

Questionnaire for the ALAI Study Days 2015 in Bonn

Remuneration for the use of works

Exclusivity v. other approaches

(Ramón CASAS VALLÉS, Raquel EVANGELIO LLORCA, Sebastián LÓPEZ MAZA, Patricia RIERA BARSALLO, Rafael SÁNCHEZ ARISTI, Nerea SANJUÁN RODRÍGUEZ)

ABREVIATURAS

- **AN:** Audiencia Nacional
- **AP:** Audiencia Provincial
- **CP:** Código penal
- **CPI:** Comisión de Propiedad Intelectual. Se organiza en dos secciones, identificadas abreviadamente como **S1^a** y **S2^a**
- **Ley 21/2014:** *Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*
- **LSSICE:** Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico
- **STJUE:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- **TRLPI:** Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Nota.- Las referencias se hacen a la versión consolidada, en la que ya se incluyen las modificaciones introducidas por la Ley 21/2014*
- **TS:** Tribunal Supremo

A. Questions in relation to scope and enforcement of exclusive rights under existing law

- (Sebastián LÓPEZ MAZA [apdos. 2-4] & Rafael SÁNCHEZ ARISTI [apdo.1])

In many areas, exclusive rights can be exercised and enforced in relation to users either on the basis of license agreements or, in cases of infringements, on the basis of enforcement rules and mechanisms. However, in particular in the internet environment, it may be difficult to identify users, who may be anonymous, so that a license agreement in the first place cannot be concluded and infringements are difficult to pursue. The first set of questions addresses these problematic areas. Since most problems arise in the digital environment, questions focus thereon.

1. *How are the following acts covered by the copyright law of your country (statute and case law):*

i. Offering of hyperlinks to works

La provisión de enlaces, considerada aisladamente, no se contempla en la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), salvo en la parte que regula el procedimiento administrativo de salvaguarda de derechos en el entorno digital (art. 158 ter TRLPI).

Tras la última reforma del TRLPI por la Ley 21/2014, dicho procedimiento se puede dirigir específicamente, entre otros prestadores de servicios de la sociedad de la información, frente a los que faciliten la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización [de los titulares, se entiende], desarrollando una labor activa y no neutral o de mera intermediación técnica. Para iniciar el procedimiento, el órgano competente –Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (S2ª CPI)– atenderá al nivel de audiencia en España de tales servicios, así como al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio o a su modelo de negocio. También se menciona en particular “*a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio*”.

Nuestro legislador por tanto no se ha hecho eco de que, según el estándar acuñado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el *Caso Svensson* (STJUE de 13 de febrero de 2014), el ofrecimiento en general de enlaces a obras o prestaciones indiciariamente ofrecidos sin autorización puede comportar una puesta a disposición del público a un público nuevo, y por tanto constituye un supuesto de explotación, con independencia del nivel de audiencia que tenga la página de enlaces en cuestión, del número de obras y prestaciones afectadas, del modelo de negocio en cuestión o de que los enlaces se ofrezcan mediante listados ordenados y clasificados.

Quiere decirse que la tutela administrativa especial que brinda la S2ª CPI sólo puede reclamarse cuando la puesta a disposición del público mediante enlaces se lleve a cabo a cierta escala, en el marco de ciertos modelos de negocio que están por definir [por la S2ª CPI] o mediante páginas de índices de enlaces ordenados y clasificados. Fuera de ello, un enlace aislado a una obra o prestación indiciariamente ofrecida sin autorización, constituirá un caso de puesta a disposición del público conforme a la doctrina del *Caso Svensson*. Pero por el momento no hay una contemplación específica de ello en la parte general de la Ley, donde se define el derecho de puesta a disposición del público (art. 20 TRLPI).

Curiosamente, conforme a la última redacción del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, que está a punto de culminar su tramitación parlamentaria,¹ la persecución penal de los enlazadores que trazan hipervínculos a obras y prestaciones sin autorización de los legítimos titulares resultará menos estricta que en el marco del procedimiento administrativo de salvaguarda de los derechos en el entorno digital. Ello

¹ Vid. Dictamen de la Comisión de Cultura del Senado, *Boletín Oficial de las Cortes Generales – Senado*, X Legislatura, Núm. 485, 9 de marzo de 2015, págs. 6 y siguientes.

es debido a que se ha suprimido, entre otras, la exigencia de que la vulneración en cuestión tenga carácter significativo considerando el nivel de audiencia en España de la página de enlaces o el volumen de obras y prestaciones afectadas, requisitos que en cambio se mantienen en el art. 158 ter.2.B) TRLPI. El futuro art. 270.2 del Código penal (CP), tan sólo dispondrá la tipificación de la conducta consistente en prestar un servicio de la sociedad de la información consistente en facilitar de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en Internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios, y siempre que dicha conducta se desarrolle con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero. En suma, el futuro art. 270.2 CP se referirá a aquellos enlaces que, conforme a la doctrina del TJUE en la Sentencia Svensson, puedan ser considerados un caso de puesta a disposición del público, con el agregado –característico de las conductas penalmente reprochables– del ánimo de lucro y el perjuicio de tercero.

Ello probablemente servirá para invertir la tendencia, extendida entre muchas Audiencias Provinciales, de confirmar los autos de archivo del procedimiento dictados por el órgano instructor por falta de suficientes indicios de criminalidad, al partir de la premisa de que el enlazador es siempre un mero intermediario que no puede ser contemplado desde el punto de vista de la realización de actos de explotación o de infracción directa.² A esas resoluciones se añadirían algunos fallos sobre el fondo de carácter absolutorio, basados en la misma premisa.³

No obstante, los tribunales penales no han seguido una pauta homogénea, pues también es posible encontrar numerosas resoluciones de apelación revocando el archivo del procedimiento y ordenando al juez instructor continuar con las

² Uno de los más referenciados fue el Auto de la AP Madrid, Sección 2ª, de 11 de septiembre de 2008 («caso sharemula»), en el que se sostiene que la creación de un enlace simple a una página web es sólo un medio de facilitar al internauta el acceso a esa página, ahorrándole tener que teclear la dirección en su navegador, y descarta que por el hecho de establecer el enlace se produzca la comunicación pública de la página enlazada o de su contenido, así como tampoco otros actos de explotación. En el mismo sentido, pueden verse los Autos de la AP Alicante, Sección 2ª, de 18 de febrero de 2010 («caso naidadonkey»), AP Madrid, Sección 1ª, de 15 de marzo de 2011 («caso edonkeymania»), o AP Álava de 3 de febrero de 2012 («caso cinetube») entre otros. Obviamente, este punto de vista es insostenible a partir de la STJUE Svensson.

³ Vid. Sentencia de la AP Zaragoza, Sección 1ª, de 16 de febrero de 2011 («caso Zackyfiles»), y Sentencia de la AP Barcelona, Sección 7ª, de 22 de diciembre de 2005 («caso todocaratulas»).

investigaciones, o confirmatorias de autos de incoación del procedimiento,⁴ así como fallos condenatorios sobre el fondo, en la idea de que los operadores de webs de enlaces que facilitaban la descarga directa de contenidos, no pueden ser calificados como intermediarios, sino como sujetos que realizan una comunicación pública ex art. 20 TRLPI.⁵

Entre los tribunales civiles no ha habido muchas resoluciones que se hayan enfrentado al problema de los enlazadores. Pueden reseñarse dos Sentencias, ambas de la AP de Barcelona, Sección 15ª, de 24 de febrero de 2011 (caso elrincondejesus) y 7 de julio de 2011 (caso índice-web). Mientras que en la primera el tribunal sólo califica como un acto de comunicación al público los enlaces que redirigen a un servidor de Internet que propicia la descarga directa de la obra, no así en cambio los que redirigen a contenidos descargables a través de plataformas de intercambio *peer-to-peer*, en la segunda se descarta otorgar aquella calificación a ningún tipo de enlaces, ya conduzcan a una web de descargas directas, ya a una plataforma de intercambio entre pares.

Por su parte, en las resoluciones judiciales administrativas que han comenzado a dictarse en revisión de las resoluciones de la S2ª CPI, la Audiencia Nacional se ha hecho eco ya de la STJUE Svensson y no duda en calificar los enlaces como un caso de puesta a disposición del público. Así, cabe citar la Sentencia de la AN (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 17 de octubre de 2014 (caso elitetorrent), la cual no sólo descarta considerar al administrador de una web de enlaces un mero intermediario, por cuanto realizaba un papel activo de selección, ordenación e indexación de los contenidos, no autorizados, accesibles o localizables desde su web, sino que califica su actividad como de puesta a disposición del público en aplicación de la doctrina del TJUE en el asunto Svensson, habida cuenta de que los enlaces de la página no remitían a un sitio de Internet donde los titulares hubieran consentido en origen una explotación libre de sus obras. En el mismo sentido pueden verse las Sentencias de la misma Sala de la AN, de 17 de noviembre de 2014 (caso Gear) y 26 de noviembre de 2014.

Como puede verse, hay todavía un grado notable de dispersión entre las resoluciones de los diversos órdenes jurisdiccionales, que cabe esperar que se reduzca a medida que se interiorice la doctrina del TJUE sobre los enlaces, y se comience a aplicar la

⁴ Vid., *ad exemplum*, Auto AP Barcelona, Sección 3ª, de 11 de noviembre de 2009 («caso ps2rip») o AAP Madrid, Sección 2ª, de 28 de junio de 2010 («caso zonaemule»).

⁵ Vid. Sentencia del Juzgado Penal núm. 1 de Logroño, de 25 de noviembre de 2008 («caso infopsp»); SAP Vizcaya, Sección 1ª, de 27 de septiembre de 2011 («caso fenixp2p y mp3-es»); Sentencia del Juzgado de la Audiencia Provincial (Sección 4ª), de 20 de enero de 2014 (caso Divxonline); Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 4 de Castellón, de 30 de octubre de 2013 (caso bajatetodo.com).

reciente reforma del TRLPI, al tiempo que entre en vigor la próxima reforma del Código Penal.

ii. Offering of deep links to works

Desde el punto de vista legislativo no se establecen diferencias de régimen jurídico en función de si el enlace es de superficie o profundo. Como se ha dicho, el art. 158 ter.2.b) TRLPI dispone la posibilidad de aplicar el procedimiento administrativo de salvaguarda ante la S2ª CPI, frente a prestadores que faciliten la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, a través de una labor activa y no neutral ni de mera intermediación técnica. Se menciona en particular a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a obras y prestaciones no autorizadas, siendo indiferente que los *links* sean subidos por los destinatarios del servicio.

La clave está pues, a los efectos al menos del procedimiento administrativo especial, en que el enlazador haga más que suministrar enlaces desde una posición meramente técnica, sin proporcionar índices ordenados y clasificados de los mismos, no tanto en si el enlace es profundo o de superficie. De hecho, nótese que el precepto pone en pie de igualdad al prestador que facilita tanto la *descripción* como la *localización* de obras y prestaciones, lo que nos sitúa en una conducta que podría no implicar siquiera la facilitación de un enlace. *A fortiori*, eso significa que la facilitación de enlaces de superficie puede ser una conducta lo suficientemente relevante, sin necesidad de que se trate de enlaces profundos. Dicho lo cual, para activar ese procedimiento administrativo hará falta, además, atender al nivel de audiencia en España de los servicios en cuestión, al número de obras y prestaciones a las que sea posible acceder a través del servicio, o al modelo de negocio de que se trate. Como se ha dicho, esta exigencia adicional no será exigible para la persecución de las conductas –consistentes en el enlazado a obras/prestaciones no autorizadas– penalmente perseguibles.

En el ámbito civil, la jurisprudencia había diferenciado entre los enlaces que permitían la descarga directa de la obra o prestación (*links* que redirigen a servidores de gran capacidad), y los enlaces que dirigen a archivos descargables mediante protocolos y a través de redes *peer-to-peer*, considerando que sólo los primeros –acaso por su mayor *profundidad* o acceso más directo al contenido– comportaban una comunicación al público (SAP Barcelona, Sección 15ª, de 24 de febrero de 2011 –caso elrincondejesus–, doctrina luego corregida en la Sentencia del mismo órgano y sala de 7 de julio de 2011 –caso índice-web–).

Una correcta aplicación jurisprudencial de la doctrina extraída de la Sentencia del TJUE en el asunto Svensson debería llevar, sin embargo, a considerar que son los enlaces

profundos y no los de superficie, a condición además de que redirijan a obras y prestaciones libremente consultables (en el sentido de ser ofrecidas con autorización del titular de los derechos), los relevantes desde el punto de vista del derecho de puesta a disposición del público; pues no se olvide que el TJUE se pronuncia en todo momento sobre “enlaces sobre los que se puede pulsar «y que conducen a obras»”.

iii. Framing/embedding of works

De acuerdo con lo que hemos señalado, la regulación legal de los enlaces en España no permite considerar que existe un tratamiento específico de los enlaces marco (framing) o embebidos (embedding), por contraste con los enlaces ordinarios; entendiendo por enlace marco o embebido aquél que no causa en el internauta la sensación de estar siendo dirigido a otro sitio de Internet, sino que consigue “atrapar” o “absorber” como propio el contenido enlazado, de tal forma que el internauta tiene la percepción de que el contenido en cuestión se encuentra realmente albergado en la propia página de enlace.

Todo lo más, cabría pensar que el recurso a enlaces de tipo marco o embebidos denotaría un “modelo de negocio” que puede ser tenido en consideración por la S2ª CPI a los efectos de entender que se da la circunstancia prevista en el art. 158 ter.2.A) *in fine* TRLPI, y por consiguiente estaría justificado, en unión del resto de condiciones aplicables, acordar el inicio del procedimiento.

Por lo demás, tampoco el TJUE, en su Sentencia Svensson, parece dar especial significación al hecho de que, una vez que el usuario ha pulsado sobre el enlace, la obra enlazada se presente de modo que parezca que se encuentra en la página enlazadora. En respuesta a la tercera cuestión prejudicial señala que, supuesto que quepa apreciar que los usuarios de la página enlazadora forman parte del público tomado en cuenta por los titulares de los derechos cuando autorizaron la comunicación inicial, “*esta conclusión no se vería afectada por el hecho de que (...) cuando los internautas pulsaran sobre el enlace de que se trata, la obra aparece dando la impresión de que se muestra en la página en la que se encuentra el enlace mientras que dicha obra procede en realidad de otra página*” (apartado 29 de la Sentencia).

iv. Streaming of works

La Ley española de Propiedad Intelectual no contiene un tratamiento detallado de las diferentes modalidades de comunicación al público que pueden darse en el entorno digital. El *streaming* debe reconducirse, por tanto, o bien al supuesto de “transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono”, al que se refiere el art. 20.2.e) TRLPI, o al caso de “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”, contemplado en el art. 20.2.i) TRLPI.

Dependerá de si el contenido que es servido mediante *streaming* se facilita al destinatario del servicio a demanda, o con un grado de interactividad suficiente como para reconducir la explotación al caso de la puesta a disposición del público, o si por el contrario el *streaming* constituye únicamente un flujo de señales digitales que conforman una transmisión no interactiva, equivalente por tanto a cualquier otro supuesto de radiodifusión convencional.

En el ámbito de Internet y de las redes de telefonía móvil encontramos tanto una modalidad como la otra, no pudiendo recibir por tanto el “*streaming*” una única calificación jurídica. Actividades como el *simulcasting* o el *webcasting* sin funcionalidades encajan, con total normalidad, en el ámbito de la transmisión, mientras que un *webcasting* con elevadas funcionalidades (v. gr. con botones de pausa, salto ilimitado y retroceso) podría reconducirse al ámbito de la puesta a disposición del público.

La distinción entre unas y otras modalidades reviste una importancia práctica considerable, sobre todo en el ámbito de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, ya que en nuestro ordenamiento ambos grupos de titulares comparten el derecho a percibir una remuneración equitativa de los usuarios que utilicen fonogramas para cualquier forma de comunicación pública (art. 108.4 y 116.2 TRLPI). Los actos de puesta a disposición del público, por el contrario, son objeto de autorización individualizada por los productores fonográficos (art. 116.1 TRLPI), quedando a los artistas que hayan cedido al productor su derecho exclusivo de puesta a disposición del público (art. 108.2 TRLPI), un derecho de simple remuneración a percibir de quien realice la puesta a disposición, irrenunciable y gestionado obligatoriamente de manera colectiva (art. 108.3 TRLPI).

Los tribunales no suelen tener dificultades en identificar el *streaming* como un caso de puesta a disposición del público, cuando esta actividad se presenta con la suficiente interactividad. Puede servir de ejemplo la Sentencia de la AP Barcelona, Sección 15ª, de 24 de febrero de 2011 (caso “elrincondejesus”), aunque debido al modo de plantear la demanda el tribunal considerase que esta actividad, llevada a cabo por el demandado, no pudiera considerarse dentro de la *causa petendi* de la actora, la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE).

Dejando de lado ese aspecto, lo que interesa es destacar cómo, según la Audiencia de Barcelona, desde la página web del demandado se podía “*escuchar, sin descargar, un*

fonograma musical, actividad que en la doctrina es conocida con el vocablo inglés «Streaming»”, entendiendo que, si bien no había quedado probado que los archivos musicales hubieran sido colgados por el demandado en su página web, sí que se probó que a través de dicha página “*se permite la reproducción, al facilitar al usuario de la web la descarga directa y la comunicación pública, al facilitarle la posibilidad de escuchar el contenido de un archivo musical*”. Para el tribunal, dicha conducta “*cabría calificarla de acto de comunicación a la vista de lo prescrito en el apartado 1 y en el apartado 2, letra i) del art. 20 TRLPI*”, añadiendo que el demandado lleva a cabo una puesta a disposición del público no sólo al propiciar la descarga, sino también al permitir “*la audición de los archivos, sin descarga, pues con la audición el solicitante tiene acceso al archivo musical, aunque se limite a escucharlo en ese momento*”.

v. *Download of works*

La “descarga” de obras es entendida en nuestro ordenamiento como un caso de reproducción, realizado a partir de un acto de puesta a disposición del público de un contenido que ha sido previamente cargado en la red. Aunque no existe una contemplación específica del supuesto, se entiende que dicho acto encaja en la amplia noción de reproducción del art. 18 TRLPI, que la define como “*la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias*”.

Como tal reproducción, la descarga es protagonizada por el usuario final. Por ello, en la medida en que el usuario destine la copia a un uso privado, podríamos entender que estamos ante un acto que no afecta al derecho de explotación de los autores y otros titulares. El legislador español es, en aplicación del art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29, de los que ha incorporado el límite de copia privada. De acuerdo también con dicha Directiva (art. 6.4.IV), nuestro legislador ha previsto que cuando las obras o prestaciones se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, no será de aplicación el mandato de que los titulares de derechos deban modular las medidas tecnológicas de protección que hayan introducido, a fin de facilitar a los beneficiarios de ciertos límites, entre los que está el de copia privada, el disfrute de los mismos (art. 161.5 TRLPI).

A esto se suma que, tras la reciente reforma del TRLPI, operada por la Ley 21/2014, el límite de copia privada se ha rodeado de exigencias adicionales, hasta el punto de que se prevé su no aplicabilidad a “*las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra*”. Como puede verse, la exclusión del límite de copia privada se hace depender

únicamente de que la obra o prestación se haya comercializado mediante puesta a disposición del público y la copia se haya licenciado por contrato, aunque no se apliquen medidas tecnológicas de protección para impedir o restringir la copia. No es eso lo que preveía –y sigue previendo– el art. 161.5 TRLPI, ni el art. 6.4.IV de la Directiva 2001/29.

Todo indica que los límites a los derechos no pueden ser desplazados, sin más, por previsiones contractuales, por el solo hecho de que la explotación tenga lugar en el entorno on-line; en particular, cuando se trate de un límite que lleva aparejada una compensación equitativa, como sucede con el de copia privada. En su Sentencia VG Wort, de 27 de junio de 2013 (asuntos acumulados C-457/11 a C-460/11), el TJUE ha establecido que *“en el supuesto de que un Estado miembro haya decidido excluir, en virtud de una disposición recogida en el artículo 5, apartados 2 o 3, de la Directiva 2001/29, en el ámbito de aplicación material de esta disposición, el derecho del titular a autorizar la reproducción de sus obras o prestaciones protegidas, un eventual acto de autorización adoptado por éste carece de efectos jurídicos en el Derecho del referido Estado. Por lo tanto, tal acto no tiene repercusión alguna en el perjuicio causado al titular de los derechos por la introducción de la medida privativa del derecho en cuestión y, por consiguiente, no puede tener repercusión alguna en la compensación equitativa (...)”* [apartado 37].

Debe saberse que el Tribunal Supremo español, por Auto de 10 de septiembre de 2014 de su Sala de lo Contencioso-administrativo, ha puesto en duda la adecuación al Derecho de la UE de la reforma del límite de copia privada y de compensación equitativa a él ligada, la cual había sido anticipada por la disposición adicional 10ª del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre; si bien dicha cuestión prejudicial plantea la conformidad del sistema español al art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 en lo relativo a sufragar la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Otro tanto sucede con el recurso de inconstitucionalidad nº 681-2015, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados, el cual ha sido admitido a trámite por Providencia de 3 de marzo de 2015 del Pleno del Tribunal Constitucional.

Diferente de la descarga es técnicamente la copia que puede hacer el usuario de un servicio de radiodifusión digital, pudiendo grabar contenidos en un videograbador doméstico o virtual. Ahí el contenido no está técnicamente puesto a su disposición, pues no se le ofrece un muestrario del que elegir lo que desea disfrutar en cada momento, sino que ha de atenerse a la parrilla de programación y programar la grabación del contenido, pero el resultado al que se llega en la práctica es bastante similar.

El legislador español parece consciente de la diferencia entre ambas formas de acceso a los contenidos, pues en este caso no tiene inconveniente en aceptar la aplicación del límite de copia privada. En efecto, se dice en el art. 31.2 TRLPI, que uno de los dos casos de acceso a fuente lícita en que está permitido extraer copias para uso privado – dejando ahora aparte los otros muchos requisitos a que este límite se somete– es aquél en el que, en un espacio privado, se hace la reproducción de una obra a la que se ha accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos. Paradójicamente, sin embargo, el art. 25.5 TRLPI considera al mismo tiempo que no dará nunca origen a una obligación de compensación, por considerarse que causa un perjuicio mínimo, la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno.

Finalmente, debe mencionarse que la disponibilidad de los contenidos puesto en red y ofrecidos al público de forma interactiva, ha llevado puntualmente a algún órgano judicial a considerar que la puesta a disposición interactiva debe asimilarse a la distribución. Así lo entendió el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid en su Sentencia de 11 de mayo de 2010 (caso “Jet Multimedia”). En el Fundamento de Derecho 3º de esa Sentencia leemos: *“La puesta a disposición a la que se alude en el art. 20.2.i) del TRLPI tiene por objeto las transmisiones online mediante el procedimiento denominado de «streaming», caracterizado porque la transmisión de las obras no precisa de previa descarga sino que se basa en un flujo continuo de paquetes que únicamente se almacenan en una memoria provisional o búfer del dispositivo local del usuario. Ahora bien, la actividad de la demandante no obedece a dicho modelo, sino que (...) responde al esquema de la venta de un ejemplar o reproducción de la obra (el archivo MP3) que se descarga desde el sitio web que gestiona y que el cliente almacena localmente en su ordenador para su disfrute tantas veces como desee sin necesidad de establecer una nueva conexión. (...) Si dicho almacenamiento constituye una reproducción, es obvio que también constituye un ejemplar en los términos del art. 20.1 del TRLPI, por lo que el acceso a la obra en casos como el presente sí viene precedida de una previa distribución de ejemplares (...).”*

Con posterioridad, la Sentencia de la AP de Madrid, Sección 28ª, de 5 de julio de 2013, revocó ese fallo y estableció con claridad (Fundamento de Derecho 4º) que el derecho de comunicación al público comprende la puesta a disposición al público de la obra, *“es decir, la oferta de un medio de acceso al público, oferta que precede a la fase de transmisión a la carta. No debe confundirse la puesta a disposición, en los términos expuestos, con el modo efectivo de acceso a los contenidos ofertados (streaming, descargas, etc.)”*. Dice la Audiencia que, a la vista de la regulación que de ese derecho se hace en la Directiva 2001/29, el tipo de explotación que en otros países se ha

considerado "distribución por medio de transmisión", "distribución electrónica" o "distribución digital", en la UE se ha tipificado expresamente al margen del derecho de distribución. Y recuerda cómo en el art. 19 TRLPI, el legislador ha introducido expresamente el requisito de que los ejemplares distribuidos sean tangibles, lo que hace que no pueda incluirse en los actos de distribución el ofrecimiento al público de la obra a través de Internet.

Esta doctrina vendría pues a subrayar la idea de que la descarga de la obra es un acto imputable al destinatario de la puesta a disposición del público, no al impulsor de esta última. Es decir, el ejemplar no lo elabora ni proporciona el sujeto que realiza la actividad de explotación, ni por ende preexiste a dicha actividad, de ahí que no pueda hablarse de "previa" distribución de ejemplares, que es a la que se refiere el art. 20.1 TRLPI para definir en negativo la noción de comunicación pública.

vi. Upload of works

Al igual que la descarga, la carga de la obra en red constituye un acto de reproducción reconducible al –amplio– concepto de reproducción manejado en el art. 18 TRLPI. Como sucedía con la descarga, al menos en hipótesis, la reproducción en que la carga consiste podría tener amparo en algún límite legal. Sin embargo, en la medida en que la Ley española condiciona la aplicación del límite de copia privada, entre otras cosas, a que la copia se destine a un uso exclusivamente privado y no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ello permitirá normalmente descartar la aplicación del límite a las reproducciones de tipo "upload", ya que éstas irán normalmente seguidas de un acto de puesta a disposición del público, y por tanto de una utilización "colectiva".

En este sentido, las copias que realizan los usuarios de redes o plataformas peer-to-peer merecen ser calificadas como reproducciones no privadas, dado que su inmediata compartición en la red o plataforma conlleva una utilización colectiva de la copia y, por añadidura, implica dar a la misma un uso no exclusivamente privado; ello con independencia de que además pudiera faltar algún otro de los muchos requisitos que el art. 31.2 TRLPI establece para la aplicación del límite.

Tras algunas dudas en los estadios iniciales del fenómeno, los órganos judiciales españoles han asumido de forma generalizada que el intercambio de obras en el seno de redes peer-to-peer comporta, si los contenidos están protegidos y no se cuenta con los permisos adecuados, una explotación de dichas obras que pone en juego no sólo el derecho de puesta a disposición del público, sino también el de reproducción. A modo de ejemplo, podemos extraer el siguiente pasaje del Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia de la AP de Madrid, Sección 28ª, de 31 de marzo de 2014, dictada en el llamado "caso Blubster":

“(…) el intercambio entre usuarios de Internet de archivos que estén amparados por derechos de propiedad intelectual, si no se cuenta con la autorización del titular de los mismos, entraña una infracción de aquéllos. La misma se comete por inmiscuirse en la órbita de los derechos exclusivos de explotación que incumben al titular de los mismos (artículo 17 del TRLPI), en concreto, el de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición del público de forma interactiva de las obras (artículo 20, párrafo 2, apartado i del TRLPI y artículo 116 del mismo cuerpo legal en lo que respecta a los productores de fonogramas), de modo que se confiere la posibilidad de acceder a ellas vía Internet a voluntad del que esté interesado, y el de reproducción (artículo 18 del TRLPI, con carácter general, y artículo 115 en lo que atañe a los productores de fonogramas), por la realización incontestada de copias digitales de las obras protegidas, sin que ello lo ampare el límite de copia privada (artículo 31.2 del TRLPI), pues su vocación es la de la utilización colectiva de esas copias, que además, en muchos casos, se realizan precisamente a partir de un ejemplar ilegítimo”.

Fuera de estos supuestos, la carga o almacenamiento de la obra en un servidor, si no va seguida de su apertura u ofrecimiento a terceros y se mantiene prestando utilidades meramente privadas a quien la realiza, sí podría merecer el tratamiento de copia para uso privado amparada en el límite del art. 31.2 TRLPI. No obstante, surge la duda con respecto a las copias cuya realización es facilitada por prestadores de servicios de alojamiento en la nube, ya que entre las exigencias que se ponen al límite de copia privada, está también ahora la de que la copia se realice por la persona física beneficiaria del límite “sin asistencia de terceros”. Dicho lo cual, hay que apresurarse a indicar que la imposición de este requisito podría, de nuevo, no resultar acorde con la definición que de este límite se hace en el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 y la jurisprudencia del TJUE recaída en torno a él [Sentencias Austro-Mechana, de 11 de julio de 2013 (asunto C-521/11), Stichting de ThuisKopie, de 16 de junio de 2011 (asunto C- 462/09), Padawan, de 21 de octubre de 2010 (asunto C- 467/08) y VG Wort, de 27 de junio de 2013 (asuntos acumulados C-457/11 a C-460/11)], y a otros límites próximos, como el del art. 5.2.d) de la misma (Sentencia TV Danmark, de 26 de abril de 2012 (asunto C-510/10).

vii. Supply of a platform for ‘user-generated content’

Suministrar una plataforma basada en contenidos generados por sus usuarios es una actividad que, conforme a lo dictaminado por los tribunales españoles, se reconduce a la prestación de un servicio de intermediación en Internet, más en concreto a un servicio de provisión de almacenamiento (*hosting*). El dato de que el prestador del servicio desarrolle cierta labor de control o edición de los contenidos, por ejemplo destacando unos sobre otros, o el dato de que establezca una política respecto de los

contenidos que pueden subirse a la plataforma, no le conferiría el rol de un proveedor de contenidos, calificación que debe reservarse sólo para sus usuarios.

Por consiguiente, la única responsabilidad que sería exigible a esta clase de prestadores es la propia de un intermediario que da servicio de alojamiento: El prestador sólo responde si puede acreditarse que ha tenido “conocimiento efectivo” de que los datos que aloja son ilícitos o lesionan derechos de terceros y no actúa diligentemente para dejar de albergarlos (art. 16 de la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico).

Esto es al menos lo que dice la Sentencia que puede considerarse más relevante en esta materia de las recaídas hasta la fecha en nuestro país. Se trata de la Sentencia de la AP de Madrid, Sección 28ª, de 14 de enero de 2014 (Telecinco c. Youtube). En su Fundamento de Derecho Segundo (apartado 18), leemos:

“(...) consideramos que la labor de catalogación de "videos destacados" llevada a cabo por el personal de YOUTUBE no basta para que deje de entrar en juego la exención de responsabilidad prevista en la Ley 34/2002, por cuanto de las condiciones en que la misma se desarrolla, ya apuntadas en el precedente apartado 14, se desprende un alto grado de predeterminación por parte de los usuarios del sistema, lo que permite cuestionar la atribución a YOUTUBE de un rol proactivo a partir de tales tareas, y porque, en todo caso, el ámbito de dicha actuación se circunscribiría a un número muy limitado de contenidos. La índole de tales labores, frente a lo que se nos quiere hacer ver por las recurrentes, no resiste la menor comparación con la de las que fueron objeto de consideración en las sentencias Google France y L'Oreal”.

En los apartados 15 y 16, la Sentencia resta importancia al dato de que Youtube suscriba licencias globales con las entidades de gestión de derechos de autor, e imponga a sus usuarios la concesión de una licencia como condición para poder cargar el archivo en el sistema. Literalmente dice:

“15.- (...), entendemos que la obtención de licencias globales de las entidades colectivas de gestión no entraña en modo alguno la adquisición de conocimiento o control por parte de YOUTUBE sobre los contenidos almacenados en su servidor. (...).

16.- (...) la imposición de la concesión de una licencia de uso como condición para poder cargar un archivo en el sistema (...), debe ser considerado un elemento inherente a la naturaleza de los servicios ofertados. No alcanzamos a entender el planteamiento de las recurrentes, cuando señalan que la virtualidad de este elemento radica en su valor como indicio de que YOUTUBE pretende protegerse ante la eventualidad de que no se califique su actividad como la de un simple intermediario, (...).”

Naturalmente, reseñar esta Sentencia no significa compartir el punto de vista de la misma, máxime cuando en ella no sólo se descarta la consideración de Youtube como proveedor de contenidos, sino también la posibilidad de imputarle un “conocimiento efectivo” relevante como para activar su responsabilidad como mero prestador intermediario, e incluso la de considerarle legitimado pasivo de una acción de cesación, al interpretar la Audiencia de Madrid que tal petición, al menos tal y como la formuló la demandante Telecinco, constituiría imponer a Youtube un deber general de supervisión de su plataforma, contrario a los mandatos de la Directiva 2000/31, de Comercio Electrónico.

viii. Other novel forms of use on the internet.

Otros nuevos usos de Internet, podrían estar relacionados con la utilización de obras en el marco de servicios en la nube o en redes sociales.

En cuanto a los primeros, la problemática se conectaría con las consideraciones hechas en cuanto a la carga o *upload* de obras/prestaciones: Un servicio de almacenamiento en la nube de tipo básico, donde el usuario puede guardar sus archivos en un gran servidor al modo de una copia de seguridad de los mismos, probablemente no implique sino la realización de copias privadas, mientras que un servicio en el que el prestador carga automáticamente copias de los contenidos que su software detecta que el usuario tiene guardados en el equipo y los deja a su disposición en la nube, o en el que los contenidos subidos a la nube pasan a compartirse con terceras personas, seguramente desborda los contornos del límite de copia privada, afectando a los derechos exclusivos de reproducción y de puesta a disposición del público de los correspondientes titulares.

Los servicios de almacenamiento en nube que permiten la compartición de contenidos, merecen una calificación similar a las redes sociales en las que los usuarios pueden subir contenidos y dar acceso a los mismos a las personas que forman parte de sus círculos o grupos, o al público en general. A juzgar por el estándar de la Sentencia de la AP de Madrid en el caso Youtube, que ya hemos reseñado, probablemente nuestros tribunales duden en asignar a los operadores de estas redes sociales la calificación de proveedores de contenidos.

Sin embargo, algo puede cambiar a raíz de la modificación introducida en el art. 138.11 TRLPI por la reciente reforma de la Ley 21/2014. Ello podría servir para imputar a ese tipo de prestadores una responsabilidad cuando los usuarios de sus redes compartan obras y prestaciones protegidas sin contar con permiso de los titulares de derechos.

De acuerdo con la redacción dada a ese precepto:

“Tendrá también la consideración de responsable de la infracción quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor. Lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación”.

En particular, cabría especular con la aplicación a los sujetos que operan tal clase de redes de la consideración de “cooperadores” de la infracción ajena, conociéndola o teniendo indicios razonables para conocerla, o de “beneficiarios económicos” de la infracción con capacidad de “control” de la conducta infractora.

2. *In cases in which there are practical obstacles to the conclusion of licensing agreements, in particular where multiple individual (end) users do not address right owners before using works (eg, users uploading protected content on platforms like Youtube), are there particular clearing mechanisms? In particular, are license agreements possible and practiced with involved third parties, such as platforms, regarding the exploitation acts done by the actual users (e.g., license agreements with the platform operator rather than with the platform users (uploaders)?)*

Nuestra TRLPI no se refiere expresamente a estos supuestos en particular, sino que todo uso de contenidos protegidos que implique comunicación pública de los mismos estará sujeto a la correspondiente autorización y remuneración. Los titulares de derechos, a través de las entidades de gestión, pueden otorgar licencias a plataformas digitales y sitios web para la explotación de contenidos protegidos. Se otorgan licencias para el servicio de video o música a demanda, para *streaming*, *webcasting* y *simulcasting*, entre otros. Se trataría de una solución *ex ante*, es decir, antes de producirse el uso por terceros, se debe solicitar dicha licencia. En el caso de *Youtube* (y de otras plataformas), no hay una autorización *ex ante*, sino que los titulares de derechos tienen que notificar a la plataforma que se ha producido un *uploading* de contenidos protegidos sin su autorización para que aquélla proceda a retirarlos. Sería una solución *ex post*, es decir, una vez que se ha producido el uso indebido.

3. *a) If there is infringement of copyright, in particular of exclusive rights covering the acts listed under 1. above, and the direct infringer cannot be identified or*

addressed, does your law (including case law) provide for liability of intermediaries or others for infringement by third persons, namely:

- *for content providers*
- *for host providers*
- *for access providers*
- *for others?*

b) If so, under what conditions are they liable, and for what (in particular, damages, information on the direct infringer, information on the scope of infringement to estimate the amount of damage)?

Nuestro TRLPI prevé la responsabilidad indirecta de estos prestadores de servicios además de la responsabilidad directa del infractor. Sin embargo, no se establece con carácter general, sino con ciertos requisitos y bajo ciertas circunstancias.

En cuanto a las acciones que puede ejercitar el titular de derechos frente al infractor directo, el artículo 138.I TRLPI permite al titular de derechos solicitar el cese de la actividad ilícita y exigirle la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos señalados en los artículos 139 y 140 TRLPI respectivamente. Además, tales acciones se pueden dirigir también frente al infractor indirecto y, en particular, frente a (art. 138.II TRLPI): 1) quien induzca a sabiendas la conducta infractora; 2) quien coopere en la conducta infractora, conociéndola o contando con indicios razonables para conocerla; 3) quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor.

Por otro lado, las medidas de cesación del artículo 139.1.h) TRLPI y las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 TRLPI, consistentes ambas en la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir los derechos de propiedad intelectual, podrán también solicitarse contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir tales derechos, incluso aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción.

Ahora bien, todo ello sin perjuicio de los supuestos de exención de responsabilidad de los artículos 14 y siguientes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (LSSICE). Según su artículo 8, en caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los derechos de propiedad intelectual, los órganos competentes para su protección –en este caso, la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante, CPI)- podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para

retirar los contenidos que los vulneran. A tales efectos, a la hora de adoptar estas medidas y con el fin de identificar al responsable del servicio, el órgano competente podrá requerir a los prestadores de servicios la cesión de los datos que permitan su identificación para que pueda comparecer en el procedimiento. Dicho requerimiento exigirá autorización judicial previa.

El artículo 13 LSSICE establece la sujeción de los prestadores de servicios a la responsabilidad civil, penal y administrativa. Y en los artículos siguientes se regulan los supuestos de ausencia de responsabilidad.

Los operadores de redes y proveedores de acceso no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos actos (art. 14.1 LSSICE). Se incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello (art. 14.2 LSSICE).

Conforme al artículo 16.1 LSSICE, los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización; b) si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Tienen conocimiento efectivo: 1) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a ellos; 2) cuando se hubiera declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución.

Esta exención de responsabilidad no operará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador (art. 16.2 LSSIE). Así lo entendió la AP de Barcelona, en su sentencia de 29 de octubre de 2014, en un caso de puesta a disposición de los alumnos en la intranet de una Universidad de contenidos protegidos sin autorización por parte de los profesores. La AP aplicó en este caso el artículo 16.2 LSSICE porque la intranet había sido creada, instalada y mantenida por la propia Universidad; ésta la gestionaba y controlaba. Además, los profesores actuaban bajo el control y autoridad de la Universidad.

En otras ocasiones, se ha condenado a los titulares de páginas web de *streaming* y descarga directa de contenidos, si bien aquí ya por ser infractores directos (SAP de Valencia de 20 de enero de 2014). En este caso no se exoneró de responsabilidad porque tenían conocimiento efectivo de las infracciones, según la AP de Valencia.

Finalmente, el artículo 17.1 LSSICE declara que los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización; b) si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Tendrán conocimiento efectivo en los mismos casos que en el artículo 16 LSSICE. Esta exención de responsabilidad no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos (art. 17.2 LSSICE). Cabe recordar que los agregadores y los buscadores de contenidos son beneficiarios de los nuevos límites recogidos en los artículos 32.2.1º y 32.2.2º TRLPI respectivamente, siempre que se cumplan los requisitos allí señalados.

Nuestros Tribunales han venido declarando la responsabilidad indirecta de los prestadores de servicios de intermediación. Se ha planteado, sobre todo, en casos de webs de enlaces para la descarga de contenidos protegidos por la propiedad intelectual. No se aplica la exención de responsabilidad del artículo 17 LSSICE porque, a juicio de los Tribunales, el prestador de ese servicio tiene un papel activo en la selección, ordenación e indexación de los instrumentos de acceso y localización específicos que facilitan la búsqueda y descarga de obras mediante redes P2P (sentencias de la AN de 17 de octubre de 2014, 17 de noviembre de 2014 y de 26 de noviembre de 2014; sentencia de la AP de Barcelona de 18 de diciembre de 2013). En esta última sentencia, la AP de Barcelona consideró legitimados pasivamente incluso a los prestadores del servicio de acceso a Internet de la web, por no haber suspendido el acceso a la web de enlaces, a pesar de que los actos de tales intermediarios no constituían en sí mismos una infracción.

Sin embargo, otras veces no se ha llegado a condenar al prestador de servicios por la elaboración y puesta a disposición del público de programas P2P (sentencias de AP Madrid de 31 de marzo de 2014). Según la AP, se trataba de un comportamiento neutro desde el punto de vista legal y no se les podía hacer responsables de los malos usos que hacían los usuarios de tales programas. No se aplicó la responsabilidad indirecta aquí porque no entendía el Tribunal que indujesen o contribuyeran a que se cometiera la infracción.

Por otro lado, el artículo 158 ter TRLPI establece un procedimiento especial para el entorno de las redes digitales cuando se han vulnerado tales derechos. Se trata de un proceso que se lleva a cabo ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante, CPI). Su apartado segundo señala que el procedimiento para

el restablecimiento de la legalidad se dirigirá contra: a) los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual, atendiendo a su nivel de audiencia en España y al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio o a su modelo de negocio; b) los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual de la forma referida en la letra a) anterior, facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. En este último supuesto se incluye, en particular, quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.

El primer paso que debe dar el titular de derechos es requerir previamente al prestador de servicios para que proceda a la retirada de los contenidos (art. 158ter.3 TRLPI). Este requerimiento previo al procedimiento generará el conocimiento efectivo a que se refieren los artículos 16 y 17 LSSICE, siempre y cuando se identifiquen exactamente: 1) la obra o prestación; 2) al titular de derechos; 3) al menos, una ubicación donde la obra o prestación es ofrecida en el servicio de la sociedad de la información. Habiendo ese conocimiento previo, por tanto, no cabría aplicar el régimen de exención de responsabilidad establecidos en ambos preceptos.

En segundo lugar, la Sección Segunda de la CPI puede adoptar dos tipos de medidas: a) la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual; b) la retirada de los contenidos que los infrinjan, siempre que el prestador haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial –no es necesario, en consecuencia, que exista un daño efectivo, sino que basta con un daño potencial- (art. 158ter.4 TRLPI).

Ahora bien, antes de proceder a la adopción de estas medidas, el prestador de servicios deberá ser requerido para que retire voluntariamente los contenidos infractores en un plazo no superior a 48 horas o, en su caso, realice alegaciones y proponga prueba sobre la autorización del titular de derechos o la aplicación de un límite. La Sección Segunda dictará resolución en un plazo máximo de tres días.

En tercer lugar, si el prestador del servicio procede a la interrupción del servicio o a la retirada de los contenidos infractores de manera voluntaria, habrá reconocido implícitamente la vulneración de los derechos de propiedad intelectual y se pondrá fin al procedimiento (art. 158ter.5 TRLPI).

En cuarto lugar, si no retirara voluntariamente los contenidos, la CPI podrá solicitar la colaboración de: 1) los prestadores de servicios de intermediación; 2) los prestadores de servicios de pagos electrónicos; 3) los prestadores de servicios de publicidad. La CPI podrá requerirles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor. Entre las medidas a considerar se incluye el bloqueo de la financiación del prestador declarado infractor. El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso a Internet deberá motivarse adecuadamente. Además, la falta de colaboración por parte de estos prestadores será considerada como infracción conforme al artículo 11 LSSICE. Por otro lado, la ejecución de la medida de colaboración, ante el incumplimiento del requerimiento de retirada o interrupción, por parte del prestador de servicios responsable de la infracción, exigirá autorización judicial previa.

En quinto lugar, el incumplimiento de los requerimientos de retirada de contenidos infractores será considerado una infracción administrativa muy grave, sancionada con multas de entre 150.001 hasta 600.000 euros (art. 158ter.6 TRLPI). Además, cuando así lo justifique la gravedad y repercusión social de la conducta infractora, se podrá condenar a: 1) la publicación de la resolución sancionadora, a costa del sancionado, en el BOE, en dos periódicos nacionales o en la página de inicio del sitio de Internet del prestador; 2) el cese de las actividades declaradas infractoras del prestador de servicios durante un período máximo de un año –a estos efectos, se seguirá el procedimiento de colaboración antes indicado-.

Cuando las infracciones se hubieran cometido por prestadores de servicios establecidos en Estados que no sean miembros de la UE o del EEE pero cuyos servicios se dirijan específicamente al territorio español, el órgano que hubiera impuesto la sanción podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación que tomen las medidas necesarias para impedir el acceso desde España a los servicios ofrecidos por aquéllos por un período máximo de un año.

Hay que señalar que el artículo 138 TRLPI ha sido objeto de modificación y que el artículo 158 ter TRLPI ha sido objeto de nueva inclusión en nuestra TRLPI a través de la reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre.

4. *In these cases of infringement, who has standing to sue:*

- *the author*

El autor tiene legitimación activa para perseguir las infracciones que afecten a sus derechos, siempre que sea titular de los mismos y no los haya cedido a un tercero de manera exclusiva (art. 138 TRLPI).

- *the exclusive licensee*

El cesionario en exclusiva también tiene legitimación activa. El artículo 48.I TRLPI se la confiere expresamente, con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido. Asimismo, los artículos 138 y siguientes TRLPI, relativos a las acciones y procedimientos, hablan en todo momento de «titular de los derechos». El cedente se desprende de sus derechos de explotación, por lo que carecería de legitimidad para perseguir sus infracciones.

- *the non-exclusive licensee*

El cesionario no exclusivo no tiene legitimación activa. El cedente no se desprende de sus derechos, sino que puede cederlos a otras personas distintas del cesionario. Al contrario de lo que sucede en el artículo 48.I TRLPI, el artículo 50 TRLPI no se la atribuye expresamente, lo que hace pensar que carece de ella. Ahora bien, tendría legitimación para actuar contra quien quisiera despojarle de los originales de la obra cedida, pero no frente a quien explota la obra sin el consentimiento del autor, incluso aunque ello implique una disminución de sus ingresos.

- *the employer of the author*

El empresario también tiene legitimación activa para perseguir las infracciones de los derechos que le ha cedido en exclusiva el autor asalariado. El artículo 51.2 TRLPI lo convierte en cesionario en exclusiva de los derechos de explotación sobre la obra creada en virtud del contrato de trabajo. Ello en defecto de pacto, pues el artículo 51.1 TRLPI da prioridad a lo que las partes hayan previsto expresamente en el contrato.

- *the CMO that manages the exclusive right?*

Conforme al artículo 150 TRLPI, las entidades de gestión, una vez que han sido autorizadas por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para su legal constitución, tendrán legitimación, conforme a los términos que resulten de sus estatutos, para ejercer los derechos que les hayan sido confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales.

B. Questions regarding mechanisms to ensure adequate remuneration for creators and performers in their relationship with licensees

- (Patricia RIERA BARSALLO)

If authors and performers exercise their exclusive rights by licensing them to exploitation businesses, such as publishers, the question arises how they best may ensure an adequate remuneration from such licenses.

1. Does your law provide for legal rules, including by case law, on mechanisms for authors and performers to ensure an adequate remuneration in relation to exploitation businesses in the following cases:

- as a general rule for all kinds of contracts;

El TRLPI establece la transmisibilidad de los derechos patrimoniales o de explotación tanto inter vivos como mortis causa (Título V del TRLPI, “Trasmisión de los derechos)

En los artículos 42 a 57, establece una serie de normas generales y posteriormente procede a regular dos tipos de contratos: el contrato de edición (artículos 58 a 73) y el contrato de representación teatral o de ejecución musical (art. 74 a 85)

El artículo 43.1 establece la transmisibilidad inter vivos de los derechos de explotación de las obras. De su redacción se desprende:

- Que la transmisión puede ser a título lucrativo u oneroso
- Que la transmisión se limitará:
 - o Al derecho o derechos cedidos
 - o A las modalidades de explotación que se especifiquen (de no especificarse éstas, se establece como norma supletoria la limitación a aquellas que se deduzcan del propio contrato y que sean indispensables para cumplir la finalidad del mismo – art. 43.2 -. En todo caso, no se considerarán transmitidas aquellas modalidades de explotación que afecten a modalidades de utilización o de difusión que no existan o se desconozcan en el momento de realizar la cesión – art. 43.5 -)
 - o Al ámbito territorial previsto (de no precisarse el mismo, entra en juego como norma supletoria la limitación del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión – art. 43.2-)
 - o Al tiempo estipulado en la trasmisión (de no precisarse, se establece como norma supletoria la limitación temporal de la cesión a 5 años – art. 43.2. -)

Además, también se establecen las siguientes reglas generales (todas ellas dirigidas a la protección del autor o cedente, que la TRLPI parece identificar como parte “débil” del proceso de cesión):

- Se considerarán nulas aquellas cesiones de derechos de explotación cuyo objeto sea el conjunto de obras futuras que pueda crear el autor (art. 43.3)
- Se considerarán nulas las estipulaciones de la cesión por las que el autor se comprometa a no crear obras en el futuro (art. 43.4)

Respecto a la forma que debe adoptar la cesión, de la lectura del artículo 45 TRLPI se desprende que nuestro marco legal acepta tanto la cesión escrita como la verbal (en caso de que la cesión no se formalizara por escrito, sólo el requerimiento previo de forma fehaciente del autor al cesionario para que cumpla con esta exigencia permite al cedente optar por la resolución del contrato. Por tanto, se desprende que si tanto cedente como cesionario están de acuerdo con la forma verbal de la cesión, ésta será válida)

La transmisión podrá ser en exclusiva (art. 48 a 49) o no exclusiva (art. 50). La cesión en exclusiva debe realizarse de forma expresa y atribuirá al cesionario, dentro del ámbito de la cesión, la facultad para explotar la obra con exclusión de terceros (incluido el cedente) y – salvo pacto en contrario – la facultad de otorgar a terceros autorizaciones no exclusivas para la explotación de la obra. Este tipo de cesión legitima además al cedente a perseguir las infracciones que afecten a los derechos que le han sido cedidos. A cambio, el cesionario tiene la obligación de llevar a cabo la explotación efectiva de los derechos cedidos, poniendo para ello los medios necesarios a tal fin.

El TRLPI autoriza al cesionario en exclusiva (art. 49) a transmitir a terceros su derecho siempre que cuente con el consentimiento expreso del cedente (a no ser que dicha cesión se produzca con motivo de la disolución o cambio de la empresa cesionaria). La falta de consentimiento expreso del cedente no hace nula la cesión, pero convierte a los sucesivos cesionarios en responsables solidarios frente al cedente.

Por su parte, en la cesión no exclusiva, el cesionario obtiene la facultad de explotar la obra según lo convenido con el cedente y en concurrencia con terceros (otros cesionarios y el propio cedente). Este tipo de cesión es intransmisible excepto en aquellas situaciones en las que la cesión se produzca con motivo de la disolución o cambio de la empresa cesionaria. Las cesiones no exclusivas realizadas a favor de entidades de gestión serán en todo caso intransmisibles.

Cuando un autor cede sus derechos de explotación a título oneroso es de aplicación el dicho “un autor sigue la suerte de su obra”: y es que el TRLPI establece como norma

general de remuneración que ésta se lleve a cabo mediante una participación proporcional en los ingresos de la explotación, “en la cuantía convenida con el cesionario” (art. 46.1 TRLPI).

Asimismo, el artículo 46.2 establece una serie de situaciones en las que las cedente y cesionario podrán (norma potestativa, no imperativa) estipular una remuneración a tanto alzado a favor del autor. Dichos casos son los siguientes:

- a) *Cuando, atendida la modalidad de la explotación, exista dificultad grave en la determinación de los ingresos o su comprobación sea imposible o de un coste desproporcionado con la eventual retribución.*
- b) *Cuando la utilización de la obra tenga carácter accesorio respecto de la actividad o del objeto material a los que se destinen.*
- c) *Cuando la obra, utilizada con otras, no constituya un elemento esencial de la creación intelectual en la que se integre.*
- d) *En el caso de la primera o única edición de las siguientes obras no divulgadas previamente: 1.º Diccionarios, antologías y enciclopedias. 2.º Prólogos, anotaciones, introducciones y presentaciones⁶ 3.º Obras científicas. 4.º Trabajos de ilustración de una obra. 5.º Traducciones 6.º Ediciones populares a precios reducidos.*

A éste catálogo de situaciones contempladas en el artículo 46 TRLPI, cabría añadir la de aquellos autores cuyas obras son publicadas en publicaciones periódicas, para los cuales el artículo 52 TRLPI, párrafo tercero admite la posibilidad de que se pacte también una remuneración a tanto alzado.

En el caso de autores asalariados, el sistema de remuneración será la convenida por las partes en el contrato (cuya forma aquí sí deberá ser escrita – art. 51 TRLPI -)

Establecidas las normas generales que regularán la transmisión o cesión de derechos de explotación por parte de los autores, la TRLPI regula dos tipos de contratos de cesión específicos:

A) El contrato de edición.

⁶ En este supuesto, la fijación de la remuneración exclusivamente a tanto alzado marca el plazo de extinción del contrato de edición transcurridos 10 años desde su formalización (art. 69-3º)

Definido en el artículo 58 TRLPI, como aquel “*contrato mediante el cual el autor o sus derechohabientes ceden al editor, mediante compensación económica, el derecho a reproducir su obra y el de distribuirla*”, es un contrato formal (formalización por escrito – art. 60 y 61 TRLPI -), bilateral y de carácter oneroso. Entre los contenidos de tipo imperativo que debe incluir está la remuneración del autor que se establece conforme a lo establecido en el artículo 46 TRLPI y si la edición es en forma de libro, deberá reflejar el anticipo que “*en su caso*” conceda el editor al autor a cuenta de sus derechos (art. 62.1b.TRLPI). Si las partes pactan la remuneración exclusivamente a tanto alzado en algunos de los supuestos contemplados en el artículo 46.2 TRLPI, apartado d, el contrato se extinguirá por el transcurso de 10 años desde que se produce la cesión (art. 69, 3º TRLPI; no se aplica este precepto si el contrato es de edición musical – art. 71 3º TRLPI)

Las obligaciones del editor vienen contempladas en el art. 64 TRLPI, el que en su apartado 5ª contempla la de satisfacer al autor la remuneración estipulada y, cuando ésta sea proporcional, al menos una vez cada año, la oportuna liquidación, de cuyo contenido le rendirá cuentas, debiendo poner asimismo anualmente a disposición del autor un certificado en el que se determinen los datos relativos a la fabricación, distribución y existencia de ejemplares. A tal efecto, y sólo si hay previa solicitud del autor, el editor deberá presentarle los correspondientes justificantes. El incumplimiento de la obligación contemplada en el artículo 64 apartado 5º es causa de resolución de contrato (art. 68.1 TRLPI, apartado b). En caso de venta en saldo (venta que requiere el consentimiento del autor para que el editor pueda realizar – art. 67.1 TRLPI), si la remuneración del autor está fijada como proporcional, éste tendrá derecho a percibir el 10% del facturado por el editor – art. 67 TRLPI –. El incumplimiento de estos requisitos son causa de resolución del contrato (art. 68.1 TRLPI, apartado c)

B) El contrato de representación teatral y ejecución musical.

Definido como aquel contrato de carácter oneroso mediante el cual el autor o sus derechohabientes ceden a un tercero (persona natural o jurídica) el derecho de representar o ejecutar públicamente una obra literaria, dramática, musical, dramático-musical, pantomímica o coreográfica.

La remuneración de este tipo de contratos se regula también según las normas generales establecidas en el artículo 46 – art. 78 4º TRLPI – y se considera obligación del cesionario satisfacer puntualmente dicha remuneración y, en caso de que esta sea proporcional, presentar al autor, junto al programa exacto de los actos de comunicación de la obra que se han llevado a cabo, una declaración de los ingresos obtenidos (además de la posibilidad de facilitarles la comprobación de la misma. Art. 78 4º y 5º TRLPI). El incumplimiento de estas obligaciones, previo requerimiento del autor, será causa de resolución del contrato (art. 81 3º TRLPI)

Bajo la rúbrica, “*garantía del cobro de la remuneración*”, el TRLPI establece para aquellos casos en los que la remuneración que corresponde al autor consista en una participación proporcional en los ingresos, que los empresarios de espectáculos públicos (quienes no necesariamente tienen porque ser los cesionarios) actúen como depositarios de la remuneración que el autor debe percibir. Deberán además tener dicha remuneración a disposición de los autores cada semana – art. 79 TRLPI –

- *as regards ‘best-seller’ situations (i.e., when parties did not presume that the work would become a best-seller);*

Como se ha señalado en el punto anterior, el TRLPI establece en el artículo 46.2 que en la cesión otorgada por el autor a título oneroso se establezca una remuneración a tanto alzado (en vez de una participación proporcional en los ingresos de explotación) “*cuando, atendida la modalidad de explotación, exista dificultad grave en la determinación de los ingresos o su comprobación sea imposible o de un coste desproporcionado con la eventual retribución*”

En el caso de remuneraciones establecidas a tanto alzado, si se produce una “manifiesta desproporción entre la remuneración del autor y los beneficios obtenidos por el cesionario” el artículo 47 TRLPI reconoce una acción a favor del autor para pedir revisión de contrato y, en su defecto, acudir a instancias judiciales para que éstas fijen una remuneración equitativa (“acción de revisión por remuneración no equitativa”).

Para que dicha revisión se produzca, debe ser el autor el que solicite la revisión del contrato (de nuevo, facultad potestativa). Caso de no llegar a un acuerdo con el editor, el autor podrá acudir a los tribunales y serán éstos los que fijen una “*remuneración equitativa*” acorde con las circunstancias del caso. Esta acción podrá ejercerla el autor en el plazo de los 10 años siguientes a la cesión. Los tribunales tendrán una amplia libertad para determinar dicha remuneración, que eso sí, deberá ser equitativa atendiendo las circunstancias del caso (Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, número 337/2008, de 27 de junio, FD 3º)

- *in the case of oppressive contracts;*

No existe norma en el TRLPI que regule la remuneración en este tipo de situaciones. En su caso, se aplicarían las reglas generales de la contratación del Código civil. En alguna ocasión, buscando un “plus” de tutela, los autores han pretendido que se aplicara en su favor la legislación de defensa de los consumidores. Puede verse, en ese sentido, la SAP de Madrid, sec. 14, de 3 de mayo de 2007. Quien alegaba su condición de consumidor era un autor que había cedido sus derechos de reproducción y

comunicación sobre una obra audiovisual a una cadena de televisión. El tribunal negó la aplicabilidad de la legislación de defensa de los consumidores con el argumento de que sólo es consumidor el adquirente de bienes o servicios como “destinatario final”. Esta exigencia (ser “destinatario final”) estaba, en efecto, en la ley de defensa de los consumidores de 1984. En la vigente ley, no obstante, ha desaparecido. Pese a ello, el resultado sería probablemente el mismo en la medida en que sólo es consumidor quien actúa “*en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”.

- *in other cases;*
and if so, under what conditions?

A) Remuneración de autores de obras audiovisuales cuando ceden sus derechos mediante el contrato de producción audiovisual

El TRLPI dedica los artículos 86 a 93 a la regulación de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales. Según el artículo 86, son obras audiovisuales “*las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras.*”

Por su parte, el artículo 88 TRLPI establece una presunción de cesión de los derechos de explotación de los autores originarios⁷ al productor⁸, cesión que se produce al formalizar el contrato de producción de la obra audiovisual. En virtud de dicho contrato, los autores ceden, con carácter de exclusiva, al productor todos aquellos derechos que éste necesita para explotar la obra, a saber: El derecho de reproducción; el derecho de distribución; el derecho de comunicación pública; y los derechos de doblaje o subtítulo.

No opera esta presunción de cesión en exclusiva para la explotación de la obra audiovisual mediante la puesta a disposición del público de copias de la obra (DVD, CD, etc.) ni tampoco para su explotación a través de radiodifusión.

A nivel remuneratorio, el artículo 90 TRLPI establece un sistema que permite blindar el contenido económico de los derechos que los autores de la obra audiovisual ceden a

⁷ Según el TRLPI tienen la consideración de autor: el director-realizador, los autores del argumento, adaptación, guión, diálogos; los creadores de composiciones musicales, con o sin letra, creada específicamente para la obra audiovisual (art 87 TRLPI). Son obras que tienen por tanto la consideración de obras en colaboración, aunque como es lógico, nada impide que una única persona lleva a cabo todas esas funciones.

⁸ El productor es el sujeto que elabora la obra audiovisual bajo su iniciativa y financiación.

favor del productor. Así, y tras establecer en el apartado primero del artículo 90 que la remuneración por los derechos cedidos mediante el contrato de producción deberá determinarse por cada una de las modalidades de explotación concedidas, el TRLPI configura las siguientes remuneraciones:

- 1) Remuneración derivada de la cesión del derecho de alquiler de un fonograma, o un original o una copia de una grabación audiovisual: Es exigible a quienes lleven a efecto las operaciones de alquiler al público de los fonogramas o grabaciones audiovisuales (art. 90.2 TRLPI; ver infra Question C, pregunta 1, apartado 11 para más información).
- 2) Remuneración derivada de la proyección de la obra audiovisual “en lugares públicos mediante el pago de un precio de entrada”: Se establece la obligación de quién realice la exhibición de remunerar a los autores con “*un porcentaje de los ingresos procedentes de dicha exhibición*”. El deudor de estas cantidades podrá deducirlas “*de las que deban abonar a los cedentes (los autores) de la obra audiovisual*”. Cuando a los autores les sea difícil o “*gravemente dificultoso*” el ejercicio efectivo del derecho a percibir esta remuneración, la misma podrá pactarse por una cantidad a tanto alzado (art. 90.3 TRLPI; ver infra Question C, pregunta 1, apartado 12 para más información).
- 3) Remuneración derivada de la proyección, exhibición y transmisión de la obra audiovisual por cualquier procedimiento sin exigir previo pago de entrada: La cuantía de dicha remuneración será la fijada vía las tarifas de las entidades de gestión correspondientes (art. 90.4 TRLPI; ver infra Question C, pregunta 1, apartado 13 para más información)

En el apartado 5º del artículo 90 TRLPI, se establece la obligación del productor, previa petición de los autores, de poner a disposición de éstos “*al menos una vez al año*” la documentación necesaria para que puedan ejercer sus derechos remuneratorios.

B) Remuneración de artistas intérpretes o ejecutantes

En el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes, el TRLPI también opta por un sistema de blindaje del contenido económico de los derechos patrimoniales que pueden ceder los artistas intérpretes o ejecutantes.

El artículo 108.2 TRLPI, contiene una presunción (que admite pacto en contrario) en virtud de la cual el artista intérprete o ejecutante cede, mediante el contrato de producción que celebre con un productor de fonogramas (o con un productor de grabaciones audiovisuales), el derecho de puesta a disposición del público contenido en

el artículo 20.2, apartado “i” del TRLPI. Pese a que se produzca esa cesión, el artista intérprete o ejecutante mantiene el derecho irrenunciable a una remuneración equitativa por la puesta a disposición del público del fonograma o del original o copia de una grabación audiovisual (art. 108.3 TRLPI; ver infra Question C, pregunta 1, apartado 14 para más información)

También establece el TRLPI:

- 1) Una remuneración equitativa a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes, y compartida en este caso con los productores, por la comunicación pública de fonogramas (art. 108.4 TRLPI; ver infra Question C, pregunta 1, apartado 15 para más información)
- 2) Una remuneración a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales (art. 108.5 TRLPI; ver infra Question C, pregunta 1, apartado 16 para más información)

El artículo 109.3, apartado 1º TRLPI, contiene una presunción de cesión del derecho de alquiler a favor del productor de grabaciones audiovisuales vía el contrato de producción que el artista celebre con éste (de nuevo, se acepta pacto en contrario a reflejar en el contrato). Pese a que se produzca dicha cesión, el artista mantiene un derecho de remuneración por el alquiler de fonogramas y de grabaciones audiovisuales (artículo 109.3, apartado 2º TRLPI; ver infra Question C, pregunta 1, apartado 17 para más información)

2. If your law provides for rules as addressed under B. 1. above, does the law determine the percentage of the income from exploitation to be received by authors and performers, or does it otherwise specify the amount of remuneration?

Tan sólo en el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes. En el artículo 110 bis, punto 2 TRLPI, se contemplan aquellas situaciones en las que el cedente tiene otorgado vía contrato el derecho a percibir una remuneración única. Pues bien, tendrá derecho además a percibir una *“remuneración anual adicional por cada año completo una vez transcurridos cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o, en caso de no haberse producido esta última, cincuenta años desde su comunicación lícita al público”*. El importe total que deberá destinar el productor del fonograma (o su cesionario en exclusiva) está fijado por ley en un 20% *“de los ingresos brutos que haya obtenido, en el año precedente a aquél en el que se abone la remuneración, por la reproducción, distribución y puesta a disposición del público (...) de los fonogramas en cuestión”*. Este derecho a obtener una remuneración anual adicional es de carácter irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria.

3. *Please indicate also whether these mechanisms that are addressed under B. 1. and 2. above are efficient in practice.*

Dado que la norma general contemplada en el artículo 46 TRLPI no establece un mínimo o máximo de remuneración que debe percibir el autor en caso de cesión de sus derechos, la cuantía de éstos queda en manos de los pactos privados a los que lleguen cedente y cesionario vía el contrato de cesión. Por tanto, pese al interés de la Ley por establecer mecanismos que protejan a aquella parte que el legislador parece haber identificado como parte débil de la negociación, el autor sigue contando sólo con su capacidad de negociación a la hora de establecer la cuantía de la remuneración a percibir.

C. Questions in relation to statutory remuneration rights

- **(Ramón CASAS VALLÉS)**

The questions below concern the question of the scope of remuneration rights and their enforcement (which usually takes place through collective management organizations (CMOs)) towards users.

1. *In which cases do statutory remuneration rights exist in your country, e.g., public lending rights, resale rights, remuneration rights for private copying, or others (often, they are provided in the context with limitations of rights)?*

En la legislación española, cuando se trata de derechos patrimoniales o económicos, se suele partir de una división entre *derechos exclusivos* (que incluyen la facultad de autorizar o prohibir) y *derechos de simple remuneración* (que sólo incluyen el derecho a cobrar). A esta distinción básica se le puede añadir una tercera categoría: la de los *derechos compensatorios*, en los que el *quantum* no guarda relación con el valor de la explotación sino con el daño causado y se suele determinar conforme a criterios de equidad.

Si por “derechos de remuneración” entendemos, en sentido muy amplio, los relativos a aquellas situaciones en las que los titulares sólo pueden reclamar un pago sin impedir la utilización de la obra, la lista sería la siguiente, por el mismo orden en que los derechos aparecen en la ley (TRLPI). Hay que advertir, no obstante, que no todos los derechos de esa lista son derechos de remuneración *stricto sensu*, como se explicará caso por caso:

- 1) Derecho de participación de los artistas plásticos a cobrar un porcentaje del precio de reventa de sus obras (*resale right, droit de suite*). Está regulado en la Ley 3/2008,

de 23 de diciembre, *relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*, mediante la que se incorporó la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001⁹. Se trata de un derecho de remuneración en sentido estricto. En España es de gestión colectiva voluntaria. No obstante, *de facto*, muchos autores encargan su administración a una sociedad de gestión colectiva (VEGAP. www.vegap.es)

- 2) Derecho de compensación por copia privada (arts. 25 y 31 TRLPI). Se trata de una “compensación” asociada a un límite¹⁰. Al calor de la confusión provocada por el *Caso Padawan* (STJUE 21/10/2010, SGAE c. Padawan, Asunto C-467/08), los sectores interesados, mediante una eficaz acción de *lobby*, consiguieron que el tradicional sistema de canon (sobre soportes y equipos) se sustituyera por un pago alzado a cargo del Estado y establecido en la Ley de Presupuestos Generales de cada año. Esta solución se adoptó primero como “provisional” (Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre y Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre). Sin embargo, la reciente Ley 21/2014, de reforma del TRLPI, le ha dado carácter definitivo. Este nuevo sistema es muy polémico. Cuando todavía era una solución provisional, el Tribunal Supremo lo sometió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 10 de septiembre de 2014, Asunto C-470/14, *EGEDA y otros c. España*¹¹). Ahora que ya es definitivo, está amenazado por el recurso interpuesto contra la Ley 21/2014 por el Partido Socialista (PSOE) ante el Tribunal Constitucional¹². Es un derecho de gestión colectiva obligatoria. Se encargan de la gestión diversas entidades por cuenta de los diferentes colectivos de beneficiarios.
- 3) Derecho de los autores de artículos periodísticos a percibir una “remuneración equitativa” por la inclusión de sus obras en “reseñas o revistas de prensa” realizadas

⁹ El “resale right” se menciona aquí en primer lugar simplemente porque antes estaba recogido en el art. 24 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI). Este precepto fue derogado al incorporarse la Directiva de la UE convirtiendo el “resale right” en objeto de una ley especial (la mencionada Ley 3/2008). Probablemente las Cortes (el parlamento) quisieron limitarse a incorporar la Directiva eludiendo el riesgo de presentar un proyecto “re reforma de la ley de propiedad intelectual”, cosa que habría dado pie a que se abriera algunas de las otras muchas cuestiones pendientes en aquel momento (entre ellas la compensación por copia privada). Sin embargo, no hay ninguna razón para que el “resale right” siga en una ley especial. Es de esperar que, tarde o temprano, vuelva a incluirse en el TRLPI.

¹⁰ En España se usa la palabra “límites” para lo que las Directivas de la UE llaman “excepciones y limitaciones”

¹¹ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160613&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=21874>

¹² El recurso fue admitido a trámite el 3/3/2015: http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2015_021/P%20681%20-%202015.pdf

con fines comerciales (art. 32.1,II TRLPI). De acuerdo con la legislación española se trataría de un “límite” al derecho de autor que, sin embargo, puede ser prohibido por éste. Según establece la propia norma: “*En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite*”. La ley no se pronuncia acerca de la forma de gestión de este derecho. Hay que entender que es de gestión colectiva voluntaria. *De facto* parece que este derecho lo administra una entidad de gestión (CEDRO, www.cedro.org). Aunque la ley reconoce la remuneración a los “autores”, CEDRO actúa por mandato de los “editores”, al entenderse que los periódicos son una obra colectiva.

- 4) Derecho de los editores y otros titulares de derechos a percibir una “compensación equitativa” de los “prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos” por la puesta a disposición del público de “fragmentos no significativos” (art. 32.2 TRLPI). Se trata de un nuevo y muy polémico “límite” a la propiedad intelectual pedido y conseguido por los editores de medios de comunicación. La actividad afectada sería, básicamente, la de agregación de noticias (servicios como *Google News*, por ejemplo) Es una de las novedades de la Ley 20/2014 y resulta de una labor de *lobby* de los editores de prensa. Valoraciones políticas y técnicas al margen, es interesante observar cómo los editores, incapaces de defender sus derechos exclusivos, han pedido y obtenido ser *degradados* a la condición de titulares de un mero derecho de remuneración, configurado además como irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria, para evitar el riesgo de acuerdos por separado. Entre las entidades encargadas de la gestión está sin duda CEDRO (www.cedro.org). No obstante, dados los términos de la norma, acaso podrían sumarse otras (por ejemplo, con referencia a contenidos audiovisuales; no, en cambio, con referencia a obras plásticas o fotografías, expresamente excluidas).
- 5) Derecho de autores y editores a una “remuneración equitativa” por determinados usos de sus obras con fines educativos o de investigación (art. 32.4 TRLPI).- Esta remuneración se deberá pagar para utilizaciones que superen cierto umbral *de minimis* (por debajo del cual el uso es gratuito, art. 32.3 TRLPI) y siempre que no excedan de un máximo (por encima del cual es imprescindible la licencia). Estarían dentro de la franja de ese límite remunerado, por ejemplo, la utilización educativa o para investigación de una parte de un libro que, sin ser un “*pequeño fragmento*” (en cuyo caso se podría utilizar gratuitamente), no exceda del 10 % de la obra. Cabe señalar, en cualquier caso, que el derecho a la remuneración equitativa se prevé “*en defecto de acuerdo previo específico*”. La remuneración es de gestión colectiva obligatoria (art. 32.4 TRLPI), a cargo de las entidades correspondientes a las diferentes categorías de titulares afectados.

- 6) Derecho de los autores de trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos en medios de comunicación a percibir una compensación equitativa cuando tales trabajos y artículos son reutilizados por otros medios.- De acuerdo con el art. 33.1 TRLPI: “*Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social podrán ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa*”. Este límite, no obstante, puede ser neutralizado mediante una “reserva de derechos”. Además, como queda dicho, ante todo se estará a lo pactado. Sólo en defecto de acuerdo se recurrirá a la “equidad” para fijar la remuneración. La ley no se pronuncia sobre el tipo de gestión. Hay que entender pues que la gestión colectiva es voluntaria. No consta que haya ninguna entidad de gestión encargada *de facto* de este derecho. Concretamente CEDRO (www.cedro.org), no lo hace.
- 7) Préstamo bibliotecario.- Según el art. 37.2 TRLPI, las bibliotecas públicas y otras instituciones no necesitan autorización para el préstamo de libros, pero deberán “remunerar” a los autores “*en la cuantía que se determine mediante Real Decreto*”. La norma aludida es el Real Decreto 624/2014, de 18 de julio, *por el que se desarrolla el derecho de remuneración a los autores por los préstamos de sus obras realizados en determinados establecimientos accesibles al público*. El art. 7 de este Real Decreto prevé un pago global anual teniendo en cuenta, por una parte, las obras disponibles (0’004 € por cada obra) y, por otra, el número de usuarios efectivos del servicio de préstamo (0’05 € por cada persona que tenga la referida condición de “usuario efectivo”). Este derecho es de gestión colectiva obligatoria (art. 37.2,II TRLPI), a cargo de las entidades correspondientes a las diferentes categorías de titulares afectadas. Cuando concurren varias entidades, debe actuar coordinadas.
- 8) Terminales especializados.- De acuerdo con el art. 37.3 TRLPI, las bibliotecas y otras instituciones pueden poner sus fondos a disposición del público mediante “*terminales especializados*” ubicados en sus propios locales, “*sin perjuicio del derecho del autor a percibir una remuneración equitativa*”. La ley no se pronuncia sobre el tipo de gestión. Por tanto hay que entender que la gestión colectiva es voluntaria. En su caso, concurrirían varias entidades dada la multiplicidad de obras y prestaciones afectadas.
- 9) Derecho a percibir una “compensación equitativa” cuando los titulares ponen fin a la situación de orfandad de las “obras huérfanas”.- De acuerdo con la Directiva europea, el art. 37 bis.7 TRLPI reconoce el derecho de los titulares a poner fin en cualquier momento a la situación de orfandad y a reclamar una “compensación

equitativa” por la utilización que se llevó a cabo mientras esta duró. Se trata de un simple crédito pero, en realidad, está asociado a la facultad de autorizar o prohibir, en línea, por ejemplo, con el derecho previsto en el art. 47 TRLPI (*vid. infra*). No es un “derecho «de» remuneración” sino un “derecho «a una» remuneración”, que no es lo mismo. Es un derecho de ejercicio individual, al margen de la gestión colectiva.

10) Derecho a una remuneración equitativa cuando el pago de un tanto alzado (algo que la ley permite en casos tasados) se revela posteriormente insuficiente. Según el art. 47 TRLPI: “*Si en la cesión a tanto alzado se produjese una manifiesta desproporción entre la remuneración del autor y los beneficios obtenidos por el cesionario, aquél podrá pedir la revisión del contrato y, en defecto de acuerdo, acudir al Juez para que fije una remuneración equitativa, atendidas las circunstancias del caso. Esta facultad podrá ejercitarse dentro de los diez años siguientes al de la cesión*”. Se trata de un derecho de crédito y, por tanto, desde este punto de vista, podría presentarse como un derecho de simple remuneración. No obstante, aunque *a posteriori*, esta remuneración está asociada a la cesión de derechos exclusivos. Como en el caso del apartado 9 (supra) no es un derecho “de” remuneración sino un derecho “a una” remuneración. Es un derecho de ejercicio individual, sin intervención de entidades de gestión colectiva.

11) Derecho de remuneración de los autores de obras audiovisuales y musicales al cobro de una “remuneración equitativa” por el alquiler de grabaciones audiovisuales y fonogramas.- Este derecho se reconoce en el art. 90.2 TRLPI y tiene su origen en el art. 5 de la Directiva de Alquiler, Préstamo y Derechos Afines (Directiva 2006/115/CE, v.c.). Por tanto, no es un derecho asociado a un límite sino un derecho cuyo objeto es “blindar” el contenido económico del correspondiente derecho exclusivo, pues se da por sentado que los autores lo perderán por vía de cesión en condiciones poco o nada favorables. Se trata de un derecho de gestión colectiva obligatoria (art. 90.7 TRLPI)

12) Derecho de los autores de obras audiovisuales a la percepción de un “porcentaje de los ingresos” por la exhibición pública de dichas obras cuando el público paga un precio por acceder a la sala (art. 90.3 TRLPI).- Este derecho se ostenta “*con independencia de los pactado*” en el contrato de producción. Es irrenunciable e intransmisible (art. 90.6 TRLPI) y de gestión colectiva obligatoria (art. 90.7 TRLPI). Se supone que el derecho se ostenta por haber cedido el derecho exclusivo de comunicación pública. Se trataría de otro de los medios utilizados para “proteger” o “blindar” el contenido económico de los derechos exclusivos contra los efectos negativos del principio de libertad contractual. Se trata de un derecho de gestión colectiva obligatoria (art. 90.7 TRLPI).

- 13) Derecho de los autores de obras audiovisuales al cobro de una “remuneración de acuerdo con las tarifas generales” de la correspondiente sociedad de gestión cuando la obra se proyecta o exhibe sin cobrar precio de entrada (art. 90.4 TRLPI). Este derecho también es irrenunciable e intransmisible (art. 90.6 TRLPI) y de gestión colectiva obligatoria (art. 90.7 TRLPI). Es importante señalar que el propio art. 90.4 TRLPI incluye una expresa referencia a la modalidad de comunicación pública prevista en el art. 20.2,i) TRLPI, conocida como puesta a disposición interactiva (cfr. art. 3.2 Directiva 2001/29/CE, de la Sociedad de la Información). Por tanto, la explotación en red de obras audiovisuales da lugar también a un derecho de remuneración (y no “equitativa” sino “de acuerdo con las tarifas”) a favor de los autores, irrenunciable e intransmisible y de gestión colectiva obligatoria. La lógica económica del derecho es otra vez la misma: Es seguro que los autores cederán esta modalidad de explotación y se trata de “blindar” o proteger todo o parte del contenido económico del correspondiente derecho exclusivo. El modelo del legislador español fue el aplicado al derecho de alquiler por la Directiva de Alquiler, Préstamo y Derechos Afines.
- 14) Derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a una “remuneración equitativa” por la puesta a disposición interactiva de fonogramas o grabaciones audiovisuales.- El art. 108.1,b) TRLPI reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes un derecho exclusivo de puesta a disposición interactiva, dando así cumplimiento al art. 3.2,a) de la Directiva 2001/29/CE, de la Sociedad de la Información. La incorporación de este derecho a la legislación española dio lugar a un interesante debate pues los artistas consideraban, no sin razón, que atribuirles un derecho exclusivo transmisible era un *falso regalo* o, como se dice en español, *pan para hoy y hambre para mañana*. Los artistas llegaron incluso a manifestar su preferencia por un derecho de remuneración, de menor nivel, dando por sentado que tal derecho sería, como es normal, irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria; es decir, un derecho sindicado. Tal solución no era posible y, como alternativa, propusieron recurrir al conocido esquema previsto para el derecho de alquiler, consistente en “blindar” el contenido económico del derecho exclusivo, convirtiéndolo en el objeto de un derecho de remuneración. En pocas palabras: Los artistas adquieren, *ex lege*, un derecho de remuneración por la puesta a disposición de fonogramas y obras audiovisuales cuando ceden al productor el correspondiente derecho exclusivo (art. 108.3 TRLPI). Se trata del esquema del anterior apartado 13 aunque es preciso decir que, en este caso, los artistas fueron por delante en la labor de *lobby*. Los autores (y no todos: sólo los audiovisuales) siguieron aquí la estela de los artistas. El derecho del art. 108.3 TRLPI es de gestión colectiva obligatoria (art. 108.6 TRLPI).

- 15) Derecho de los artistas a una “remuneración equitativa y única” (compartida con los productores) por la comunicación pública de fonogramas (salvo que se trate de la modalidad de puesta a disposición interactiva: vid. para esta el anterior apartado 14). El derecho a esta remuneración se reconoce en el art. 108.4 TRLPI y es de gestión colectiva obligatoria (art. 108.6 TRLPI)
- 16) Derecho de los artistas a una “remuneración” por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales.- De acuerdo con el art. 108.5 TRLPI y con la salvedad de la modalidad de puesta a disposición interactiva (para esta vid. supra apartado 14) los artistas tienen derecho a una remuneración por cualquier forma de comunicación pública de las grabaciones audiovisuales en las que se han fijado sus interpretaciones o ejecuciones. Si se trata de las modalidades del art. 20.2 apartados f) y g) (retransmisión de obras radiodifundidas por parte de una entidad distinta de la de origen; emisión o transmisión en lugar accesible al público de obras radiodifundidas) la remuneración será “*la que proceda de acuerdo con las tarifas generales*” establecidas por la sociedad de gestión de que se trate (art. 108.5, I TRLPI). Si se trata de cualquier otro acto de comunicación al público, la remuneración será “equitativa” (art. 108.5,II TRLPI). Este derecho de remuneración, en todas sus variantes, es de gestión colectiva obligatoria (art. 108.6 TRLPI).
- 17) Derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a una remuneración por el alquiler de fonogramas y grabaciones audiovisuales (art. 109.3 TRLPI).- El derecho nace con ocasión de la cesión del derecho exclusivo, de acuerdo con el esquema ya conocido destinado a “blindar” el contenido económico de este último. La remuneración ha de ser “equitativa”. El derecho es irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria (art. 109.3 ult. pfo. TRLPI)
- 18) Derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes al cobro de una “remuneración anual adicional” en caso de que hubieran cedido a tanto alzado sus derechos al productor de un fonograma.- La ley 21/2014, con la que se ha incorporado de la Directiva 2011/77/UE (de modificación de la Directiva 2006/116/CE, sobre plazo de protección) ha introducido en nuevo art. 110 bis TRLPI con “*Disposiciones relativas a la cesión de derechos al productor de fonogramas*”. En este precepto se reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho a una “*remuneración anual adicional por cada año completo una vez transcurridos cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o, en caso de no haberse producido esta última, cincuenta años desde su comunicación lícita al público*”. Este derecho se configura como irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria (art. 110 bis.2,I TRLPI). Pertenece al tipo de derechos con los que se quieren compensar desigualdades contractuales.

- 19) Derecho de los productores de fonogramas a una “remuneración equitativa” por la comunicación pública de sus fonogramas.- Como ha quedado dicho (vid. supra apartado 15), quienes llevan a cabo la comunicación pública de fonogramas han de pagar una remuneración equitativa y única (a repartir, por tanto) a los artistas y a los productores. En el caso de estos últimos, el derecho viene reconocido en el art. 116.2 TRLPI, que lo configura como un derecho de gestión colectiva obligatoria (art. 116.3 TRLPI). Se excluye del derecho de remuneración la modalidad de puesta a disposición interactiva, sobre la que los productores ostentan un derecho exclusivo. Este supuesto es claro. Hay que decir, no obstante, que, en relación con las otras formas de comunicación pública, en España se ha discutido mucho acerca de posible la concurrencia y compatibilidad de derechos exclusivos y de simple remuneración. Es importante tener presente a este respecto que la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (TRLPI/1987, hoy derogada y absorbida en el TRLPI) reconocía a los productores de fonogramas un derecho exclusivo de comunicación pública. Más tarde se les reconoció un derecho de remuneración, junto con los artistas. Ello dio lugar a que se pensara que el previo derecho exclusivo había quedado tácitamente derogado y, de hecho, en 1996, el derecho exclusivo no se llevó al Texto Refundido. No obstante, el Tribunal Supremo entendió que, tratándose de una refundición, el Gobierno no podía eliminar el repetido derecho exclusivo. Hoy, tras otras reformas, la opinión acaso más extendida es favorable a la tesis de que los productores sólo tienen un derecho de remuneración compartido con los artistas. Pero el debate no está totalmente cerrado.
- 20) Derecho de los productores de grabaciones audiovisuales a una “remuneración” por los actos de comunicación pública previstos en el art. 20.2, f) y g) TRLPI.- El art. 122.2 TRLPI reconoce a los productores de grabaciones audiovisuales el derecho a una remuneración según tarifas por los actos de retransmisión de obras radiodifundidas por parte de una entidad distinta de la de origen [apartado f)] y por la emisión o transmisión en lugar accesible al público de obras radiodifundidas [apartado g)]. Este derecho de remuneración es de gestión colectiva obligatoria y concurre con el que ostentan los artistas por los mismos actos (vid. supra apartado 16). Hay una cierta confusión en cuanto a si la concurrencia es con o sin reparto. Por una parte, el art. 122.2 TRLPI remite la cuantía de la remuneración a las “tarifas generales” de las correspondientes entidades de gestión. Pero, por otra parte, el art. 122.3 TRLPI dice que la remuneración será “equitativa y única”. Con independencia de esta cuestión, en el caso de los productores de grabaciones audiovisuales (y al igual que sucedía con los fonogramas, *vid. supra* apartado 19), hay que llamar la atención sobre la posible concurrencia de derechos exclusivos y de simple remuneración en unas mismas manos. En relación con los actos de que

se trata, los productores ostentarán a la vez un derecho exclusivo y un derecho de simple remuneración. Se trata de una situación completamente anómala y que no debería producirse. El legislador español no se ha atrevido a eliminarla. Pero, al menos, se ha propuesto neutralizarla desde el punto de vista económico, forzando una determinación conjunta de las tarifas. En este sentido, la Ley 21/2014, de reforma del TRLPI, ha dispuesto que, en defecto de acuerdo, la Comisión de Propiedad Intelectual establecerá las tarifas no sólo de los derechos de simple remuneración sino también “*para los derechos de gestión colectiva voluntaria que, respecto de la misma categoría de titulares, concurren con un derecho de remuneración sobre la misma obra o prestación*” (art. 158 bis.3, I TRLPI). Aunque se use el criterio de la forma de gestión colectiva (voluntaria u obligatoria), lo que esta norma contempla es, lisa y llanamente, la posible concurrencia, en unas mismas manos y con referencia a unos mismos actos, de derechos exclusivos (normalmente de gestión colectiva voluntaria) y derechos de simple remuneración (normalmente de gestión colectiva obligatoria).

Como resulta de la anterior relación, los casos en los que los autores y otros sujetos (artistas o productores) ostentan el simple derecho a una remuneración pueden reconducirse, básicamente, a tres situaciones o supuestos:

- 1º. Límites a la propiedad intelectual: Para superar la *prueba de los tres pasos* -y más en concreto, el tercero- se establece una “compensación” a favor de los titulares de derechos afectados.
- 2º. Derechos de simple remuneración *strictu sensu*: Por razones de política legislativa se decide atribuir a algunas categorías de sujetos derechos de propiedad intelectual *degradados*, que no permiten autorizar o prohibir sino, simplemente, reclamar una retribución cuya cuantía puede relacionarse con la explotación o, simplemente, con la idea de equidad.
- 3º. Derechos de remuneración creados para permitir que los titulares *débiles* conserven total o parcialmente el contenido de los derechos exclusivos en caso de cederlos: Son derechos que nacen con ocasión de la cesión de los derechos exclusivos y sirven para “blindar” su contenido económico, en todo o en parte, en favor del cedente.

2. *Is there the possibility of obtaining compulsory licenses, and if so, under what conditions and for what categories of works?*

El Derecho español no prevé este tipo de licencias

3.

i. For which statutory remuneration rights does your law provide for obligatory collective management?

Ver la respuesta a la pregunta 1

ii. For which statutory remuneration rights does your law not provide for obligatory collective management, but in practice, the right is managed by a CMO?

Ver la respuesta a la pregunta 1

iii. Who has to pay the remuneration regarding each of these statutory remuneration rights – the user, a third person (e.g., a copy shop or a manufacturer of a copying equipment and devices) or a tax payer (through money allocated from the public budget)?

Por regla general, el obligado al pago suele ser quien lleva a cabo el acto de explotación de que se trate en cada caso. Así, por ejemplo: En el derecho de participación de los artistas plásticos paga el vendedor; en el derecho de remuneración por alquiler paga quien ofrece en alquiler; en la remuneración por préstamo, pagan los titulares de las bibliotecas y demás instituciones que prestan al amparo del límite; en la remuneración por comunicación pública, paga quien lleva a cabo tal comunicación; en la remuneración por puesta a disposición interactiva, paga quien la lleva a cabo etc. etc.

Hay, no obstante, una importante excepción en el caso de la compensación por copia privada. Desde 1987 hasta 2011, la compensación por copia privada se pagaba mediante un canon sobre soportes y dispositivos de copia. Esto significa que quienes pagaban eran los fabricantes, importadores o comercializadores, aunque podían desplazar ese coste sobre los adquirentes y, por tanto, en última instancia, la compensación la asumían quienes realizaban las copias privadas. A partir de 2011, con ocasión del *Caso Padawan* (vid. respuesta a la primera pregunta), se optó por sustituir el sistema de canon sobre equipos y soportes por un pago alzado a cargo del Estado. Por tanto, son todos los ciudadanos los que, hagan o no copias privadas, asumen el coste de la compensación. Este sistema se introdujo en 2011 de forma provisional. La Ley 21/2014 le ha dado carácter definitivo.

iv. How is the tariff / the remuneration for each of these remuneration rights fixed (in particular, by contract, by law, by a Commission, etc.)?

- 1) Como se ha indicado en la respuesta 1, en algunos casos las remuneraciones se fijan mediante acuerdo entre el titular del derecho afectado y quien lleva a cabo la utilización de que se trate.
- 2) En otros casos, el *quantum* de la remuneración lo fija directamente la ley. Así sucede con: el derecho de participación de los artistas plásticos; la copia privada; y el préstamo bibliotecario.
- 3) No obstante, lo normal es que el importe de la remuneración lo fijen las sociedades de gestión colectiva que se encargan de su recaudación. Ahora bien, conviene hacer dos puntualizaciones:

1ª) El importe de los derechos de remuneración (incluso cuando se trata de una “remuneración equitativa”) viene establecido en las tarifas de las entidades de gestión. No obstante, contra lo que ha venido sucediendo durante mucho tiempo, la fijación ya no puede ser unilateral. La remuneración, tanto si la ley se refiere a ella como “equitativa” como si la remite a “las tarifas”, deberá ser el resultado de una negociación entre la entidad de gestión y los obligados al pago.

2ª) Si la negociación no produce resultados, cualquiera de las partes podrá pedir que la tarifa sea fijada por la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (art. 158 bis TRLPI). Esta es una de las novedades más importantes de la reforma introducida en el TRLPI por la Ley 21/2014. Anteriormente, los desacuerdos en materia de tarifas estaban abocados a acabar en la vía judicial o bien ante las autoridades de defensa de la competencia. Hoy, tras la reforma de 2014, la Comisión de Propiedad Intelectual (Sección Primera) tiene competencia para determinar las tarifas de todos los derechos de gestión colectiva obligatoria, es decir, de todos o casi todos los derechos de simple remuneración. Carece en cambio de competencias para establecer tarifas de los derechos de gestión colectiva voluntaria, que son los de carácter exclusivo. La Comisión de Propiedad Intelectual sólo entra en el terreno de los derechos exclusivos cuando se produce la conurrencia cualificada que contempla el art. 158 bis.3 TRLPI: “*La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá su función de determinación de las tarifas para la explotación de los derechos de gestión colectiva obligatoria, «y para los derechos de gestión colectiva voluntaria que, respecto de la misma categoría de titulares, concurren con un derecho de remuneración sobre la misma obra o prestación»*” (énfasis añadido). Esa concurrencia cualificada se dará cuando un mismo sujeto ostente un derecho exclusivo y un derecho de simple

remuneración sobre una misma obras o prestación, tanto si se trata de un mismo tipo de acto (vid. respuesta a la pregunta 1 apartados 19 y 20) como si se trata de actos diferentes (por ejemplo, cuando quien tiene derecho a una remuneración por comunicación pública ha de autorizar la previa reproducción necesaria para comunicar).

v. Is there supervision of CMOs regarding tariffs, and if so, what are the criteria for supervision?

- 1) Sí. Se trata de una de las novedades más importantes de la reforma llevada a cabo por la Ley 21/2014. Por una parte, la ley establece con cierto detalle los criterios para la fijación de tarifas y atribuye al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte la competencia para establecer la “metodología” que las entidades deben seguir a este efecto [art. 157.1,b) TRLPI]. Además el Ministerio ostenta una facultad general de supervisión de la actividad de las entidades de gestión (art. 157 bis TRLPI). Por otra parte, la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual ostenta competencias para supervisar las tarifas de las entidades de gestión. Esta facultad no se limita al ámbito en el que la propia Comisión puede determinar tarifas (como queda dicho, sólo puede hacerlo en el caso de derechos de gestión colectiva obligatoria o en algunos supuestos de concurrencia cualificada de derechos de gestión obligatoria y derechos exclusivos, vid. supra respuesta a la pregunta 4, apartado 3-2ª). La capacidad de supervisión se extiende a todas las tarifas. Incluso a aquellas que la Comisión no puede establecer por carecer de competencias para ello. En este sentido, el art. 158 bis.4 TRLPI dispone que: *“La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá su función de control velando por que las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión en cumplimiento de sus obligaciones, sean equitativas y no discriminatorias, para lo que deberá valorar, entre otros aspectos, la aplicación de los criterios mínimos previstos en el artículo 157.1.b) en su determinación. En caso de apreciarse un incumplimiento de estas obligaciones, se comunicará esta circunstancia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a los efectos oportunos.”*
- 2) Los criterios mínimos a los que se refiere el art. 157.1,b) TRLPI son los que las propias entidades de gestión deben aplicar para establecer sus tarifas. De acuerdo con el art. 157 TRLPI, las entidades de gestión están obligadas: *“[...] b) A establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa. El importe de las tarifas se establecerá en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando*

el justo equilibrio entre ambas partes, para lo cual se tendrán en cuenta al menos los siguientes criterios:

- 1.º El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.*
- 2.º La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.*
- 3.º La amplitud del repertorio de la entidad de gestión. A estos efectos, se entenderá por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestionan una entidad de gestión colectiva.*
- 4.º Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.*
- 5.º El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.*
- 6.º Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización*
- 7.º Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación.*

La metodología para la determinación de las tarifas generales se aprobará mediante orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos”.

vi. What problems exist when right holders assert the statutory remuneration right in relation to users or others who are obliged to pay the remuneration (e.g., a claim is rejected and results in long legal proceedings; those who are obliged to pay in the meantime go bankrupt, etc.)?

Sucede lo mismo que con cualquier otro crédito, tenga o no su origen en la propiedad intelectual. Si el deudor no es solvente, el crédito no se cobra.

vii. If problems to assert the remuneration exist, does your law provide for any solutions to these problems (e.g., an obligation to deposit a certain amount in a neutral account)?

No hay ninguna solución específica.

**D. Mechanisms to ensure adequate remuneration for creators and performers
(Raquel EVANGELIO LLORCA)**

The questions below address the issue of existing mechanisms, in particular within CMOs, to ensure that authors and performers, also in relation to exploitation businesses such as publishers and phonogram producers, receive an adequate remuneration.

1. In respect of the statutory remuneration rights under your law, does the law determine the percentage of the collected remuneration to be received by particular groups of right owners (e.g., the allocation between authors and producers, among different kinds of authors, performers, and producers, et al.)?

Como regla general, la ley española no determina el porcentaje de la remuneración que debe recibir cada categoría de titulares de derechos de propiedad intelectual sobre una misma obra. Solamente lo hace en los siguientes supuestos:

1) Compensación equitativa por copia privada (art. 25 TRLPI, modificado por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre).- Los beneficiarios de esta compensación son los autores de ciertas obras –las divulgadas en forma de libros o publicaciones asimiladas reglamentariamente, así como fonogramas, videogramas u otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales–, conjuntamente –y en los casos y modalidades de reproducción en que corresponda– con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes y ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas. El RD 1657/2012, de 7 de diciembre¹³, que regula el procedimiento de determinación de la cuantía y de pago de la compensación, establece los porcentajes de la compensación que corresponden a las diferentes categorías de titulares de derechos.

2) Remuneración por cualquier acto de comunicación pública de un fonograma publicado con fines comerciales o de una reproducción de dicho fonograma, a excepción de la puesta a disposición del público (arts. 108.4 y 116.2 TRLPI).- Se trata de una remuneración “equitativa y única” a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas.

2. If so, what percentages are fixed by the law? Are these percentages different for different statutory remuneration rights?

¹³ Esta norma fue impugnada por varias entidades de gestión colectiva (EGEDA, DAMA y VEGAP, a las que luego se unieron AIE y SGAE). El recurso se encuentra pendiente de resolución por el TS, el cual suspendió el proceso para plantear diversas cuestiones prejudiciales al TJUE mediante Auto de 10 de septiembre de 2014 (rec. 34/2013).

Los porcentajes fijados por la ley en los dos casos mencionados en la pregunta anterior son los siguientes:

1) Compensación por copia privada.- a) En la modalidad de fonogramas y demás soportes sonoros, el 50% para los autores, el 25% para los artistas intérpretes o ejecutantes y el 25% para los productores; b) En la modalidad de videogramas y demás soportes visuales o audiovisuales, un tercio para los autores, un tercio para los artistas intérpretes o ejecutantes y un tercio para los productores; y c) En la modalidad de libros y publicaciones asimiladas, el 55% para los autores y el 45% para los editores¹⁴ (art. 5 RD 1657/2012).

La cantidad asignada a cada modalidad de reproducción en concepto de compensación se distribuirá entre las entidades que gestionen los derechos afectados mediante la aplicación de los porcentajes o sistema de reparto acordados por todas las entidades de gestión concurrentes en la gestión de derechos de una categoría de titulares de una misma modalidad de reproducción. Los acuerdos correspondientes deben presentarse ante la Secretaría de Estado de Cultura con carácter previo al reconocimiento de las obligaciones y la propuesta de pago. En caso de que las entidades de gestión concurrentes en la gestión de derechos de una categoría de titulares de una misma modalidad no alcancen un acuerdo, la determinación de los porcentajes o sistema de reparto por cada modalidad podrá fijarse mediante laudo de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual o de otro órgano arbitral, previa suscripción del convenio arbitral por todas las entidades afectadas (art. 6 RD 1657/2012).

2) Remuneración por cualquier acto de comunicación pública (excepto la puesta a disposición del público) de un fonograma publicado con fines comerciales o de una reproducción de dicho fonograma (arts. 108.4 y 116.2 TRLPI).- El reparto de esta remuneración equitativa y única se hará por acuerdo entre los titulares (artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas); y, a falta del mismo, por partes iguales (esto es, 50% para el grupo de artistas y 50% para el de productores de fonogramas). En realidad, al ser un derecho cuyo ejercicio es necesariamente colectivo, no son los titulares quienes, en su caso, acuerdan el reparto, sino las entidades de gestión que los representan (AIE en el caso de artistas y AGEDI en el de los productores). Aunque la ley no impone una obligación de actuación conjunta por parte de dichas entidades, en 2003 AGEDI y AIE firmaron un acuerdo de constitución de un órgano conjunto de recaudación de las cantidades derivadas de los derechos de

¹⁴ Esta distribución era la misma en el sistema anterior, a tenor del art. 36 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio (BOE núm. 301, de 16 de diciembre de 1992).

comunicación pública de fonogramas que corresponden a los artistas y a los productores.

Respecto de la distribución del derecho entre las diferentes clases de titulares dentro de una misma categoría (distintas clases de autores o de artistas intérpretes o ejecutantes), vid. lo dispuesto en la última parte de la pregunta 3.

3. *If there are no such legal determinations, how are the percentages or the otherwise fixed distribution keys for the different rights of remuneration determined in practice (in particular, by which decision-making procedures and by whom are these distribution keys determined inside CMOs)? Which percentages are in practice applied?*

En los casos en los que no existe previsión legal de reparto, son las entidades de gestión colectiva las que establecen los porcentajes de reparto para los distintos derechos de remuneración. Las entidades de gestión están obligadas a recoger en sus estatutos las reglas aplicables a los sistemas de reparto de la recaudación, los cuales deben ser equitativos y no arbitrarios, y basarse en la regla de proporcionalidad a la utilización de las obras o prestaciones (arts. 151.10 y 154.1 y 2 TRLPI). En la práctica, los respectivos estatutos de las entidades de gestión no recogen reglas específicas de reparto, sino criterios generales que básicamente reiteran todos o algunos de los principios impuestos por la ley (reparto equitativo y no arbitrario, en función del grado de explotación o utilización de las obras o prestaciones), y remiten a las normas de reparto aprobadas por cada entidad de acuerdo con el sistema en cada caso previsto (art. 55 Estatutos CEDRO¹⁵, art. 59 Estatutos VEGAP¹⁶, art. 55 AIE¹⁷, art. 96 Estatutos AISGE). En ocasiones, se especifica que las cantidades asignadas a cada obra se distribuirán entre sus derechohabientes conforme a lo que hayan acordado entre ellos al hacer el correspondiente registro en la entidad con sujeción a las normas reglamentarias de aplicación (arts. 87.5 Estatutos SGAE¹⁸, art. 50.4 Estatutos DAMA¹⁹ y art. 52.4 Estatutos EGEDA²⁰).

El procedimiento para el sistema de reparto no es uniforme en todas las entidades de gestión. En la mayoría se prevé su aprobación mediante acuerdo de la Asamblea General, previa propuesta del órgano de dirección: Junta Directiva (arts. 33 y 44 Estatutos CEDRO) o Consejo de Administración (arts. 31 y 41 Estatutos VEGAP, arts.

¹⁵ <http://www.cedro.org/docs/socios/estatutos.pdf?sfvrsn=24>

¹⁶ <http://www.vegap.es/Info/Documentos/ESTATUTOS/estatutos-vegap.pdf>

¹⁷ <http://aie.es/component/remository/2.-DOCUMENTOS-GEN%C3%89RICOS/>

¹⁸ <http://www.sgae.es/acerca-de/estatutos-sgae/>

¹⁹ <https://www.damautor.es/estatutos.html>

²⁰ http://www.egeda.es/estatutos/Capitulo_11.pdf

30 y 35 Estatutos DAMA, arts. 31 y 42 Estatutos AIE; art. 51.9 Estatutos AISGE). Un paso más se añade en el caso de EGEDA: la propuesta inicial procede de una comisión, nombrada por el Consejo de Administración, el cual elaborará la propuesta definitiva que debe aprobar la Junta General (art. 52.3 Estatutos EGEDA). En otros casos, se atribuye la competencia directamente al órgano ejecutivo (Consejo de Dirección en el caso de SGAE, según el art. 67 d) de sus Estatutos; Comité Directivo en el caso de AGEDI, de acuerdo con el art. 43.13 de sus Estatutos²¹).

En cuanto a los porcentajes que se aplican en la práctica, sólo existen datos respecto de los relativos los derechos de remuneración que ya existían en el ordenamiento jurídico español con anterioridad a la Ley 21/2014.

1) Remuneración por préstamo público (art. 37.2 TRLPI y Real Decreto 624/2014, de 18 de julio, por el que se desarrolla el derecho de remuneración a los autores por los préstamos de sus obras realizados en determinados establecimientos accesibles al público).- Los titulares de este derecho –de gestión colectiva obligatoria– son los autores. La recaudación se lleva a cabo por CEDRO en representación de los autores de las distintas obras que se prestan, en virtud del mandato conferido por las demás entidades de gestión colectiva implicadas (SGAE, VEGAP y DAMA). Sobre el reparto de la remuneración entre diferentes clases de autores, vid. lo señalado al final de la pregunta 3.

2) Remuneración por alquiler de fonogramas o grabaciones audiovisuales (arts. 90.2 y 109.3 TRLPI).- Los titulares de este derecho –irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria– son los autores de la obra musical o audiovisual y los artistas intérpretes o ejecutantes. No se configura legalmente como una remuneración única, sino como dos derechos de remuneración distintos que se recaudan de forma independiente por las diversas entidades de gestión (SGAE y DAMA para autores, AIE y AISGE para artistas intérpretes y ejecutantes). Tampoco establece la ley los porcentajes de reparto de la remuneración entre las distintas categorías de autores, quedando a lo dispuesto por las entidades de gestión. Siendo el alquiler de fonogramas un mercado inexistente en España, la cuestión se limita a la remuneración por alquiler de grabaciones audiovisuales. Sobre el reparto de la remuneración entre las diferentes clases de autores de una obra audiovisual y las distintas categorías de artistas, vid. lo señalado al final de la pregunta 3.

3) Remuneración por proyección de obras audiovisuales –a excepción de las publicitarias– en lugares públicos mediante el pago de un precio de entrada (art. 90.3 y art. 108.5, segundo párrafo, TRLPI).- Son titulares: a) los autores de la obra audiovisual: director-realizador, autores del argumento, adaptación, guión o diálogos y autores de

²¹ <http://www.agedi.es/>

las composiciones musicales creadas especialmente para la obra audiovisual (art. 87 TRLPI), así como los autores de obras preexistentes, para todos los cuales es derecho irrenunciable e intransmisible *inter vivos* (ex art. 90.6); y b) los artistas intérpretes y ejecutantes, a quienes corresponde una remuneración equitativa tanto si se trata de obra audiovisual como si es grabación audiovisual (art. 108.5, segundo párrafo, TRLPI). Se trata, no de una remuneración única, sino de remuneraciones independientes (y de gestión colectiva obligatoria), que, por tanto, se recaudan de forma autónoma por las correspondientes entidades.

Para el reparto de la recaudación dentro de cada categoría hay que acudir a lo establecido en las entidades correspondientes. Vid. al respecto lo señalado al final de la pregunta 3.

4) Remuneración por proyección de obras audiovisuales –a excepción de las publicitarias– en lugares públicos sin pago de precio de entrada, así como por transmisión al público por cualquier medio o procedimiento, alámbrico o inalámbrico, incluida la puesta a disposición del art. 20.2.i TRLPI.- Esta remuneración se concede a:
a) Los autores de la obra audiovisual (art. 90.4 TRLPI): director-realizador, autores del argumento, adaptación, guión o diálogos y autores de las composiciones musicales creadas especialmente para la obra audiovisual (art. 87 TRLPI), para quienes es un derecho irrenunciable e intransmisible *inter vivos* (art. 90.6 TRLPI); b) Los artistas intérpretes y ejecutantes (art. 108.3 y 5, primer párrafo, TRLPI), respecto de los cuales se distinguen tres supuestos: 1. Remuneración equitativa por puesta a disposición del público del art. 20.2.i de la grabación audiovisual (art. 108.3); 2. Remuneración “que proceda, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión”, por actos de comunicación pública previstos en art. 20.2.f y g, esto es, retransmisiones y emisiones o transmisiones en lugar accesible al público, de una obra ya radiodifundida (art. 108.5, primer párrafo, TRLPI); y remuneración equitativa por cualquier acto de comunicación pública distinto de los dos anteriores (art. 108.5, segundo párrafo); y c) Los productores de grabaciones audiovisuales, exclusivamente para el supuesto de comunicación pública por modalidades del art. 20.2 f y g, es decir, retransmisiones y emisiones o transmisiones en lugar accesible al público, de una obra ya radiodifundida (art. 108.5, primer párrafo, y art. 122.2 TRLPI).

Se trata de remuneraciones independientes entre sí, y, por tanto, no hay previsión de reparto entre distintas categorías de titulares de derechos²². Dentro de cada categoría,

²² Podrían plantearse dudas, en el supuesto de comunicación pública a través de alguna de las modalidades del art. 20.2 f y g de la TRLPI, en lo que se refiere a la remuneración de los artistas intérpretes y ejecutantes y de los productores de grabaciones audiovisuales. En la redacción de la TRLPI anterior a su modificación por Ley 23/2006, tanto el art. 108.5 como el art. 122.2 TRLPI afirmaban que se trataba de una remuneración única para artistas y

y tratándose de derechos de gestión colectiva obligatoria, hay que acudir a lo establecido en las entidades correspondientes. Vid. al respecto lo señalado al final de la pregunta 3.

Queda fuera de análisis, por tratarse de derechos de gestión colectiva voluntaria y no realizarse la recaudación, en la práctica, a través de las entidades de gestión, la remuneración por libre consulta de obras mediante terminales especializados (art. 37.3 TRLPI) (vid. supra Question C, 1, apartado 8)

En relación ahora con los nuevos derechos legales de remuneración introducidos en la legislación española mediante la Ley 21/2014, respecto de los cuales se plantea concurrencia de categorías distintas de titulares, las previsiones normativas son las siguientes:

1) Remuneración equitativa por ilustración de la enseñanza y la investigación. Los titulares del derecho a la remuneración son los autores y editores (art. 32.4 TRLPI²³). La ley no fija el reparto entre ambas categorías, sino que solamente dispone que la remuneración se hará efectiva a través de las entidades de gestión colectiva. No hay noticia, hasta el momento, de acuerdo al respecto.

2) Obras huérfanas. De acuerdo con el apartado 7 del art. 37bis –introducido para transponer la Directiva 2012/28/UE–, los titulares de derechos sobre una obra o prestación declarada huérfana podrán solicitar al órgano competente que reglamentariamente se determine –que todavía no ha sido fijado– que se ponga fin a la tal condición en lo que se refiere a sus derechos y percibir una compensación equitativa por la utilización llevada a cabo en virtud del límite. Hay que esperar, pues, al desarrollo

productores, a repartir por partes iguales –igual que en el caso de comunicación pública de fonogramas–. La mencionada Ley reformó ambos preceptos haciendo desaparecer la unicidad de la remuneración y, por consiguiente, la distribución por mitades. Sin embargo, dejó inalterado el art. 122.3, que se refería –y se refiere– al «derecho a la remuneración equitativa y única a que se refiere el apartado anterior». Se plantea la duda, por tanto, de si la remuneración sigue siendo único. Sin embargo, parece razonable entender que se trata de un olvido del legislador, en especial si se atiende a la tramitación parlamentaria de la Ley 23/2006, en la que quedó claro que la intención del legislador fue la de eliminar el carácter único de este derecho. Además, incluso antes de la reforma de 2006, el Tribunal Supremo español manifestó reiteradamente que el adjetivo “única” no podía interpretarse en el sentido de obligatoriedad de actuación conjunta de varias entidades, sino en el de que el pago no debe hacer a cada artista o a cada productor. De hecho, en la práctica las tres entidades de gestión implicadas (EGEDA, AISGE y AIE) actúan de forma independiente desde hace muchos años.

²³ El apartado 4 del art. 32 TRLPI y, por tanto, la remuneración, entrarán en vigor el 5 de noviembre de 2015.

reglamentario para conocer los detalles sobre este derecho remuneratorio, respecto del que la ley no impone gestión colectiva obligatoria.

Lo expuesto hasta aquí se refiere a la distribución de los derechos de remuneración entre grupos de titulares de derechos de propiedad intelectual (autores, artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y productores de grabaciones audiovisuales). Procede ahora referirse a las reglas de reparto entre las distintas categorías de autores o artistas intérpretes o ejecutantes que pueden concurrir respecto de un mismo tipo de obra o prestación. Estas reglas vienen dispuestas por cada entidad de gestión colectiva

1) Reglas de reparto entre diferentes categorías de autores:

- 1) Obras de texto: el Reglamento de reparto por préstamo de CEDRO²⁴ prevé, para las obras traducidas, la distribución del importe que corresponda a partes iguales entre el autor o autores y el traductor o traductores.
- 2) Obras musicales: salvo pacto en contrario, en las composiciones musicales con letra y música, el 50% de los derechos se atribuirá a los titulares y/o derechohabientes de la parte musical, y el otro 50 % a los de la literaria. La participación de los coautores de la música y de los coautores de la letra será, asimismo, y salvo pacto en contrario, a partes iguales entre ellos (art. 128 Reglamento SGAE²⁵).
- 3) Videoclips: en el registro deberá asignarse un porcentaje (no superior al 25%) al director-realizador (art. 128 Reglamento SGAE).
- 4) Obras audiovisuales: tanto en DAMA como en SGAE, el reparto se lleva a cabo según el porcentaje de autoría establecido por los propios autores al declarar la obra audiovisual en la entidad. A falta de acuerdo entre las partes, o cuando se trate de una modalidad de derecho no contemplado en el momento de realizarse el registro, la letra D de las normas de reparto de derechos de gestión colectiva de DAMA²⁶, prevé, para el supuesto de derechos de remuneración por alquiler, que el reparto se realizará conforme a lo establecido por los coautores en la declaración de obras efectuada por ellos, y en ausencia de acuerdo, se asignará el 25% al director, el 50% al autor del argumento/guión y el 25% al músico. No

²⁴ <http://www.cedro.org/docs/reglamentos/reglamento-de-reparto-de-pr%C3%A9stamo.pdf?sfvrsn=2>

²⁵ <http://www.sgae.es/acerca-de/reglamento-de-sgae/>

²⁶ http://www.damautor.es/pdf/DAMA_Normas_de_Reparto.pdf

hay alusión expresa a la forma subsidiaria de reparto en relación con los demás derechos de remuneración recaudados por esta entidad de gestión.

En cuanto a SGAE, el art. 142 de su Reglamento establece los siguientes porcentajes (que serán válidos mientras que las partes no lleguen a un acuerdo posterior que los sustituya):

1) Obras audiovisuales estrenadas con anterioridad a 1 de enero de 1967: 50% parte literaria y 50% parte musical.

2) Obras audiovisuales estrenadas desde el 1 de enero de 1967 hasta el 31 de diciembre de 1987, ambos inclusive

- Películas cinematográficas: parte de dirección 25%; parte literaria 50%; y parte musical 25%.
- Cortometrajes cinematográficos: parte de dirección 25%; parte literaria 37,50%; parte musical 37,50%.
- Telefilmes, documentales y dibujos animados para televisión; parte literaria 50% y parte musical 50%.

3) Obras audiovisuales estrenadas con posterioridad al 7 de diciembre de 1987 y con contratos de producción firmados antes del 18 de mayo de 1988

- Películas y cortometrajes cinematográficos: parte de dirección 25%; parte literaria 50%; y parte musical 25%.
- Resto de las obras audiovisuales contenidas en las normas de clasificación y valoración de espacios en televisión vigentes para este periodo: parte de dirección 20%; parte literaria 60%; y parte musical 20%.

4) Obras audiovisuales estrenadas entre el 1 de enero de 1988 y el 30 de junio de 1989, ambos inclusive

- Películas y cortometrajes cinematográficos, documentales y docudramas y adaptaciones dramatizadas de obras literarias: parte de dirección 33,33%; parte literaria 33,33%; parte musical 33,33%.
- Obras dramáticas adaptadas específicamente para televisión y obras originales escritas para televisión: parte de dirección 30%; parte literaria 40%; y parte musical 30%.
- Obras dramático-musicales adaptadas específicamente para televisión: parte de dirección 25%; parte literaria y musical, respetando la misma distribución interna de la declaración presentada para el reparto de los derechos de la obra objeto de adaptación 75%.

5) Obras estrenadas a partir del 1 de julio de 1989

- Películas cinematográficas, adaptaciones dramatizadas de obras literarias, obras dramáticas adaptadas específicamente para la televisión y obras originales escritas para televisión, documentales y docudramas: parte de dirección: 25%; parte literaria: 50% (correspondiendo 25% al guión y 25% al argumento); parte musical: 25%.
- Obras dramático-musicales adaptadas específicamente para la televisión: parte de dirección: 25%; parte literaria y musical: 75%, realizándose el reparto entre éstos según la declaración que se haya efectuado de la obra dramática.

2) Reglas de reparto entre diferentes categorías de artistas intérpretes y ejecutantes de obras audiovisuales

La entidad encargada en este ámbito, AISGE²⁷, aplica un complejo sistema de reparto con distintas fases: deducciones estatutarias, determinación del importe obra, determinación del importe artista y liquidación de cantidades. En lo que aquí interesa, una vez determinado el “importe obra”²⁸, el establecimiento del “importe artista”²⁹ pasa por una primera operación, consistente en distribuir el importe obra por categorías de artistas que hayan realizado actuaciones artísticas protegidas incluidas en la obra o grabación audiovisual. Las reglas para ello son las siguientes:

- a) Concurrencia de interpretaciones de voz o doblaje más las calificadas como no convencionales³⁰: 50% para los artistas que hayan realizado las actuaciones artísticas de voz o doblaje y 50% para los que hayan realizado las no convencionales.
- b) Concurrencia de actuaciones artísticas de imagen y actuaciones artísticas de voz o doblaje: 75% para las actuaciones artísticas de imagen y 25% para las de voz o doblaje.
- c) Concurrencia de actuaciones artísticas de imagen, interpretaciones de voz o doblaje y actuaciones no convencionales: 50% para los artistas que hayan realizado las actuaciones de imagen, 25% para el colectivo de voz y 25% para las actuaciones no convencionales.

²⁷ Las normas de reparto de esta entidad se pueden consultar en <http://www.aisge.es/media/multimedia/ficheros/218.pdf>

²⁸ Esto es, la cantidad que corresponda a cada explotación de una obra o grabación audiovisual del total de la recaudación generada u obtenida de un determinado usuarios o categoría de usuarios o modalidad de derecho, durante un periodo anual o el considerado para el reparto correspondiente (art. 10 b. Normas de Reparto AISGE).

²⁹ Es la cantidad del “importe obra” que corresponda a cada artista por cada utilización de sus actuaciones artísticas protegidas (art. 10 c. Normas de Reparto AISGE).

³⁰ Son las calificadas de tal forma por la Comisión de Reparto, como p. ej., las interpretaciones que requieren medios externos al intérprete como muñecos o marionetas.

d) Porcentaje correspondiente al director de escena: 15% del 75% del importe destinado al reparto de la interpretación de imagen cuando concurren actuaciones artísticas de imagen y de voz, y 15% del 100% del importe obra en aquellos casos en que no haya interpretación de voz o doblaje.

A continuación, se distribuyen los importes recaudados en función del grado de participación de cada intérprete en la misma, grado que se determina mediante la clasificación de su interpretación en categorías de reparto. Actualmente AISGE dispone cuatro categorías de reparto: A1, A, B y C, que se asignan según parámetros objetivos de participación definidos para cada tipo de producción (porcentaje de aparición por secuencias, volumen de takes realizados, etc). Para clasificar a los artistas en las cuatro categorías y, por tanto, asignar un importe proporcional a cada una de ellas, se elabora la “ficha artística” de la obra, con todos los participantes de la misma, y a continuación se procede a la clasificación.

3) Reglas de reparto entre diferentes categorías de artistas intérpretes y ejecutantes de obras musicales

Tratándose del reparto de la remuneración a favor de artistas intérpretes y ejecutantes de obras musicales, los arts. 16 a 18 de las normas de reparto de AIE contienen las siguientes reglas: a) Regla general: 60% para la interpretación (solista, director de orquesta y director de escena), distribuido según el porcentaje de participación en la actuación que figure en la declaración, o, en su defecto, por partes iguales, y 40% para la ejecución (integrantes de orquesta o coro de acompañamiento y director músico de grabación), distribuido en partes iguales, según la media proporcional de participantes en esta categoría (excepto en el caso del director músico de grabación, que percibe dos veces la cantidad que corresponda a un ejecutante)³¹; b) Regla especial para las actuaciones fijadas mixtas –aquellas que resulten de incorporar un nueva actuación sobre una o varias preexistentes–: salvo pacto expreso en contrario, se asignará el 30% a los artistas que hayan participado en la nueva actuación fijada y el 70% a los que hayan participado en la o las actuaciones fijadas preexistentes (aplicándose la regla general expuesta anteriormente para la distribución entre interpretación y ejecución).

4. If owners of derived rights (such as publishers who derived the rights from their authors) transfer these derived statutory remuneration rights to a CMO, how and on the basis of which agreement is the remuneration distributed between them in this case?

³¹ Esta media se calculará en base a un estudio estadístico periódico de las actuaciones publicadas, y será fijada por el Consejo de Administración.

Los derechos de remuneración de autores y artistas no son susceptibles de transmisión. Por tanto, no puede haber una titularidad derivativa.

5. Which mechanisms of supervision exist in your country to control the distribution keys applied by CMOs, if any?

El control de las reglas de reparto aplicadas por las entidades de gestión colectiva se lleva a cabo a través de diferentes vías, que se han visto reforzadas con la modificación de la LPI por la Ley 21/2014³².

1) Obligaciones de contabilidad y auditoría de las entidades de gestión colectiva.

De acuerdo con el art. 156 LPI, modificado por Ley 21/2014, las entidades de gestión colectiva deben presentar cuentas anuales de conformidad con el Plan de Contabilidad de las entidades sin fines lucrativos³³, en las que obligatoriamente debe incluirse información sobre el importe total de la recaudación repartido, desglosado por cada uno de los derechos y modalidades de explotación administrados, con detalle de las cantidades tanto asignadas como percibidas por los miembros de la entidad y por las entidades de gestión nacionales y extranjeras. Estas cuentas deben someterse a auditoría, a través de auditores nombrados por la Asamblea general de la entidad celebrada antes de que finalice el ejercicio que se ha de auditar, o en su defecto, por el registrador mercantil del domicilio social de la entidad. Tanto las cuentas anuales como el informe del auditor deberán ponerse a disposición de los miembros de la entidad con una antelación mínima de quince días al de la celebración de la Asamblea general en que se han de aprobar.

2) Control por las Administraciones públicas:

a) Aprobación de los Estatutos de las entidades de gestión colectiva, así como de sus modificaciones posteriores. La autorización del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte a una entidad para funcionar como entidad de gestión colectiva sólo se concede si los estatutos de ésta cumplen los requisitos legales (art. 148.1 a LPI), en los cuales –como se ha señalado en la pregunta 3–, deben recogerse las reglas aplicables a los sistemas de reparto de la recaudación (arts. 151.10 y 154.1 LPI). Asimismo, el citado Ministerio debe aprobar las eventuales modificaciones estatutarias adoptadas por la Asamblea general de las respectivas entidades de gestión. A estos efectos, se

³² Aunque La Ley 21/2014 incorpora algunas de las medidas previstas en la Directiva 2014/16/CE, no transpone de la norma comunitaria. Cuando se proceda a la incorporación, deberán añadirse los mecanismos de control interno de la actividad de las entidades de gestión colectiva previstos en la misma (arts. 9 y 10).

³³ De acuerdo con la DT 1ª de la Ley 21/2014, el Plan de Contabilidad de las entidades sin fines lucrativos deberá ser aplicado por las entidades de gestión colectiva a partir del 1 de enero de 2016.

entenderá concedida la aprobación si no se notifica resolución en contrario en el plazo de tres meses desde su presentación (art. 159.1 b LPI, modificado en su redacción, pero no en su contenido, por la Ley 21/2014). Ahora bien, como también se ha señalado *supra*, los estatutos de las entidades de gestión no recogen reglas específicas de reparto, sino criterios generales que básicamente reiteran todos o algunos de los principios impuestos por la ley, remitiendo a las normas de reparto aprobadas por cada entidad de acuerdo con el sistema en cada caso previsto (las cuales no requieren aprobación por parte de la Administración pública).

b) Inspección y control del cumplimiento de sus obligaciones por las entidades de gestión. Las Administraciones competentes (el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte o, en su caso, el órgano de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio desarrolle principalmente su actividad ordinaria la entidad de gestión, según dispone el art. 159 LPI, en su nueva redacción tras la Ley 21/2014) tienen las funciones de inspección, vigilancia y control de las actividades de las entidades de gestión colectiva. A estos efectos, el nuevo art. 157 bis impone a las Administraciones competentes el deber de velar por el cumplimiento de sus obligaciones por partes de las entidades de gestión. Para ello, las faculta para realizar las actividades de inspección y control que consideren convenientes, incluyendo requerimientos de información y documentación, que deben ser atendidos por las entidades de gestión.

c) Sanción por infracción de sus obligaciones por las entidades de gestión. De acuerdo con el nuevo art. 162 *ter* LPI, son infracciones graves de las entidades de gestión colectiva: la aplicación de sistemas, normas y procedimientos de reparto de las cantidades recaudadas de manera arbitraria y no equitativa, el incumplimiento de las obligaciones de contabilidad y auditoría, y la resistencia, excusa o negativa a la inspección de la Administración competente; y es infracción leve: la falta de atención a los requerimientos de las Administraciones públicas en cumplimiento de sus deberes de supervisión, lo que tiene lugar cuando, sin causa justificada, no se responda al requerimiento en el plazo de un mes (o el inferior establecido motivadamente por la Administración) desde que fue notificado. Conforme al nuevo art. 162 *quáter*, las infracciones graves se sancionarán con multa no inferior al 1% de la recaudación total de la entidad de gestión infractora correspondiente al año anterior a la fecha de la imposición de la multa (o de entre 200.001 y 400.000 euros en defecto de recaudación); y las infracciones leves se sancionarán con multa de importe no superior a 200.000 euros ni inferior al 0,5% de la recaudación total de la entidad de gestión correspondiente al año anterior a la fecha de imposición de la multa.

E. Questions on new business models and their legal assessment

- (Nerea SANJUAN RODRÍGUEZ)

1. Which new business models do you know in your country in respect of the supply of works via the internet?

Please list such business models, such as Spotify, Netflix, etc., and describe them briefly.

Los modelos de negocio de “suministro” de obras a través de Internet que más se están afianzando en España son los relativos a la distribución de obras musicales y audiovisuales, aunque también ocupan un espacio importante los servicios de distribución de videojuegos y libros, si bien no son modelos de negocio en sí mismo tan novedosos.

En el entorno de la música online, Spotify es el proveedor de servicios de música con mayor cartera de clientes en España. El servicio es gratuito. No obstante, se puede optar por una cuenta Premium, a cambio de una tarifa de suscripción mensual que, entre otros, permite acceder al catálogo musical en modo off-line, desde distintos dispositivos (aunque nunca al mismo tiempo) y excluir publicidad. El servicio Deezer, de origen francés, es también un servicio de música en streaming que opera en España. Es muy similar al de Spotify. Son también muy parecidos los servicios de Google Play Music, Napster y Xbox Music, entre otros.

Por otra parte, existen también numerosas páginas web que ofrecen contenidos musicales de forma gratuita pero que, en muchos casos, han sido declaradas ilícitas por los tribunales españoles. Se describen seguidamente.

En cuanto al sector audiovisual, Netflix aún no ha comenzado a prestar servicios en España. Ello ha permitido que proveedores de servicios nacionales estén ganando clientela en el mercado español. Dos claros ejemplos de este tipo de servicios nacionales son Filmin y Waki.tv (esta última ha sido recientemente adquirida por una multinacional asiática). Otros servicios internacionales de contenidos audiovisuales que operan en España son iTunes (Apple TV) y Xbox, entre otros.

El modelo de negocio de todos estos proveedores es similar al de Netflix. Consiste en ofrecer contenidos para su visionado durante un determinado periodo de tiempo, bien de forma gratuita o bien a cambio de un precio, que puede ser una cantidad fija por obra (que varía en función de la categoría de esta última) o una tarifa mensual, trimestral o anual, la cual permite acceder a un determinado catálogo de obras.

Las obras se ofrecen en modo “bajo demanda” (VOD), es decir, para su visionado en el momento y lugar que elijan los usuarios dentro de los parámetros contratados con el

proveedor, y en régimen de “alquiler”, es decir, para su visionado durante un periodo de tiempo determinado. Cuando los contenidos se ofrecen por un amplio periodo de tiempo, el mercado denomina a esta modalidad de servicio EST (*Electronic sale through*). Así lo hace, por ejemplo, Waki.tv, que ofrece sus contenidos en modalidad EST por tres años y con autorización para un número ilimitado de visionados. En realidad, desde la perspectiva de la propiedad intelectual, ni en la modalidad de VOD se lleva a cabo un alquiler, en los términos de la TRLPI, ni se produce una venta en la modalidad de EST, sino que en ambos casos se lleva a cabo un acto de puesta a disposición del público del contenido comercializado, por un plazo más o menos amplio.

Estos prestadores de servicios utilizan, en su mayoría, tecnología *streaming* para entregar sus contenidos, puesto que es más rápida para los usuarios y menos costosa técnicamente, al no requerir la descarga. No obstante, en algunos casos se autorizan descargas permanentes de contenido (como sería, por ejemplo, en el caso del modelo EST) en los dispositivos compatibles y autorizados de los clientes. Además, gracias fundamentalmente al desarrollo de la tecnología OTT (over-the-top³⁴) el acceso y visionado se pueden llevar a cabo tanto desde dispositivos fijos como móviles (teléfonos inteligentes, PCs, aparatos de televisión, sistema Chromcast, etc.).

Como se mencionaba previamente, tanto en el entorno musical como audiovisual, incluidos los videojuegos, y también el sector editorial, existen también proveedores de servicios que ofrecen gran cantidad de contenidos desde sus páginas web, pero cuya actividad en muchos casos ha sido declarada ilícita por los tribunales españoles, como se mencionaba previamente y como se analiza en el siguiente apartado de este cuestionario.

En cuanto al modelo de negocio que utilizan, a diferencia de servicios como los anteriormente descritos (Netflix, Spotify, Deezer, Filmin, etc.), estos servicios normalmente se ofrecen desde páginas web en las que no se incluyen los contenidos protegidos de forma directa, sino que desde esas páginas se crean enlaces (profundos o superficiales) a otros sitios web donde sí están alojados esos contenidos y, o bien no se puede trazar quien los ha alojado o bien son lugares privados de usuarios de Internet que los han colocado allí utilizando tecnología P2P, todo ello sin contar con la autorización de los respectivos titulares de derechos. Además de crear estos vínculos, los gestores de las páginas web que enlazan a esos otros lugares donde sí están los contenidos realizan tareas de indexación y ordenación de esos enlaces dentro de su web, así como en algunos casos elaboran sinopsis y carátulas de los contenidos vinculados, y controlan la calidad del enlace y la forma de obtener la correspondiente

³⁴ Entrega de contenido a través de una conexión a Internet, sin la intervención de un operador multi-sistema, a un gran número de dispositivos fijos y móviles (teléfonos inteligentes, tabletas, ordenadores portátiles, entre otros).

copia. Son servicios normalmente gratuitos, que se financian con publicidad o con la cesión de datos personales de los usuarios a terceros.

En el entorno audiovisual, se están también desarrollando modelos de negocio que consisten en la prestación de servicios de televisión únicamente a través de Internet.

Los tradicionales servicios de televisión por cable, satélite y TDT, que ofrecen servicios de difusión de canales de televisión, ya utilizan Internet para completar la prestación de sus servicios utilizando tecnología OTT, como es el caso de los servicios Yomvi, Imagenio y ONO TV, los cuales, además de la oferta de canales de televisión y VOD que ofrecen a sus clientes, incluyen tecnología OTT para permitir a sus clientes acceder a esos mismos contenidos desde cualquier dispositivo fijo o móvil (i.e., televisiones inteligentes, ordenadores portátiles, teléfonos móviles, tabletas, Chromecast, etc.). Este desarrollo tecnológico no conlleva un pago adicional con respecto al acceso habitual al contenido.

No obstante, se están desarrollando nuevos modelos de negocio que realizan la misma oferta de televisión que los anteriores, pero sólo a través de Internet, utilizando tecnología IPTV y OTT. Un ejemplo de este tipo de prestadores de servicios, que ya opera en España, es Total Channel (www.totalchannel.com), el cual ofrece los siguientes servicios a cambio de una tarifa mensual: (i) TV en directo: emisión de los contenidos de canales que formen parte de su parrilla de TV a tiempo real; (ii) Grabador en red: espacio de almacenaje en sus servidores, localizados en la nube, para grabar los contenidos ofrecidos en el servicio de TV, aunque la grabación solo se puede hacer desde el hogar y por un determinado periodo de tiempo; y (iii) Servicio Catch Up: selección de contenidos emitidos en los canales de TV ofrecidos por Total Channel para su visionado en un momento posterior (sin grabación) por un determinado periodo de tiempo. No incluye servicio de VOD como las plataformas tradicionales.

Un servicio similar es el que ofrece Zattoo (<http://zattoo.com/es/>) también ya en España, aunque en este caso, los usuarios tienen la opción de suscribirse al servicio de forma gratuita, o mediante una tarifa mensual, trimestral o anual, lo cual condiciona la cantidad y actualidad de los contenidos a los que se pueden acceder. Este proveedor también ofrece servicio de grabación en la red.

El grupo Antena 3 y Plantea de Agostini también ha creado un servicio similar a los anteriores, de oferta de contenidos en VOD y basado en tecnología OTT, denominado Nubeox. Este servicio permite acceder a un gran número de contenidos de dicho grupo mediático a través de Internet. Se puede optar por acceder al servicio en modalidad de VOD, tanto en pago por visión como en modo suscripción, y en modalidad EST. La visualización se hace por *streaming* y *downloading* (en el modelo EST principalmente).

En el entorno editorial, en España destaca el servicio de venta on-line creado por Casa del Libro. Además de sus tiendas físicas, esta empresa ha creado www.casadellibro.com/ebooks para la compra de e-books, que se pagan por a un precio por unidad. Por su parte, la web www.24symbols.com permite a los clientes suscribirse a un servicio de lectura de libros de su catálogo, en la nube (es necesario acceso a Internet para el consumo), y a una tarifa mensual. No se produce descarga de contenidos.

En las redes sociales, destaca el servicio www.filmtosee.com. Este servicio no funciona tanto como un proveedor de contenidos, sino como una plataforma digital sobre cine en la que se puede ofrecer y recibir información gratuita sobre cine, así como buscar contenidos gratuitos y de pago, localizados en otras páginas webs y recomendados en esta plataforma.

2. Which of these business models have raised legal problems, which are, or have been, dealt with by courts? If there have been problems, please describe them and the solutions found

En relación a los modelos de negocio antes descritos, como ya se adelantaba en el apartado anterior, existen varias decisiones judiciales contra ciertos proveedores de servicios de páginas web que ofrecen a través de los mismos, aunque de forma indirecta, como se explicaba antes, contenidos musicales y audiovisuales, así como también videojuegos y libros, sin las debidas autorizaciones de los correspondientes titulares de derechos.

En este sentido, la jurisprudencia española ha seguido dos tendencias opuestas en las numerosas decisiones judiciales dictadas en los últimos años.

Existen decisiones judiciales, las más recientes, tanto en la jurisdicción civil como contencioso-administrativa y penal, por las que se condena a los gestores de este tipo de páginas web por infracción de derechos de propiedad intelectual a través de estas últimas. Dos de los casos más recientes son los casos bajatetodo.com³⁵ y goear.com³⁶.

³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1ª, nº 426/2014 de 12 de noviembre de 2014.

³⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 17 de noviembre de 2014. Rec. 54/2013.

Otras sentencias en esta misma línea jurisprudencial son las relativas a los casos mejortorrent/multiestrenos.com³⁷ y elitetorrent.com³⁸, entre otros.

En concreto, el caso bajatetodo.com enfrentó, en la jurisdicción penal, a varias entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, junto con productoras audiovisuales y musicales, con el propietario y gestor de varias páginas web desde las que se podía acceder a contenidos audiovisuales y musicales, incluidos videojuegos, de forma gratuita, y utilizando tecnología P2P. En Sentencia 426/2014, de 12 de noviembre, la Audiencia Provincial de Castellón confirmó la decisión de primera instancia condenando al demandado por un delito continuado contra la propiedad intelectual (artículos 270.1 en relación con los artículos 272 y 74 del Código Penal), puesto que se considera que al publicar en sus páginas web enlaces “profundos” a otros sitios web (redes P2P) donde se encuentran localizados contenidos ilícitos, sin indicar el tipo de sitio al que se accede y sin perjuicio de que la descarga de esos contenidos se lleve a cabo utilizando tecnología P2P, el demandado está realizando “actos de comunicación pública”, pues facilita el acceso a esos contenidos a un público indeterminado y considerable, sin la debida autorización de los titulares de derechos correspondientes. Basa su argumentación, entre otros, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de febrero de 2014, en el caso C-466/12 (“caso Svensson”³⁹). Se añade a lo anterior que el prestador del servicio indexa y ordena esos enlaces en su web, así como elabora sinopsis y carátulas de los contenidos y controla la calidad del enlace y la copia. Todo ello lleva al Tribunal a concluir que la labor del prestador del servicio se excede de la mera intermediación, como el mismo defendía, amparándose en el artículo 13 y siguientes (concretamente, el artículo 16) de la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* (LSSI) y, en consecuencia, debe ser responsable de los actos de comunicación pública antes descritos.

³⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 26 de noviembre 2014, Rec. 345/2013.

³⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 17 de octubre de 2014, Rec. 302/2013.

³⁹ En Svensson, el TJUE afirma que “...el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de «puesta a disposición» y, en consecuencia, de «acto de comunicación» en el sentido de la referida disposición”. Además, establece que para que ese acto de comunicación se considere realizada “pública”, la obra protegida debe ser comunicada efectivamente a un “público”, entendido como “un número indeterminado de destinatarios potenciales” y “un número considerable de personas”. Asimismo, ese “público” debe ser un público “nuevo” con respecto al que, en su caso, hubiera sido tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron, si lo hicieron, una comunicación inicial previa a la que es objeto de análisis. En los supuestos analizados por la jurisprudencia española, y aquí referidos, parecen cumplirse estos requisitos.

El caso goear.com es similar al anterior, aunque se planteó en la jurisdicción contencioso-administrativa, a raíz de una decisión de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes (CPI)⁴⁰. En este caso, la página web en cuestión (www.goear.com) se presentaba como una “red social” a través de la cual artistas y músicos pueden intercambiar su música online, vía streaming, y los usuarios pueden acceder libremente a ella, aunque se constató que el contenido “privado” intercambiado era ínfimo comparado con los contenidos comerciales accesibles a través de la página web. En este caso, la Audiencia Nacional confirmó la decisión de la CPI con respecto a la retirada de los contenidos considerados ilícitos, y además, siguiendo el mismo razonamiento del caso bajatetodo.com, declaró al gestor de la plataforma responsable de la infracción de derechos de propiedad intelectual reclamada, por realizar actos de comunicación pública (cita también el caso Svensson), sin la debida autorización.

Por el contrario, existe también una corriente jurisprudencial contraria a esta línea interpretativa. Destacan los casos eDonkeymania⁴¹ y Cuádruple⁴², entre otros. En estas decisiones, ambas de la jurisdicción penal, los tribunales consideraron que en este tipo de servicios, el autor del acto de comunicación pública potencialmente ilícito no es el gestor de la página web que aloja enlaces a contenido ilícito, sino quien efectivamente aloja el contenido en un lugar accesible al público, a través de enlaces ya sea otra página web o el disco duro de un PC, en el caso de encontrarnos en el entorno P2P (que es lo más habitual en este tipo de pleitos), puesto que es este último el que pone a disposición del público el contenido protegido por derechos de propiedad intelectual sin autorización, mientras que el gestor de la página web de enlaces sólo copia ese enlace. Por tanto, se considera a los gestores de la página web de enlaces como prestadores de servicios de intermediación sin responsabilidad jurídica sobre esos contenidos ilícitos, en los términos de lo previsto en los artículos 16 y siguientes de la LSSI, puesto que ellos únicamente “favorecen” el acceso a otras páginas web por parte de los usuarios, que también podían haber accedido a ellas directamente. Incluso en algunos casos, son los propios usuarios de las páginas web demandadas los que insertan los enlaces al sitio web donde se aloja el contenido ilícito. En definitiva, los tribunales consideran que no existe base jurídica suficiente para entender que dichos gestores han cometido una vulneración de derechos de propiedad intelectual.

⁴⁰ La CPI es un órgano administrativo colegiado de ámbito nacional, creado al amparo del artículo 158 de la TRLPI (tras la reforma a dicha norma por la *Ley 2/2011, de Economía Sostenible*), la cual actuó contra esta página web a través del procedimiento previsto en el *Real Decreto 1889/201, de 30 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de la Comisión de Propiedad Intelectual*.

⁴¹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª), de 15 de Marzo de 2011.

⁴² Auto de la Audiencia Provincial de León (Sección nº 3), de 13 de enero de 2014.

No obstante, lo cierto es que tras el caso Svensson, antes mencionado, y la reforma del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril* (TRLPI) recientemente aprobada en España⁴³ (Ley 21/2014), concretamente, con la introducción del nuevo artículo 158 ter, esta segunda interpretación jurisprudencial se debilita en gran medida. La nueva legislación cataloga como actos de infracción de propiedad intelectual precisamente aquellos que consisten en facilitar *“la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. En particular, se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio”*.

Existe un ejemplo de “reconversión” a la legalidad. Es el caso de Seriesl.ly, una página web que comenzó redireccionando a páginas web que alojaban contenido ilícito, como las anteriormente descritas, pero que actualmente solo permite el acceso a páginas web que alojan contenido lícito como Waki.tv, y ello debido al cambio legislativo que se mencionaba previamente el cual, además de crear un ilícito específico para este tipo de actividades, ha aumentado de forma sustancial las sanciones aplicables.

El resto de modelos de negocio enumerados en el apartado anterior no han provocado hasta ahora ningún conflicto judicial en España, a pesar de que pueden plantear algunas cuestiones legales, como en el caso de los servicios de grabación en la nube de contenidos que ofrece, entre otros, Total Channel con respecto de los contenidos audiovisuales que emite.

En relación a este servicio, el hecho de que se puedan almacenar en la nube los contenidos de TV puestos a disposición por el prestador en su servicio, a priori, se podría considerar subsumible en la excepción de copia privada, regulada por el artículo 31 de la TRLPI, puesto que la finalidad de esa grabación es idéntica a la de un grabador físico instalado en algún dispositivo de emisión de contenidos (STB, disco duro externo, etc.): el uso privado por las personas físicas usuarias del servicio.

No obstante, entre otros motivos, dado que en estos servicios la acción propiamente dicha de grabar la lleva a cabo un tercero distinto a la persona física que va a disfrutar de esa grabación, como exige el artículo 31.2 de la TRLPI (sobre todo desde su reforma tras la entrada en vigor de la Ley 21/2014), la aplicación de la excepción no sería posible. Esa nueva redacción del artículo 31.2 prevé expresamente que las copias

⁴³ *Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

privadas debe realizarla la persona física que las va a utilizar y “sin la asistencia de terceros”. En consecuencia, aplicando literalmente dicha disposición, se hace necesario que los prestadores de este tipo de servicios obtengan la autorización expresa de los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre aquellos contenidos susceptibles de grabación para que, a su vez, los usuarios puedan disfrutar del servicio de grabación en la nube, todo ello salvo que la legislación nacional o comunitaria modificara la regulación del límite de copia privada para incluir este nuevo desarrollo tecnológico.

Ésta es una problemática que no se ha abordado a nivel judicial en España, aunque sí en otras jurisdicciones, como la francesa, por ejemplo en el caso Wizzgo⁴⁴.

3. In your country, are there offers that are based on flat rates, ‘pay-per-click’ or on other micro-payment models? Please indicate how popular (frequently offered or used) each of these models is.

Tal y como se describe en el primer apartado de esta sección del cuestionario, tanto los servicios de oferta de música on-line que ofrecen Spotify y Deezer, entre otros, como los servicios de oferta audiovisual que ofrecen Filmin o Waki.tv, así como los servicios de televisión en Internet que ofrecen Total Channel y Zattoo, se prestan a cambio de una tarifa plana periódica (en su mayoría, mensual), que puede variar dependiendo de la oferta de contenidos incluida en la misma.

Éste es actualmente el modelo de pago más frecuente en el entorno de Internet, aunque también se utiliza el modelo de pago por consumo, que ofrece la propia Filmin (en la modalidad de pago de precio único por título “alquilado” de forma individual para su visionado por un plazo de 72 horas) o el servicio en modalidad EST que ofrecen Waki.tv o iTunes.

4. Within these business models, how do authors and performers get paid?

Con respecto a todos los modelos de negocio antes descrito, dado que los mismos conllevan la realización de actos de explotación de los derechos de reproducción y comunicación pública, en muchos casos, en la modalidad de puesta a disposición del público (en el entorno VOD), tanto los autores como los artistas de obras audiovisuales y musicales reciben una compensación económica a través de las entidades de gestión que los representan en los términos seguidamente descritos, y ello sin perjuicio de las remuneraciones que hayan obtenido en el marco de la cesión inicial de sus respectivos derechos de explotación a los productores de fonogramas o audiovisuales correspondientes, al menos en lo relativo al derecho de reproducción, que no da lugar a

⁴⁴ Sentencia de la Corte Suprema de París de 25 de noviembre de 2008.

una compensación equitativa posterior, como las demás categorías, tal y como aquí se explica.

Así, en lo que se refiere a los autores, y en el entorno audiovisual, la TRLPI, en su artículo 88, prevé una presunción de cesión por los distintos autores de obras audiovisuales, más concretamente, cinematográficas, en exclusiva al productor de la obra en cuestión (aunque con las limitaciones establecidas en la propia Ley) de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, a través del contrato de producción de la obra audiovisual. Se excluye de dicha presunción el derecho de puesta a disposición del público. En ejecución de dicho contrato, los autores reciben normalmente una compensación, al menos en lo que se refiere a la cesión de su derecho de reproducción.

Asimismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 90.4 de la propia TRLPI, esos mismos autores tienen derecho a percibir por la transmisión al público (comunicación pública), incluida la puesta a disposición del público, de una obra audiovisual, una remuneración a través de las entidades de gestión que les representan (en España, SGAE y DAMA), de acuerdo con las tarifas generales establecidas por estas últimas. En cuanto al derecho de puesta a disposición del público, su inclusión en esa compensación dependerá de si este derecho ha sido cedido o no para su explotación en el marco del contrato de producción, como se indica en el artículo 88 antes descrito. En cualquier caso, el derecho de remuneración que se genere es irrenunciable e inalienable.

Con respecto a los autores de obras musicales (composición de música y letra) que se incorporan en los fonogramas objeto de difusión en los servicios descritos en los apartados anteriores, la situación es diferente. Los derechos de reproducción y comunicación pública, incluido el derecho de puesta a disposición del público, que ostentan los autores en relación a este tipo de obras no son de gestión colectiva obligatoria, sino voluntaria. Por tanto, sólo en aquellos casos en que los autores hayan cedido expresamente a las entidades de gestión que les representan (SGAE, en este caso) la gestión de estos derechos, dichas entidades podrán gestionar el cobro de una compensación por la explotación de los mismos a los terceros que los exploten. De no ser así, son los propios autores los que deberán gestionar individualmente el pago de una remuneración por la explotación de sus derechos sobre este tipo de obras, aunque en su mayoría ceden la gestión a la entidad que, evidentemente, tiene más capacidad de negociación y cobro que los autores a título individual.

En cuanto a los artistas de obras audiovisuales y musicales, con respecto a la explotación del derecho de comunicación pública, incluida la puesta a disposición del público (no en cuanto al derecho de reproducción), sobre sus interpretaciones, la TRLPI

prevé el pago de una compensación equitativa de gestión colectiva obligatoria, es decir, que se debe gestionar a través de las entidades de gestión que los representan (AIE con respecto a los artistas musicales, y AISGE en lo relativo a artistas visuales), y que los artistas comparten con los productores de fonogramas y videogramas correspondientes, tal y como establece el artículo 108 de la TRLPI, con respecto a los artistas.