trasponer la Directiva

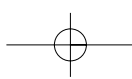
La Propiedad Intelectual como conjunto de derechos de carácter personal y patrimonial que corresponden al autor por el mero hecho de la creación de una obra, se convierte en un concepto complejo cuya protección resulta esencial para que los creadores puedan desarrollar su actividad con la garantía de generar los ingresos económicos suficientes como para vivir de ello.

El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) en España consiste en un complejo entramado de 164 artículos, varias disposiciones adicionales y transitorias para regular la explotación de diversos tipos de obras individuales y colectivas, musicales y literarias, audiovisuales o multimedia, programas de ordenador, ejecuciones, interpretaciones de las mismas, así como la gestión individualizada de algunos de los derechos inherentes a las obras como la gestión colectiva y sus consecuencias.

Alrededor de la propiedad intelectual aparecen diversos titulares de derechos que suman sus intelectos para la creación de obras como las cinematográficas, en cuya elaboración participan diversos autores. Y éste va a ser precisamente uno de los elementos esenciales para la defensa de los derechos de propiedad intelectual: ¿quién es el titular? ¿Quién ostenta la facultad de autorizar o no la explotación que analizamos y que resulta esencial como elemento del tipo del art. 270 del Código Penal?

En el Derecho norteamericano el sistema es sencillo: el productor es quien impulsa el proyecto y es titular del mismo. Los autores, intérpretes, artistas y demás personas que intervienen lo hacen en virtud de una relación laboral, conservando apenas los derechos que conocemos como «morales» y que carecen de contenido económico. En muchos países europeos, incluido España, el sistema es más complejo: los autores conservan una serie de derechos, muchos dotados de contenido económico cuya reclamación puede incluso dificultar la explotación de la obra y que se gestionan de forma colectiva.





III. LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET

Nos corresponde, sin duda, hablar de la puesta a disposición como de uno de los derechos de explotación que ostenta el productor pero sobre el que autores, artistas, intérpretes y ejecutantes conservan facultades importantes.

Siguiendo con el ejemplo de la producción cinematográfica, los derechos de explotación nacen con la aportación de cada autor de acuerdo con la definición del art. 17 del TRLPI. Estas facultades se presumen cedidas al productor que es quien puede autorizar o no el ejercicio de las mismas (art. 88 del TRLPI). Todo ello sin perjuicio de unos derechos de remuneración que conservarán los autores y que son ejercidos a través de las entidades de gestión. Es importante entender este concepto pues a menudo se confunde la autorización de los autores a través de su entidad de gestión correspondiente con la autorización primaria del llamado derecho exclusivo que sólo está en manos del productor o sus cesionarios. Se trata de un mecanismo esencial que hace posible la comercialización de la obra bajo el sistema europeo de derechos de autor. Es más, muchos juristas entendemos que los derechos de remuneración de los autores y artistas que se recogen básicamente en los arts. 90, 108 y 109 del TRLPI no sólo no suplen la autorización del productor sino que deben producirse condicionadas a ésta.

La explotación de una obra cinematográfica se realiza de acuerdo con unas prácticas establecidas desde hace tiempo y que garantizan la amortización de la obra a través de su exhibición y distribución en distintos modelos:

El estreno en las salas supone dar a conocer la película y dotarla de prestigio para abrir la puerta a la explotación en vídeo doméstico y televisión. La exhibición en salas se prolongará durante algunas semanas con exclusividad, conociéndose estos plazos que transcurren entre la explotación en un escalón y otro como «ventanas de protección».

La distribución de ejemplares en vídeo doméstico se ha convertido en los últimos años en la fuente principal de ingresos de una película, proporcionando entre el 30 y el 40% de los ingresos de la misma. Dentro de esta estructura, debe integrarse la puesta a disposición, cuyo plazo parece que coincidirá con la explotación televisiva de pago, aunque es evidente que todas las compañías pondrán a disposición sus catálogos de hace años combinados con una atractiva oferta de estrenos, tal y como ocurrió con el vídeo o el DVD.

La muy amplia definición del art. 20 del TRLPI da cabida sin problemas a la puesta a disposición; no obstante, el legislador quiso enriquecer el contenido del art. 20 enumerando una serie de actividades que deben considerarse comunicación pública y añadiendo a la lista el que nos ocupa:

Especialmente, son actos de comunicación pública:

«... la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija» [art. 20.2 i) de acuerdo con el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de marzo de 2006].

En definitiva, «subir» a Internet una obra es una facultad exclusiva del titular de la misma y el acceso a tales obras debe estar autorizado por el mismo. En el caso de una obra audiovisual, el productor, sus cesionarios o causahabientes de acuerdo con las previsiones de los arts. 42 y ss. del TRLPI.

Sobre esa explotación «debidamente autorizada» los autores y los artistas conservan un derecho de remuneración que recogen los arts. 90 y 108 de acuerdo con el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de marzo de 2006.

Las tradicionales sociedades de gestión de derechos han protagonizado un papel decisivo en la evolución del tratamiento de los derechos de propiedad intelectual. La gestión de derechos de forma colectiva se limitaba a una serie de explotaciones que resultaban imposibles de forma individualizada. Posteriormente se han

Las tradicionales sociedades de gestión de derechos han protagonizado un papel decisivo en la evolución del tratamiento de los derechos de propiedad intelectual. La gestión de derechos de forma colectiva se limitaba a una serie de explotaciones que resultaban imposibles de forma individualizada. Posteriormente se han ido ampliando e incluyen las remuneraciones que pretenden compensar los límites que la Ley establece para los derechos de propiedad intelectual. Se trata de disposiciones que intentan equilibrar el poder absoluto de los titulares respecto a sus obras con la necesidad pública de garantizar el acceso de todos a la cultura y a las obras y permitir algunos tipos de explotación restringidos a grupos de ciudadanos o instituciones de carácter público. La mayoría de estos límites darán lugar a remuneraciones compensatorias que paliarán en alguna medida el recorte de aquellas facultades

ido ampliando e incluyen las remuneraciones que pretenden compensar los límites que la Ley establece para los derechos de propiedad intelectual. Se trata de disposiciones que intentan equilibrar el poder absoluto de los titulares respecto a sus obras con la necesidad pública de garantizar el acceso de todos a la cultura y a las obras y permitir algunos tipos de explotación restringidos a grupos de ciudadanos o instituciones de carácter público. La mayoría de estos límites darán lugar a remuneraciones compensatorias que paliarán en alguna medida el recorte de aquellas facultades.

Tienen gran importancia, especialmente si tenemos en cuenta que la autorización del autor es uno de los elementos del tipo penal por el que la reproducción, distribución o comunicación pública de una obra protegida son castigadas en el art. 270 del Código Penal.

Los límites vienen a establecer que no será necesaria la autorización del titular en determinados casos que podríamos llamar de «interés público» (reproducciones provisionales de carácter técnico, citas, reseñas e ilustración de la enseñanza, préstamo y consulta en determinados establecimientos mediante terminales especializados, etc.).

Sin duda, el límite de copia privada, o mejor, «copia para uso privado», es el más conflictivo y el que aparece directamente relacionado con el tema que estamos exponiendo: los contenidos en la sociedad de la información.

Estas copias que cualquier persona puede realizar a partir de una obra que se pone a disposición del público a través de los servicios de la sociedad de la información, son motivo de grave preocupación para las industrias que posibilitan la realización de obras producto del intelecto humano.

De ahí que su concepto deba quedar muy claro y evitar confundirlo con la grave amenaza que la propiedad intelectual está padeciendo a causa de la piratería.

En primer lugar debemos aclarar que se trata de un límite al derecho del titular y no de un derecho de quien puede realizar una copia de una

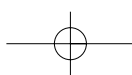
obra ajena. Así se ha expresado por varios tribunales de justicia.

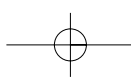
Art. 31 del TRLPI: «Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor y sin perjuicio en lo pertinente, de lo dispuesto en el art. 34 de esta Ley, en los siguientes casos:

[...] 21. Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 25 y 99 a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa».

Esta norma ha venido aplicándose sin polémica alguna a los soportes analógicos y suponía el abono de una remuneración única que pagan «los fabricantes en España, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y materiales que permitan alguna de las modalidades de reproducción previstas» [art. 25.4 a) del TRLPI].

La norma equilibra el beneficio obtenido por los fabricantes y distribuidores de soportes vírgenes y aparatos de reproducción por el interés de los usuarios en reproducir para su uso obras intelectuales ajenas, y convierte a una industria en tributaria de aquellos creadores «causantes», en cierta medida, de su negocio.





Sin embargo, la evolución tecnológica con el correspondiente abaratamiento de los soportes vírgenes y su variedad exige una nueva regulación cuyo retraso está causando diversos problemas. Existe una necesidad urgente de regular el régimen de copia privada conforme a las nuevas tecnologías y al precio de los materiales de grabación. Además, como la propia Directiva 2001/29/CE reconoce y se menciona en la Exposición de motivos de la reforma del TRLPI de la mano de la misma, la copia privada digital puede causar un perjuicio mucho mayor dada su calidad y posibilidades de difusión.

El retraso en la reforma de nuestra legislación de propiedad intelectual obligó a las Entidades de Gestión y a los deudores de la remuneración a buscar soluciones a una situación fáctica, consecuencia de la evolución tecnológica hacia los soportes digitales que empezaron a sustituir rápidamente a los soportes analógicos, llegando al acuerdo de julio de 2003 entre varias entidades de gestión y ASIMELEC que abrió la polémica

Los grupos políticos en el Senado ya han presentado enmiendas al art. 31.2 y al nuevo art. 161 del TRLPI que prevé el levantamiento de las medidas tecnológicas de acuerdo con determinados requisitos cuya interpretación no será sencilla.

Una Sentencia del Tribunal Supremo francés ha realizado la primera aproximación a la polémica. Se trata del llamado *Caso Que Choisir* en el que un ciudadano francés y la organización de consumidores UFC demandaron a la compañía editora de la película *Mullholland Drive* reclamando su «derecho a hacerse una copia privada» ya que había pagado la correspondiente remuneración al adquirir el producto virgen.

El Tribunal Supremo francés, en su Sentencia de 28 de febrero de 2006, considera que la copia para uso privado no es un derecho de los ciudadanos sino un límite a las facultades de los titulares que debe siempre ceder ante el derecho de éstos a explotar sus obras. El levantamiento de las medidas anticopia colisionaría con la nor-

los que tendría que abonar por el acceso autorizado por los titulares.

El Tribunal Supremo español utilizó una terminología en nuestra opinión muy acertada, al comparar piratería con parasitismo.

Si examinamos la definición con un poco de detalle, percibiremos que resulta compleja pues además de un tanto técnica, exige un mínimo conocimiento de cómo se produce la explotación de las obras y qué es lo que realmente adquiere un consumidor cuando compra un DVD, o abona el acceso a un determinado programa audiovisual a la carta o se descarga una canción desde un sitio autorizado.

Tres son los problemas que afectan fundamentalmente a la propiedad intelectual:

La venta ambulante de música, películas y videojuegos, las descargas de contenidos a través de Internet y las copias para amigos, conocidos, familiares o compañeros de trabajo o universidad.

Además de los problemas citados y que afectan esencialmente a la música, al cine y a los videojuegos, algunos sectores identifican otros problemas que les afectan de forma específica: los editores y autores literarios ven cómo las fotocopias de libros, además de su digitalización y comercialización sin su correspondiente autorización, asolan sus mercados, mermando de manera notable sus posibilidades de expansión, lo que en el caso de los autores españoles resulta especialmente grave al afectar al mercado de habla hispana.

Los desarrolladores de programas informáticos comprueban cómo la amortización de programas que exigen grandes inversiones de tiempo y dinero se dificulta enormemente al utilizarse sus programas en varios ordenadores con el abono de una única licencia, práctica que no sólo afecta a las empresas privadas, sino que ocurre con más frecuencia de la deseada en las mismas instituciones públicas.

El control de estas actividades resulta muy complejo pues están ampliamente extendidas, apenas tienen rechazo social alguno y exigen para su persecución la obtención de pruebas en los domicilios y ordenadores de los particulares.

Tres son los tipos de medidas propuestos por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) para perseguir este tipo de actividades:

sensibilización de la sociedad, legislación adecuada y aplicación de las leyes.

La piratería permite el acceso a muchas obras sin pagar por el mismo o pagando una cantidad sensiblemente inferior, con lo que ya tenemos un primer argumento a favor de la misma. Lógicamente, el usuario que proporciona la excusa del precio, difícilmente entiende que el valor de la obra nada tiene que ver con el valor del soporte en que la misma se ha fijado. Que la rentabilidad de cualquier obra cinematográfica o musical depende esencialmente de la campaña publicitaria que la da a conocer y de una selección de obras a partir de diversos autores, muchos de los cuales no llegarán a ser conocidos fuera de pequeños ámbitos por mucha que sea la calidad de lo que nos pueden ofrecer: el éxito resulta a menudo caprichoso y no siempre es proporcional a la calidad de la obra que se ofrece.

El retraso en la reforma de nuestra legislación de propiedad intelectual obligó a las Entidades de Gestión y a los deudores de la remuneración a buscar soluciones a una situación fáctica, consecuencia de la evolución tecnológica hacia los soportes digitales que empezaron a sustituir rápidamente a los soportes analógicos, llegando al acuerdo de julio de 2003 entre varias entidades de gestión y ASIMELEC que abrió la polémica sobre el «canon de los CD», motivada más por los intereses económicos en juego que por la adecuación de la norma

sobre el «canon de los CD», motivada más por los intereses económicos en juego que por la adecuación de la norma.

En todo caso y cuando la reforma del art. 31.2 prevé un nuevo concepto de copia privada según el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados y las enmiendas propuestas en el Senado, la situación ha abierto un interesante debate sobre cómo contemplar la realización de una copia privada sin la autorización del autor.

Este texto entiende como copia privada aquella que se realiza por el propio usuario con sus medios, a partir de un acceso legal a la obra (o «ejemplar adquirido legalmente» según el texto del Congreso), sin que tal copia sea objeto de uso colectivo ni lucrativo y sin causar un perjuicio injustificado al titular o interferir la normal explotación de la obra.

No son copias privadas las realizadas en establecimientos abiertos al público de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 del RD 1434/1992 de 27 de noviembre.

Cualquier copia de una obra protegida sin autorización de su titular que no pueda encajarse en la definición descrita es una copia ilícita y la realización y/o distribución de la misma, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, es constitutiva de un delito previsto y penado en los arts. 270 y ss. del Código Penal.

mal explotación de las obras cinematográficas, atentando así contra la llamada «regla de los tres pasos» que en nuestro país recoge el vigente art. 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual.

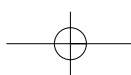
En lo que a la puesta a disposición se refiere, la Directiva europea y su correspondiente implementación en las legislaciones de los Estados miembros protege las medidas tecnológicas y excluye este tipo de explotación del mecanismo de intervención que obligaría al levantamiento de las mismas.

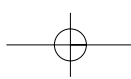
Como hemos podido ver hasta el momento, los legisladores europeos han dedicado grandes esfuerzos a proteger la propiedad intelectual frente a la amenaza de la piratería que apoyada en las nuevas tecnologías permite el copiado y difusión de esas copias ilícitas a gran velocidad, con enormes beneficios y muy poco riesgo.

Y ¿qué es piratería?

IV. CONCEPTO DE PIRATERÍA

Entendemos por piratería, en términos jurídicos, la explotación de una obra ajena del intelecto humano con ánimo de lucro y en perjuicio de un tercero que no interviene en la reproducción, distribución o comunicación pública realizada por quien delinque y el acceso del público en general que sin delinquir se beneficia directamente del disfrute de la obra a precios muy inferiores a





Las víctimas de la piratería resultan difícilmente identificables y cuando hablamos de obras musicales o cinematográficas, la imagen que la sociedad ve es la de los artistas que triunfan y viven muy por encima de la media económica del resto de los ciudadanos. Es imprescindible que los consumidores conozcan a través de campañas adecuadas que las obras artísticas dependen en gran medida de muchas personas que contribuyen a su creación y que están muy lejos del lujo e ingresos que obtienen los artistas conocidos. Pero es que además del importante número de personas que intervienen en la realización, miles de personas deben su puesto de trabajo al proceso de distribución que permite el acceso a la obra a todos los ciudadanos. Estas personas son las primeras víctimas de la piratería.

La propiedad intelectual es uno de los sectores más dinámicos que en la actualidad existe, representando en los países occidentales más del 7% del PIB de los mismos. Generadora de riqueza y empleo, las instituciones europeas han comprendido que la propiedad intelectual es uno de los valores más firmes para competir en la economía global con la mano de obra asiática o la investigación y desarrollo americanos.

En cuanto a la legislación, todos los países desarrollados conceden el máximo grado de protección a la propiedad intelectual, tipificando como delito las actividades vulneradoras de la misma. En nuestro país, el vigente art. 270 castiga con penas de privación de libertad y multa las actividades que se consideran infractoras de la propiedad intelectual, incluyendo entre ellas no sólo la reproducción, distribución y comunicación pública, sino el almacenamiento, la importación e incluso la tenencia de cualquier «medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo».

Y es que para «subir» a la red muchos contenidos, resulta con frecuencia necesario «craquear» o vulnerar las protecciones que llevan los DVD cuyos contenidos se ofrecen en Internet, e incluso comprimir los archivos para facilitar su transmisión.

Los artículos del Código Penal se complementan con el reiteradamente mencionado Texto Refundido de la Propiedad Intelectual, cuyo articulado básico ya hemos examinado y que se encuentra en trámite de reforma en estos momentos en el Senado por la transposición de la Directiva europea de derechos de autor en la sociedad de la información.

A estas disposiciones se sumará el contenido de la Directiva 2004/48/CE para el respeto de los derechos de propiedad intelectual y que está en plena transposición a nuestro Derecho positivo:

Esta Directiva se produce como consecuencia del acuerdo internacional de la Organización Mundial de Comercio (OMC) sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) que deben tener su reflejo en la Unión europea y sienta unos mínimos requisitos, la mayoría de los cuales ya forman parte del derecho positivo español. En nuestro país ha dado lugar al Proyecto de Ley por la

que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios. El texto aprobado se encuentra en el Senado en donde se examinan en la actualidad dos enmiendas directamente relacionadas con la sociedad de la información:

la regulación del derecho de información en el art. 256 de la LEC establecido a favor de los titulares de derechos de propiedad intelectual y por el que pueden solicitar, y el Juzgado debe acordar, datos a los prestadores de servicios sobre usuarios que puedan haber infringido los derechos de propiedad intelectual, y el aseguramiento de pruebas a través de medidas provisionales rápidas y efectivas.

Algunos países han decidido ya adoptar medidas por las que se obligue a los prestadores de servicios a adoptar una mínima diligencia para vigilar los contenidos que circulan por sus redes. España no puede quedarse atrás en el desarrollo de la sociedad de la información y es esencial encontrar soluciones que permitan la divulgación, la difusión y el intercambio de los conocimientos con la participación de todos los que deben intervenir en ello

Por último, no podemos dejar de hacer referencia a la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la aplicación de los juicios rápidos en las causas por infracción de los derechos de propiedad intelectual, así como las disposiciones relativas al examen y peritación de una muestra representativa del producto incautado y la destrucción de los ejemplares una vez examinados.

Pero es evidente que la Ley por sí sola no puede proteger la propiedad intelectual. Las leyes han de ser aplicadas por quienes tienen encomendada la misión de hacerlo con la ayuda prevista de las instituciones del Estado.

La vigilancia preventiva por parte de las Fuerzas de Seguridad del Estado, las policías autonómicas y policías locales son esenciales para evitar la venta ambulante ilegal e investigar las redes de producción y distribución del producto fraudulento.

La respuesta judicial debe ser ágil y tener en cuenta que la protección de estos derechos en la sociedad de la información exige la autorización a menudo de registros domiciliarios o el control de las comunicaciones.

Resulta frecuente la adopción de medidas como las citadas para perseguir delitos como la pornografía infantil en Internet, sin embargo no ocurre lo mismo con respecto a los delitos contra la propiedad intelectual cuando para su persecución son esenciales las mismas medidas. Es perfectamente entendible que no provocan la misma alarma social y que no puede exigirse la misma respuesta judicial; sin embargo, la denegación de estas medidas está provocando la decepción de los grupos policiales especializados y, más aún, de los titulares de derechos de propie-

dad intelectual que ven cómo sus obras aparecen en Internet sin que hayan podido iniciar siquiera la amortización de sus inversiones.

Una firme y decidida voluntad de persecución de estos delitos supone la mejor sensibilización de una sociedad que necesita comprender que los contenidos en Internet no pueden circular libremente menoscabando la imprescindible amortización de las necesarias inversiones industriales para garantizar la creación.

El Plan del Gobierno español para la disminución y eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual, aprobado ahora hace un año, prevé la adopción de diversas medidas que están poniéndose en marcha aunque con

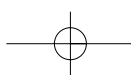
un ritmo bastante lento frente al incremento de la actividad que pretende combatir.

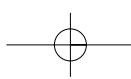
A petición de los sectores afectados por la piratería, se anunciaron la adopción de determinadas medidas de carácter urgente, entre las que destacaría la elaboración de una circular de la Fiscalía General del Estado, la especialización de grupos policiales así como de Juzgados y Fiscalías para actuar contra los delitos contra la propiedad intelectual.

Entre dichas medidas, se encontraba la creación de un grupo de trabajo al que han sido convocados los titulares de derechos de propiedad intelectual y la industria de las tecnologías de la información y de las comunicaciones. El objetivo de este grupo es establecer mecanismos para detectar y retirar contenidos ilícitos de las redes digitales, así como para determinar la identidad de los infractores de derechos de propiedad intelectual.

En la mesa de negociación existe un texto que prevé al menos la notificación y sobre el que aún no hay conformidad. Los Ministerios de Industria y Cultura se esfuerzan por encontrar una vía de acuerdo que se antoja aún difícil.

Sin embargo, es esencial que estas conversaciones puedan seguir avanzando. Algunos países han decidido ya adoptar medidas por las que se obligue a los prestadores de servicios a adoptar una mínima diligencia para vigilar los contenidos que circulan por sus redes. España no puede quedarse atrás en el desarrollo de la sociedad de la información y es esencial encontrar soluciones que permitan la divulgación, la difusión y el intercambio de los conocimientos con la participación de todos los que deben intervenir en ello.





NUEVAS TENDENCIAS

LOS DERECHOS SOBRE LA ACTIVIDAD CREATIVA EN LA EMPRESA: PROTECCIÓN LEGAL DE LAS OBRAS E INVENCIONES LABORALES

Por **IGNACIO J. FERNÁNDEZ**
Socio Ernst & Young Abogados

Por **DANIEL CHÓLIZ**
Asociado Ernst & Young Abogados

I. INTRODUCCIÓN

La creatividad que se desarrolla en el seno de las empresas constituye un elemento de especial relevancia y trascendencia. Una gran parte de los trabajadores que integran la empresa, o de los profesionales externos a los que ésta recurre, aportan en su actividad diaria una cierto componente de creatividad, generador de un gran valor añadido que, como tal, debe ser protegida. Al fin y al cabo, esta actividad creativa, y sobre todo el resultado y los logros que ésta en ocasiones conlleva, supone un factor competitivo de gran importancia. Ahora bien, precisamente por esa importancia, por el actual entorno y desarrollo tecnológico, y por la aparición y el papel que desempeñan las actuales tecnologías y sobre todo Internet, resulta especialmente preciso —a la vez que complejo— proteger esa creatividad. Estamos hablando de un activo sumamente valioso, intangible y de difícil valoración, pero en todo caso altamente necesitado de protección.

Por todo ello analizaremos qué protección dispensa nuestro ordenamiento jurídico para esa actividad creativa; cuáles son los derechos y las obligaciones que corresponden a ese trabajador, a ese profesional externo de la empresa. Y, por su parte, qué posición ostenta la empresa: qué derechos le corresponden, y qué medidas debe adoptar para su adecuada protección.

II. DISTINTAS VARIANTES CREATIVAS: LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LAS INVENCIONES LABORALES. MARCO NORMATIVO

En primer lugar, y con carácter previo, es interesante distinguir una doble variante en esa actividad creativa. Por un lado, aquella actividad que deriva en una creación, original, constitutiva de lo que se denomina «propiedad intelectual». Por otro lado, aquella que acaba por traducirse en una invención merecedora de unos derechos exclusivos de explotación, enmarcados dentro de la «propiedad industrial»: en concreto, las invenciones laborales, patentables. Ambos derechos de propiedad, de naturaleza ciertamente especial, tienen importantes semejanzas, y hasta cierto punto pertenecen de un mismo presupuesto; pero, por otro lado, su nacimiento y existencia requieren requisitos distintos, derivan en diferentes formas de explotación, y su protección legal también es diferente.

A este respecto, y sin ánimo de profundizar en una cuestión tan analizada como ésta, nos referiremos a uno de los supuestos que, más comúnmente, provocan cierta confusión al determinar si estamos ante una creación encuadrada dentro de la propiedad intelectual, o, por el contrario, industrial. Decimos esto porque es importante establecer una determinada línea de separación entre una y otra clases de creaciones, como ha hecho en alguna ocasión la jurisprudencia menor, al diferenciar aquellos supuestos en los que el resultado de esa actividad creativa no es un fin, en sí mismo, sino que constituye el punto de partida para la posterior, y continua creación, de otras obras diferentes derivadas de aquélla. Concretamente, la jurisprudencia ha venido a señalar que «siendo evidente que existen puntos de conexión entre la propiedad intelectual y la industrial pues ambas son creaciones personales y originales de un autor, la diferencia radica (en que), siguiendo la idea mantenida en el GLOSARIO de la WIPO/OMPI (Ginebra 1980) y en el art. 2.º del Convenio de Berna de 1886, en lo intelectual el autor concibe y aplica lo concebido, ya sea en el escrito, en la piedra, en el lienzo, en la partitura, en la película, y la creación es además un fin en sí misma (así una novela de García Márquez, una película de Almodóvar, o una composición musical de Ennio Morricone) sin perjuicio de su valor de mercado (que sin duda lo tienen); en cambio, en la propiedad industrial la originalidad y la personalidad de la creación se somete a la finalidad de proporcionar un servicio o utilidad que a su vez cumplirá el objeto concebido, objeto que podrá ser producido a gran escala por otros, o, dicho vulgarmente, proyecta lo que otros pueden hacer, lo cual es inimaginable en la creación intelectual o artística».

Por todo ello, analizaremos de forma separada la protección legal que nuestro ordenamiento jurídico establece para una y otra clase de creaciones. Así, por un lado nos referiremos a la Ley de Propiedad Intelectual, cuyo Texto Refundido fue aprobado por RDLeg. 1/1996, de 12 de abril, y concretamente a sus arts. 95 y ss., que contienen la regulación aplicable a los programas de ordenador. A este respecto, debemos apuntar que, a la hora de escribir estas líneas, se está tramitando la reforma de esta importante Ley, a fin de transponer la Directiva 2001/29, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, reforma legal que, en la medida en que trata de adaptar la Ley a la actual Sociedad de la Información, debe ser destacada.

Por otro lado, también nos referiremos a la vigente Ley 11/1986, de 20 marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad.

De este modo, atenderemos a qué derechos confiere la actividad creativa que se lleva a cabo en la empresa, según se trate de una u otra clase de creación; a quién corresponden; en qué medida; bajo qué modalidad pueden llegar a adquirirse o cederse; así como qué cuestiones deben tenerse en consideración si, quien la Ley designa como llamado a ser su titular, quiere efectivamente hacer valer sus derechos.

III. PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LA EMPRESA

1. Presupuesto

Nos referiremos, en primer lugar, a aquella actividad creativa que se lleva a cabo en el seno de la empresa, y que se enmarca en la denominada propiedad intelectual: toda aquella obra literaria, artística o, sobre todo, científica, que, en la medida en que resulta original, la Ley protege de manera especial. En efecto, el art. 1 de la citada Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI) establece el principio general de que corresponde al autor de esas obras la propiedad intelectual sobre ellas, con los consiguientes derechos exclusivos de explotación, por el solo y simple hecho de su creación. Ello, partiendo de la base de una necesaria doble originalidad: originalidad en tanto que (i) obra nueva, y algo (ii) efectivamente atribuible a su autor, lo que comúnmente se viene conociendo como la «paternidad de la obra».

Se trata, por tanto, de una serie de derechos que se derivan de esa actividad creativa, y que nacen, y pasan a formar parte de la esfera patrimonial y moral de su creador, sin más requisito que ser, en efecto, su autor. No hace falta llevar a cabo ningún acto ni trámite formal, ni pagar ninguna tasa, para ostentar la titularidad de estos derechos. Cuestión distinta es si esa creación original se lleva a cabo en el seno de un equipo, o por iniciativa o a instancia de un empresario, por cuanto, entonces, deberemos dilucidar quién, de ese grupo, ostenta tales derechos, y en qué proporción y alcance. O, incluso, si la condición de autor se va a atribuir a ese empresario, o al autor real de la obra. Decimos esto por cuanto la mayor parte de la actividad creativa que se desarrolla en la empresa trae causa del trabajo en común de un equipo, motivo por el cual deberemos

caso de que el contrato adolezca de imprecisiones, u omite determinados aspectos, el art. 43 LPI determina que la cesión de los derechos quedará limitada: a) al derecho o derechos efectivamente cedidos; b) a las modalidades de explotación expresamente previstas, y al c) tiempo y d) ámbito territorial que se determinen, señalando a continuación dicho precepto que la falta de mención del tiempo limitará la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión. Y, finalmente, que si no se expresan, específicamente y de modo concreto, las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato, y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo. Todo ello dejando a salvo aquellas modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o

sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta Ley. Y al hilo de lo que hemos apuntado anteriormente, este mismo precepto señala que cuando se trate de una obra colectiva (*vid.* art. 8 LPI) tendrá la consideración de autor, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre. Y cuando se trate de un programa de ordenador que sea resultado unitario de la colaboración entre varios autores, sus derechos de explotación serán propiedad común, y corresponderán a todos ellos éstos en la proporción que ellos mismos determinen.

Pero la parte más importante de este precepto se contiene en el ap. 4, a tenor del cual, cuando el autor de ese *software* sea un trabajador asalariado, y lo haya creado en el ejercicio de las fun-

4. La cesión de determinados derechos sobre el *software*

Igual atención debemos prestar a aquellos supuestos en los que la empresa —la titular de los derechos de explotación de ese *software*, como ya hemos dicho— licencia, o transmite, a terceras personas, alguno de esos derechos de explotación. En estos supuestos, es importante que la empresa ceda, con la debida cautela, concreción y precisión, qué derechos está efectivamente licenciando, autorizando su uso, o transmitiendo, confiando su titularidad a un tercero. Destacamos la importancia de lo anterior por cuanto, en caso de existir dudas sobre el alcance y objeto exacto de la licencia o cesión, habremos de atender al régimen que, con el carácter de supletorio, establece el referido art. 43 LPI. De nuevo, por ello, deberemos atender al plazo por el cual cedemos o licenciamos ese derecho, o el ámbito territorial en el que el cesionario/licenciatario podrá hacer uso de su derecho, entre otras cuestiones. Todo ello, sin olvidar si dicha cesión se ha efectuado con el carácter de exclusiva. A este respecto, la LPI (art. 48) indica que la cesión en exclusiva deberá otorgarse expresamente con este carácter, como consecuencia de lo cual sólo tendrá ese carácter, si las partes han pactado, expresamente, que la cesión se ha llevado a cabo con el carácter de exclusiva.

De acuerdo con lo que establece el citado art. 43 LPI, se hace preciso incluir en el contrato una serie de menciones expresas, a tenor de las cuales las partes no sólo indiquen con claridad el ámbito territorial y el periodo por el cual el autor cede a la empresa los derechos de explotación de esa obra. De no hacerlo así, la cesión se limitaría al ámbito territorial del Reino de España, y tendría una duración de cinco años, lo cual, probablemente, podría ser insuficiente para los intereses de la empresa, y verse ésta desprotegida

IV. INVENCIÓNES PATENTABLES: LAS LLAMADAS «INVENCIÓNES LABORALES»

Singular y diferente regulación contiene nuestro ordenamiento jurídico, en la Ley de Patentes (en lo sucesivo, LP), respecto de las denominadas «invencciones laborales», término con el que nos referiremos a aquellas invenciones susceptibles, a diferencia de las creaciones amparadas por la citada LPI, de ser protegidas mediante un título de protección exclusiva, fundamentalmente el de una patente (además de un modelo de utilidad, obtenciones vegetales, o topografías de productos semiconductores), regulación que se contiene en los arts. 15 y ss. de la vigente LP.

1. Ámbito subjetivo y objetivo

Antes de exponer, de forma general y esquemática, el régimen jurídico aplicable a las invenciones laborales, y de que indiquemos en qué supuestos tiene derecho a ellas la empresa, o el trabajador-inventor, debemos hacer una primera reflexión. La redacción concreta dada por el legislador a estos preceptos, muy importantes, por otro lado, es muy mejorable, dado que en ellos nos encontramos con expresiones algo vagas, que en ocasiones pueden producir una inseguridad jurídica tan evidente como indeseable. Así, y por ello, consideramos importante analizar e interpretar estos preceptos bajo la óptica de un necesario equilibrio de intereses entre ambas partes, empresa y trabajador-inventor, pero sin pasar por alto la conveniente protección de los derechos del trabajador, que en ocasiones acaba por mostrarse como la parte más débil, y necesitada de protección.

Dicho esto, en primer lugar hemos de indicar que estos preceptos se aplican tanto a aquellas invenciones que son llevadas a cabo por un trabajador con el que la empresa mantiene un vínculo de: a) naturaleza laboral —un trabajador asalariado—, o b) mercantil —con un contrato mercantil de prestación de servicios—, como a

desconocidos al tiempo de la cesión, que no se considerarán, en tal caso, incluidas en dicha transmisión de los derechos de explotación.

Por ello, y de acuerdo con lo que establece el citado art. 43 LPI, se hace preciso incluir en el contrato una serie de menciones expresas, a tenor de las cuales las partes no sólo indiquen con claridad el ámbito territorial y el periodo por el cual el autor cede a la empresa los derechos de explotación de esa obra. De no hacerlo así, la cesión se limitaría al ámbito territorial del Reino de España, y tendría una duración de cinco años, lo cual, probablemente, podría ser insuficiente para los intereses de la empresa, y verse ésta desprotegida. También habría que prestar especial atención a las facultades que el autor cede a la empresa, e incluir cuantas puedan considerarse precisas para el futuro, por cuanto una omisión de alguna de ellas podría determinar —pongamos por ejemplo— la imposibilidad de explotar y servirse de la obra a través de una página web, cuestión hoy en día, no sólo esencial, sino prácticamente irrenunciable.

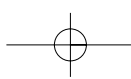
3. En especial: los derechos de la empresa sobre los programas de ordenador

La LPI establece un régimen singular para los programas de ordenador. Al fin y al cabo, cuando estamos hablando de la creatividad en la empresa, una parte importante de ella se traduce en la elaboración y desarrollo de un programa de ordenador. La LPI regula esta cuestión, previendo un régimen especial, a través de sus arts. 95 y ss., y en especial su art. 97, precepto que declara que será considerado autor del programa de ordenador: a) la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado, o b) la persona jurídica que

ciones que la empresa le ha confiado, o siguiendo sus instrucciones, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes a ese programa de ordenador, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario.

Por tanto, y como consecuencia de lo anterior, será la empresa quien, por atribución de la propia Ley, y salvo que haya pactado lo contrario con el trabajador, ostentará la titularidad de los derechos de explotación de ese programa, creado por ese trabajador al amparo y bajo la dirección de su empresario.

Una vez indicado lo anterior, hay alguna cuestión, eminentemente práctica, que podemos tomar en consideración, y que podría ser de especial utilidad. En primer lugar, y aun cuando el tenor literal de este art. 97 LPI es claro a la hora de atribuir a la empresa los derechos de explotación de la obra, puede ser interesante incluir, además, en el contrato de trabajo que vincule a esa empresa con el trabajador-autor, una cláusula a tenor de la cual las partes expresamente reconozcan a la empresa como la titular de los derechos de explotación que aquél pueda, efectivamente, crear. Esta previsión, además, y para una plena eficacia, también debería ir acompañada de un consiguiente aspecto retributivo, remuneración que acabará por confirmar la facultad de la empresa de explotar su *software*. Decimos esto para tratar de evitar situaciones en las que se pueda poner en duda, no sólo la efectiva existencia de las referidas «funciones e instrucciones», sino también el alcance de los derechos correspondientes a la empresa, sobre todo una vez concluida la relación laboral que ha servido de base a esa actividad creativa.



c) los funcionarios y trabajadores de la Administración. Puede incidirse, a este respecto, en la oportunidad de interpretar en sentido amplio y extenso, por un lado, el concepto de contrato de trabajo o de servicios, al que se refiere el art. 15 LP, como los supuestos en los que el «empleador» resulta ser la propia Administración, tanto cuando actúa como tal poder público como cuando lo hace concurriendo como un agente económico más, dentro del sector privado.

En este sentido, el único requisito que establece la Ley para considerar aplicable este régimen es el de que se trate de una invención creada estando el contrato de trabajo en vigor. De esta forma, resultará irrelevante que la invención se haya generado fuera del horario de trabajo, en horas extras, o durante las vacaciones, por ejemplo. Lo relevante es que, al tiempo de tener lugar y desarrollarse esa invención, el contrato del que traiga causa no se haya resuelto ni expirado. No obstante lo anterior, y como indicaremos más adelante, esta necesaria vigencia no agota el derecho que puede corresponder al empresario sobre las invenciones laborales. Decimos esto por cuanto, de acuerdo con el art. 19 LP, aun habiéndose extinguido la relación laboral o de servicios existente con la empresa, si dentro del año siguiente a su extinción se presenta una solicitud de patente —o de otro título de protección exclusiva— para una invención en la que figure el trabajador como inventor, ésta podrá ser reclamada por el empresario.

2. Régimen legal

En términos generales, y para diferenciar quién, y de qué modo, ostenta los derechos sobre esa invención laboral, el legislador establece en estos preceptos una estructura compuesta por: a) aquellas invenciones que, por mandato de la propia Ley, corresponden al empresario; b) aquellas que la Ley determina, por el contrario, que deben ser atribuidas al trabajador-inventor, y, finalmente, y c) una tercera categoría a tenor de la cual la titularidad sobre ellas dependerá de la voluntad del empresario, a quien la Ley otorga un derecho preferente, bien para asumir la titularidad de la invención y de sus consiguientes derechos de explotación, bien para asignársela al trabajador pero habiéndose reservado algunos de tales derechos de explotación.

El art. 15 indica que pertenecen al empresario aquellas invenciones en las que concurran, fundamentalmente, estas dos notas: a) que hayan sido realizadas por el trabajador durante la vigencia de su contrato o relación de trabajo o de servicios con la empresa, y b) que sean fruto de una actividad de investigación, explícita o implícitamente, constitutiva del objeto de su contrato. Estas invenciones, por tanto, corresponden al empresario, quien ostentará el derecho exclusivo a explotarlas con independencia de que hayan sido, efectivamente, inventadas por el propio trabajador. A continuación, el punto 2 del citado art. 15 matiza este principio general, y suaviza esta atribución, otorgando al trabajador-autor de la invención una remuneración suplementaria en aquellos supuestos en los que su aportación personal a la invención, y sobre todo la importancia que la misma haya supuesto para la empresa, excedan de manera evidente del contenido de su contrato con la empresa.

A este respecto, y dado que este art. 15 se remite, en sendas ocasiones, al objeto y contenido del contrato entre el inventor y la empresa, tene-

mos que matizar que este objeto y contenido nunca podrá ser, en última instancia, la consecución de la invención, sino únicamente el desarrollo de una actividad inventiva tendente a la consecución de ese invento, pero considerando ese éxito posterior como un plus, un elemento adicional de los servicios prestados.

A la vista de lo que indica dicho art. 15, e interpretando el mismo *a sensu contrario*, el art. 16 determina que, por el contrario, las restantes invenciones pertenecen al trabajador autor de las mismas. Es decir, a tenor de uno y otro artículo, pertenecerán al trabajador aquellas invenciones que hayan sido creadas: a) no estando vigente el contrato, o, estándolo, b) la actividad investigadora, o inventiva, no constituyan, ni explícita ni implícitamente, el objeto de su contrato.

Finalmente, existe otra tercera clase de invenciones, para las cuales la LP establece un régimen especial, a través del art. 17. Nos estamos refiriendo

medios o conocimientos facilitados por la empresa como de las aportaciones propias del trabajador.

A este respecto, y como ya hemos dicho, la Ley reconoce un derecho preferente a favor del empresario, para cuyo ejercicio la Ley —en su art. 18— establece los pasos a seguir, si bien de una forma algo confusa. A tenor de este precepto, en los supuestos en los que el trabajador lleve a cabo alguna de las invenciones a que se refieren los arts. 15 (invenciones atribuidas al empresario) y 17 (invenciones asumibles), deberá informar de ello al empresario, mediante comunicación escrita, con los datos e informes necesarios para que aquél pueda ejercitar los derechos que le corresponden en el plazo de tres meses. Y, dentro de este art. 18, el inciso final *«para que aquél pueda ejercitar los derechos que le corresponden en el plazo de tres meses»* deja lugar a importantes dudas acerca de si ese plazo de 3 meses debe entenderse referido: a) al plazo de

No podemos ignorar lo esencial que resulta proteger, desde un punto de vista legal, la actividad creativa e investigadora que se lleva a cabo en la actual Sociedad de la Información, y en especial en el seno de las empresas. Una protección legal que resulte clara y estable, que proporcione la debida seguridad jurídica, resulta imprescindible si queremos contar con un marco en el que se pueda desarrollar una buena labor investigadora y creativa. Seguridad jurídica que, sin duda, también debe verse complementada por la concienciación de los agentes económicos, acerca de la importancia de desarrollar una permanente actividad creativa

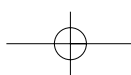
a aquellas invenciones sobre las cuales la Ley otorga al empresario el derecho (como tal derecho, ejercitable o no), la facultad, de asumir la titularidad de esa invención, o simplemente reservarse un derecho de utilización sobre la misma, teniendo en cuenta que en aquellos supuestos en los que el empresario no opte, en el plazo que la propia Ley establece, por una u otra alternativa, los derechos sobre la invención serán de completa titularidad del trabajador autor de la misma.

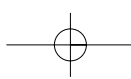
Nos estamos refiriendo a aquellos supuestos en los que, a priori, de esa actividad desplegada por el inventor no podía —razonable ni presumiblemente— esperarse una invención, esencialmente por el hecho de que su actividad no consistiera, precisamente, en una investigación. Son invenciones relacionadas con la actividad profesional que el inventor desarrolla en la empresa, y en cuya obtención han influido predominantemente conocimientos adquiridos dentro de la empresa o la utilización de medios proporcionados por ésta. Es decir, no existe, a priori, una relación entre la invención obtenida y la actividad que desarrolla el trabajador y por la cual la empresa le retribuye, lo cual motiva que el trabajador no se vea completamente desprovisto de ningún derecho sobre su invento, sino que la Ley simplemente atribuye a la empresa un derecho preferente de asunción, en mayor o menor medida, de los derechos sobre ese invento, todo ello previa la correspondiente compensación económica, que dependerá de la importancia industrial y comercial del invento, y del valor, tanto de los

que dispone el trabajador para informar al empresario, o, una vez informado, b) el plazo de que dispone el empresario para asumir derechos. Todo ello al margen de que no tenga excesivo sentido atribuir al empresario un plazo de 3 meses si hablamos de las invenciones que la Ley, en el art. 15, atribuye directamente al empresario. Podría entenderse que si en ese plazo el empresario no lleva a cabo ninguna actividad revierte la invención al trabajador, interpretación que sería acorde y respetuosa con la redacción dada a dicho precepto, pero también algo incompatible y contradictoria con el espíritu de dicho art. 15, todo lo cual pone de manifiesto y evidencia la poca atención que el legislador ha prestado a esta cuestión.

V. CONCLUSIÓN

En definitiva, no podemos ignorar lo esencial que resulta proteger, desde un punto de vista legal, la actividad creativa e investigadora que se lleva a cabo en la actual Sociedad de la Información, y en especial en el seno de las empresas. Una protección legal que resulte clara y estable, que proporcione la debida seguridad jurídica, resulta imprescindible si queremos contar con un marco en el que se pueda desarrollar una buena labor investigadora y creativa. Seguridad jurídica que, sin duda, también debe verse complementada por la concienciación de los agentes económicos, acerca de la importancia de desarrollar una permanente actividad creativa.





IDEAS BÁSICAS

Por ABEL MARTÍN VILLAREJO

Abogado. Director General de AISGE. Profesor Asociado Dpto. Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid

REFLEXIONES SOBRE EL DENOMINADO «CANON DE COPIA PRIVADA». ANÁLISIS JURÍDICO Y ACLARACIONES DE ASPECTOS ESENCIALES

I. CONCEPTOS Y ACLARACIONES FUNDAMENTALES

En sentido amplio, el derecho de remuneración por copia privada viene configurado en todas las legislaciones nacionales que lo regulan como un derecho de contenido económico, cuya razón de ser se orienta a compensar los derechos de propiedad intelectual que el creador o titular de tales derechos deja de percibir por la reproducción, legalmente autorizada y para uso privado, de las obras o creaciones del espíritu (películas, libros, discos, etc.). Por tanto:

El derecho de remuneración por copia privada es una compensación económica a favor de los autores, artistas y productores por todos aquellos derechos que dejan de percibir como consecuencia de que la ley limita su derecho de autorizar la reproducción (copia) de sus obras, para permitir que los ciudadanos puedan grabar en su ámbito doméstico y para su uso privado (no comercial) tales obras o contenidos de ficción.

Coincidiendo con ese concepto, pero en un sentido más técnico-jurídico, nuestra Ley de Propiedad Intelectual (en los sucesivos, TRLPI) regula desde 1987 el mentado derecho de remuneración en su art. 25. Y dicho precepto en su apartado número 1 ofrece un concepto descriptivo de la institución en los siguientes términos:

«1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado (...), mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una remuneración equitativa y única (...) dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaren de percibir por razón de la expresada reproducción (...).»

Consecuentemente, podemos destacar los siguientes elementos, características y aspectos esenciales del derecho de remuneración por copia privada:

a) Se configura como una *compensación o indemnización* de los daños y perjuicios que se irroga a los titulares de los derechos como consecuencia de limitar (art. 31.2 del TRLPI) la facultad que la misma Ley atribuye a tales titulares para autorizar o no la reproducción de sus obras.

b) El derecho base es el que ostentan los titulares de las obras para autorizar la *reproducción* y el sistema de copia privada tan sólo opera como

régimen paliativo de una licencia legal, la que previene el art. 32.1 del TRLPI, en el sentido de que para su exclusivo uso privado (no mercantil) cualquier ciudadano podrá reproducir o copiar una obra sin necesidad de solicitar una autorización previa a los titulares de la misma.

c) A cambio de dicha licencia legal, el art. 25 del TRLPI previene un régimen de compensación para los autores, artistas y productores que *consiste en incorporar* un «canon» al precio de venta de los soportes vírgenes (antiguas cintas de VHS o los actuales CD, DVD, etc.) o aparatos de reproducción (susceptibles de grabar o almacenar dichas obras).

d) Dicho canon o remuneración compensatoria, sin embargo, no alcanza a indemnizar ni el 3% del *daño real* que el límite del art. 32.1 ocasiona a los titulares del derecho. Si los titulares (autores, artistas y productores) conservasen su derecho exclusivo de reproducción, con la facultad de autorizar la copia a cambio de una contraprestación económica, los rendimientos propios y normales de su derecho se multiplicarían por 100.

e) Asimismo, por su condición de derecho de simple remuneración, todas las legislaciones que lo regulan establecen, de manera obligatoria, una forma de *gestión colectiva*, a través de las denominadas entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. Dicho régimen de gestión colectiva obligatoria se justifica en el objetivo de alcanzar la efectividad plena del derecho de remuneración de copia privada, tal y como tendremos oportunidad de observar más adelante.

f) La remuneración compensatoria *recae sobre todos los equipos, aparatos y materiales idóneos para la reproducción de obras literarias, musicales y/o audiovisuales*. Es decir, la sujeción a la remuneración por copia privada depende de la capacidad y posibilidad de aquellos para la reproducción de obras literarias, musicales y audiovisuales. Los equipos y soportes sujetos a remuneración lo están con independencia de su utilización efectiva para reproducir dichas obras. Obviamente, la remuneración por copia privada no es aplicable sobre ningún equipo o soporte que no permita la grabación de tales obras.

g) Los *beneficiarios* (acreedores) de la remuneración son los autores, artistas, editores y productores, en tanto que los *deudores* (u obligados al pago) de dicha remuneración son los fabricantes o importadores de los soportes o aparatos susceptibles de almacenar o reproducir obras. Sin perjuicio de que el fabricante o importador repercutan dicho canon en el precio de venta al públi-

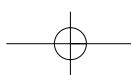
co del soporte. Precisamente, para evitar fraudes en la cadena de distribución, la ley establece una *responsabilidad solidaria en cadena* desde la tienda de venta al público hasta el fabricante o importador, pues el canon ha de reflejarse y desglosarse en la factura. Suele ocurrir, por tanto, que cuando se defrauda el canon de copia privada también se defrauda el IVA.

Sabido lo anterior nos hallamos en condiciones de poder **ACLARAR LOS TÓPICOS Y MALENTENDIDOS HABITUALES** en relación con el derecho de remuneración por copia privada del art. 25 TRLPI:

1. No es un IMPUESTO. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, entre otras, mediante sendas sentencias de 10 de febrero de 1997 (recursos 199/1993 y 201/1993), zanja la cuestión afirmando «*a naturaleza no para-fiscal de la remuneración compensatoria al faltar en ésta el carácter contributivo, su destino a la financiación de gastos públicos...*», al tiempo que reafirma los caracteres descritos más arriba cuando recuerda que «*Se trata... de una obligación de naturaleza jurídico-civil, dirigida a compensar... los derechos de propiedad intelectual, de naturaleza jurídico-privada, dejados de percibir por razón de la reproducción para uso privado del copista que la ley permite sin autorización del autor (art. 31.2.º), es decir, a compensar una ganancia dejada de obtener...*».

2. No es un sistema paliativo o para compensar los efectos de la PIRATERÍA. La piratería es una conducta delictiva, desarrollada mediante la comercialización no autorizada de obras y demás contenidos protegidos. La copia privada es un modelo de compensación de un daño autorizado por la ley, es decir, *quien copia o reproduce una obra, en un soporte que ha satisfecho el canon del art. 25, y lo hace para su exclusivo uso privado, no comete ningún acto de piratería ni ningún delito*.

3. No perjudica a los CONSUMIDORES ni a la INDUSTRIA, sino todo lo contrario: paradójicamente, quienes propugnan la supresión del canon por copia privada son los más beneficiados por el sistema. La industria de los CD o DVD vírgenes y de los aparatos de reproducción ocupan las cuotas de mercado actuales gracias a que en España y en otros países los ciudadanos pueden grabar libremente de un soporte a otro virgen o de una televisión a ese soporte virgen. De no existir tal sistema de licencia legal a cambio de un canon, cualquier ciudadano que necesitara o simplemente deseara grabar algo estaría obligado a solicitar de los creadores o productores una autorización específica y a pagar una re-



14 de diciembre de 2006

muneración varias veces superior al actual canon, pues este canon no alcanza ni a compensar el 3% del valor real de mercado de la reproducción. Recordemos que el canon pretende compensar la limitación o expropiación de un derecho subjetivo, cual es el de autorizar la reproducción de una obra; por ello y a mayor abundamiento, carece de todo rigor y fundamento jurídico pretender la supresión de la compensación y no la eliminación del límite o expropiación que la justifica. Tal pretensión se enfrentaría al art. 33.3 de la Constitución de 1978 y situaría al consumidor en una posición más gravosa: el ciudadano común, para poder copiar o grabar, tendría que pedir permiso y pagar la contraprestación económica que en cada caso le exigiera el titular del derecho para evitar situarse en el ámbito de una conducta delictiva.

4. No perjudica el desarrollo de la SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, ni el acceso a las nuevas tecnologías. Uno de los argumentos utilizados por los colectivos contrarios a la copia privada es la necesidad de consolidar los avances tecnológicos de la Sociedad de la Información, aspecto este que queda patente en el texto de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Esta Directiva, cuya transposición constituye el objeto de la presente reforma de la ley, considera necesario, para fomentar el desarrollo de la Sociedad de la Información, establecer un marco jurídico armonizado en materia de derechos de propiedad intelectual, al tiempo que, en efecto, determina que en los casos de establecimientos de excepciones o limitaciones (como la copia privada) los titulares de los derechos han de recibir una compensación equitativa para resarcirlos adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. No debemos obviar que, aunque sea cierto que la introducción de las excepciones y limitaciones al derecho de reproducción es facultativa de los Estados miembros, en la legislación española este sistema se encuentra incorporado desde 1987, si bien ahora la propia Directiva en su art. 5 lo establece de manera general, pero siempre asegurando para los titulares de los derechos una compensación equitativa. Ése es el equilibrio de intereses que obliga la Directiva y éste es el equilibrio que ha existido siempre en la ley española (art. 25 TRLPI). Decir como se ha dicho que los derechos de propiedad intelectual son un obstáculo para el desarrollo de la Sociedad de la Información es tanto como decir por parte de la industria del automóvil que el precio de la gasolina es el mayor obstáculo para su desarrollo y que, en consecuencia, debería ser gratis. La Sociedad de la Información, precisamente, se cimienta en la protección de los contenidos y no tanto de los medios técnicos por donde circulan tales contenidos.

5. No es incompatible con los SISTEMAS ANTICOPIA. A la hora de fijar el importe de la remuneración o del canon se tiene en cuenta este factor, así como el hábito de grabación de los consumidores de productos protegidos (obras, interpretaciones, etc.). Si un autor o artista establece un sistema anticopia en su obra no percibe repartos o pagos de lo que se recaude por el concepto de copia privada. Asimismo, cuanto más difícil sea hacer copias de discos o películas en casa, menor será el hábito de grabación de obras protegidas y, por tanto, inferior la cuantía de la remuneración. Ahora bien, hasta el momento, sin embargo, los sistemas de compresión ni son eficaces ni están tan extendidos como se pu-

diera pensar: por ejemplo, de unas 25.000 referencias de discos que existen en el mercado, sólo unas cuantas llevan incorporado algún sistema anticopia y en ningún caso estos sistemas han sido imposibles de superar. Por tanto, los hábitos de reproducción para uso privado tienen como realidad, en su mayoría, que la fuente original de copia no se encuentra protegida por las medidas de protección de copia. Un ejemplo claro de lo anterior se encuentra en el hecho de que la mayoría de las grabaciones, según todos los estudios de mercado, se realizan de la señal de televisión por ondas hertzianas, sin que dicha señal tenga, al menos hasta el año 2010, la posibilidad técnica de incorporar medidas voluntarias de protección de copia que pudiesen impedir la misma. Otra fuente habitual de reproducción, a la que es imposible aplicar medida tecnológica de protección, es el papel, es decir, el libro en su concepto tradicional.

6. No es incompatible con el hecho de que los soportes y aparatos digitales PERMITAN ALMACENAR OTROS CONTENIDOS DISTINTOS A OBRAS O INTERPRETACIONES ARTÍSTICAS. Esto ya sucedía en menor medida con las cintas de VHS o la tradicional casete, pues desde hace muchos años la boda, el bautizo, las vacaciones o los cursos de inglés se grababan en tales soportes. Todas estas circunstancias antes y ahora son tenidas en cuenta para fijar el montante de la compensación por copia privada. Recordemos que el sistema no es exacto, sino paliativo y subsidiario, debido a que la licencia legal del art. 31.2.º que pretende compensar beneficia a todos los ciudadanos y resultaría inoperante si se tuviera que comprobar el destino final de un soporte virgen adquirido por cualquier consumidor final. De hecho, los profesionales (productores, televisiones, etc.) están exentos del canon por copia privada, pues ellos ya remuneran la autorización específica para poder grabar.

II. FORMA DE EJERCICIO DEL DERECHO DE REMUNERACIÓN POR COPIA PRIVADA: TARIFAS, RECAUDACIÓN Y REPARTO

Como ya hemos anticipado, el derecho de remuneración por copia privada se ha configurado como un derecho de remuneración (compensatorio) de gestión colectiva obligatoria, y entendemos que ésta es la mejor fórmula para alcanzar su eficacia o efectividad real. Diríamos más: no nos imaginamos un sistema diferente al implantado y desarrollado en varios países en tanto el desarrollo tecnológico no ofrezca fórmulas alternativas de control del derecho exclusivo de reproducción, del que deriva el de remuneración por copia privada, y siempre que tales fórmulas sean compatibles con el régimen de limitaciones o excepciones que en cada legislación se consideran necesarias para compatibilizar la efectividad del derecho con otros intereses nada desdeñables (acceso a la cultura, etc.).

De otro lado, la gestión colectiva obligatoria descansa sobre un régimen de legitimación especial que emana directamente de la Ley (art. 150 y cc. del TRLPI) y no de la encomienda o mandato particular de cada uno de los titulares de los derechos gestionados colectivamente (1). La entidad de gestión está legalmente legitimada para hacer efectivos los derechos que, por su naturaleza, constituyen el objeto de su gestión dentro del ámbito delimitado por la ley o por la habilitación público-administrativa correspondien-

te (2) (arts. 147 y ss. del TRLPI). Por tanto, si la gestión colectiva obligatoria no se confía a las entidades por los titulares de derechos de propiedad intelectual, sino que se atribuye directamente por la Ley (3), el ejercicio del derecho se halla fuera del ámbito de disposición del titular individual. De ahí que la propia Ley en su art. 25.1, *in fine*, determine que el derecho de remuneración por copia privada es irrenunciable, a lo que añadimos, por el efecto propio del especial régimen de gestión colectiva obligatoria, que el derecho también ha de considerarse intransmisible o indisponible a título individual por actos *inter vivos*. Tampoco se puede disponer de ese derecho de modo colectivo por la entidad de gestión, sino que ésta tan sólo se encuentra habilitada y obligada para administrarlo, esto es, para hacerlo efectivo, en tanto que la titularidad del derecho permanece siempre en el ámbito patrimonial del titular originario, transmitiéndolo tras su muerte a sus legítimos herederos (4).

En términos muy generales podemos decir que el contenido de la gestión colectiva suele concretarse, con el alcance que delimite la Ley y el control público-administrativo, según cada legislación, en el desarrollo de las siguientes actividades: a) *recaudar* los rendimientos económicos de los derechos de los titulares mediante el establecimiento de tarifas generales, acuerdos o ejercicio de acciones judiciales; b) *administrar* en sentido amplio los anteriores rendimientos; c) *distribuir* o repartir los rendimientos entre los titulares bajo el principio rector de la proporcionalidad; y, finalmente, d) articular iniciativas y funciones de naturaleza *asistencial* y *promocional* (lo que denominaremos Fondos de Solidaridad) en beneficio de los colectivos de creadores cuyos derechos sean gestionados bajo esta forma especial.

1. Régimen de tarifas para el derecho de remuneración por copia privada

Las tarifas generales en la mayor parte de los supuestos de gestión colectiva obligatoria suelen ser fijadas por las entidades de gestión o de mutuo acuerdo entre usuario y entidad de gestión. En el caso de la copia privada, sin embargo, es práctica extendida el establecimiento de la tarifa o remuneración por la norma, si bien dicha norma puede apoyarse en un acuerdo sectorial previo. En algunos supuestos recientes, amparados en la necesidad de arbitrar soluciones ágiles y efectivas, la tarifa ha nacido del pacto directo entre acreedores (entidades de gestión) y deudores (industria fabricante o importadora de soportes y aparatos), cual es el caso de España respecto de la copia privada digital.

Obviamente, las distintas legislaciones han optado por sistemas diversos de fijación de las tarifas por copia privada, que podríamos clasificar de la siguiente forma:

a) Países que fijan sus tarifas en la norma (España —excepto la digital—, Dinamarca, EE.UU., etc.). Este sistema tiene el inconveniente de que cualquier actualización se ve ralentizada por la necesidad de reforma legal, siendo además la postestad de cambio iniciativa del Gobierno y no de los afectados por el derecho, ya sean acreedores o deudores.

b) Países que fijan sus tarifas en base a un acuerdo o negociación entre las partes interesadas (Italia, Hungría, Alemania, etc.). El inconveniente práctico de este sistema es que, habitualmente, no

existe un acuerdo entre los afectados que representan intereses contrapuestos, lo que hace imprescindible el recurso a un árbitro que, a su vez, suele ser un órgano administrativo.

c) Países que han creado un órgano administrativo, cuya función es elaborar y aprobar estas tarifas.

El caso francés es el más claro: en Francia la copia privada está sometida a las decisiones de una comisión especial, que fija las tarifas. En dicha comisión hay representación paritaria de los titulares de derechos y de los obligados al pago, así como de los consumidores. Los miembros de la comisión son designados por el Ministro de Cultura.

En el siguiente cuadro (5) se podrá apreciar con mayor detalle el régimen tarifario vigente en algunos de los Estados de la UE, en EE.UU. y en Canadá, distinguiendo entre tarifas por aparatos o soportes analógicos (tarifas analógicas) y por aparatos o soportes digitales (tarifas digitales):

ESTADO	ESPAÑA (6)	FRANCIA	ALEMANIA	ITALIA	CANADÁ	EE. UU.
TARIFAS ANALÓGICAS						
VHS0	30 €/hora	0,43 €/hora	0,10 €/hora	5% precio venta 0,17 €/40 min		NO
Casete Audio	0,18 €/hora	0,29 €/hora	0,15 €/hora	10% precio venta	0,17 €/40 min	NO
Aparato Reproductor Fonogramas	0,61 €/unidad	NO	0,58 €	3% precio venta	NO	NO
Aparato Reproductor Audiovisual	6,61 €/unidad	NO	5,83 €	NO	NO	NO
TARIFAS DIGITALES						
CD-R Audio	0,18 € hora/650MB	0,46 € 650MB	0,088 € 650MB	0,36 € 74 min	0,45 €	2% precio venta
CD-R o CD-RW Data	0,35 € hora/ 50MB-74 min	0,33 € 650MB	0,088 € 650MB	0,23 € 650MB	0,12 €	2% precio venta
DVD-R o DVD RW Video	1,75 € 4,7GB/ 2,5 horas	3,59 € 4,7GB	0,174 € 120 min	0,87 € 4,7GB	NO	
DVD-R o DVD RW Data	0,60 € 4,7 GB/ 2 horas	3,77 € 4,7 GB	0,174 € 120 min	0,87 € 4,7 GB	NO	
Mini Discs	0,18 € hora	0,33 € 650MB	0,088 € 74 min	0,36 € 74min	0,45 €	2% precio venta
Tarjeta Memoria 32 MB	0,18 € hora	0,34 €	NO CONSTA	0,18 €	NO	

2. Aspectos generales de la recaudación de la copia privada

El art. 25 del TRLPI establece un sistema de liquidaciones trimestrales, coincidiendo con los trimestres naturales, y de acuerdo al siguiente sistema: «los deudores mencionados (...) presentarán a la entidad o entidades de gestión correspondientes (...), dentro de los treinta días siguientes a la finalización de cada trimestre natural, una declaración-liquidación en la que se indicarán las unidades y características técnicas, según se especifica en el apartado 5 de este artículo, de los equipos, aparatos y materiales respecto de los cuales haya nacido la obligación de pago de la remuneración durante dicho trimestre. Con el mismo detalle, deducirán las cantidades correspondientes a los equipos, aparatos y materiales destinados fuera del territorio español y las correspondientes a los exceptuados (...)».

Con base en el mismo precepto, los aparatos reproductores serán computados por unidades, contando como dobles los casos de doble pletina o de doble sistema de reproducción (p. ej., VHS + DVD grabador) y los materiales idóneos serán liquidados por tiempo (horas y minutos). La liquidación se remitirá a las entidades de gestión que emitirán la correspondiente factura. El modelo de Liquidación contiene todos los elementos previstos en la norma. Se trata de un modelo normalizado propuesto por las entidades de ges-

tió, que no es obligatorio para el usuario, sino que éste podrá optar por realizar su propia hoja de liquidación, siempre que la misma contenga los datos previstos en el art. 25.6 del TRLPI.

¿Qué hacen las entidades de gestión para localizar a deudores que incumplen su obligación de declarar? Inspeccionan y comprueban la realidad de las declaraciones, si se sospecha su inexactitud, o se investiga el mercado mediante inspecciones oculares, que consisten en controles de mercado realizados a los minoristas. De esa actividad inspectora, atribuida por la Ley a las entidades de gestión, es posible reconstruir la cadena de distribución de modo inverso, de forma que se puede hallar al distribuidor anterior y, en última instancia, al importador o fabricante que haya incumplido su obligación de liquidación o declaración. Todo ello, a su vez, al amparo de la responsabilidad solidaria o en cadena que establece la LPI española en relación con la copia privada (7).

Para realizar ese control las entidades de gestión se coordinan entre sí, repartiéndose el territorio nacional por zonas. En las zonas de su competencia, cada entidad de gestión desarrollará, en nombre del resto de entidades, las siguientes labores de control: a) estudio de precios de venta al público de los materiales y aparatos sujetos al pago (8), y b) comprobación de facturas en el minorista (9).

Esta facultad de inspección atribuida a las entidades de gestión resulta imprescindible en un esquema de gestión basado en la autoliquidación por parte del obligado al pago. En caso de carecer de la posibilidad de controlar la veracidad de las liquidaciones, el cumplimiento de la obligación quedaría supeditado *de facto* a la voluntad del deudor. Las entidades de gestión, para evitar solapamientos, se coordinan entre sí para obtener la mayor eficacia posible de sus facultades de inspección. Para ello, conjuntamente aprueban un plan de inspecciones repartiéndose los deudores e individualmente realizan las inspecciones en nombre de todas ellas.

3. La distribución o reparto de la remuneración por copia privada entre sus legítimos titulares

La irrelevancia de la consideración individualizada a los titulares y a sus creaciones en la fase de recaudación o exigibilidad del derecho no significa que no hayan de tenerse en cuenta en fase de reparto o distribución (10). Cuando nos encontramos en la fase de reparto o distribución de las cantidades colectivamente recaudadas, y no en la de exigibilidad, se hace necesario individualizar el derecho o cuantía económica que corresponde a cada titular en la forma legal prevista (11). Es más, el reparto de lo recaudado por la entidad no puede hacerse sólo entre los socios, sino entre todos los titulares de las creaciones intelectuales explotadas, constituyéndose al efecto las denomina-

14 de diciembre de 2006

das reservas de derechos (de cantidades de dinero generadas) a favor de aquellos titulares que no son miembros de la entidad al tiempo del reparto.

En el caso de la copia privada, sea analógica o digital, la distribución pasa por diferentes fases. La primera consiste en repartir los montantes globales de la remuneración entre las categorías genéricas de titulares (autores, artistas y productores). Esta distribución genérica, en el caso español, viene establecida en la norma (art. 36 del RD 1434/1992, de 27 de noviembre). Según dicha norma, la distribución de la remuneración por categorías de acreedores quedaría de la siguiente forma: a) en la modalidad de fonograma y demás soportes sonoros, 50% autores, 25% artistas y 25% productores; b) en la modalidad de videograma y demás soportes audiovisuales, 1/3 autores, 1/3 artistas y 1/3 productores, y c) en la modalidad de libros y publicaciones similares, 55% autores y 45% editores.

A partir de las anteriores asignaciones, cada entidad de gestión deberá practicar el reparto o distribución de las sumas recaudadas en función de sus normas de reparto internas (12), que deberá responder al principio de proporcionalidad fijado por el art. 154 del TRLPI. Y comoquiera que las obras o prestaciones que se comunican al público a través de radiodifusión son susceptibles de ser reproducidas en el ámbito doméstico y para uso privado, los criterios de distribución de las entidades de gestión se basan en índices de audiencia o emisión y en estudios o sondeos o muestreos de grabación, de modo que, sin ser del todo exacto, se satisface el principio de proporcionalidad al suponer que el contenido más difundido alberga también mayores posibilidades de ser reproducido. En ocasiones también se recurre a datos de ventas de los soportes con contenidos susceptibles de ser reproducidos.

III. LA GESTIÓN COLECTIVA DE LA COPIA PRIVADA Y LOS FONDOS DE SOLIDARIDAD

El objetivo prioritario y fundamental de toda entidad u organización que se dedique a la gestión de los derechos intelectuales se concreta en recaudar y repartir lo recaudado entre sus legítimos titulares. Ahora bien, ello no obsta para considerar que los caracteres esenciales que configuran la gestión colectiva se completan con las posibilidades que esta forma de ejercicio brinda al desarrollo de actividades de carácter asistencial a favor de los titulares que administra y de carácter promocional o formativo para todo el colectivo o sector de la actividad creativa de donde derivan los correspondientes derechos. Y es precisamente la conjunción de los objetivos que cubren estas actividades complementarias de la gestión colectiva y su forma de financiación lo que constituye una aplicación particular del principio de solidaridad entre los titulares o creadores de una determinada categoría.

La detracción de cantidades económicas de los rendimientos generados por los derechos de propiedad intelectual colectivamente recaudados y su aplicación a actividades asistenciales y promocionales, según cada ordenamiento jurídico nacional, puede tener un origen legal o voluntario o ambos a la vez (13). En España, v. g., la legislación sobre propiedad intelectual obliga a aplicar un 20% (10% asistencial y otro 10% promocional) (14) de las cantidades recaudadas en concepto de derecho de remuneración por copia privada, dejando al arbitrio de los órganos competentes de cada entidad de gestión, o a la rela-

ción contractual entre el titular y ésta o a la que se articula mediante los acuerdos de reciprocidad con entidades extranjeras, la posibilidad de gravar con cualesquiera porcentajes las sumas recaudadas por otros derechos (15).

Ni que decir tiene que las dos actividades que, en nuestra opinión, desarrollan el principio de solidaridad, esto es, la asistencial y la promocional, adquieren importancia vital en las entidades que gestionan derechos cuyos titulares son autores o artistas, habida cuenta, fundamentalmente, de las carencias que presentan los distintos sistemas de protección social respecto de tales profesionales y del carácter irregular de su actividad creativa, en la mayoría de los casos (16).

Finalmente, advertir que ambas actividades, la asistencial y la promocional, al redundar en beneficio de los titulares (creadores) nacionales, pueden convertirse en un instrumento idóneo para el fomento de la creación cultural de cada país y operar, de esta suerte y en la medida de lo posible, como fenómeno corrector de los efectos negativos de la globalización cultural o de la excesiva influencia cultural procedente de países con industria cultural poderosa y expansiva. *Proteger e incentivar la propia cultura pasa por incentivar y proteger a los creadores nacionales*, y tanto el sistema general de la propiedad intelectual como las actividades complementarias descritas ofrecen un marco decisivo para el logro de la identidad (riqueza) cultural de cada pueblo.

IV. IMPLANTACIÓN DE LA COPIA PRIVADA DIGITAL EN ESPAÑA

1. Antecedentes

En realidad, cuando hablamos de copia privada digital estamos refiriéndonos al mismo derecho y a la misma mecánica de gestión descritos. La única diferencia con la denominada copia privada analógica es que la digital, obviamente, se aplica a soportes y aparatos digitales o de tecnología numérica (CD-R, DVD-R, MP3, MPEG-4, etc.) y que las tarifas, al menos en el caso español, no son fijadas por la norma sino por acuerdo entre los acreedores (entidades de gestión) y los deudores (industria fabricante o importadora de tales soportes y aparatos).

La LPI española de 1987 (así como las normas de desarrollo y el actual TRLPI) tan sólo habla de soportes y materiales idóneos, pero no alcanza a prevenir las peculiaridades de los soportes o materiales digitales, que, sin embargo, responden a las siguientes características: a) son *polivalentes*, es decir, un mismo aparato reproductor o un mismo soporte sirven para grabar o reproducir tanto obras musicales, audiovisuales o literarias y científicas, de ahí que lo que el TRLPI denomina *bloques* ha quedado obsoleto; b) esos mismos soportes sirven para grabar o reproducir *otros contenidos no sujetos* al régimen del art. 25 del TRLPI (programas de ordenador, bases o compilaciones de datos, fotografías, juegos de ordenador, datos en general, etc.). Todo ello, sin perjuicios de otros aspectos tales como que la calidad de la copia privada es prácticamente idéntica a la original y el número de copias que se pueden obtener es infinito, sin merma apreciable de la calidad de las sucesivas copias.

La oportunidad y obligación de regular esta cuestión era (y es) la transposición de la Directiva de la Unión Europea 2001/29/CE, conocida

como Directiva de la Sociedad de la Información, pero la fecha límite de para su incorporación (22 de diciembre de 2002) se ha pasado sin el objetivo cumplido, al tiempo que la sociedad y los medios de reproducción digitales no han cesado en su desarrollo e implantación en el mercado. Por ello las entidades de gestión se dirigieron en reiteradas ocasiones al Gobierno (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de la época) solicitando la puesta al día de la normativa de copia privada para adecuar el texto legal a la realidad social y tecnológica. Pero la lentitud del proceso legislativo obligó a aquéllas a optar por otra vía más rápida y práctica: la del acuerdo sectorial con ASIMELEC.

Por otro lado, siendo que el derecho es el mismo y la Ley hablaba de soportes y aparatos idóneos (y los digitales lo son), algunas entidades de gestión, como la SGAE, decidieron acudir al los Tribunales en reclamación de la remuneración del art. 25 respecto de tales soportes, de manera que las resoluciones judiciales declararon, por ejemplo, al CD-R como material idóneo para realizar copias privadas de contenidos protegidos por el derecho de autor y los derechos conexos, y, por tanto, sometidos a la disciplina del art. 25.

2. El acuerdo entre las entidades de gestión y la industria (ASIMELEC)

Para dar solución a la anterior situación algunas entidades de gestión acreedoras (AIE, AISGE, SGAE y EGEDA) y los deudores (ASIMELEC, esto es, la Asociación de empresarios importadores y fabricantes de soportes electrónicos), tras largas negociaciones, alcanzaron un acuerdo en julio de 2003. A este acuerdo ya se han adherido otras entidades de gestión (AGEDI y DAMA) y la práctica totalidad del sector de empresas fabricantes o importadoras de materiales aptos para realizar copia privada digital.

Las principales características del acuerdo serán las siguientes: a) se trata de un acuerdo privado, suscrito por entidades privadas y que está abierto a la adhesión de terceros (todos los deudores y entidades que lo soliciten); b) el objeto es establecer las tarifas o remuneraciones por los soportes digitales de audio y vídeo (CD, DVD, etc.), incluidos los polivalentes (CD-Data y DVD-Data), idóneos para reproducir digitalmente obras y/o grabaciones audiovisuales y/o musicales; c) tiene una duración inicial de 3 años, si bien se establece un sistema de prórroga, aunque las partes esperan que para entonces la normativa haya sido adaptada a esta realidad, y d) por su especial relevancia en el mercado de soportes informáticos, el acuerdo no sólo está abierto a cualquier agente del mercado sino que, a fin de evitar distorsiones en la competencia de estos agentes, es especialmente riguroso en el establecimiento de tratos equitativos a los diferentes operadores del mercado.

Por su parte, a la hora de establecer el contenido económico de la remuneración (17) para soportes digitales se partió de las siguientes premisas: a) el hábito de uso social de este tipo de soportes, ya que existen otros usos posibles diferentes y no sujetos a pago del canon; b) la consideración de tratarse de soportes polivalentes en los que concurren simultáneamente la copia fonográfica y la copia audiovisual; c) si el acto de copia privada se realiza básicamente en el mercado doméstico, debe ser el valor de este mercado un índice corrector del cálculo de la remuneración final; d) los estudios para establecer los porcentajes han sido consensuados por las partes; e) la compresión es un factor que las partes reco-

nocen como definitivo a la hora de delimitar la capacidad de almacenamiento de estos soportes y, por tanto, debe ser considerado a la hora de regular definitivamente este derecho, y f) este sistema es aplicable a todo tipo de soportes polivalentes de carácter digital y compatible con las actuales tarifas establecidas en la LPI.

V. CONCLUSIONES GENERALES

Por tanto y en definitiva, la actual polémica en relación al canon de copia privada viene alimentada, casi en igual proporción, por un grupo de intereses que se identifican fácilmente de cuanto se ha expuesto y por un desconocimiento generalizado de los verdaderos principios, normas y estudios de mercado que sostienen el sistema de copia privada en España, en Europa y en otros países alejados del entorno europeo. El límite por la «copia privada autorizada para uso personal del copista» afecta a un derecho exclusivo de explotación como es el de autorizar la reproducción, es inherente al de propiedad privada del autor o del artista y absolutamente necesario para la subsistencia de sectores como el del libro, la música, el cine, la televisión, el turismo y la propia industria.

La posibilidad de introducir límites al derecho de reproducción es compatible con que tales límites no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho. El equilibrio de intereses que las regulaciones positivas tratan de alcanzar y conciliar no es nuevo, pues ya el párr. 2.º del art. 9 del Convenio de Berna —del que España es parte—, la Convención de Roma de 1961 y los llamados Tratados Internet de OMPI de 1996 discurren por tales premisas.

La licencia legal de la que se beneficia el consumidor que graba para su uso privado contenidos protegidos por el derecho de autor ha de ir inexorablemente acompañada de la contrapartida de una remuneración compensatoria por los ingresos dejados de percibir como consecuencia de la citada reproducción para uso privado, sea cualquiera que sea el medio por el que se realice. De no ser así, el art. 33.3 de la nuestra Constitución, entre otros preceptos y consecuencias, quedaría eludido y vulnerado.

La facilidad de los procesos de obtención de copias de obras literarias, fonográficas y audiovisuales a día de hoy y la calidad de las reproducciones que se efectúan mediante técnicas digitales son argumen-

tos irrefutables y reconocidos expresamente en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que determinan la subsistencia del actual régimen de copia privada, sin perjuicio de su adaptación progresiva a los avances tecnológicos.

Por tanto, mantener el límite del art. 31.2.º del TRLPI, pero negar la percepción de una remuneración compensatoria por copia privada, resulta contrario al principio de equidad que rige e informa todo el ordenamiento jurídico, al art. 33.3 de la Constitución, al Convenio de Berna y a otros convenios y tratados internacionales de los que España es parte, a lo contenido en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a lo manifestado por los Tribunales de Justicia en las demandas del pago de la remuneración sobre CD, a lo acordado entre la industria electrónica (ASIMELEC) y las entidades de gestión y, además, apartaría nuestra Ley del marco de las legislaciones de los países de nuestro entorno, toda vez que la Ley española, desde el siglo XIX, siempre fue ejemplo y vanguardia en la materia, pues no en vano si en algo España es una potencia mundial es en cultura y creadores. Ése es nuestro patrimonio y se ofrece hartamente dudoso que los intereses de las multinacionales que fabrican e importan los soportes o aparatos digitales deban prevalecer sobre aquél.

ANEXO

DATOS COMPARADOS DE INTERÉS EN RELACIÓN CON LA COPIA PRIVADA

1.º PRINCIPALES PAÍSES CON REGULACIÓN SOBRE POR COPIA PRIVADA

ESTADO	AÑO LEY/REVISIÓN	SOPORTES AUDIO	APARATOS AUDIO	SOPORTES VÍDEO	APARATOS VÍDEO
ALEMANIA	1985	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
ANDORRA	1996	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
ARGELIA	1997	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
AUSTRIA	1980	SÍ		SÍ	
BÉLGICA	1992	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
BULGARIA	1991/2003	SÍ		SÍ	
CHEQUIA	1999	SÍ		SÍ	
CROACIA	2003	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
DINAMARCA	1992	SÍ		SÍ	
ECUADOR	1998-2003	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
ESLOVAQUIA	1995	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
ESPAÑA	1987	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
ESTONIA	2003	SÍ		SÍ	
FINLANDIA	1984	SÍ		SÍ	
FRANCIA	1985	SÍ		SÍ	
GRECIA	1994	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
HOLANDA	1990	SÍ		SÍ	
HUNGRÍA	1999	SÍ		SÍ	
ISLANDIA	1984	SÍ		SÍ	
ISRAEL	1996	SÍ		SÍ	
ITALIA	1992/2003	SÍ	SÍ	SÍ	

14 de diciembre de 2006

ESTADO	AÑO LEY/REVISIÓN	SOPORTES AUDIO	APARATOS AUDIO	SOPORTES VÍDEO	APARATOS VÍDEO
JAPÓN	1993/2003	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
LETONIA	2003	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
LITUANIA	2003	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
NIGERIA	1994	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
PARAGUAY	1998	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
PERÚ	2003	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
POLONIA		SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
PORTUGAL	1985	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
R. DOMINICANA	2000				
RUSIA	1999/2002	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
SUECIA	1999	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
SUIZA	1992	SÍ		SÍ	

Miembro UE

Miembro EEE

America latina

2.º PORCENTAJE DESTINADO A FONDOS CULTURALES Y/O SOCIALES

ESTADO	% FONDOS
ALEMANIA	4%
ARGELIA	30%
AUSTRIA	51%
BÉLGICA	30%
BULGARIA	20%
DINAMARCA	28%
ESPAÑA	20%
FRANCIA	25%
HOLANDA	15%
ISLANDIA	15%
ITALIA	5%
SUIZA	10%

Notas

(1) Nota característica y esencial que destacan las sentencias del Tribunal Supremo de España de fecha 29 de octubre de 1999, números 880/1999 y 881/1999, FD 2.º.

(2) De no ser así, para obtener la efectividad forzosa del derecho, la entidad de gestión estaría obligada a presentar ante el órgano judicial el contrato de gestión, mandato o título de representación de cada uno de los titulares (miles), y cada vez que se fuese incorporando uno nuevo a la entidad (que es prácticamente a diario) tendría que ir aumentando la tarifa en la proporción que represente dicho titular. El fenómeno se repetiría así, una y otra vez, sin solución de continuidad, según se fueran incorporando titulares a cada entidad de gestión, alcanzando una situación absurda. Por eso, precisamente, el sistema de tarifas generales que las legislaciones suelen prevenir como sistema subsidiario y sustitutivo del precio o de cuantificación de las remuneraciones colectivamente gestionadas no puede basarse en la suma de todas las posibles remuneraciones

individuales, que por su carácter individual nada obsta para que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, cada derechohabiente pretenda una remuneración diferente y así se lo encomiende a su apoderado o mandatario.

(3) La tesis que mantenemos, a mayor abundamiento, es sostenida por J. MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Ed. Comares, Granada, 1997, pág. 138.

(4) Tratamiento singular, tal vez, podría dispensarse cuando el titular originario es una persona jurídica, tal sucede respecto del productor de fonogramas y videogramas.

(5) Glosario de términos: el indicativo genérico *DATA* se refiere a soportes comercializados para grabar todo tipo de datos numéricos (incluidos audio y vídeo); el indicativo genérico *AUDIO* se refiere a soportes comercializados para grabar fonogramas; el indicativo genérico *VÍDEO* se refiere a soportes comercializados para grabar audiovisuales; con el genérico *CD Compact Disc* se refiere sólo a los soportes con capacidad de grabación única *CD R recording*, o veces varias sucesivas *CD RW rewritable*; con el genérico *DVD Digital Versatile Disc* se refiere sólo a los soportes con capacidad de grabación única *DVD R recording*, o veces varias sucesivas *DVD RW rewritable* y *Minidisc* equivale a soporte comercializado por SONY con capacidad para 74 minutos de grabación sonora y 650 MB.

(6) En España las tarifas digitales han sido pactadas entre la industria y las entidades de gestión, estando pendiente la actualización y revisión de la Ley en materia de copia privada digital.

(7) El art. 25.21 del TRLPI establece que: «Los deudores y sus responsables solidarios permitirán a la entidad o entidades de gestión, o, en su caso, a la representación o asociación gestora, el control de las operaciones sometidas a la remuneración y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 12 a 20, ambos inclusive, del presente artículo. En consecuencia, facilitarán los datos y documentación necesarios para comprobar el efectivo cumplimiento de dichas obligaciones y, en especial, la exactitud de las declaraciones-liquidaciones presentadas».

(8) Se trata de determinar aproximadamente un precio medio de venta que conteniendo todos los elementos posibles (PV-Distribuidor, canon de copia privada aplicable, beneficio industrial e IVA) conformen una herramienta de análisis para localizar los precios «sospechosos», es decir, aquellos que se alejen de este precio medio y que, por tanto, se pueda presumir que falta alguno de los elementos que lo conforman (normalmente el canon de copia privada y el IVA).

(9) Como consecuencia de la responsabilidad solidaria, los minoristas deben colaborar con las entidades de gestión y facilitar la documentación de sus operaciones con materiales y aparatos sujetos a canon. En el caso de los minoristas se les pide la factura de adquisición de productos comercializados en el punto de venta. De esa información se obtiene el proveedor, que podrá ser mayorista de zona o nacional y permite «seguir el hilo» hasta el importador o fabricante que presumiblemente no ha repercutido la remuneración correspondiente. En caso de falta de colaboración por parte del minorista, la entidad de gestión reclamará la remuneración a éste, incluso judicialmente, dada su condición de deudor solidario.

(10) J. MONTERO AROCA formula esta idea del siguiente modo: «Si en la explotación del repertorio, para el que se conceden las autorizaciones genéricas, no existen ni pueden existir especificaciones de autores o de obras concretas, las cosas tienen que ser diferentes de modo necesario cuando se trata de repartir lo recaudado entre los autores, pues entonces el art. 149 (actual 154 TRLPI) exige que el reparto tiene que hacerse, primero, de forma equitativa y excluyendo la arbitrariedad y, segundo, atendiendo a la utilización real de las obras. Lo que se niega en las relaciones de la entidad con las empresas explotadoras del repertorio, la consideración indivi-

dualizada de las obras, aparece cuando se trata de repartir las cantidades recaudadas», op. cit. pág. 92.

(11) Así, v.g., el art. 155 del TRLPI (Ley española) dispone que: «1. El reparto de los derechos recaudados se efectuará equitativamente entre los titulares de las obras o producciones utilizadas, con arreglo a un sistema predeterminado en los estatutos y que excluya la arbitrariedad. 2. Las entidades de gestión deberán reservar a los titulares una participación en los derechos recaudados proporcional a la utilización de sus obras».

(12) En el supuesto particular de AISGE, sus normas de reparto se aplican en dos fases: una primera para poder imputar una cantidad determinada a cada obra emitida por una televisión, dada la posibilidad de ser reproducida en un soporte susceptible de copia privada, y para imputar tal cantidad se cuenta con una ficha técnica de cada grabación audiovisual, datos de audiencia de los programas y datos de sondeo de grabación; la segunda fase se concreta en cómo distribuir la cantidad asignada a cada obra entre los artistas que participan en ella, a cuyo fin se cuenta con una ficha técnica de todos los artistas de esa obra y su categoría, personaje, etc.

(13) Conforme a los datos que disponemos, éstos serían los porcentajes de detracción de la recaudación de la remuneración por copia privada que los diferentes países destinan a actividades promocionales y/o asistenciales: Alemania 4%, Argelia 30%, Austria 51%, Bélgica 30%, Bulgaria 20%, Dinamarca 28%, Francia 25%, Holanda 15%, España 20%, Islandia 15%, Italia 5% y Suiza 10%.

(14) Porcentajes que han sido determinados reglamentariamente por el RD 1434/1992, de 27 de noviembre. Para el resto de derechos distintos a la remuneración por copia privada, donde la legislación no obliga pero la entidad puede decidir aplicar un porcentaje para idénticos fines, la decisión de la entidad debería regirse por un criterio de moderación dado que la misma se adopta en detrimento de los ingresos que cada titular debería obtener por la explotación de sus creaciones. En este sentido, v. g., la CISAC tiene establecidos unos límites porcentuales a las deducciones aplicables a tales fines en los acuerdos de reciprocidad que formalicen las entidades de gestión autorales.

(15) El vigente TRLPI (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 12 de abril de 1996), en su art. 155.2, determina la obligatoriedad de detracción de la remuneración por copia privada un porcentaje para tales fines, en tanto que en su ap. núm. 1 establece, de modo genérico, que «las entidades de gestión deberán, directamente o por medio de otras entidades, promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios, así como atender actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes». Por tanto, al margen de la obligatoriedad de la deducción respecto de la copia privada, en relación al resto de sumas recaudadas por otros derechos la Ley ni ordena ni prohíbe, de ahí que quede a la voluntad competente de cada entidad de gestión.

(16) En el caso concreto de AISGE (Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión), v.g. las actividades asistenciales se orientan a paliar contingencias de diverso origen: edad (mediante complementos de pensiones), enfermedad e incapacidad (a través de ayudas económicas y apoyo humano de carácter asistencial), precariedad económica, etc. Por otro lado, los fines promocionales, igualmente, pretenden cubrir todos los ámbitos que afectan a la creatividad y su divulgación, lo que se lleva a cabo mediante el patrocinio de cursos de formación profesional del artista (interpretación, etc.), festivales de cine, actos culturales diversos, publicaciones, etc.

(17) La fórmula de cálculo de la remuneración podría ser expresada de la siguiente manera: REM SOPORTE = [(euros hora audio × % de grabación audio) + (euros hora vídeo × % grabación vídeo)] × % mercado doméstico.



14 de diciembre de 2006

© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización con fines comerciales del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación, sin una consulta profesional previa.

El autor o autores del trabajo enviado y publicado en el *Diario LA LEY* expresamente autorizan a la editorial la publicación de este trabajo en cualquiera de las otras publicaciones pertenecientes al grupo Wolters Kluwer y en cualquier soporte (CD, DVD, internet, papel, etc.).

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de LA LEY es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

APP

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP) no sujeta a control obligatorio de difusión por ser la presencia de publicidad inferior al 10 por 100 de la paginación total.

ISSN: 1885-2173
D.L. M-26856-2005

LO ESENCIAL DE:

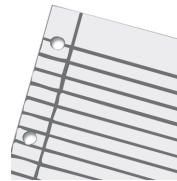
La defensa de la creatividad intelectual

Diez SENTENCIAS RELEVANTES

- ✓ Sentencia núm. 170/2003 del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 29 de septiembre (**Autodesk Incorporated; Editorial Aranzadi, S.A.; Lotus Development Corporation; Microsoft Corporation; Novell Incorporated; Adobe Systems Inc., e International Business Machines, S.A.**)
- ✓ Sentencia núm. 196/1997, del Tribunal Constitucional, Pleno, de 13 de noviembre (**Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y por el Gobierno Vasco, TRLPI**).
- ✓ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 3.ª, de 1 de marzo de 2001, resolviendo el recurso contencioso administrativo núm. 413/1996 (**Productores Fonográficos, TRLPI**).
- ✓ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 13, de 21 de marzo de 2003, resolviendo el recurso de apelación 583/2001 (**Gestevisión Telecinco, S.A.**).
- ✓ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 9.ª bis, de 20 de junio de 2006, resolviendo el recurso de apelación 107/2005 (**Canal Satélite Digital, S.L.**).
- ✓ Sentencia núm. 302/2004, de 13 de abril de 2004, de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 14, resolviendo el recurso de apelación 31/2002 (**Televisión Española, S.A.**).
- ✓ Sentencia núm. 464/2005, de 21 de julio de 2005, de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 15, resolviendo el recurso de apelación 497/20004 (**Distribuidora de Televisión Digital, S.A.**).
- ✓ Sentencias del Tribunal Supremo núm. 880/1999 y núm. 881/1999, Sala de lo Civil, de 29 de octubre (**Legitimación**).
- ✓ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 10 de mayo de 2003, resolviendo el recurso de casación núm. 862/1997 (**Hoteles**).
- ✓ Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 22 de Barcelona, de 2 de enero de 2002, resolviendo el procedimiento de menor cuantía 56/2001 (**Traxdata**).

Diez NORMAS RELEVANTES

- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.
- Directiva CE 2004/48, de 29 de abril, sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual.
- Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico.
- Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el nuevo Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual.
- Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la que se instauran los nuevos Juzgados de lo mercantil.
- Ley 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal.
- Real Decreto 1228/2005, de 13 de octubre, por el que se crea y regula la comisión intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual.
- Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.
- Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de normas reguladoras de firma electrónica.
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal (arts. 270 y ss.).



Quince ARTÍCULOS

- ◆ ARMENGOL VILAPLANA, Alicia: «La piratería musical: derechos de propiedad intelectual defraudados y medios de tutela judicial», *Diario LA LEY*, núm. 5670, 2002.
- ◆ BERENGUER FUSTER, Luis: «Análisis crítico de la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 231, mayo-junio 2004.
- ◆ GAY FUENTES, Celeste: «La propiedad intelectual en el entorno digital (las industrias de los contenidos, en especial la industria musical, frente a la copia digital y la distribución no autorizada en Internet)», *Documentos de Trabajo. Estudios de Progreso. Fundación Alternativas*, mayo 2006.
- ◆ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Los delitos contra la propiedad intelectual», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 15, mayo 1995.
- ◆ GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada C.: «El derecho de puesta a disposición del público: ¿un nuevo derecho o un subgénero del derecho de comunicación pública? Comentario a la luz del Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 23 de enero de 2003», *Actualidad Civil*, núm. 19, noviembre 2004.
- ◆ LACRUZ MANTECÓN, Miguel: «Propiedad intelectual y sociedad de la información», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-septiembre 2002.
- ◆ LEHMANN, Michael: «La teoría de los *property rights* y la protección de la propiedad intelectual e industrial», *Revista General de Derecho*, núm. 544-545, 1990.
- ◆ MARTÍN VILLAREJO, Abel: «El Director de Escena y los Derechos Vecinos», *Revista de la Asociación de Directores de Escena*, núm. 74, enero-marzo 1999.
- ◆ MONTERO AROCA, Juan: «La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual», *Foro Internacional sobre interpretaciones audiovisuales*, Madrid, 4-7 de octubre de 1999, Reus, págs. 147-181.
- ◆ ROGEL VIDE, Carlos: «Internet y propiedad intelectual: problemas mal resueltos o sin resolver en el Derecho comunitario al respecto», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 6, 2000.
- ◆ ROIG SERRANO Miguel: «Legitimación de las entidades de gestión colectiva de los derechos de autor: alcance del artículo 135 de la ley 22/1987 de propiedad intelectual», *Actualidad y Derecho*, 1994.
- ◆ SALELLES, José R.: «La protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 13, 2001.
- ◆ VILA ROBERT, José Daniel: «Las tecnologías de la información para la propiedad industrial e intelectual ante el siglo XXI», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 169, febrero 1999.
- ◆ XALABARDER PLANTADA, Raquel: «Infracciones de propiedad intelectual. La *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 y la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, sobre derechos de autor en la Sociedad de Información», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 9, 2002.
- ◆ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo: «Hacia la armonización europea en materia de propiedad intelectual (Exposición de la directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información)», *Actualidad Civil*, núm. 21, 2002.



Diez PÁGINAS WEB RELACIONADAS CON PROPIEDAD INTELECTUAL

www.sgae.es
www.intelproplaw.com
www.aisge.es
www.iipa.com
www.adese.es
www.aippi.org
www.ase2da.org
<http://portal.unesco.org/culture/es>
www.wipo.int
www.intellectual-property.gov.uk

Diez LIBROS

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- EROZAIN LÓPEZ, José Carlos: *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Tecnos, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique: *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información: perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*, Comares, Granada, 1998.
- GARCÍA SANZ, Rosa María: *El derecho del autor en Internet*, Colex, Madrid, 2005.
- GÓMEZ ROSENDO DEL TORO, Antonio: *El derecho del autor en la Unión Europea*, Fundación Autor, 2006.
- MIRÓ LLINARES, Fernando: *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, Fundación Autor, 2005.
- MONTERO AROCA, Juan: *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Comares, Granada, 1997.
- ROGEL VIDE, Carlos (Director): *Anuario de propiedad intelectual 2004*, Colección de Propiedad Intelectual, Madrid, Reus, 2005.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, 2005.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo: *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Civitas, 2000.

