

## LA DIRECTIVA 2001/29/CE, DE 22 DE JUNIO DE 2001, RELATIVA A LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

✍ AGUSTÍN GONZÁLEZ

*Abogado de Uría & Menéndez*

### 1. INTRODUCCIÓN

Señala Manuel Castells<sup>1</sup> que «Los sistemas tecnológicos se producen socialmente y la producción social viene determinada por la cultura. Internet no constituye una excepción a esta regla». La relación entre tecnología y cultura también constituye uno de los elementos fundamentales en el desarrollo de las legislaciones sobre propiedad intelectual, que siempre se han adaptado a las nuevas formas de creación y difusión de los conocimientos.

La Directiva 2001/29/CE, de 22 de junio de 2001, relativa a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante, «la Directiva»)<sup>2</sup> es un claro ejemplo del interés social en la protección de los valores que subyacen en los sistemas de propiedad

intelectual, con independencia de la tecnología disponible en cada momento y sin perjuicio de la evolución y los cambios que experimentan esos sistemas para acoger nuevos productos y servicios.

De este modo, la Directiva es la respuesta de la Comunidad Europea a la necesidad de adaptar el marco legal de propiedad intelectual a las nuevas formas de creación y difusión de las obras y demás prestaciones protegidas que ha hecho posibles la tecnología digital<sup>3</sup>. Asimismo, los nuevos productos y servicios nacidos de la convergencia de los sectores de las telecomunicaciones, la tecnología de la información y los medios de comunicación encuentran en esta regulación soluciones específicas que, en conjunto, ofrecen la seguridad jurídica necesaria para impulsar el proceso de desarrollo de la sociedad

<sup>1</sup> M. Castells: *La Galaxia Internet*, Madrid, 2001, pág. 51.

<sup>2</sup> DOCE L 167, de 22.6.2001 (corrección de errores DOCE L 6, de 10.1.2002).

<sup>3</sup> Los antecedentes de la Directiva se remontan al Libro Blanco de la Comisión sobre «Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI» (COM(93) 700 final, Bruselas, 5.12.1993), al que siguió el informe «Europa y la sociedad global de la información. Recomendaciones al Consejo Europeo», también conocido como «Informe Bange-mann». El siguiente paso en la reflexión europea sobre los cambios económicos, sociales y culturales provocados por la revolución digital fue la Comunicación de la Comisión «Hacia la Sociedad de la Información en Europa: un programa de acción» (COM(94) 347 final, Bruselas, 19.7.1994). Con precisión casi matemática, un año más tarde, la Comisión adoptó una iniciativa concreta en el marco de los derechos de propiedad intelectual con la publicación del Libro Verde «Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información» (COM(95) 382 final, Bruselas, 19.7.1995), que tras el periodo de consultas tuvo su continuidad en la Comunicación «Seguimiento del Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información» (COM(96) 568 final, Bruselas, 20.11.1996). Fruto de todo este trabajo fue la «Propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información» (COM(97) 628 final, Bruselas 10.12.1997). Habían transcurrido cuatro años desde la publicación del Libro Blanco en el que por primera vez se utilizara la expresión «sociedad de la información» y, por entonces, faltaban más de tres años de intensos debates para que se aprobara el texto definitivo de Directiva.

de la información en la que tan destacado papel desempeñan las creaciones intelectuales.

Internet es el medio en el que de forma más evidente se observan los cambios experimentados en la cadena del valor de las obras y demás prestaciones intelectuales, cambios que afectan a todas las fases de esa cadena, desde el proceso de creación en sí mismo considerado hasta los medios a través de los cuales esos productos llegan al consumidor final. No obstante, el impacto de la tecnología digital se ha hecho notar no sólo en la explotación en línea de las creaciones sino también en la comercialización de contenidos en soportes digitales, sector que ha experimentado un importante crecimiento durante estos últimos años. Sin embargo, no hay que caer en el error de pensar que la Directiva se ocupa única y exclusivamente de los problemas planteados por la explotación digital *on line* y *off line*, porque también centra su atención en otros usos analógicos de las obras y prestaciones, ya que durante mucho tiempo ambas formas de explotación convivirán en el mercado.

Por otra parte, este es un fenómeno de escala universal y de trascendentales consecuencias económicas, sociales y culturales, por lo que se han producido iniciativas en diferentes áreas geográficas entre las que destacan los trabajos realizados por los Estados Unidos de América y Japón, aunque el exponente más claro de esta dimensión internacional lo constituyen los dos nuevos Tratados de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), aprobados el 20 de diciembre de 1996: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (en adelante, TODA) y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (en adelante, TOIEF)<sup>4</sup>. Sólo una regulación de alcance universal es válida y eficaz para afrontar los retos y las oportunidades que se derivan de los avances tecnológicos, ya que sus efectos trascienden las fronteras geográficas y políticas, dejándose sentir en todo el mundo.

## 2. FINALIDAD Y CONTENIDO

La Directiva es muy ambiciosa al enunciar los objetivos que persigue, entre los que destacan su contribución a la creación del mercado interior y a la ins-

tauración de un sistema que garantice que la competencia dentro del mercado interior no sea falseada (considerando 1); fomentar el desarrollo de la sociedad de la información (considerando 2); armonizar el marco jurídico de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor (considerando 4); fomentar el aprendizaje y la cultura mediante la protección de las obras y demás prestaciones (considerando 14); y dar cumplimiento a las obligaciones internacionales derivadas de la aprobación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (considerando 15).

La Directiva está compuesta por catorce artículos, divididos en cuatro capítulos dedicados, respectivamente, al Ambito de aplicación (Capítulo I), Derechos y Excepciones (Capítulo II), Protección de medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos (Capítulo III) y Disposiciones comunes (Capítulo IV). Estos preceptos están precedidos por un amplio preámbulo de sesenta y un considerandos que se convierten en permanente referencia y fuente de interpretación del sentido de las normas de la Directiva.

Para lograr un cabal conocimiento de su contenido es tan importante destacar aquellos aspectos que han quedado excluidos del objeto de la regulación (ya sea porque la Comisión consideró más oportuno ocuparse de ellos en otro lugar, porque no se han concluido los estudios previos necesarios para acometer un proceso legislativo, porque han sido objeto de las anteriores Directivas aprobadas sobre esta materia o, sencillamente, porque no se estima oportuno armonizar a nivel europeo determinados aspectos de la protección de los derechos de propiedad intelectual), como aquellos otros que reciben en ella un tratamiento específico.

### 2.1. Ámbitos excluidos

Hay aspectos importantes de los derechos de propiedad intelectual que han quedado al margen del contenido de la Directiva, destacando entre ellos los relativos a la responsabilidad de los intermediarios, la ley aplicable, la regulación de las sociedades de gestión colectiva, el derecho moral y el régimen general de transmisión de los derechos.

<sup>4</sup> Ambos textos se encuentran publicados en *DOCE* L 089, de 11.4.2000.

Las cuestiones relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios y a la ley aplicable han sido tratadas en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)<sup>5</sup>, ya que son materias de naturaleza horizontal que afectan tanto a los derechos de autor y derechos afines como a la publicidad engañosa o a las marcas y otros derechos de propiedad industrial.

Por otra parte, la Directiva sólo se refiere a las sociedades de gestión colectiva en el considerando 17, en el que se declara que «Es necesario, especialmente a la luz de las exigencias derivadas del entorno digital, garantizar que las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor consigan un nivel más alto de racionalización y transparencia en el respeto de las normas de la competencia.» La adquisición y gestión de los derechos en el entorno digital ya fue objeto reflexión en el Libro Verde de 19 de julio de 1995 y en la Comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde, de 20 de noviembre de 1996<sup>6</sup>, pero de momento se ha optado por continuar los estudios de las cuestiones que suscitan estos temas antes de decidir sobre las siguientes medidas a adoptar<sup>7</sup>.

A su vez, la tecnología digital facilita la manipulación de las obras mediante su modificación, alteración o incorporación parcial o completa a otras obras, lo que ha suscitado algunas interrogantes sobre la mejor forma de regular el derecho moral en el entorno digital. Sin embargo, por el momento habrá que estar a las disposiciones contenidas en las vigentes legislaciones nacionales y Tratados internacionales porque, como declara el considerando 19 de la Directiva, el derecho moral no entra en su ámbito de aplicación.

<sup>5</sup> DOCE L 178, de 17.7.2000.

<sup>6</sup> Véase nota 3.

<sup>7</sup> Sobre estas cuestiones puede consultarse el reciente artículo de D. Wood: «La Gestión Colectiva y el Derecho Europeo de Competencia», en [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp\\_2001\\_025](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp_2001_025).

<sup>8</sup> Recientemente se ha aprobado la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (DOCE L 272, de 13.10.2001).

Por último, la Directiva tampoco se ocupa de los contratos sobre derechos de autor y derechos afines, limitándose a declarar en su considerando 30 que: «Los derechos a que se refiere la presente Directiva pueden ser transmitidos o cedidos o ser objeto de licencias contractuales, sin perjuicio de la normativa nacional pertinente sobre derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor». En consecuencia, la armonización de la legislación europea sobre derechos de propiedad intelectual no alcanza por el momento ni parece que en un futuro inmediato vaya a afectar al derecho de los contratos.

## 2.2. Aspectos objeto de la regulación

La Directiva regula aspectos cruciales de los derechos de autor y de los derechos afines como lo son, en particular, la definición del alcance de los derechos de explotación, los límites y excepciones a los derechos, las nuevas obligaciones surgidas con las medidas tecnológicas y la información para la gestión de los derechos, así como las sanciones y procedimientos en caso de infracción de los derechos, temas en los que centraremos nuestra atención en el presente artículo.

## 3. LOS DERECHOS Y EL ALCANCE DE LOS DERECHOS

La Directiva no regula todos los derechos de explotación que las legislaciones europeas reconocen a los titulares de derechos de autor y derechos afines, limitándose a definir el alcance de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública. Otros derechos exclusivos, en particular el de transformación, y los derechos de remuneración equitativa por la reventa de obras de arte<sup>8</sup> o por la comunicación pública de fonogramas no son objeto de tratamiento en esta norma, lo que no excluye la posibilidad de que las legislaciones nacionales puedan aprovechar la transposición de la Directiva para aclarar alguno de los problemas suscitados en la práctica por la acumulación de derechos de la misma categoría de titulares sobre un mismo acto de utilización de sus prestaciones.

### 3.1. El derecho de reproducción

El derecho de reproducción es la piedra angular de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor, y su ejercicio hace posible la mayor parte de las posteriores utilidades de las obras y demás prestaciones protegidas. Así, por ejemplo, el derecho de distribución de una obra presupone el ejercicio del derecho de reproducción (la distribución mediante venta de los ejemplares de un libro requiere la previa autorización o cesión del derecho de reproducción del autor al editor), del mismo modo que todos los actos de comunicación pública de obras musicales y audiovisuales que tienen lugar en radio y televisión (con la única excepción de las actuaciones en directo) se producen mediante la utilización de soportes en los que están fijadas las obras como consecuencia del previo ejercicio del derecho de reproducción por parte de su titular.

Si la relevancia del derecho de reproducción ha sido manifiesta en el entorno analógico, aún es más patente en el entorno digital, tanto en lo que se refiere a las explotaciones *off line* como a las utilidades *on line*. Respecto de las primeras, la cuestión no ofrece dudas ya que para fijar una obra en un soporte digital, ya sea sonoro, electrónico o audiovisual, es necesaria la autorización del titular del derecho de reproducción; pero lo mismo sucede en el caso de la visualización en la pantalla de un ordenador de una obra o prestación protegida y en las transmisiones en línea de objetos protegidos, actos para los que resulta técnicamente indispensable una cadena de múltiples y sucesivas reproducciones provisionales de las obras.

A pesar de su importancia, el derecho de reproducción recibió un tratamiento insuficiente en los Tratados de la OMPI, debido a las discrepancias surgidas entre algunas de las delegaciones presentes en la Conferencia Diplomática de Ginebra sobre el alcance que había de darse a este derecho en aque-

llos actos de reproducción provisional que tienen lugar en las transmisiones digitales.

Los delegados de la Conferencia Diplomática tenían a su disposición como documento de trabajo las propuestas básicas de las disposiciones sustantivas tanto del Tratado sobre Derecho de Autor como del Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas («las Propuestas Básicas»), preparadas por el Presidente de los Comités de Expertos. El artículo 7 de la Propuesta Básica del TODA reconocía el derecho de reproducción a favor de los autores en dos apartados, dedicado el primero de ellos a la definición del derecho en términos muy amplios, mientras que en el segundo se facultaba a los Estados a introducir limitaciones para las reproducciones provisionales<sup>9</sup>. El texto finalmente aprobado en la Conferencia Diplomática suprime ambos preceptos y, en su lugar, sólo se recoge una declaración concertada al artículo 1.4) del TODA en la que se declara la plena aplicabilidad del artículo 9 del Convenio de Berna<sup>10</sup> al entorno digital, añadiendo únicamente que «Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna». Durante todo el debate, la Comunidad Europea siempre se mostró favorable al mantenimiento de un concepto amplio del derecho de reproducción, junto a la facultad de los Estados de limitar su alcance para las reproducciones provisionales, y de hecho, la redacción del artículo 7 de la Propuesta Básica recoge la redacción sugerida por la Comunidad Europea.

Teniendo en cuenta cuanto antecede, no es de extrañar que el artículo 2 de la Directiva defina el derecho de reproducción en términos muy amplios, ni que en el artículo 5, dedicado a los límites y excepciones a los derechos, se prevea una limitación obligatoria para ciertas reproducciones provisiona-

<sup>9</sup> El art. 7 de la Propuesta Básica del TODA tenía la siguiente redacción: «1) El derecho exclusivo acordado a los autores de obras literarias y artísticas en el artículo 9.1) del Convenio de Berna de autorizar la reproducción de sus obras incluirá la reproducción directa e indirecta de sus obras, tanto permanente como provisional, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. 2) Con sujeción a lo dispuesto en el art. 9.2) del Convenio de Berna, corresponderá a la legislación de las Partes Contratantes limitar el derecho de reproducción cuando la reproducción provisional de una obra tenga como único propósito hacer que la obra sea perceptible, o cuando la reproducción sea de naturaleza efímera o incidental, siempre que dicha reproducción tenga lugar durante la utilización de la obra que esté autorizada por el autor o permitida por la ley».

<sup>10</sup> Convenio de Berna, de 9 de Septiembre de 1886, para la protección de las obras literarias y artísticas, cuya última revisión se produjo en París el 24 de julio de 1971 (BOE de 4.4.1974 y de 30.10.1974).

les. El artículo 2 dispone que: «Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte (de las obras y demás prestaciones protegidas)».

En esta definición, la mención de la reproducción directa o indirecta tiene por finalidad aclarar que están dentro del alcance del derecho tanto las fijaciones que un usuario haga de un soporte a otro (por ejemplo, las grabaciones de las obras contenidas en un CD a otro CD virgen) como aquellas otras grabaciones de obras que se realicen de una emisora de radio o de televisión o de una página web de Internet, en un soporte de cualquier tipo. Por su parte, la referencia a las reproducciones provisionales o permanentes alude a las fijaciones de las obras en soportes tangibles (fonogramas, libros, videogramas, etc.) y despeja cualquier duda que pudiera plantearse sobre la sujeción al derecho de aquellas otras reproducciones que tienen lugar en el disco duro o en la memoria caché del ordenador.

El estudio comparado del artículo 2 de la Directiva con el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, TR.LPI), permite comprobar la necesidad de adaptar este precepto al contenido de la Directiva para incorporar los elementos de la definición que faltan en el artículo 18 y para eliminar aquellos aspectos del mismo que pueden condicionar el amplio alcance con el que está concebido el derecho de reproducción en la Directiva.

Según el artículo 18 del TR.LPI: «Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella». Como se puede observar, este precepto no define el derecho de reproducción sino que se refiere a los actos que constituyen una reproducción, con el añadido de hacerlo por referencia al destino que haya de darse a las copias de las obras y sin mencionar los dos elementos del artículo 2 de la Directiva destacados más arriba (reproducción provisional y permanente y reproducciones directas e indirectas). Ciertamente es que este artículo 18 ha de leerse en relación con el ar-

tículo que le precede en el TR.LPI, en el que se reconoce expresamente el derecho de reproducción y su condición de exclusividad, pero aún así, siguen echándose en falta elementos sustanciales de la definición incorporada por la Directiva cuya introducción en nuestro ordenamiento jurídico es de todo punto necesaria. Por lo tanto, en la reforma pendiente habrá que calificar este derecho exclusivo como aquel que consiste en autorizar o prohibir la reproducción, haciendo mención expresa tanto de las reproducciones directas o indirectas como de las que tengan la condición de provisionales o permanentes.

Igualmente será necesario reformar los artículos 107, 115, 121 y 126.1, la letra b) del TR.LPI que regulan el derecho de reproducción de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, productores de grabaciones audiovisuales y entidades de radiodifusión, ya que, aunque están redactados con mejor técnica jurídica que el artículo 18 del TR.LPI como consecuencia de la redacción que recibieron en la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamos y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual<sup>11</sup>, también omiten toda mención a las reproducciones permanentes o provisionales, aspecto que habrá de corregirse.

### 3.2. El derecho de comunicación pública

El derecho de comunicación pública está regulado en el artículo 3 de la Directiva que ha de complementarse con las declaraciones de los considerandos 23 a 27 y 29. A diferencia de lo sucedido con el derecho de reproducción, la Directiva sigue, en lo relativo al derecho de comunicación pública, los mismos criterios y principios establecidos en el artículo 8 del TODA y en los artículos 10 y 14 del TOIEF.

Las notas más destacadas del artículo 3 son las siguientes:

a) El distinto alcance del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la comunicación pública que se reconoce a los autores, por un lado, y a los titulares de derechos afines, por otro. Como veremos más

<sup>11</sup> DOCE L 346, de 27.11.1992.

adelante, este derecho exclusivo es más amplio para los derechos de autor que para los derechos afines.

b) El reconocimiento de la «puesta a disposición del público» como nueva modalidad de explotación dentro de la categoría de comunicación pública, para regular las transmisiones interactivas a la carta.

c) La atribución a los titulares de derechos afines del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la «puesta a disposición del público» de sus prestaciones.

d) El reconocimiento expreso de que el derecho no se agota en relación con la comunicación pública, de manera que cada uno de los diferentes actos incluidos dentro de ese concepto de comunicación pública están sometidos al derecho en los términos previstos, respectivamente, para los derechos de autor y para los derechos afines.

e) Es de destacar que el derecho de remuneración por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales que regula el artículo 15 del TOIEF no es objeto de la Directiva, sin duda porque ese derecho de remuneración ya fue reconocido en la Directiva 92/100/CEE. Tampoco es objeto de la Directiva el derecho de remuneración equitativa por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales que no está reconocido ni en el TOIEF ni en la Directiva 92/100/CEE, pero que aparece recogido en los artículos 108.3 y 122.2 del TR.LPI como singularidad del sistema de propiedad intelectual español.

Seguidamente nos ocuparemos de señalar brevemente y sin ánimo exhaustivo, ya que ello excede del propósito que nos hemos marcado en el presente trabajo, los aspectos más significativos de cada una de las cinco cuestiones indicadas.

### **3.2.1. El diferente alcance del derecho de comunicación pública de los autores y de los titulares de derechos afines**

El derecho exclusivo de autorizar o prohibir la comunicación pública de las obras, que se reconoce a favor de los autores en el artículo 3.1, está conce-

bido en términos muy amplios, comprendiendo todos los actos de comunicación pública de las obras, con independencia de que se realicen por medios alámbricos o inalámbricos, incluida la transmisión en línea a través de redes que, como señala el considerando 25 «se caracterizan por el hecho de que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento en que ella misma elija».

Sin embargo, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la comunicación pública de las prestaciones protegidas por derechos afines (actuaciones ejecuciones o interpretaciones<sup>12</sup>, fonogramas, grabaciones audiovisuales y emisiones de organismos de radiodifusión), según dispone el artículo 3.2, sólo alcanza a la modalidad de «puesta a disposición del público», pero no cubre los restantes actos de comunicación pública como, por ejemplo, la radiodifusión de dichas prestaciones, supuestos para los que las legislaciones establecen un derecho de remuneración equitativa a favor de los artistas y de los productores de fonogramas.

Con esta medida, la Directiva no hace sino continuar la tradición del Convenio de Berna, ya citado, y de la Convención de Roma<sup>13</sup>, ya que en ambos Tratados se establece un distinto tratamiento de los derechos de autor y de los derechos afines en orden al alcance del derecho de comunicación pública.

### **3.2.2. La modalidad de «puesta a disposición de público»**

Las nuevas tecnologías han desarrollado procedimientos técnicos para la difusión de las obras y otras prestaciones que no estaban expresamente contemplados en las leyes sobre derechos de autor y derechos afines. Es probable que una interpretación justa de artículos como el 20 del TR.LPI pudiera concluir en que muchas de las nuevas formas de difusión de las obras que han surgido de la mano de la tecnología digital estuvieran incluidas en el concepto de comunicación pública que ofrece ese precepto, pero igualmente es probable que en otros ordenamientos jurídicos europeos la interpretación de sus normas condujera a soluciones diferentes. La

<sup>12</sup> A los artistas intérpretes o ejecutantes también les corresponde el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando constituyan por sí mismas una ejecución o interpretación radiodifundida (véanse arts. 6 del TOIEF, de la Convención de Roma —cit. en nota siguiente— y del TR.LPI).

<sup>13</sup> Convención Internacional de Roma, de 26 de octubre de 1961, sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (BOE de 14.11.1991).

necesidad de armonizar las legislaciones europeas y de dotar de seguridad jurídica a las nuevas formas de explotación de las obras que, entre otros rasgos, se caracterizan por su condición transfronteriza, ha llevado al reconocimiento expreso de una nueva modalidad consistente en la «puesta a disposición de público», con la que se pretende cubrir todos aquellos actos propios de la transmisión interactiva a la carta de obras y demás prestaciones protegidas.

Como indica la Propuesta Básica del TODA en sus notas al artículo 10, el acto pertinente es la puesta a disposición de la obra ofreciendo acceso a la misma, de donde se sigue que lo decisivo es el acto inicial de puesta a disposición de la obra y no el mero suministro de espacio en un servidor, de conexiones de comunicación o de instalaciones para el transporte y el envío de las señales. Esta aclaración de la Propuesta Básica se convirtió posteriormente en la Declaración concertada respecto del artículo 8 del TODA y ha sido recogida en el considerando 27 de la Directiva, según el cual: «La mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de la presente Directiva».

Por otra parte es de destacar el hecho de que ni los Tratados de la OMPI ni la Directiva ofrezcan una definición del término «público», dejando abierta una cuestión que puede dar lugar a posibles conflictos, en cuyo caso serán los Tribunales los encargados de delimitar el alcance de ese término.

### **3.2.3. El derecho exclusivo de autorizar o prohibir la puesta a disposición al público**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Directiva, los autores extienden el monopolio de explotación sobre sus obras a los actos de transmisión en línea, que no podrán realizarse lícitamente sin su autorización. De esta forma, se mantiene la tradición jurídica del reconocimiento del derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de las obras a favor de los autores, como ya hacían los artículos 11.1.ii), 11 bis.1.i) y ii), 11 ter.1.ii),

14.1.ii) y 14 bis.1 del Convenio de Berna, respecto de otros actos de comunicación pública.

Los artistas intérpretes o ejecutantes también amplían los derechos exclusivos de comunicación que tienen reconocidos en Tratados internacionales (artículo 7.1.a) de la Convención de Roma) y legislaciones nacionales, hasta ahora restringidos a aquellos supuestos en los que la actuación se efectúa en directo, siempre y cuando esa actuación en directo no constituya en sí misma una ejecución radiodifundida. Ahora, según dispone la letra a) del artículo 3.2 de la Directiva, los artistas amplían el alcance de su derecho exclusivo de comunicación pública al incluir la modalidad de utilización de las fijaciones de sus actuaciones en los actos de puesta a disposición del público de las mismas.

Sin embargo, una de las novedades más importantes de la Directiva es el reconocimiento del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la utilización de fonogramas, grabaciones audiovisuales y emisiones de organismos de radiodifusión en transmisiones interactivas a la carta, y ello en un doble sentido: Primero, y respecto de los fonogramas, porque ésta es la primera vez, en el ámbito de los Tratados y Convenios Internacionales (con la única salvedad, claro está, del artículo 14 del TOIEF), en que se reconoce a favor de los productores de fonogramas un derecho exclusivo sobre una modalidad de comunicación pública; ni la Convención de Roma ni el ADPIC<sup>14</sup> ni el Convenio de Fonogramas<sup>15</sup> reconocen derechos de esta naturaleza a los productores. En segundo lugar, respecto de las grabaciones audiovisuales y las emisiones de los organismos de radiodifusión, la novedad es aún mayor, porque ni siquiera el TOIEF reconoce a los productores de grabaciones audiovisuales y a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo regulado en las letras b) y c) del artículo 3.2 de la Directiva.

### **3.2.4. No aplicación del principio del agotamiento de los derechos al de comunicación pública**

A diferencia de lo que ocurre con el derecho de distribución, ningún acto de comunicación pública de las

<sup>14</sup> Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, anejo al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (BOE de 24.1.1995).

<sup>15</sup> Convenio de 29 de octubre de 1971, para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (BOE de 7.9.1974).

obras y demás prestaciones protegidas agota el derecho. Así lo establece el artículo 3.3 de la Directiva, añadiendo el considerando 29, que «...cada servicio en línea es, de hecho, un acto que debe quedar sujeto a autorización cuando así lo exijan los derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor».

Es una constante en la jurisprudencia del TJCE la consideración de que el principio del agotamiento de los derechos es aplicable a las mercancías, pero no a los servicios<sup>16</sup>. De ahí que, teniendo los actos de comunicación pública de las obras y demás prestaciones la consideración de servicio<sup>17</sup>, ese derecho no se agote por la utilización de las creaciones en actos de esa naturaleza, conservando los titulares, la facultad de autorizar o prohibir o de reclamar una remuneración equitativa, según sea el caso, por los sucesivos actos de la misma clase.

### 3.2.5. El derecho de remuneración por la comunicación pública de fonogramas

La Directiva no regula el derecho de remuneración por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales porque, como indicamos anteriormente, ese derecho había sido incluido en la Directiva 92/100/CEE, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor. Sin embargo, el legislador español debiera aprovechar la oportunidad que le ofrece la transposición de la Directiva y la sustancial reforma que ha de acometer del TR.LPI, para aclarar la atípica situación que se ha creado en España en relación con este derecho a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2001<sup>18</sup>. No es este el lugar apropiado para analizar en profundidad los hechos que dieron lugar al conflicto resuelto por la citada sentencia ni las consecuencias que se desprenden de su contenido, pero si se pretende cumplir con la finalidad armonizadora de las legislaciones europeas sobre derechos de autor y derechos afines que persiguen y proclaman las directivas aprobadas por el Parlamento Europeo y el Consejo, deberían

corregirse situaciones tan anómalas como la que resulta de la acumulación en el mismo acto de utilización pública de fonogramas de dos derechos: el exclusivo de comunicación pública de los productores y el de remuneración compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes, situación que no tiene parangón en el resto de los Estados miembros de la Comunidad Europea.

### 3.3. El derecho de distribución

Regulado en el artículo 4 de la Directiva, lo más significativo de su contenido es que sólo afecta a las obras incorporadas a un soporte tangible, como indica el considerando 28 siguiendo el mismo criterio que ya establecieron las Declaraciones concertadas respecto de los artículos 6 y 7 del TODA y 8 y 12 del TOIEF. Por otra parte, el apartado 2 del artículo 4 confirma el principio del agotamiento comunitario del derecho de distribución.

## 4. EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

Los derechos de propiedad intelectual no son derechos absolutos. De ahí que, junto al reconocimiento de los derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública en un sentido amplio y comprensivo de todos los actos de esta naturaleza que permiten las nuevas tecnologías digitales, la Directiva establezca un extenso catálogo de limitaciones y excepciones a los derechos como mecanismo para alcanzar el equilibrio entre todos los intereses en presencia cuando de la utilización de obras y demás prestaciones se trata. Este equilibrio es motivo de constante preocupación en las legislaciones sobre propiedad intelectual, siendo una muestra de ello el preámbulo del nuevo Tratado de la OMPI sobre derechos de autor en el que se reconoce «la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna».

<sup>16</sup> Véanse las sentencias dictadas por el TJCE en los asuntos *Deutsche Grammophon c. Metro-SB-Großmarkte* (sentencia de 8.6.1971, as. 78/70, *Rec.* 1971, pág. 487), *Musik-Vertrieb y K-Tel International c. GEMA* (sentencia de 20.1.1981, as. ac. 55 y 57/80, *Rec.* 1981, pág. 147), *Polydor Ltd y RSO Record c. Harlequin Record* (sentencia de 9.2.1982, as. 270/80, *Rec.* 1982, pág. 329) y *Warner Brothers y Metronome c. Christiansen* (sentencia de 17.5.1988, as. 158/86, *Rec.* 1988, pág. 2605).

<sup>17</sup> Véanse las sentencias del TJCE en los asuntos *Coditel y otros c. Ciné-Vog Films y otros* (sentencia de 18.3.1980, as. 62/79, *Rec.* 1980, pág. 881) y *Coditel c. Ciné-Vog Films S.A y otros* (sentencia de 6.10.1982, as. 262/81, *Rec.* 1982, pág. 3381),

<sup>18</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 1.3.2001, RJ 2001/3071.

La propuesta inicial de Directiva<sup>19</sup> incluía únicamente nueve límites o excepciones a los derechos, número que se ha elevado hasta los veintiuno que figuran en el texto finalmente aprobado, lo que pone de manifiesto las tensiones existentes y las dificultades para lograr el deseado equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos y los usuarios de las obras y prestaciones protegidas. Por lo demás, en el análisis del artículo 5 de la Directiva sobresalen cuatro cuestiones fundamentales, a saber: de un lado, la condición de lista cerrada que tienen las limitaciones y excepciones previstas en la norma; en segundo término, la distinción entre límites obligatorios y facultativos; en tercer lugar, la distinción entre limitaciones que conllevan el pago de una remuneración equitativa y aquellas otras que permiten el uso libre de pago; y, finalmente, la vigencia de un límite general a todas las excepciones, conocido como la «prueba de los tres pasos».

#### 4.1. La lista cerrada de excepciones o limitaciones

Los Estados miembros no pueden introducir en sus legislaciones límites a los derechos que no estén previstos en el artículo 5 de la Directiva como se deduce del carácter cerrado de la lista que incluye dicho precepto. A este respecto, el considerando 32 declara que: «La presente Directiva establece una lista exhaustiva de excepciones y limitaciones a los derechos de reproducción y comunicación pública... Los Estados miembros deben aplicar con coherencia dichas excepciones y limitaciones, lo que será comprobado en un futuro examen de las medidas de transposición».

La aplicación estricta de esta disposición obligará a los Estados miembros en cuyas legislaciones se prevean excepciones no incluidas en el artículo 5 de la Directiva a su supresión (la Propuesta de Directiva ya anunciaba en sus comentarios al artículo 5 que «Los Estados miembros no estarán autorizados a prever excepciones distintas de las enumeradas en dicha lista»), con la única salvedad de que se trate de casos de importancia menor que se refieran únicamente a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad (letra o) del artículo 5.3).

#### 4.2. Limitaciones y excepciones obligatorias y facultativas

En este aspecto, es de señalar, en primer término, que el apartado 1 del artículo 5 establece una única limitación o excepción obligatoria que afecta al derecho de reproducción, mientras que las limitaciones previstas en los apartados 2 y 3 son todas ellas facultativas para los Estados que, de este modo, tienen un amplio margen de flexibilidad para la fijación de estos límites.

El límite previsto en el artículo 5.1 se refiere a los actos de reproducción provisional que son técnicamente indispensables para ejecutar otro acto de explotación de una obra o prestación. Los beneficiarios de esta excepción estarán exentos de la autorización del titular de los derechos y del pago de una remuneración, pero para ello habrán de cumplirse todas las condiciones previstas en la norma que, recordemos, son las siguientes: primera, que el acto de reproducción sea provisional; segunda, que sea transitorio o accesorio; tercera, que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico; cuarta, que la finalidad de ese proceso consista en facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario o una utilización lícita; y, quinta, que no tengan por sí mismos una significación económica independiente.

El considerando 33 aclara el alcance de alguno de los actos de reproducción incluidos en la excepción y, en este sentido, se refiere concretamente a «...los actos que permitan hojear o crear ficheros de almacenamiento provisional, incluidos los que permitan el funcionamiento eficaz de los sistemas de transmisión, siempre y cuando el intermediario no modifique la información y no interfiera en la utilización lícita de la tecnología...». En consecuencia, el «*browsing*» y el «*transmission caching*» serán actos exceptuados del derecho de reproducción, ya que además de cumplir con los requisitos del artículo 5.1, son expresamente, mencionados en el referido considerando 33.

Las dudas que plantea el artículo 5.1 consisten en determinar qué otros actos de reproducción temporal de entre los que se realizan habitualmente al navegar por Internet están exceptuados de los derechos de autor y derechos afines. En concreto, los problemas se han planteado en relación con ciertos

<sup>19</sup> Véase nota 3.

supuestos de *caching*, entendiéndose por tal «la creación automática de copias temporales de datos digitales para hacerlos más fácilmente accesibles para usos posteriores»<sup>20</sup>.

Los procedimientos técnicos disponibles hoy en día permiten la creación de copias temporales de diversas formas, siendo las más frecuentes el «*client caching*», el «*proxy caching*», el «*mirror caching*» y el «*transmission caching*». El «*client caching*» es una operación que realiza automáticamente el navegador de programas como *Netscape* o el *Explorer* de Microsoft consistente en el almacenamiento temporal de los documentos descargados por el usuario, lo que facilita su consulta, acto que debe distinguirse de aquel otro por el que es el propio usuario quien decide voluntariamente almacenar el documento en su disco duro. El «*mirror caching*» consiste en la reproducción íntegra de un sitio web con el fin de facilitar los accesos de los usuarios a sus contenidos, procedimiento que se utiliza cuando por sobrecarga el acceso a la página en cuestión se ralentiza en exceso. Por su parte, el «*proxy caching*» es un acto de reproducción temporal consistente en el almacenamiento por el proveedor de acceso de las páginas web previamente consultadas por el usuario con el fin de facilitarle nuevos accesos al mismo sitio mediante una sensible disminución del tiempo necesario para posteriores accesos a esa página. Por último, el «*transmission caching*» son los actos de reproducción temporal que tienen lugar en el proceso técnico de transmisión en redes electrónicas del tipo de Internet.

Decidir si cada uno de estos actos está incluido en el alcance de la excepción prevista en el artículo 5.1 exige el examen del cumplimiento de las condiciones previstas en la norma, lo que conduce al planteamiento de algunas interrogantes como si el «*mirror caching*» es un acto transitorio o accesorio, si el «*proxy caching*» es esencial para el proceso tecnológico del que forma parte o si el «*client caching*» tiene significación económica independiente.

Por lo que atañe a las limitaciones o excepciones previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 5 es de recordar que, como ya se ha indicado, son facultativas para los Estados, a diferencia del carácter imperativo que tiene la excepción referida a los actos de

reproducción provisional anteriormente comentada. Con este carácter, el artículo 5.2 establece las siguientes cinco excepciones al derecho de reproducción: las reproducciones de obras sobre papel u otro soporte similar (reprografía); la reproducción en cualquier soporte por una persona física para uso privado y sin fines comerciales (copia privada); las reproducciones efectuadas por bibliotecas, centros de enseñanza, museos o archivos que no persigan un beneficio económico o comercial; las grabaciones efímeras de obras por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones, incluida su conservación en archivos oficiales; y las reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales. En todo caso, y a mi modo de ver, parece que el proceso de transposición de estas excepciones no va a estar exento de dificultades por la polémica y la complejidad de las que están rodeadas algunas de ellas, especialmente la copia privada digital, la reprografía y las reproducciones realizadas por bibliotecas, centros de enseñanza y museos, pero el examen de cada una de ellas, la conveniencia de su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico y las diferentes alternativas para ello exceden del propósito que nos hemos marcado en el presente artículo.

Por su parte, el artículo 5.3 faculta a los Estados para establecer excepciones o limitaciones a los derechos de reproducción y comunicación pública en una serie de casos entre los que destacan los siguientes:

- la ilustración con fines educativos o de investigación científica, incluida la educación a distancia (actualmente el TR.LPI no contiene una limitación para estos actos, por lo que su inclusión sería una novedad en nuestra legislación);
- cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías (el TR.LPI regula un único supuesto de estas características para el uso privado de obras ya divulgadas por invidentes mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico);
- en beneficio de la prensa con el fin de informar sobre temas de actualidad;

<sup>20</sup> P. Bernt Hugenholtz: «Caching and Copyright: The Right of Temporary Copying», *European Intellectual Property Review*, 2000, n.º 10, págs. 482 y ss.

- las citas (obsérvese la supresión en la Directiva de las «revistas de prensa» a las que se refiere el artículo 10.1 del Convenio de Berna y el párrafo segundo del artículo 32 del TR.LPI);
- cuando se trate de discursos políticos y de extractos de conferencias públicas (en la actualidad, el artículo 33.2 del TR.LPI tiene un alcance mucho mayor, ya que no limita el uso a los extractos de esas obras);
- cuando se usen obras realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos (supuesto previsto en el artículo 35.2 del TR.LPI)
- la inclusión incidental de una obra o prestación en otro material, cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte y cuando se usen —obras y prestaciones— en relación con la demostración o reparación de equipos (ninguno de estos tres casos están contemplados en el TR.LPI, aunque la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse al menos en un caso relativo al segundo de los supuestos indicados)
- la comunicación o la puesta a disposición del público a efectos de investigación o de estudio personal, a través de los terminales instalados en bibliotecas, centros de enseñanza, museos y archivos.

#### 4.3. Limitaciones que llevan aparejado el pago de una remuneración equitativa

El artículo 5 que viene ocupando nuestra atención, solamente dispone de forma expresa el pago de una compensación equitativa a los titulares de los derechos en los casos de reprografía, copia privada y reproducciones de radiodifusión efectuadas por instituciones sociales (letras a), b) y e) del apartado 2 del artículo 5), lo que constituye una condición *sine qua non* para el establecimiento de esas limitaciones en las diferentes legislaciones nacionales. No obstante, del tenor del considerando 36 se desprende que los Estados también pueden establecer el pago de una compensación equitativa cuando decidan incorporar las excepciones y limitaciones facultativas del artículo 5.2 y 5.3. a las que acabamos de referirnos.

Los criterios y la forma para determinar el importe de esas compensaciones habrán de fijarse en atención a cada uno de los casos concretos, señalando el considerando 35 «el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos» como el principio más acorde con la finalidad de esas compensaciones. Por otra parte, no hay que descartar en absoluto el acuerdo entre las partes a la hora de determinar el importe de las compensaciones, como indica el considerando 45.

#### 4.4. La «prueba de los tres pasos»

El origen de la «prueba de los tres pasos» se encuentra en el artículo 9.2 del Convenio de Berna, en el que se establecieron los tres requisitos que debían cumplir todos aquellos límites que los países de la Unión de Berna decidieran incorporar al derecho de reproducción en sus respectivas legislaciones. Se trata, como es sabido, de los siguientes requisitos: primero, que los límites sólo se pueden establecer en ciertos casos especiales; segundo, siempre que no atenten a la normal explotación de la obra y, tercero, que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Esas tres condiciones fueron incorporadas al artículo 13 del ADPIC y lo mismo hicieron el artículo 10 del TODA y el 16.2 del TOIEF, pero en todos estos casos las condiciones se exigen a los límites que se establezcan a cualquier derecho y no sólo al de reproducción, como sucede en el Convenio de Berna. Por su parte, la Directiva ha recogido el mismo criterio en el apartado 5 del artículo 5, cuya transposición a nuestro ordenamiento jurídico debiera servir para mejorar la redacción del actual artículo 40 bis del TR.LPI.

#### 5. PROTECCIÓN DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS

Fue Charles Clark<sup>21</sup> quien, en una frase que pasará a formar parte de los libros de antología de citas famosas, afirmó que «la respuesta a la máquina está en la máquina», anunciando de este modo que la única forma eficaz de combatir a esa fotocopidora universal que algunos veían en Internet era utilizar sus mismas armas: la tecnología digital. Así es como se iniciaron programas de investigación y desarrollo de sistemas que impidieran la copia o la transmisión no

<sup>21</sup> C. Clark: «The answer to the Machine is in the Machine» en *The Future of Copyright in a Digital Environment* (P. Bent Hugenholtz, ed.), La Haya, 1996, págs. 139 y ss.

autorizada de obras y prestaciones en redes digitales, porque de nada sirve el reconocimiento de derechos exclusivos a autorizar o prohibir los actos de descarga de las obras en el disco duro de un ordenador, el almacenamiento temporal o su transmisión en línea, si no existen al mismo tiempo medios que permitan el control de esas utilizaciones en la red.

Los titulares de derechos han desarrollado y seguirán desarrollando numerosos sistemas para la protección de sus obras y prestaciones en el entorno digital tanto *on line* como *off line*. Kamiel J. Koelman<sup>22</sup> distingue cinco categorías de medidas tecnológicas: las que impiden el acceso a las obras o la información (por ejemplo, la encriptación); las que impiden el acceso a ciertos usos (un ejemplo de esta clase de medida es el *Serial Copy Management System* o SCMS, que impide la obtención de copias digitales de una copia digital); las medidas que protegen la integridad de las obras, evitando su modificación o alteración; las que contabilizan el número de accesos a la obra o el tipo de usos —descarga, visualización—; y los sistemas electrónicos de gestión de los derechos (*Electronic Copyright Management Systems-ECMS*) que permiten el control de los usos, la concesión de licencias y el reparto o distribución de las cantidades recaudadas a los derechohabientes.

La mayoría de los técnicos en sistemas de información sostienen que no existe medida de protección tecnológica que no pueda ser eludida por otro sistema o programa, lo que nos aboca a una carrera sin fin en la investigación y a una situación de permanente inseguridad. Con el fin de poner remedio a este inquietante panorama para los derechohabientes, las legislaciones comienzan a introducir medios para la protección de las medidas tecnológicas. En este sentido, los artículos 11 del Tratado OMPI sobre derechos de autor y 18 del Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, reclaman de las Partes Contratantes la adopción de «protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas» utilizadas por los titulares de los derechos para impedir usos no autorizados. Por su parte, la Comunidad Europea ha cumplido con esta obligación mediante las disposiciones contenidas en el artículo 6 de la Directiva.

### 5.1. Objeto y contenido de la protección

Los Estados miembros deben proteger las «medidas tecnológicas eficaces», ocupándose el artículo 6.3 de definir el concepto de «medidas tecnológicas» en términos muy amplios y determinando cuándo se consideran «eficaces». A su vez, los apartados 1 y 2 del artículo 6 de la Directiva son más exigentes que los artículos 11 del TODA y 18 del TOIEF, al establecer que la protección de las medidas tecnológicas ha de comprender no sólo los actos de elusión sino también los actos preparatorios, dentro de los cuales se incluyen «la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o alquiler, o posesión con fines comerciales de cualquier dispositivo, producto o componente, o la prestación de servicios» aptos para eludir la protección.

Por su parte, el considerando 48 aclara que la protección no debe suponer una obligación de conformar los dispositivos, productos, componentes o servicios con las medidas tecnológicas empleadas por los derechohabientes («*no mandate clause*») y que no debe prohibir aquellos dispositivos o actividades cuyo empleo o finalidad comercial principal persiga objetivos distintos de la elusión de la protección técnica. A mi modo de ver, esta última declaración es tan lógica como peligrosa, porque puede darse el caso de dispositivos desarrollados para eludir las medidas que, al mismo tiempo e incluso principalmente, atiendan al cumplimiento de otras finalidades lícitas, lo que hará extremadamente difícil la persecución de esos productos.

### 5.2. Relación de las medidas tecnológicas con las excepciones o limitaciones

Decidir cual es la solución para aquellos casos en los que una medida tecnológica eficaz —por tanto, amparada por la protección que les dispensa el artículo 6.1 y 2—, impida la utilización de una obra o prestación cuando dicho uso esté cubierto por una excepción o limitación a los derechos, es una de las cuestiones más complejas de la Directiva, siendo el artículo 6.4 el encargado de ofrecer una primera respuesta a estos supuestos.

<sup>22</sup> K. J. Koelman y N. Helberger: «Protection of Technological Measure» en *Copyright and Electronic Commerce (P. Bent Hugenholtz, ed.)*, La Haya, 2000, págs. 165 y ss.

El artículo 6.4 distingue tres casos diferentes, caracterizados los dos primeros por limitaciones afectadas y el tercero en función de la modalidad de explotación de que se trata:

a) Cuando la limitación o excepción impedida por una medida tecnológica sea una de las previstas en las letras a), c), d) y e) del artículo 5.2 (reproducción, reproducciones por bibliotecas y otras instituciones culturales, grabaciones efímeras y reproducción de radiodifusiones por instituciones sociales) o en las letras a), b) y e) del artículo 5.3 (ilustración con fines educativos o de investigación, las establecidas en beneficio de personas con minusvalías, y los usos para fines de seguridad pública), prevalecen las limitaciones y, en consecuencia, los titulares de los derechos deben adoptar medidas voluntarias para que los beneficiados por esas excepciones puedan disfrutar de ellas. Si los titulares no adoptan esas medidas voluntarias, serán los Estados quienes dispongan «las medidas pertinentes» para facilitar la utilización de las obras o prestaciones.

b) Cuando la limitación sea la de copia privada, la solución es la misma que hemos expuesto en el apartado anterior, con la salvedad de que las medidas voluntarias adoptadas por los derechohabientes pueden consistir en la limitación del número de reproducciones que pueda realizar el usuario.

c) Cuando la modalidad de explotación afectada sea la de transmisión interactiva de obras y prestaciones protegidas, a través de redes, prevalece la protección de las medidas tecnológicas y no se exige a los titulares que adopten fórmulas voluntarias para facilitar el uso de las obras o de las demás prestaciones protegidas.

## 6. INFORMACIÓN PARA LA GESTIÓN DE DERECHOS

La gestión de los derechos es una actividad compleja que comprende un conjunto de actividades muy diferentes entre sí, como son el control de las explotaciones, el otorgamiento de licencias, la recaudación de las cantidades fijadas en las respectivas autorizaciones, la distribución de las cantidades

recaudadas entre los titulares de las obras o prestaciones y la persecución de las violaciones de los derechos. En el entorno digital, muchas de estas operaciones se realizarán mediante el empleo de herramientas que hagan posible la identificación de los usos, las obras o prestaciones, las condiciones de autorización y los titulares de los derechos, consiguiendo de esta forma una administración más eficaz, económica y ágil de la que se haya podido realizar hasta ahora con los medios de que se ha dispuesto. Como destaca Alberto Bercovitz <sup>23</sup>: «...esta identificación (de la obra) se hace especialmente difícil o incluso imposible debido a la digitalización. Así pues, el nuevo mercado exige que las obras objeto del mismo estén claramente identificadas. Y para el imprescindible control del respeto a los derechos patrimoniales, debería estar claramente identificado el titular del derecho exclusivo y el título jurídico en su caso (licencia, etc...) que hace legítima la oferta o comercialización».

Los ECMS estarán dotados de la información imprescindible para la identificación electrónica de las obras o prestaciones y para la distribución de los derechos entre sus titulares, garantizando de este modo el ejercicio efectivo de los derechos y que los titulares perciban las cantidades que les correspondan por la utilización que los terceros hagan de sus creaciones.

El artículo 7 de la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de asegurar una protección jurídica adecuada de la información utilizada por los titulares para la gestión electrónica de los derechos. Para ello, el mencionado precepto define en su apartado 2 el concepto de «información para la gestión de derechos» y delimita en el apartado 1 el alcance de las obligaciones relativas a dicha información, incluyendo dentro de ellas tanto la supresión o la alteración de la información como los actos de explotación de las obras o prestaciones en las que se hayan suprimido esos datos, requiriendo en ambos casos el conocimiento por parte de quien así actúe de los riesgos de infracción de los derechos que tales actos implican.

<sup>23</sup> A. Bercovitz: «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones Jurídicas» en *El Derecho de Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías* (Ministerio de Cultura), Madrid, 1996, págs. 71 y ss.