

Question Q216B

National Group: Spain

Title: **Exceptions to Copyright protection and the permitted Uses of Copyright works in the hi-tech and digital sectors**

Contributors: Xavier Fábrega
Olalla Palleiro
Irache Pereira
Luis Baz
Jordi Romaní
Mónica Lopez
Josep M^a Oyonate
Isidro José García
María Jesús Sanmartín

Reporter within Working Committee: Javier Fernández-Lasquetty

Date: April 1, 2011

Questions

I. Analysis of current law and case law

The Groups are invited to answer the following questions about specific exceptions or permitted uses existing in their national laws:

- 1. What exceptions or permitted uses apply to a service provider in relation to user-generated content (UGC)? Are there any limitations on those exceptions/uses, for example when the service provider is put on notice of unlawful content uploaded by internet users? Would they also apply to UGC sites which likely attract infringement? Which types of service provider may benefit from such exceptions: What content does your jurisdiction define as UGC? Would exceptions for UGC, for example, apply to UGC sites such as YouTube or social networking sites such as FaceBook?**

De acuerdo con el artículo 15.1 de 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, los proveedores de servicios de la sociedad de la información no tienen una obligación general de supervisión de los contenidos proporcionados por los usuarios:

“Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.”

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI), incorpora la Directiva 2000/31/CE al ordenamiento jurídico español. El artículo 16.1 de dicha ley establece un régimen de exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos bajo determinadas condiciones:

“Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o*
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.*

Se considerará que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.”

Por tanto, en virtud del artículo 16.1 de la LSSI, los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos no serán responsables en caso de que el contenido proporcionado por los usuarios infrinja algún derecho de la propiedad intelectual, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que el contenido almacenado es ilícito, o*
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar el contenido o hacer imposible el acceso al mismo.*

Para que el prestador de servicios tenga conocimiento efectivo de que el contenido almacenado es ilícito, es necesario que un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos y haya ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos.

Esta exención se aplica a cualquier prestador de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por los usuarios.

La ley no define *“contenidos generados por los usuarios”*, sino que se refiere en general a *“datos proporcionados por los destinatarios”* de los servicios de alojamiento o almacenamiento.

Sin embargo, existe algún precedente judicial al respecto. En efecto, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid de 20 de septiembre de 2010 (Gestevisión Telecinco S.A., Telecinco Cinema S.A.U. vs. Youtube LLC) ha declarado expresamente que la exención del artículo 16.1 LSSI es aplicable a sitios web como YouTube.

En su demanda, el canal de televisión Telecinco afirmaba que YouTube no es un mero prestador de servicios de intermediación, sino que actúa como un proveedor de contenidos, ya que realiza *“labores editoriales”* en el proceso de selección y control de los contenidos que exhibe en su página web.

Sin embargo, la sentencia establece que es imposible controlar la totalidad de los contenidos que se ponen a disposición de los usuarios de YouTube (más de 500 millones de vídeos). Además, el juzgado considera que *“la selección de determinados vídeos atendiendo a unos criterios previos definidos por los usuarios no entraña ninguna labor editorial de creación o provisión de contenidos”*.

Según la sentencia, *“el sistema de detección, notificación y verificación instalado por la demandada ha resultado eficaz en cada ocasión en que Telecinco ha solicitado la retirada de contenidos del sitio web de YouTube”*.

En definitiva, la sentencia afirma que YouTube no es un proveedor de contenidos y, por lo tanto, no tiene la obligación de controlar *ex ante* la ilicitud de los contenidos que se alojan en su página web. YouTube presta un servicio de intermediación en los términos definidos en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, y su actuación está exenta bajo el artículo 16.1 de dicha ley, siempre y cuando no tenga conocimiento de que la información que almacena es ilícita o, si la tiene, actúe con diligencia para retirar los datos. Por lo tanto, la única obligación de YouTube es *“colaborar con los titulares de los derechos para, una vez identificada la infracción, proceder a la inmediata retirada de los contenidos”*.

La sentencia concluye que *“partiendo del principio general firmemente establecido de que la demandada no tiene obligación alguna de monitorizar o controlar con carácter previo los contenidos alojados en su sitio web, corresponde a la actora poner en conocimiento efectivo de YouTube aquellos contenidos que puedan lesionar o infringir la titularidad de sus derechos de propiedad intelectual”*.

Hay que advertir que esta sentencia no es firme y está pendiente de recurso ante la Audiencia Provincial.

2. What exceptions or permitted uses apply in relation to temporary acts of infringement? Do transient/temporary copies of electronic works, held for example in a cache or in a computer's working memory (RAM) amount to infringing copies?

La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, dispuso la conveniencia de establecer excepciones al derecho exclusivo de reproducción de la obra, para permitir determinados actos de reproducción provisionales, habiendo sido tales disposiciones incorporadas al derecho español.

En particular, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en adelante, TRLPI), en sus artículos 17 y ss., contiene la regulación relativa a los derechos de explotación de la obra, refiriéndose su artículo 18 (en su redacción dada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, que incorpora al derecho español la mencionada Directiva 2001/29/CE 2001/29/CE), al derecho de reproducción de la obra, como derecho exclusivo de su autor, incluso cuando tal reproducción se realiza de forma provisional.

Sin embargo, la misma Ley prevé, en sus artículos 31 y ss., una serie de límites a los derechos de autor. En particular, el artículo 31.1. (en su redacción dada por la mencionada Ley 23/2006, de 7 de julio que incorpora al derecho español la Directiva 2001/29/CE), reconoce, como excepción a lo dispuesto en el citado artículo 18, que los actos de reproducción provisional de la obra no requerirán autorización del autor cuando cumplan los siguientes requisitos: (i) carecer por sí mismos de una significación económica independiente, (ii) consistir en actos transitorios o accesorios y formar parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, y (iii) tener como única finalidad la de facilitar, bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, o bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la Ley.

Para una adecuada interpretación de la excepción prevista en el mencionado artículo 31.1. del TRLPI debe ser tenido en cuenta lo dispuesto en el artículo 40 bis del mismo texto legal, que determina que los límites establecidos a los derechos de autor no podrán ser interpretados “de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”.

Por otra parte, los artículos 13 y ss. de la LSSI, regulan el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, estableciendo, con carácter general, el principio de responsabilidad civil, penal y administrativa de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, si bien con algunas excepciones, reguladas en los artículos siguientes.

En particular, el artículo 15 de la LSSI se refiere al régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio, con única la finalidad hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, y los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, y dispone que no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, cuando se cumplan una serie de condiciones, entre las que se encuentran la no modificación la información, el otorgamiento de permiso de acceso a la misma sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas, el respeto de las normas sobre la actualización de la información, y la no interferencia en la utilización lícita de tecnología con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información.

Finalmente, y a modo de conclusión, según lo dispuesto en el TRLPI, los actos temporales de reproducción provisional de la obra que cumplan los requisitos previstos en el artículo 31.1. de la mencionada norma, careciendo de significación económica independiente, consistiendo en actos transitorios o accesorios que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, y teniendo como única finalidad la de facilitar una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario o una utilización lícita, constituyen una excepción al derecho de reproducción de la obra que corresponde, con carácter general, al autor de la misma, siempre y cuando la aplicación de esta excepción no suponga un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del mencionado autor, ni vaya en detrimento de la explotación normal de la obra en cuestión.

Dicha excepción tiene también su reflejo en la LSSI, según lo dispuesto en su artículo 15, que exime de responsabilidad a los prestadores de servicios de la sociedad de la información por la reproducción temporal de los datos facilitados por un destinatario del servicio, cuando la única finalidad de tal reproducción sea la de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, cuando se cumplan los requisitos expuestos.

La Ley española no contiene una clasificación de actos de reproducción provisional que deban considerarse comprendidos, en todo caso, en la excepción contemplada en el artículo 31.1 TRLPI, sino que se limita, según lo expuesto, a indicar los requisitos que debe cumplir un acto de reproducción provisional para no ser considerado infractor.

Por tanto, cualquier acto de reproducción provisional que no cumpla tales requisitos, podrá ser considerado infractor, incluidas las copias realizadas en caché o en la memoria RAM.

Serán los Tribunales quienes, en aplicación de las normas citadas, determinarán, caso por caso, cuáles son los concretos actos que deben ser considerados infractores.

Pese a que no existe todavía en España una jurisprudencia abundante y consolidada sobre la interpretación de la excepción regulada en el artículo 31.1. del TRLPI, debe destacarse la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 septiembre 2008, la cual, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 18, 31.1 y 40 bis del TRLPI, reconoce la licitud del caching realizado por Google, debido a que

“el empleo de la memoria caché lo ha sido para contribuir a la difusión y puesta a disposición del público que pretende el titular de la obra que cuelga en un sitio Web y permite que pueda ser localizada por un buscador, pero en la medida en que se respetan la integridad de la obra y la facultad de puesta a disposición (comunicación) del titular de la obra. Subyace la idea de que este uso de la memoria caché, por su finalidad y la forma en que se desarrolla, no sólo no perjudica al titular ni contraría propiamente sus derechos, sino que está tácitamente aceptado por quienes cuelgan sus obras en la red sin impedir o restringir el libre acceso a las mismas. (...) con ello no se reconoce una impunidad absoluta para Google a la hora de prestar su servicio caché (...) pues ese servicio ha de ser realizado salvaguardando unas condiciones mínimas que preservan la integridad de la obra y la facultad de puesta a disposición (comunicación) del titular de la obra”,

refiriéndose, a tal efecto, a las condiciones previstas en los artículos mencionados.

3. Is there a private copying exception? If so, what is its scope? Should copyright levies apply for private use? If so what uses should be subject to the levy?

El artículo 31. 2 TRLPI contempla la excepción de la copia privada dentro de los límites al ejercicio de los derechos de autor, estableciendo lo siguiente :

“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de las obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador.”

Dicho artículo establece el alcance de la excepción de la copia privada en los siguientes términos:

- a) Derecho afectado : La reproducción en cualquier soporte. No distingue entre copias analógicas y copias digitales. No limita el número de reproducciones.

- b) Beneficiario : La persona física.
- c) Finalidad : Uso estrictamente privado o personal. No queda amparada por la excepción la copia para una utilización colectiva o lucrativa.
- d) Condición : Acceso legal a la obra.
- e) Remuneración : compensación equitativa.
- f) Impedimentos a la excepción : Medidas tecnológicas contempladas en el artículo 161 TRLPI.

Con el fin de compensar a los autores y otros titulares de derechos de propiedad intelectual por el perjuicio que les ocasionan las reproducciones para uso privado, la ley establece un sistema de compensación equitativa a favor de los mismos.

La Directiva 2001/29 CE (artículo 5. 2 b) faculta a los Estados miembros a escoger los sistemas de retribución que estimen pertinentes para hacer efectivo el derecho a una compensación equitativa de los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la excepción de copia privada al derecho de reproducción.

El artículo 25 TRLPI regula la compensación equitativa por copia privada, estableciendo un canon que es aplicado a los equipos, aparatos y soportes de reproducción analógica y digital. Los aspectos más relevantes del sistema establecido son los siguientes:

Art. 25.1

*1. “La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una compensación equitativa y única para cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, a favor de las personas que se expresen en el párrafo b) del apartado 4 , dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaron de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.
(.....)*

Art. 25. 6 4ª

“las partes negociadoras dentro del proceso de negociación y, en todo caso, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, a los efectos de aprobación de la orden conjunta a que se refiere la regla anterior, deberán tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

- a. El perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos por las reproducciones a que se refiere el apartado 1, teniendo en cuenta que si el perjuicio causado al titular es mínimo no podrá dar origen a una obligación de pago.*
- b. El grado de uso de dichos equipos, aparatos o soportes materiales para la realización de las reproducciones a que se refiere el apartado 1.*
- c. La capacidad de almacenamiento de los equipos, aparatos y soportes materiales.*
- d. La calidad de las reproducciones.*

e. *La disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas a que se refiere el artículo 161.*

f. *El tiempo de conservación de las reproducciones.*

g. *Los importes correspondientes de la compensación aplicables a los distintos tipos de equipos y aparatos deberán ser proporcionados económicamente respecto del precio medio final al público de los mismos”*

La Sentencia TJCE de 21 Octubre 2010 (Asunto C-467/08 SGAE/PADAWAN) avala el sistema de compensación por copia privada en el caso de que los equipos, aparatos y soportes de reproducción analógica y digital sean destinados por particulares a realizar dichas copias privadas

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) *El concepto de «compensación equitativa», en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, es un concepto autónomo de Derecho de la Unión, que debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros que hayan establecido una excepción de copia privada, con independencia de la facultad reconocida a éstos para determinar, dentro de los límites impuestos por el Derecho de la Unión y, en particular, por la propia Directiva, la forma, las modalidades de financiación y de percepción y la cuantía de dicha compensación equitativa.*

2) *El artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 ha de interpretarse en el sentido de que el «justo equilibrio» que debe respetarse entre los afectados implica que la compensación equitativa ha de calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas como consecuencia del establecimiento de la excepción de copia privada. Se ajusta a los requisitos del «justo equilibrio» la previsión de que las personas que disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y que, a este título, de derecho o de hecho, ponen esos equipos a disposición de usuarios privados o les prestan un servicio de reproducción sean los deudores de la financiación de la compensación equitativa, en la medida en que dichas personas tienen la posibilidad de repercutir la carga real de tal financiación sobre los usuarios privados.*

Dicha sentencia, que responde la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona, ha determinado el sentido de la sentencia dictada por ésta el 2 de marzo de 2011. De forma novedosa en nuestra jurisprudencia, se establece la posibilidad de discriminar la aplicación de la compensación en función de que nos encontremos ante un copista privado -el cual estaría obligado al pago de la compensación- o ante una empresa o profesional, en cuyo caso, dado el uso distinto que se daría a los equipos y soportes, no se justificaría la aplicación de la compensación por copia privada.

Por otro lado, la Ley 2/2011, de 4 marzo, de Economía Sostenible establece en su disposición adicional duodécima que

El Gobierno, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, mediante Real Decreto y con plena conformidad al marco normativo y

jurisprudencial de la Unión Europea, procederá a modificar la regulación de la compensación equitativa por copia privada.

A esta obligación asumida por el gobierno se une un nuevo factor que hace urgente la modificación, ya que el día 22 de marzo de 2011 fueron dictadas varias sentencias por la Audiencia Nacional, en las que se declaraban nulos diversos artículos de la Orden PRE 1743/2008 de 18 de junio, por el que se establecieron los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, quedando por tanto ésta obligación huérfana de una regulación concreta

Por tanto, en los próximos meses España debe contar con una nueva normativa que regule los medios sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada.

4. Under what conditions do the hyperlinking or location tool services provided by search engines infringe copyright? Are there any exceptions or permitted uses relevant to this activity?

La doctrina más autorizada y los tribunales españoles han puesto de manifiesto, sin ambages, el carácter indispensable de los enlaces para que la WWW pueda funcionar. Bajo este prisma la incorporación de enlaces a páginas web ajenas ha sido vista con buenos ojos, hasta el punto de que se ha considerado bien que los enlaces no interfieren los derechos de reproducción y comunicación pública de los titulares de una creación intelectual, bien que los enlaces tienen amparo en alguno de los límites al derecho de autor que contempla el TRLPI.

(a) Se ha dicho que los enlaces de superficie (*surface links*) son enlaces transparentes por cuanto el reenvío se produce a la página principal de otro *website* y que, por su concepción y carácter necesario para el funcionamiento de la red, es difícil que se pueda considerar que vulneren derechos de propiedad intelectual ajenos. Más dudas presentan, sin embargo, los llamados enlaces profundos (*deep links*), los enlaces ensamblados (*inline links*) y los enlaces P2P (*Peer to peer*), por cuanto no gozan de la característica de la transparencia.

(b) Desde el punto de vista de la normativa española, cabe preguntarse cuáles son los derechos de explotación que eventualmente pudieran verse afectados por el sistema de enlaces de Internet. Parece que, en principio, los únicos derechos que se podrían ver afectados son los siguientes:

- El derecho de reproducción del artículo 18 TRLPI;
- El derecho de distribución del artículo 19 TRLPI y
- El derecho de comunicación pública contemplado en artículo 20.2.i) TRLPI, que considera acto de comunicación pública la *“puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”*.

(c) Como ya se ha dicho resulta ciertamente dudoso que se pueda sostener que un enlace normal implique (salvo oposición expresa del titular de la página web enlazada) una vulneración de estos derechos de explotación, ya que con el enlace simplemente se destaca una página web (un dato fáctico), sin reproducir (más allá de lo estrictamente técnico) ni comunicar públicamente el contenido de la misma. No tiene significado económico independiente.

En el caso de los enlaces profundos (*deep links*), los enlaces ensamblados (*inline links*) y los enlaces P2P (*Peer to peer*), la cuestión es menos clara, toda vez que quien inserta un enlace de esta naturaleza en cierta medida está participando e interviniendo en la forma en que se produce la comunicación pública, ya que está alterando la voluntad inicial del propietario de la página web o del creador de la obra enlazada. Esta alteración puede conllevar incluso una pérdida de ingresos para el titular del sitio o de la obra objeto del enlace.

Sólo habría, por tanto, un juicio favorable inicial para todos aquellos enlaces -bien sea de una página web a otra o bien de un buscador a una página web- cuya finalidad no sea alterar las condiciones de acceso a la obra prevista por su creador.

(d) Este análisis indiciario no es, sin embargo, suficiente. Es preciso valorar al tiempo si el alcance de los derechos de reproducción y disposición está condicionado por alguno de los límites que contemplan los artículos 31 a 40 TRLPI. Por lo que se refiere a la presente problemática, algunos límites que eventualmente podrían entrar en juego son los siguientes:

- El primer límite sería el contemplado en el 31.1 TRLPI. Según este límite, no requieren autorización del autor los actos de *reproducción provisional* que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consiste en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita. Bajo este límite podrían tener cobijo aquellos enlaces que no impliquen la reproducción de contenidos ajenos en la propia página web, pero no los enlaces ensamblados.

- El segundo límite es el contemplado en el artículo 31.2 TRLPI, conforme al cual no es necesaria la obtención de autorización para la reproducción de una obra ya divulgada, siempre y cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa. En el caso de los enlaces creados a través de los sistemas P2P es difícil que se pueda sostener que los enlaces están amparados en este límite: de un lado porque las redes P2P tienen por objeto una utilización colectiva y, de otro, porque si una obra es divulgada de forma ilícita (sin el consentimiento del autor), difícilmente el enlace que se genere para su acceso por terceros puede calificarse como lícito.

- El tercero de los límites es el derecho de cita del artículo 32.1, párrafo primero TRLPI. Aunque en ocasiones se ha considerado que un enlace puede estar amparado por este límite a los derechos de autor (enlaces de buscadores que al margen del enlace ofrecen una pequeña reseña de la página web enlazada), lo cierto es que el régimen de la cita es bastante estricto y exige, como primera medida, que la obra objeto de cita esté divulgada, lo que a su vez implica –de conformidad con la propia definición de divulgación del artículo 4 TRLPI- que la puesta en línea se haya producido con el consentimiento del autor. Otros requisitos del derecho de cita (que se trate de fragmentos de obras ajenas; que la inclusión se realice para el análisis, comentario o juicio crítico, así como con fines docentes o de investigación, entre otros), harán muy difícil que un enlace profundo o un enlace ensamblado pueda quedar amparado por este límite a los derechos autor.

- El cuarto de los límites es el relativo a las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa y su consideración como citas. En este límite se podría pensar que se incluyen las reseñas de noticias que realizan algunos buscadores. Sin embargo, el artículo 32.1, párrafo segundo TRLPI dispone que, de un lado, el autor puede oponerse expresamente a dicha utilización (como de hecho hacen en sus páginas web la mayoría de las editoras de periódicos) y, de otro lado, el límite no

permite amparar la realización de este tipo de reseñas o revistas de prensa con fines comerciales. Incluso en el caso de que los autores no se hayan opuesto a dicha utilización, la Ley les reconoce el derecho a percibir una remuneración equitativa. Es más, el inciso final del precepto establece que *“en caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite”*.

(e) Los límites a los derechos de autor -que en principio resultan de muy difícil aplicación al sistema de enlaces profundos (*deep links*), los enlaces ensamblados (*inline links*) y los tipo P2P (*Peer to peer*)- tienen, por lo demás, condicionada su aplicabilidad. En efecto, el artículo 40 bis TRLPI establece que los límites a los derechos de autor no pueden ser interpretados de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran. Según este precepto, la interpretación de los límites debe ser muy estricta lo que, a la larga, debería ir en perjuicio de su aplicabilidad.

(f) Pero la cuestión no es de tan fácil solución como la que en apariencia trasciende de la Ley española, ni siquiera en el caso de los polémicos enlaces P2P. En efecto, los Tribunales españoles, tanto del orden penal como civil, están considerando:

- De un lado, que el sistema de enlaces o links que tienen establecido algunas páginas web no supone actos de distribución, ni reproducción ni comunicación pública de las obras o creaciones a las que se dirigen los enlaces.

- De otro lado, que el sistema de protección regulado por el TRLPI no contiene previsión alguna que prohíba favorecer, permitir u orientar a los usuarios de la red de Internet que acceden a una página web de enlaces, la búsqueda de obras que se encuentran ubicadas en sitios de terceros, ni siquiera cuando dichos sistemas de búsqueda favorezcan la posterior descarga de obras protegidas.

- De otro lado, que los actos típicos de distribución, reproducción y comunicación pública son realizados por los responsables de las páginas enlazadas y no por los titulares de las páginas web de enlaces. En el ámbito civil cabe citar el fundamento de derecho quinto de la Sentencia 83/2011 de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de febrero de 2011, a cuyo tenor:

“quien disponiendo de un archivo musical o de una película lo introduce en una carpeta de archivos compartidos, a la que cualquiera puede tener acceso mediante un programa cliente P2P, además de llevar a cabo un acto de reproducción no amparado por la excepción del artículo 31.2 TRLPI, pues no cabría hablar de un uso privado, está poniendo estos archivos a disposición del público, y por ello realiza un acto de comunicación pública previsto en el artículo 20.2.i) TRLPI. Pero el titular de la página web que facilita el enlace, además de la previa selección de los archivos, aunque contribuye indirectamente a esta infracción de los derechos de propiedad intelectual afectados por la comunicación pública, no lleva a cabo directamente estos actos. Por supuesto que no realiza ninguna reproducción, ya que se limita a suministrar el link, a ofrecer un enlace, a través del cual, eso sí, se podría llevar a cabo un posterior acto de comunicación pública del archivo compartido. Pero el ofrecimiento del enlace no supone un acto de disposición del archivo, razón por la cual no cabe hablar de la “puesta a disposición” en que consiste la actividad tipificada en la letra i) del artículo 20.2 TRLPI como acto de comunicación pública. Como se ha argumentado en la doctrina: “la puesta a disposición tiene lugar en los ordenadores de los usuarios donde se halla la obra, y desde donde se puede descargar a través del programa cliente P2P; son, por tanto, estos usuarios quienes realizan la puesta a disposición”.

(g) Esta apreciación de los tribunales se ve reforzada, en cierta medida, con la exención de responsabilidad que el artículo 17 LSSI contempla respecto de los proveedores de enlaces, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o lesiona bienes o derechos de terceros y, si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. El problema es, claro está, que por regla general se considera que para tener “*conocimiento efectivo*” es necesario que un órgano competente haya bien declarado la ilicitud de los datos, bien ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos o bien hubiese declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución.

(h) En este contexto la Ley 2/2011, de 4 marzo, de Economía Sostenible introduce como disposición final cuadragésima tercera la denominada “*Ley Sinde*”, que modifica ciertos preceptos de la LSSI, del TRLPI y de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa con el fin de arbitrar un procedimiento ágil que permita la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o la adopción de medidas tendentes a la retirada de los contenidos vulneradores de los citados derechos.

Esta Ley no cambia la concepción de los enlaces que, salvo en contadas excepciones, seguirán siendo un instrumento válido y eficaz para el adecuado funcionamiento de la WWW; pero al menos impedirá que el uso abusivo de los enlaces como instrumento para defraudar derechos de autor se perpetúe y se consolide.

5. Are there any other exceptions or permitted uses which you consider particularly relevant to the digital environment (not previously studied in Q216 A)?

Nuestra legislación (especialmente la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico) no prevé otras excepciones aparte de las que se abordan en el resto de preguntas y respuestas; siendo la situación legislativa actual el resultado de la incorporación de diversas Directivas Comunitarias.

II. Proposals for harmonization

The Groups are invited to put forward proposals for the adoption of harmonised rules. More specifically, the Groups are invited to answer the following questions without regard to their national laws:

6. In your opinion, are the exceptions to copyright protection for (i) user-generated content, (ii) transient/temporary copies, (iii) private copying (taking into account any copyright levies) and (iv) hyperlinking in your country/region suitable to hold the balance between the interest of the public at large and of copyright owners in the hi-tech and digital sectors?

Como se ha indicado en la cuestión 1, el artículo 16 LSSI establece una excepción para los prestadores de servicios de alojamiento de datos proporcionados por los usuarios, que se ha considerado alcanza a los contenidos generados por dichos usuarios. Este mecanismo garantiza la existencia de un equilibrio entre los intereses del público en general y el de los titulares de derechos de autor.

Ha de reconocerse que la defensa de los derechos por sus titulares en relación con el UGC es compleja, toda vez que les corresponde el realizar un seguimiento de los vídeos y demás contenidos que vulneren sus derechos y que los usuarios coloquen en plataformas como YouTube o FaceBook. Sin embargo, los prestadores de servicios reciben diariamente cantidades ingentes de contenidos, que no pueden controlar fácilmente sin la colaboración activa de los titulares. Es posible que los medios técnicos de detección se vayan perfeccionando, de manera que el esfuerzo sea menor pero siempre será necesario que los titulares mantengan una actividad constante para prevenir o reprimir las infracciones

En el supuesto de los actos de reproducción provisional / temporal, y teniendo en cuenta que la concreta excepción contemplada al respecto establece, para ser aplicada, la concurrencia de unos requisitos restrictivos y que deben darse de forma cumulativa:

- carecer por sí mismos de una significación económica independiente;
- ser transitorios o accesorios y formar parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, y;
- que su única finalidad consista en facilitar, bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la Ley.

Es dudoso que dicha excepción sea en todos los casos adecuada para mantener el equilibrio de los intereses del público en general y de los titulares de los derechos de autor, pues la constante y continua evolución del entorno digital /Internet comporta cada vez más la existencia de determinados actos de reproducción necesarios para el normal desenvolvimiento en dicho entorno digital, beneficiando además tanto a usuarios como a titulares de derechos (p.ej. copias caché realizadas por motores de búsqueda), que si bien el sentido común llevaría a no considerar infractores, no están amparados por dicha excepción, al no adecuarse estrictamente a los concretos requisitos previstos por la misma.

Respecto a la concreta excepción relativa a la copia privada y a la compensación equitativa a favor de los titulares de derechos consideramos que si bien la excepción prevista es adecuada para mantener el equilibrio entre los intereses del público en general y los intereses de los mencionados titulares de derechos, no sucede lo mismo respecto a la aplicación de la compensación equitativa prevista (canon por copia privada).

La citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de marzo de 2011, (caso PADAWAN), la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de Octubre, dictada en respuesta de las cuestiones prejudiciales sometidas por la citada Audiencia de Barcelona en el caso referido, las sentencias de la Audiencia Nacional y la disposición adicional duodécima de la Ley 2/2011 han provocado la necesidad de que la legislación española se modifique, esperamos que de manera tal que el sistema sea finalmente considerado equitativo por todos los actores en el sector.

La inexistencia de una excepción específica relativa a los enlaces hipertexto (hyperlinking) hace que no se pueda determinar la eventual adecuación de la excepción en relación con el mantenimiento del equilibrio de intereses, del público en general y de los titulares de derechos de autor. En cualquier caso y como se ha visto por la respuesta a la cuestión 4, esta situación merecería se solucionase través de una normativa absolutamente clara y suficientemente amplia en cuanto a los supuestos a contemplar.

En conclusión, consideramos que teniendo en cuenta la constante evolución a que se ven sometidos los sectores hi-tech y digital, y no obstante la existencia de principios generales de interpretación de las normas que establecen que las mismas se deben interpretar, entre otros, en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de las mismas, es necesaria una concreta adecuación de las normas relativas a los derechos de autor, y en particular de las referidas a las excepciones a tales derechos, acorde con los cambios que continuamente se producen en el entorno digital, adaptándose a ese escenario cambiante, a fin de poder garantizar ese deseable equilibrio entre los intereses del público en general y los intereses de los titulares de los derechos de autor.

Si bien se han establecido criterios como la regla de los tres pasos, en un intento de flexibilizar la interpretación de los límites, para favorecer su proyección sobre nuevas realidades, lo cierto es que el sistema de protección de derechos de autor se basa en un paradigma anterior al boom de la digitalización, siendo, por tanto, el alcance de la citada regla, limitado.

7. Are these exceptions and permitted uses appropriate to the technology, understandable and realistic? Do they contribute to a situation where copyright is enforceable in practice?

Nuestra Ley de Propiedad Intelectual ha adoptado un sistema cerrado de limitaciones, propio de los países de nuestro contorno europeo; siendo éste mucho más protector del autor. Aunque a nivel interno las limitaciones están bien definidas y construidas, comportando interpretaciones restrictivas, se ha hecho necesario otorgar al sistema cierta flexibilidad, con el objetivo de amparar las nuevas situaciones favorecidas por el avance de la tecnología.

Así, se ha buscado la implementación del entorno digital mediante límites válidos en el mundo analógico como ha sido la regla de los tres pasos como herramienta fundamental para interpretar las limitaciones, consistente en:

- (a) Correcta definición y limitación de su alcance.
- (b) No atentar contra la explotación normal de las obras o que se limiten su campo de aplicación a áreas que no supongan competencia económica con los usos no exentos.
- (c) Exista un equilibrio entre los derechos de los autores y el interés público.

No obstante, y pese al intento de adoptar un criterio propio de sistemas más abiertos, en la práctica se puede observar cierta problemática derivada del entorno cambiante de las nuevas tecnologías, que no propicia el conocimiento y la sensibilización sobre las posibilidades de las mismas por parte de quienes han de aplicar e interpretar la norma.

Asimismo, como señalábamos en el punto anterior, la flexibilidad que dicha regla permite es limitada.

8. What, if any, additional exceptions would you wish to see relevant to these areas?

Otras excepciones aceptables serían aquellas que se han consolidado en países de nuestro entorno jurídico. Así, por ejemplo, sería una excepción admisible, en nuestra opinión, las copias realizadas en la memoria caché del ordenador que, por otro lado, ni siquiera debieran considerarse una reproducción, como lo han señalado los tribunales

japoneses en relación con la legislación de derecho de autor de aquel país. Igualmente, y como ha hecho también en el propio Japón, modificando recientemente dicha legislación, se podría permitir la reproducción de obras protegidas por derecho de autor para evitar problemas de transmisión.

Igualmente, quizás debiera suavizarse la normativa comunitaria que exige, para la exención de las copias incidentales de los derechos de reproducción que “concurran los requisitos de ser parte igual y esencial de un proceso tecnológico, no tengan “significación económica independiente” y permitan, o bien la transmisión en una red entre terceros por un intermediario o el legítimo uso de la obra, y acercarse más a la fórmula de Australia, que prevé excepciones basadas simplemente que se trate de copias hechas en el curso de una comunicación o que sean parte de un proceso técnico. Igualmente, Australia puede ser un modelo en cuanto no se considera infringido el derecho de autor por la copia de una grabación sonora para un uso doméstico privado o hacer una copia electrónica de una grabación de video que no sea en sí misma infractora.

- 9. Given the international nature of the hi-tech and digital fields, do you consider that an exhaustive list of exceptions and permitted uses should be prescribed by international treaties in the interests of international harmonisation of copyright? Might you go further and say that there should be a prescribed list? If so, what would you include?**

Como punto de partida hay que considerar la necesidad de un cierto grado de armonización de las diferentes legislaciones nacionales, en aras a evitar que las incertidumbres legales puedan frenar el desarrollo en los sectores de alta tecnología y digital. También para evitar que existan zonas de impunidad por la existencia de vacíos legales o regulaciones contradictorias. En el campo del Derecho de Autor existe una larga tradición de tratados internacionales que han armonizado las legislaciones nacionales, por lo que no resultaría extraña la utilización de esta vía.

Una lista prescrita podría ser conveniente para evitar las situaciones de incertidumbre o impunidad antes indicadas. Dicha lista debería elaborarse una vez recopiladas las experiencias legales y judiciales de los diferentes países, a fin de cubrir todos los aspectos necesarios. Además, debería contener definiciones claras y exhaustivas, a fin de evitar interpretaciones divergentes en las diferentes legislaciones o tribunales nacionales. También deberían preverse mecanismos de actualización y mejora en periodos cortos de tiempo. Finalmente, la armonización debería tener siempre en cuenta los respectivos principios básicos y fundamentales de los dos grandes sistemas de protección, el de Derecho de Autor y el de Copyright, a fin de no introducir en ninguno de los sistemas elementos distorsionadores.

211210

Note: It will be helpful and appreciated if the Groups follow the order of the questions in their Reports and use the questions and numbers for each answer. If possible type your answers in a different colour. Thank you for your assistance.