

Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?

1987-2003: ¿hacia una convergencia internacional?

Agustín González

Resumen

En esta ponencia se examina la evolución de la normativa sobre propiedad intelectual en España, desde 1987 en que se aprobó la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), hasta la actualidad, haciendo especial referencia a las sucesivas modificaciones acaecidas en virtud de la incorporación de las diversas directivas de la UE sobre propiedad intelectual y de los reales decretos en que se concreta el desarrollo reglamentario de la LPI hasta la actualidad, así como a la jurisprudencia más relevante. Entre otros temas, se examina la introducción de la protección de los programas de ordenador y de las bases de datos y el sistema de límites al derecho de autor (y la remuneración por copia privada), y se comentan las diversas cuestiones que siguen pendientes de solucionar, tales como la legitimación procesal de las entidades de gestión.

Palabras clave

propiedad intelectual, *copyright*

Tema

Propiedad intelectual

Quiero empezar por agradecer a la UOC la invitación a participar en estas jornadas de estudio de los derechos de propiedad intelectual, sobre *copyright* y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? Agradecimiento que tengo que persona-

Abstract

This talk examines the evolution of intellectual property laws in Spain, from 1987 when the Law of Intellectual Property (LPI) was approved, until now, emphasising the successive modifications that have taken place following the incorporation of different EU directives concerning intellectual property and the royal decrees which regulated the legal development of LPI until now. Among other topics, it will analyse the introduction of computer programs and database within the protection of the IP regime and the system of exceptions to copyright (and the remuneration for private copies), and it will talk about, the different unresolved topics, such as procedural legitimization of management entities.

Keywords

intellectual property, copyright

Topic

Intellectual property

lizar en Raquel Xalabarder y Ramón Casas que han tenido la amabilidad de contar conmigo.

El tema que me han encargado es este recorrido por la propiedad intelectual en España desde 1987 al 2003.

Precisamente, éste es un viaje de especiales características porque es un viaje al pasado, por tanto, tenemos que empezar 16 años atrás, ¿dónde estábamos hace 16 años cada uno de nosotros? Éramos realmente diferentes y seguramente la mayoría nos ocupábamos de otras materias. No necesariamente de derechos de propiedad intelectual.

En segundo lugar, es un viaje conocido y ya recorrido por la mayoría de vosotros, si no por todos. De manera que no va a haber muchas novedades en este repaso, aunque, como sucede con las músicas que volvemos a escuchar, los temas que nos gustan, o con los libros que volvemos a leer y nos aconsejan que releamos porque se descubren otros aspectos del libro que no vimos en una primera lectura, del mismo modo, la relectura y el viajar a este pasado de la propiedad intelectual de España es conveniente, aparte de una obligación casi de todos los juristas, que cada vez que afrontamos un nuevo caso tenemos que volver a leernos aquel artículo 1, el 15, el 10, y hasta sabérmolos de memoria. De manera que cuento con vuestra compañía para este viaje, a pesar de que las cosas que hoy digamos a la mayoría de vosotros os suenen ya conocidas.

Y en tercer lugar, es un viaje veloz, porque hablar de 16 años de historia en 50 minutos significa que tenemos como 3 minutos por año, de manera que hay que ir a toda velocidad, con lo que vamos a ir muy, muy rápido.

Dicho lo cual, yo os invito a que os subáis a este tren del recorrido por la propiedad intelectual durante estos 16 años, poneos cómodos y no os durmáis (a pesar de la hora).

Empezaremos este recorrido... os voy a guiar por cuatro etapas diferentes. Pero, puesto que no se puede hacer un recorrido solamente por la legislación sin visitar nuestra jurisprudencia y otras instituciones que han tenido un importante protagonismo durante estos 16 años, nos aden-

traremos por distintas pequeñas junglas para recordar, más que para presentar las cosas, que por otro lado ya conocéis y para terminar con unas conclusiones.

Quiero distinguir, a efectos de claridad en mi explicación, estas cuatro fases. Primero, el establecimiento del sistema con la Ley de 1987. En segundo lugar, los desarrollos y los ajustes a esa Ley de Propiedad Intelectual que se producen antes de que, en tercer lugar, lleguen todas las directivas europeas que se han aprobado, y hasta la fecha han sido incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico. Sabéis que faltan dos por incorporar. Una, la Directiva sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información y, la segunda, la del derecho de participación o *droit de suite*. Ésa será una tercera etapa que vamos a recorrer y, en cuarto lugar, la reordenación en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Es cierto que después ha habido más acontecimientos, todos ellos importantes, como, por ejemplo, la ley que incorpora la Directiva sobre Protección Jurídica de la Base de Datos, que por una sistemática que me permitiréis he incorporado en el punto tercero. También con posterioridad ha habido reformas, como por el texto refundido en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, sobre todo en materia de acciones, procedimientos y legitimación de entidades de gestión. Y también, con posterioridad al texto refundido del 96, pues se ha aprobado la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, que incorpora importantes normas en materia de responsabilidad de los intermediarios. Pero ésta es una fase que mira más hacia el futuro, más al entorno digital y, por tanto, será la sesión de mañana la que se ocupe con mayor detenimiento de todo ello.

I. Comenzamos este viaje en una estación: la de 1987. Os invito a echar un vistazo en torno a esa estación de punto de arranque que fue **la Ley de Propiedad Intelectual en el año 1987**. Sin duda alguna, la ley establece un

sistema integral y moderno –no ya moderno por ser el último que llegó, sino porque comprendía todas las instituciones, todos los temas que era necesario abordar con una perspectiva de futuro.

En la Ley de Propiedad Intelectual vamos a encontrar muchas de las cosas que ahora algunos consideran que es preferible aclarar mediante la transposición de las directivas. Pero una correcta interpretación de las normas y los preceptos contenidos en la Ley del 87 permiten perfectamente llevarnos a la conclusión de que la puesta a disposición de obras y demás prestaciones protegidas a través de redes digitales es un acto de comunicación pública, conclusión que es la misma que contiene la Directiva sobre Derechos de Autor en la Sociedad de la Información.

La Ley del 87 también va a contener el **concepto de base de datos** como obra protegida, incluso va a calificar el acceso a las bases de datos como acto de comunicación pública. La ley va a contener toda una regulación de los programas de ordenador, bien es cierto que después modificada, y se va a ocupar de aspectos como los satélites mucho antes de que llegara la Directiva de satélite y cable, distinguiendo lo que por entonces eran satélites de punto a punto y satélites de comunicación. Quiero decir que era una ley integral, moderna y que fue bien recibida por todos los sectores afectados.

Este sistema integral recoge entre otros aspectos –por todos vosotros conocidos– el reconocimiento de los **derechos morales, los derechos patrimoniales o de explotación y otros derechos**.

Respecto a los derechos morales, antes de la aprobación de esta ley había que acudir al Convenio de Berna para ver si el artículo 6 bis era directamente aplicable a España –que lo era– pero para todos los nacionales, los

extranjeros; no para los españoles, y en la Ley de 1879, derogada en ésta de 1987, no había ninguna referencia expresa al reconocimiento del derecho moral y mucho menos con el alcance que tiene el artículo 14.

Además, se reconocen tanto los derechos de autor como los derechos afines. Los derechos afines no habían tenido un reconocimiento hasta el año 1987 y, por tanto, todas esas categorías de titulares como son artistas, productores de fonogramas, productores de grabaciones audiovisuales, entidades de radiodifusión, ven reconocidos por primera vez en la legislación española un elenco de derechos y unas medidas de protección.

La antigua Ley de 1879 recogía algunos límites –muy dispersos y sin ninguna sistemática. La Ley del 87 establece un capítulo dedicado a cuáles son los **límites a los derechos de autor**, a los derechos afines y a cada uno de esos límites, tema sobre el que podríamos extendernos.

También se establece, y esto es muy importante, un **sistema general de transmisión de derechos de propiedad intelectual** con, después, una especial atención a determinados contratos, como el contrato de edición literaria, el contrato de producción audiovisual, los contratos de ejecución musical, etc. Y no sólo se reconocen los derechos, sus límites y las formas de transmisión, sino que, además, se establecen unos mecanismos de protección que, en principio, resultan absolutamente adecuados sin perjuicio de los inconvenientes prácticos que después pueden existir, y que existen de hecho, en la aplicación de estas normas ante los tribunales de justicia. Pero las acciones de indemnización y de cesación por actos no autorizados están a la altura de las necesidades de lo que es un titular de derechos de propiedad intelectual, así como procedimientos, incluso de procepción urgente, de estos derechos a través del mecanismo de las medidas cautelares.

También se establece el **Registro de la Propiedad Intelectual** aunque su valor dentro de este sistema es menor dado que, como sabéis, no es un derecho que se constituya por registro, el derecho existe previamente al registro, que, por tanto, es facultativo, voluntario y no aporta mayor protección salvo la prueba de la titularidad y la presunción *prima facie* de titularidad que otorga la inscripción registral.

Por último, destaco la regulación del estatuto jurídico de las **entidades de gestión colectiva**, que también era novedad en España puesto que hasta esta fecha sólo existía la Ley de Constitución de la Sociedad General de Autores de España en el año 1941, que fue derogada también por esta norma. En cambio, aquí se establece todo un conjunto de derechos y obligaciones, presididos por la tutela de la Administración, para el funcionamiento de las entidades de gestión colectiva.

Como esto es un veloz trayecto, dejaremos muchísimos detalles al margen sin perjuicio de que si hay tiempo para el debate, podamos incidir en cualquiera de los temas, de los muchísimos temas que necesariamente se quedan por comentar respecto de esta ley como de las cuestiones que hoy vamos a citar.

II. En la segunda etapa, vemos que la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 destaca que no existe un reglamento de la ley. En su lugar se optó por el **desarrollo de un conjunto de reales decretos**, muchos, que iban cubriendo las necesidades que surgían a lo largo de la puesta en marcha de las normas de la Ley.

Basta con echar un vistazo a esta transparencia para ver dónde se han centrado los mayores problemas, ya que son precisamente éstos los que han llevado a un mayor desarrollo por la vía de reales decretos. Si el **control de tirada de libros** se reguló por el Real Decreto 397/88, después no se ha vuelto a modificar –no ha sido necesari-

rio. Ha habido un ejercicio pacífico de ese mecanismo de control de las tiradas de libros y, sin embargo, la copia privada ha sido uno de los temas más conflictivos –y lo sigue siendo– para el ejercicio de los derechos reconocidos en la ley. Lo que dio lugar a distintos reales decretos, cada uno de ellos regulando aspectos diferentes del derecho de copia privada.

La **Comisión Arbitral de Propiedad Intelectual** es una de las instituciones, a las que me referiré al final de nuestro recorrido, que no ha dado el resultado esperado cuando se aprueba la ley del 87. De ahí la necesidad de su reforma en distintos momentos del 87 hasta ahora, pero también, probablemente, la necesidad de incorporar modificaciones que conformen esta Comisión como algo más útil de lo que ha sido hasta ahora, no por la propia Comisión, sino por las normas que la regulan.

En cuanto al **registro**, también ha sufrido distintos avatares, fruto, en primer lugar, de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la Ley de Propiedad Intelectual, de la descentralización del registro y de su condición, dicho sea con todo respeto para los registradores y especialmente para los que se encargan de los registros de la propiedad intelectual y de su función secundaria en el ordenamiento jurídico español.

Los ajustes a la Ley de 1987 se produjeron con esta **Ley 20/92**, que también conocéis sin duda, pero que me permitiréis que recuerde. ¿Qué temas eran los que modificaba, ajustando la normativa aprobada cinco años antes?

En primer lugar, el **derecho de participación o *droit de suite*** se declara irrenunciable y transmisible *mortis causa*; hasta ese momento, el derecho de participación era declarado por la ley como irrenunciable e intransmisible. Esto provocó una reacción por parte de los titulares de derechos de autor de obras plásticas, es decir, ¿por qué esa condena al autor de artes plásticas a que ni siquiera pudiera transmitir su

derecho *mortis causa* cuando, en cambio, esto no sucedía con el resto de los autores y artistas? Por tanto, se subsanó esta norma del artículo 24.3 de la Ley del 1987 para declarar la transmisibilidad *mortis causa* del derecho de participación.

Se cambió radicalmente el sistema de la regulación y ejercicio de la **excepción de copia privada**. Los principios eran los mismos: una remuneración dirigida a compensar los derechos dejados de percibir como consecuencia de la copia privada, de las reproducciones para uso privado en el sentido previsto en el artículo 31 de la ley. Pero el sistema, entre los sectores afectados por la copia privada, acreedores y deudores, fracasó durante el periodo del 87 al 92. No hubo ningún acuerdo en las distintas mesas negociadoras que tendieran a la fijación del importe del canon, a la definición de qué equipos, aparatos y materiales estaban sujetos al canon de copia privada, como en las excepciones, devengo de pago, la forma de ejercicio del derecho.

Esto hizo que cinco años después se cambiara radicalmente el sistema, determinando el importe del canon en la propia ley, el sistema de convenio entre los sectores afectados, por una parte deudores y por otro lado los acreedores, y previendo la intervención mediadora de un tercero, el mediador, designado por el Ministerio de Cultura, en caso de que no se produjera el convenio mediador que dictaba una resolución mediante escritura pública, que se constituía en un título ejecutivo especial.

De esta norma, cabe destacar, quizás, que aparece por primera vez el concepto de *idoneidad*, en relación con el pago por copia privada. Es aquí donde se habla de equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar la reproducción para uso privado. Palabra de enorme actualidad porque las resoluciones que se han dictado en primera instancia en materia de copia privada digital se han basado fundamentalmente en este concepto de idoneidad en cuanto a la reproducción para uso privado, a efec-

tos de someter al canon de copia privada a materiales como los CD-DATA y, por tanto, es aquí donde hay que arrancar para comprender el sentido de las resoluciones judiciales que se han producido hace escasos meses o las que estén por venir en un próximo futuro.

Tema también complejo en este recorrido, que viene a ser un frenazo en nuestro tren: una llamada de atención de los problemas que han existido a lo largo de estos años y probablemente de los que todavía existen. El **derecho de remuneración para la comunicación pública de fonogramas** fue reconocido en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, pero se decía que el porcentaje de reparto entre los dos tipos de categoría de titulares, artistas por un lado y productores de fonogramas por otro, se tendrían que distribuir los rendimientos cobrados por el productor por partes iguales.

Esta ley lo que viene a aclarar es que la parte que corresponde a los artistas es la mitad del rendimiento íntegro, superando así, o tratando de superar, las diferencias entre artistas y productores que se habían producido como consecuencia de la implementación del derecho de remuneración por comunicación pública de fonogramas y sus desavenencias en cuanto a cuál era el porcentaje y a la forma de determinar ese porcentaje entre unos y otros. Éste es un derecho que seguirá dando problemas más adelante como vamos a ver, sobre todo por la convivencia del derecho exclusivo de comunicación pública del productor de fonogramas con el derecho de remuneración por comunicación pública de fonogramas comerciales –como dice la ley– que comparten artistas y productores. Esta compatibilidad de derecho exclusivo y de derecho de remuneración me parece que es uno de los grandes temas todavía pendientes de debate y que necesitan mayores aclaraciones de las que se han producido hasta el momento.

La Ley del 92 también reconoce un **derecho a los editores de obras no protegidas** –como dice, creo recordar, el artículo 119 de la Ley del 87– que se aproxima mucho a

una protección derivada de las características editoriales. Algo que no sólo para las obras no protegidas por el título primero, sino para el conjunto de las obras reclaman el sector de editores desde hace muchos años no sólo en España, sino en foros internacionales. Esa protección especial para las características tipográficas y editoriales de cada uno de sus productos. Bien, pues en esta Ley del 92 se va a reconocer un párrafo segundo, el 119 de la ley, en el que se establece esta protección para las ediciones de obras no protegidas por el título primero.

Además, creo que se produce un avance importante con la supresión de la referencia al artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de **medidas cautelares** de protección urgente de los derechos de autor. Hasta este momento, el artículo –creo recordar que era el 127– de la Ley del 1987 establecía que las medidas cautelares se adoptarían por el procedimiento establecido en el 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin perjuicio de una serie de normas específicas. Lo que reenviaba a los jueces a esta norma de la Ley de Enjuiciamiento Civil concebida para una protección que tenía por finalidad asegurar el cumplimiento de la sentencia dictada al término del procedimiento, cuando las cautelares de la Ley de Propiedad Intelectual tienen otra finalidad. Son unas cautelares de carácter interdictal, que tienen por objeto la cesación de la infracción con carácter inmediato, pero no tanto para asegurar la ejecución de la sentencia, como para evitar un daño que se está produciendo con el uso no autorizado, ya sea por una reproducción de obras no consentida, por una comunicación pública o por infracción de cualquiera de los derechos de explotación o ¿por qué no? también de los derechos morales. Por tanto, en 1992 se suprime esa referencia al 1.428 y hay que decir que inmediatamente después, de forma un tanto desigual pero con carácter general, los tribunales mejoran en la tramitación de las medidas cautelares. Siempre habrá excepciones pero esto supuso un avance importante en el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

Además, en cuanto al Registro de la Propiedad Intelectual, se establece un **sistema descentralizado con registros de propiedad intelectual** en aquellas comunidades autónomas que decidieran crearlo. Hasta la fecha, creo que han sido diez las comunidades autónomas que han creado su propio registro de la propiedad intelectual y, por tanto, hay otras muchas que han optado por no crear este servicio en su comunidad.

Y, por último, hay una norma en la Ley del 92 relacionada con las **actividades asistenciales y culturales que desempeñan las entidades de gestión colectiva** de derechos de propiedad intelectual, decisión en la que se establece una distribución por partes iguales del 20% que se recauda del derecho de copia privada destinado para actividades asistenciales y actividad cultural. Como sabéis, de la cantidad que se recaudará en concepto de copia privada, las entidades de gestión han de destinar el 20% a este tipo de actividades. El reparto entre unas y las otras, a partes iguales, es lo que se reconoce en la Ley del 92.

III. Así llegamos a la tercera parte de este recorrido por la legislación, rapidísimo, como podéis entender. **La incorporación de las directivas aprobadas por la Unión Europea.**

La primera, ya en el 93, es la ley que incorpora la **Directiva 91/250 de protección de programas de ordenador**. Su incorporación no planteó grandes problemas. El reconocimiento de los derechos sobre el programa de ordenador como obra ya estaba en la Ley del 87. Y quiero llamar vuestra atención sobre dos hechos.

El primero es la posibilidad de que en determinados supuestos tenga la condición de autor una persona jurídica. Para lo que es una ley característica del derecho continental europeo, que es la concesión del derecho de autor en Francia, como es la nuestra, considerar autor a una persona jurídica es un nuevo frenazo. ¿Qué ha pasado en

este viaje? ¿Nos hemos desviado? Es algo extraño a nuestro sistema jurídico y criticado enormemente por grandes sectores de la doctrina.

Hasta el punto de que después el legislador corrigió el paso y lo hizo, como vamos a ver, al incorporar la Directiva de protección jurídica de la base de datos, donde teniendo la misma posibilidad de considerar autor a la persona jurídica que creara, que invirtiera en bases de datos estableció un régimen bien distinto. Autor es la persona jurídica, autor de la base de datos –no me refiero a la titularidad de derechos de explotación, que será siempre una persona física–, mientras que aquí, en la **Ley 16/1993**, se consideró que autor de un programa de ordenador podía serlo una persona jurídica.

Además, de las cosas que pueden ser más relevantes de esta incorporación de la Directiva de los programas de ordenador, nos encontramos con la ausencia de incorporación de este inciso final del artículo 9.1 de la directiva, según el cual, cualquier disposición contractual que sea contraria a lo dispuesto en el artículo 6, que se refiere a la descompilación, a las facultades que tiene el usuario legítimo de un programa de ordenador o a las excepciones contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 5, se considera nula y sin valor ni efecto alguno.

La pregunta que se han formulado muchos y que podemos repetir aquí a la vista de esta ausencia de incorporación de este inciso del 9.1 es si no se incorporó porque se estimó que con la normativa ya existente, la consecuencia de nulidad e invalidez de las disposiciones contractuales que impidieran la descompilación o que fueran contrarias, que prohibieran los límites reconocidos en el artículo 5, ya se producían (es decir, no era necesario incorporar esto porque la normativa existente ya llegaba a la misma conclusión); o si, por el contrario, lo que se pretendía es dejar abierta esta puerta y, por tanto, que en un contrato de licencia de software no sean nulas aquellas disposiciones

que impidan la descompilación o que restrinjan los límites y excepciones previstos en la legislación.

Pregunta, si queréis, más o menos retórica, pero no tanto, porque los que trabajamos con frecuencia con licencias de software vemos que en ocasiones nos encontramos con cláusulas en las que se limitan algunas de las excepciones previstas en la ley y, por tanto, cabe siempre la posibilidad de dudar si es o no, nula. Es una cuestión abierta y que habrá que contestar teniendo en cuenta esta ausencia de incorporación del artículo 9.1 de la Directiva del programa de ordenador.

La siguiente directiva en incorporarse es la de **alquiler y préstamo y otros derechos afines**. No exenta de problemas. La **Ley 43/1994** establece en primer lugar que los **préstamos realizados en determinadas instituciones** –y la referencia a «determinadas instituciones» es una forma de simplificar para no decir prácticamente todas las instituciones, porque están incluidas las bibliotecas, museos, archivos de titularidad pública, que actúan sin ánimo de lucro, pero también todas las que forman parte del sistema educativo, por tanto, prácticamente todas– lo son sin necesidad de autorización ni pago de remuneración. De este modo, optaba el legislador español por la menor protección de los derechos de autor, en este caso, para el supuesto del préstamo.

Nuevo conflicto en este caso entre el sector de bibliotecas y el sector de autores y editores de libros que es de absoluta actualidad. Siendo una norma del 94, luego incorporada en el 96, recientemente la Comisión Europea –como sabréis– ha hecho un informe en el que ha criticado al Gobierno español por optar por esta medida en lugar de haberlo hecho por otro tipo de fórmulas como hubiera sido el préstamo retribuido.

No es éste el único tema discutido en la Ley 43/1994. Si hay algo polémico para otro sector como es el de las obras y

grabaciones audiovisuales, es el reconocimiento del **derecho de remuneración por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales**. Así como en el Convenio de Roma se establece un derecho de remuneración por la comunicación pública de fonogramas, este derecho de remuneración por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales carece de antecedentes prácticamente en todo el derecho comparado. El legislador español, sin embargo, quiso ser diferente y la maquinaria no sabemos si se paró o si tomó un nuevo impulso, porque elevaba muchísimo el nivel de protección, o si estuvo a punto de descarrilar. No sabemos a ciencia cierta aún hoy lo que ha sucedido con esto. Pero lo cierto es que aparece un derecho inexistente en el entorno de los países próximos al nuestro y se copia el sistema de remuneración de productores de fonogramas para los productores de grabaciones audiovisuales.

También un **derecho compartido por artistas y productores**, añadido al derecho exclusivo de comunicación pública del productor de grabaciones audiovisuales, con escasa tradición jurídica también en el derecho comparado y que, sin embargo, nuestra legislación había considerado e incluido en la Ley del 1987. Por tanto, tema polémico donde los haya, que también está de plena actualidad.

Desde hace unos meses –tres, cuatro, cinco meses– se están produciendo una serie de procedimientos judiciales, con pronunciamientos de los tribunales que conocen de los casos, los que se enfrentan a organismos de televisión por un lado y a entidades de gestión colectiva de artistas, precisamente por el ejercicio de este derecho de comunicación pública de grabaciones audiovisuales que –como digo– es polémico y que todavía está siendo discutido desde que se incorporó en el año 94.

Nueva modificación del sistema de copia privada porque no terminaba de funcionar el sistema de mediador de convenio y, por tanto, se opta por un cambio radical al sistema en el que desaparece el convenio pactado, des-

aparece el mediador y se sujeta a un nuevo modelo –digamos menos tutelado– con menos intervencionismo de la administración, mucho más abierto y que detalla cuáles son las excepciones.

Sobre todo, hay una novedad importantísima que es el establecimiento de la responsabilidad solidaria de las cadenas de distribución junto con los deudores del canon de copia privada. Y además, se establece en cuanto a formas de gestión la necesidad de que el canon figure en factura, de que se distinga del precio del producto; y la posibilidad de embargos preventivos en el caso de incumplimiento del pago del canon. Éste es el sistema, el del 94, que después se recoge en el texto refundido del 96 y que todavía está en vigor.

La siguiente **directiva** es la del **plazo de protección**. Pocas novedades, es decir, respecto de la Directiva del 95, salvo que fue muy importante. La Ley del 87 redujo los 80 años *post mortem* (que era el plazo de protección en la Ley de 1879) a 60 años. La restricción era importante. Lo que sucede con la incorporación de la Directiva del plazo de protección es que se eleva a 70 años y es así como está en la actualidad.

Y en cuanto a la **Ley 28/1995 de incorporación de la Directiva de satélite y cable**, dos puntos sobre los que cabe llamar la atención. Primero, que así como se establece en esta directiva la gestión colectiva para el ejercicio del derecho de distribución por cable, no se establece el mecanismo de gestión colectiva ampliada para los nosocios de las entidades de gestión en el caso de la radiodifusión vía satélite. Las consecuencias son –a mi entender– prácticamente nulas, porque las entidades de gestión cuando han contratado con plataformas digitales han ofrecido unas garantías a los organismos de radiodifusión para comprender algo muy parecido a la gestión colectiva ampliada. Pero quizás hubiera sido adecuado incorporar esta fórmula también en la ley española, en lugar de dejarlo

para los contratos *inter-partes*. En cualquier caso, lo cierto es que no se incorporó esta posibilidad de la gestión colectiva ampliada, que sí que ha funcionado en algunos países del norte de Europa.

En la Ley 28/1995 se reordenan, se amplían las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual para incluir también funciones de mediación, puesto que ésta era una de las condiciones, una de las posibilidades previstas en la Directiva satélite y cable.

La última **directiva** incorporada a nuestro ordenamiento jurídico hasta el momento es la **de protección jurídica de bases de datos** (incorporación que se efectuó por la **Ley 5/98**, que modifica el texto refundido de la Propiedad Intelectual de 1996). Quizás señalar que la mayor novedad, y la más importante, es la introducción del derecho *sui generis*, que se reconoce al fabricante de la base de datos para proteger su inversión; y también llamar la atención sobre las diferencias de tratamiento entre la base de datos y los programas de ordenador.

Diferencias como, por ejemplo, en primer lugar, que no se reconoce la condición de autor a una persona jurídica en materia de base de datos, en segundo lugar, que no cabe el pacto en contrario en materia de los derechos del usuario legítimo que se convierten en limitaciones para el titular a la hora de permitir determinados usos necesarios para el correcto funcionamiento de la base de datos y aquí se va a declarar que esos pactos son nulos –creo recordar que es el artículo 12 de nuestra ley el que lo reconoce así.

Además, se va a reconocer el derecho de transformación de la base de datos y, en particular, la reordenación de la base de datos. Como nos ha recordado Alain Strowel esta mañana, el nivel de originalidad que se exige es mínimo: que sea una creación intelectual del autor, propia del autor. Quizás ahí la cuestión que no ha resuelto en nin-

gún caso la jurisprudencia es qué nivel de originalidad debe tener la reordenación para que afecte al derecho de transformación de una base de datos. Tema quizás otra vez muy teórico, pero que en algún caso concreto puede generar conflictos.

Se establecen con precisión los límites de la base de datos. Así se introduce un artículo 34 –ya en el texto refundido– que precisa cuáles son los límites de las bases de datos y, por lo demás, creo que los añadidos de esta Ley 5/1998 eran previsiones que ya estaban contenidas desde el año 87. Por ejemplo, la consideración de base de datos como obra o el derecho de comunicación pública a través del acceso como citaba antes.

IV. Llegamos, pues, a la cuarta etapa: la **reordenación de todas estas normas en el texto refundido**. El Gobierno, con la facultad que se le había otorgado de unificar en un solo texto todas las disposiciones legales que se habían aprobado desde el año 87 hasta el año 96, aprobó este texto refundido en el **Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril** que fue cuestionado en determinados aspectos por el exceso en la facultad delegada del Gobierno en determinados aspectos del texto refundido. Cosas que conocéis también y que me permito recordaros.

En primer lugar, en cuanto al **derecho exclusivo de comunicación pública del productor de fonogramas**. Este derecho exclusivo desaparece en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, al entender el legislador que era incompatible con el derecho de remuneración por la comunicación pública de fonogramas comerciales. Ésta era una duda latente desde la aprobación de la Ley 43/1994 que no había derogado el artículo 109 de la Ley de 1987. Al aprobar el texto refundido, esto se aclara por la vía expeditiva de la desaparición del derecho exclusivo de comunicación pública declarando implícitamente la incompatibilidad entre este derecho exclusivo y el de remuneración por la comunicación pública de fonogramas.

El tercer aspecto que fue objeto de esta crítica fueron determinadas facultades concedidas a las entidades de gestión para el ejercicio de los derechos de gestión colectiva obligatoria. Me refiero, en concreto, al artículo 90 en su apartado 7, que establecía el régimen de gestión colectiva obligatoria para la remuneración por la comunicación pública de obras audiovisuales.

Además, hay toda una serie de preceptos en relación con derecho de gestión colectiva obligatoria, lo que se denominaba las segundas frases de los artículos 108, 116 y 122 que también sufrieron esta crítica al considerar que iban más allá de las facultades que tenía el Gobierno para aprobar el texto refundido.

Y, por último, el texto refundido introduce un párrafo segundo al por entonces artículo 145. Ha ido cambiando el artículo sobre la **legitimación *ad causam* de las entidades de gestión**. En el texto refundido (en su versión inicial era el 145) se añade un segundo párrafo. Se dicen dos cosas, primero, que la legitimación *ad causam* se acredita mediante certificación de la utilización concedida, certificación del Ministerio de Cultura sobre la autorización concedida a entidades de gestión, junto con una copia de los estatutos de la entidad, y se añade, en un segundo inciso, que el demandado sólo puede oponer una serie de causas, motivos de oposición, frente a esta legitimación, como son disponer de la autorización del titular del derecho, acreditar el pago de la remuneración –en caso de derechos de remuneración– u oponer la falta de representación de la entidad de gestión. Este segundo párrafo del 145 en su conjunto también va a ser criticado por los que consideran que el Gobierno se excedió en sus facultades.

V. Pasamos rápidamente a la **jurisprudencia**. Hay tres frentes que cabe destacar en lo que ha sucedido desde el año 1987 al 2003. Me voy a centrar en sentencias del Constitucional y del Supremo, porque hacer un resumen de las sentencias dictadas por las audiencias provinciales

o por juzgados de primera instancia sería absolutamente imposible.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de noviembre del 97. El Gobierno, el Parlamento Vasco y la Generalitat de Cataluña interpusieron recurso contencioso administrativo contra determinados artículos de la Ley del 87. En concreto, se criticaba que el registro fuera un Registro de la Propiedad Intelectual central, que la autorización y la revocación de las autorizaciones a las entidades de gestión fueran concedidas por la Administración central, por el Ministerio de Cultura, y se criticaba incluso a la Comisión de Propiedad Intelectual por ser un organismo arbitral de carácter central. También había una crítica, un recurso, contra el actual artículo 159 relativo a las facultades de la Administración para la vigilancia de los derechos y obligaciones de las entidades de gestión.

Estos recursos se acumularon y el Tribunal Constitucional decidió –en la citada sentencia del 97– que no era contrario a la distribución de competencias establecidas en la Constitución, el que fuera el Ministerio de Educación y Cultura el competente para conceder la autorización y para revocar la autorización a las entidades de gestión. En cambio, consideró que en lo relativo a la vigilancia de las obligaciones de las entidades de gestión, sí que se había producido una decisión contraria al orden constitucional, puesto que esta vigilancia mediante las inspecciones, los controles y la comprobación del cumplimiento por las entidades de gestión de esas obligaciones previstas en la ley, correspondía a las comunidades autónomas y no al Ministerio.

Además, en cuanto al Registro de la Propiedad Intelectual, el recurso había quedado vacío de objeto puesto que antes, la Ley del 1992 antes citada modificó la Ley de Propiedad Intelectual y estableció la descentralización de la gestión de la propiedad intelectual. La Sentencia del TC también desestima el recurso en lo relativo al arbitraje

que lleva a cabo la Comisión de Arbitraje de Propiedad Intelectual.

La situación que se ha generado desde entonces es, por lo menos, extraña. En primer lugar porque a pesar de que desde la sentencia del 97 han transcurrido ya casi seis años, todavía no se ha modificado el artículo 159 para seguir el criterio del Tribunal Constitucional. En segundo lugar, es extraña también la situación, porque el que tiene la facultad de revocar la autorización, no tiene facultad para investigar, para vigilar si ha habido algún incumplimiento y tampoco hay ningún mecanismo de comunicación entre las autoridades que tienen competencia para vigilar y el que tiene la facultad para revocarla. Con lo cual, se trata éste de un terreno que nadie se atreve a pisar, extremadamente político tanto en el sentido estricto de relación entre gobiernos de comunidades autónomas y de la Administración central, como en materia de entidades de gestión, puesto que es verdad que determinadas obligaciones previstas en esta ley parecen un tanto absurdas si se han de cumplir frente a 17 comunidades autónomas. Como por ejemplo, permitir o admitir a sus órganos de gobierno un representante de la Administración; ello significaría que un consejo de administración, una junta general, una junta directiva de una entidad de gestión, a lo mejor de 10 miembros, estuviera rodeada por 17 representantes de comunidades autónomas, de manera que fueran más los observadores que los que están allí para tomar decisiones. O como por ejemplo, la obligación de informar de todos los contratos generales que se subscriben con asociaciones de usuarios o de sus tarifas, multiplicada por 17, no parece demasiado eficiente. En cualquier caso es un tema pendiente de resolución.

Las sentencias del Tribunal Supremo son abundantes, en relación con distintos temas. He hecho una selección en relación con el concepto de obra y de originalidad y el reconocimiento de derechos, por un lado; la legitimación

o los recursos contencioso administrativos presentados contra el texto refundido, por otro; y, en tercer lugar, no hay que olvidar las resoluciones del tribunal de defensa de la competencia –algunas de ellas establecen una serie de criterios importantes en materia de ejercicio de los derechos (nunca en materia de reconocimiento, pues eso corresponde a los tribunales del orden civil).

Sentencias del Supremo en materia de reconocimiento de derechos ha habido muchas y muy importantes. Un resumen rapidísimo comprendería el **reconocimiento del derecho moral**. Son varias las sentencias que han reconocido este derecho moral, tanto en su aspecto de paternidad como de integridad, pero quizás puestos a hacer alguna observación más allá de describir, vale la pena mencionar que las indemnizaciones en materia de reparación de daños causados al derecho moral de los autores son modestas. Lamentablemente, los autores todavía no han ganado rango social suficiente para que, si se les lesiona su derecho moral, sean indemnizados convenientemente.

En segundo lugar, la consolidación del **derecho de remuneración por copia privada**. Aquí nuestros tribunales han ejercido una función capital en distintos órdenes. Primero para salvar las diferencias entre las propias entidades de gestión. Hay una sentencia del Supremo poco conocida en la que las entidades de gestión de artistas y de productores de fonogramas presentan un recurso contra la disposición legal que establecía la distribución de reparto de derechos de copia privada en una cuota del 25% para artistas, 25% para productores de fonogramas y 50% para autores. El Tribunal Supremo dictó sentencia en el año 95 estimando fundada esa distribución, esa discriminación positiva, y declarando que no había motivo para anular ese criterio de reparto de los derechos.

También en relación con las facultades de control de las entidades de gestión, son muchas las sentencias que se

han pronunciado sobre este tema y queda abierta esa gran polémica sobre si las normas previstas en el artículo 25 son aplicables o no para la copia privada digital. Tema que se abordará en la mesa redonda de mañana, y que afecta y preocupa a las partes involucradas. Por un lado, el titular de derechos; por otro lado, la industria de las tecnologías de la información que consideran que este canon de copia privada no ha de aplicarse sobre estos soportes digitales puesto que allí existe un derecho exclusivo; y finalmente, al consumidor, usuario final de la obra.

En tercer lugar, existen sentencias del Supremo que reconocen la **pluralidad de actos de comunicación pública**. Ya en el año 91, una importante sentencia condenó a una televisión a indemnizar a la entidad de gestión cuyo repertorio estaba siendo utilizado por no disponer de la autorización preceptiva, estableciendo el criterio importante de que a falta de convenio, las tarifas generales eran un criterio subsidiario para la determinación del importe.

Pero también ha habido sentencias en materia de ejecución musical y sobre la emisión en establecimientos abiertos al público a través de receptores de televisión. Por tanto, una pluralidad de actos de comunicación pública.

Cabe destacar la reciente sentencia de 10 de mayo del 2003 en materia de comunicación pública en habitaciones de hotel. Hasta la fecha se habían producido varios pronunciamientos del Supremo, el primero creo recordar que en el año 96, el segundo en el 99, el tercero en este mismo año. En enero del 2003, una sentencia del Tribunal Supremo establecía el criterio de que en las habitaciones de los hoteles se producen actos de comunicación pública cuando se accede a las obras y demás prestaciones protegidas a través de receptores de televisión, hilo musical o vídeos instalados en las habitaciones privadas de los hoteles. En cambio, en esta sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 10 de mayo del 2003, se ha

cambiado de criterio, justificando que no hay comunicación pública. Probablemente, la cuestión seguirá abierta.

Otro tema fecundo es en materia de **legitimación de entidades de gestión**. Tras varias sentencias que comienzan en el año 99, hoy en día ya es –a mi entender– jurisprudencia consolidada, el reconocimiento de la legitimación *ad causam* mediante copia de los estatutos y el certificado del Ministerio de Cultura. Yo creo que es ésta una necesidad, ya que las entidades de gestión deben poder ejercitar los derechos que tienen encomendados y que, a pesar de las tremendas dificultades que ha habido en esta materia y las sucesivas reformas, hoy en día está plenamente reconocido por la jurisprudencia.

Los recursos contenciosos. Primero, en cuanto a legitimación *ad causam*, el Tribunal Supremo declaró la anulación del último inciso del párrafo segundo del artículo 145, que tasaba los motivos de oposición. La Ley de enjuiciamiento civil del año 2000, que entró en vigor en el año 2001, restituyó este mismo inciso y, por tanto, a pesar de quedar durante un periodo estrangulado, hoy en día está plenamente en vigor.

En segundo lugar, en cuanto a los derechos de gestión colectiva obligatoria, esto es el artículo 97 y las segundas frases de esos otros artículos, el Supremo declaró que el Gobierno disponía de facultades para incorporar estas segundas frases, referidas a facultad que tienen las entidades de gestión para negociar, para establecer el importe de la remuneración, para establecer convenios con asociaciones de usuarios en materia de derechos de remuneración.

Y, en tercer lugar, una sentencia complicada e interesantísima y que seguiré estudiando durante mucho tiempo, la de marzo del 2001. El Supremo declaró que el Gobierno había incurrido en *ultra vires* al suprimir el derecho exclusivo de comunicación pública de fonogramas, por tanto, declara la compatibilidad del derecho

exclusivo de comunicación pública y el derecho de remuneración por comunicación pública de fonogramas en una argumentación que arranca de la compatibilidad de esos derechos en materia de grabaciones audiovisuales en la Ley del 87. ¿Por qué –se pregunta el Supremo– va a ser incompatible el derecho exclusivo de comunicación pública de fonogramas y el de remuneración de fonogramas, cuando en la Ley 43/1994 se admite esa compatibilidad entre los productores de grabaciones audiovisuales y la remuneración?

A mi entender, el tema sigue abierto. Y me permito ahora exponer una opinión, por atrevida que parezca, de que estos derechos son incompatibles de por sí: donde existe un derecho de remuneración no ha de existir un derecho exclusivo. Creo que esto además perjudica gravemente al sector de titulares y de usuarios y que hasta que no se resuelva esta cuestión no terminará de cerrarse este sistema imperfecto que se abrió con el reconocimiento de un derecho de comunicación pública ya en el año 87. Y probablemente esto no debería existir sólo en el caso de los derechos de comunicación y remuneración de productores de fonogramas, sino que debería extenderse a todos los supuestos en los que se produzca la misma situación. Lo apunto, pues, para la polémica.

En cuanto a resoluciones del **Tribunal de Defensa de la Competencia**, se han producido varias resoluciones importantes en materia de adecuación del nivel de las tarifas aprobado por las entidades de gestión. También en relación con las condiciones desiguales establecidas por las entidades de gestión a empresas del mismo sector.

Recientemente –creo que la fecha concreta es 23 de mayo de este mismo año– se ha producido una tercera resolución: una sentencia muy importante en el caso que enfrentaba a unas entidades de gestión con un portal de Internet, y se discutía la existencia o no de abuso de posición de dominio por no conceder autorizaciones por parte

del que es titular del derecho exclusivo. Parecido al problema planteado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el caso Magill, existe una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de fonogramas.

VI. Otros protagonistas. En materia de publicaciones, aun a costa de sonar un poquito anticuados, recordemos que en el año 87 no había doctrina nacional. En cambio, hoy en día es posible consultar y estudiar un montón de publicaciones gracias precisamente al impulso de las universidades, gente que ha animado a hacer tesis sobre estos temas y a profesores que se han decidido a publicar y creo que en eso se ha avanzado muchísimo.

En formación de jueces, magistrados y fiscales, es un tópico decir que los jueces no saben nada de esto. Yo creo que saben más de lo que decimos a veces incluso en privado y, desde luego, saben mucho más hoy de lo que sabían en el año 87, así como también es mayor la preocupación por los propios órganos de formación del Consejo General del Poder Judicial en estos temas de lo que era antiguamente.

En cuanto a la Comisión Arbitral y Mediadora de Propiedad Intelectual, es ésta una de las asignaturas pendientes.

A modo de conclusión, hay un alto nivel de protección de los derechos en España igualable a cualquier otro de los Estados de la Unión Europea. Creo que la jurisprudencia ha contribuido –con alguna excepción, muy reciente alguna de ellas– a la consolidación de los derechos y a su ejercicio. Hay una enorme conflictividad en materia de reconocimiento y ejercicio de algunos derechos de comunicación pública, también algunos derechos de remuneración, en particular de la copia privada o digital, y esta conflictividad sólo se resolverá si ambas partes, ambas, ceden y rebajan sus pretensiones porque hay muchos motivos.

Finalmente, es urgente y necesaria la transposición de la Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información para que este nivel de protección que existe en España también cubra el entorno digital.

Citación recomendada

GONZÁLEZ, Agustín (2005). «1987-2003: ¿hacia una convergencia internacional?». En: «*Copyright* y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 1. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].
<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/gonzalez.pdf>
ISSN 1699-8154

Agustín González

Abogado de Uría & Menéndez en Madrid, especialidad de derechos de propiedad intelectual y propiedad industrial. Anteriormente era director del Departamento de Servicios Jurídicos de la Sociedad General de Autores y Editores.