



EL FUTURO DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS CONTENIDOS GENERADOS POR LOS USUARIOS EN LA WEB 2.0



Router

Rooter es una Consultora Estratégica y de Servicios Jurídicos especializada en Tecnología, Medios y Telecomunicaciones. Colaboramos con los principales agentes del sector en Europa y América Latina, contando con un conocimiento experto y generando información de referencia en esta materia. Disponemos de oficinas en Madrid, Sevilla y Santiago de Chile.

En **Rooter** queremos ser líderes en Consultoría, Servicios Jurídicos y Análisis Estratégico, donde la Tecnología, las Telecomunicaciones, la Industria Cultural, los Contenidos Digitales y la Innovación sean los ejes de los modelos de negocio. Nuestros profesionales están a su disposición para ayudarles a mirar de otra forma. No para obviar los problemas. Para encontrar caminos nuevos en el mundo de los negocios.

Para más información, puede consultar nuestra web www.rooter.es

EL FUTURO DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS CONTENIDOS GENERADOS POR LOS USUARIOS EN LA WEB 2.0

Estudio dirigido y coordinado por **Franz Ruz**
Socio-Director del Área Legal de **Rooter**

Octubre de 2011

Estudio independiente realizado por **Rooter** por encargo de 

Primera edición, 2011

Edición: Rooter (Techmedia Lex S.L.).

Dirección y coordinación: Franz Ruz.

Con la participación de Ignacio Garrote, profesor titular de Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

Colaboradores: Javier Sabido, María José Prieto, Jordi Rubio, Conrado Castillo Serna y Álvaro Díez.

Agradecimientos: José Antonio Montilla, María Tejero.

Diseño gráfico y maquetación:  301 TECH

Para más información del Estudio y sobre los autores participantes, puede consultar la página web del mismo www.ugcreport.net o puede ponerse en contacto con Franz Ruz, director del Estudio, en el e-mail: franz.ruz@rooter.es

© Techmedia Lex S.L. Todos los derechos reservados.

Índice

1. Resumen Ejecutivo	7
1.1 Planteamiento del problema	7
1.2 La base para un cambio: la ineficacia del sistema actual.....	7
2. Introducción.....	11
3. Planteamiento del problema	13
4. El usuario como generador de contenidos y el derecho de autor	15
4.1 Definición de Contenidos Generados por los Usuarios (UGC)	15
4.2 Supuestos no clasificables como UGC.....	16
4.3 Tipología de contenidos generados por los usuarios (UGC)	17
5. Impacto de los UGC en el desarrollo cultural y su relevancia social.....	19
5.1 Aportación a la riqueza cultural y a la creación.....	19
5.2 Oportunidad para la generación de nuevos negocios para la industria cultural y de los contenidos	20
5.3 Contribución de los contenidos generados por los usuarios para el desarrollo de los contenidos en español en Internet	20
6. Medición y consumo de los contenidos generados por los usuarios (UGC) en la Economía Digital	23
7. La figura del usuario como creador	31
7.1 Importancia del usuario como generador de contenido y como motor del desarrollo de la economía digital	31
7.2 La situación actual: régimen jurídico en España de los contenidos protegidos generados por usuarios. Problemas y dificultades en el entorno web 2.0	33
8. El estado del arte: prácticas en la gestión de derechos de propiedad intelectual en el ámbito UGC por parte de prestadores de servicios de alojamiento y compartición de contenidos	39
8.1 Cesión de derechos de los UGC.....	41
8.2 Normas de comportamiento de los usuarios.....	43
8.3 Protección de derechos de propiedad intelectual de terceros	44
8.4 Resolución de conflictos – Ley aplicable y jurisdicción	47
9. Hacia una solución en materia de UGC y los derechos de los autores de las obras preexistentes incorporadas o transformadas por un usuario	49
9.1 Primera vía: la celebración de convenios o acuerdos marco entre los titulares de derechos y los proveedores de servicios de alojamiento y compartición de contenidos.....	50
9.2 Segunda vía: soluciones tecnológicas para la gestión de autorizaciones singulares.....	51
9.3 Tercera vía: ¿Hacia un límite al derecho de autor que beneficie a los usuarios?.....	52
9.4 Problemas del sistema de lista cerrada de límites de la LPI española para adaptarse a los UGC	55
9.5 Marco internacional para la admisión de un nuevo límite a los derechos patrimoniales de autor respecto de los UGC.....	56
9.6 La admisión de un nuevo límite a los derechos patrimoniales de autor respecto de los contenidos generados por los usuarios en el Derecho Comunitario.....	75
10. Conclusiones	81
10.1 Falta de vigencia del sistema actual en materia de UGC	81
10.2 Necesidad, en consecuencia, de un nuevo modelo de gestión de derechos o un régimen jurídico actualizado para los contenidos generados por usuarios.....	82
11. Índice de figuras	83



1. Resumen Ejecutivo

1.1 Planteamiento del problema

Uno de los grandes desafíos para los derechos de autor en la web 2.0 son los contenidos generados por los usuarios (UGC). Las nuevas tecnologías, las redes sociales y las plataformas digitales ofrecen la posibilidad de masificar la actividad creadora y la difusión de las obras; así, circulan por la red millones de contenidos generados por los usuarios en redes sociales, blogs, podcasts, vídeos, entre otras formas de expresión. Los usuarios crean obras originales, pero también adaptan o incorporan obras de terceros, es decir, realizan una actividad transformadora mediante la cual producen y comunican públicamente obras derivadas o compuestas. Esta realidad cada vez más masiva, sin embargo, no va aparejada de un adecuado modelo de gestión de derechos de propiedad intelectual acorde a los tiempos.

Muchos de los contenidos generados por el usuario en plataformas como YouTube o en redes sociales como Facebook constituyen infracciones a los derechos de propiedad intelectual a la luz de la legislación vigente, al incorporar o transformar obras de terceros, sin contar con la preceptiva licencia o autorización. Este hecho hace necesaria la revisión del modelo existente, tanto desde el punto de vista de gestión de derechos, como de una eventual revisión normativa en el contexto comunitario. La propia Comisión Europea ha manifestado en la Comunicación de fecha 24 de mayo de 2011, su intención de explorar este tema, así como la importancia de buscar una solución.

El presente Estudio analiza la situación actual de los contenidos generados por los usuarios desde el punto de vista jurídico, social y de consumo cultural, y enuncia y analiza tres posibles vías para ordenar jurídicamente la situación actual de los contenidos generados por los usuarios no profesionales, que pueden ser considerados obras y que transforman o incorporan obras protegidas preexistentes.

1.2 La base para un cambio: la ineficacia del sistema actual

Actualmente, en la red, los usuarios generan millones de contenidos diarios que transforman o incorporan obras preexistentes. Junto con la dificultad técnica de controlar todos los usos existentes y medir su alcance, bajo el sistema actual los usuarios que han generado esas obras derivadas o compuestas, están cometiendo de manera masiva y continúa millones de infracciones de los derechos de los autores de esas obras preexistentes.

El modelo actual de gestión por parte de los titulares de derechos no es eficiente de cara a eliminar este elemento de ilicitud del contenido generado por el usuario de carácter transformativo o compuesto. Las modalidades propias del sistema tradicional de licenciamiento singular posiblemente no serían rentables para la propia industria cultural si se extrapolaran al entorno UGC, y muchas veces los propios titulares de derechos mantienen una actitud indiferente ante estas utilidades al entender que tienen un impacto nulo o residual en la normal explotación de la obra o que, incluso, en ocasiones, funcionan como mecanismos de promoción de la obra protegida, como ocurre con las miles de obras derivadas realizadas por fans y que están disponibles en portales como YouTube o redes sociales como Facebook o Tuenti, cuya carácter viral fomenta la promoción y consumo de la obra original.

La imposibilidad a día de hoy de los propios sectores involucrados de dar una solución a este problema, en el que se producen diariamente millones de infracciones a los derechos de autor, hace oportuno y conveniente el plantear una modificación del sistema que legitime estos usos por parte de los usuarios y que, de esta forma, fomente la creatividad en Internet e incremente la generación de contenidos digitales en español, entre otros efectos beneficiosos. También es necesario contar con una mayor seguridad jurídica para el desarrollo por parte de emprendedores y empresas de nuevos modelos de negocio basados en los UGC, que sean fuente de riqueza y de empleo.

a) Primera vía: la celebración de convenios o acuerdos marco entre los titulares de derechos y los proveedores de servicios de alojamiento y compartición de contenidos

Una alternativa es la celebración de acuerdos o convenios marco entre los titulares de derechos y los proveedores de servicios de alojamiento y compartición de contenidos, dirigidos a regular la situación de las obras difundidas por los usuarios en plataformas de compartición. Estos acuerdos deberán establecer mecanismos de gestión tanto en lo referido la difusión pacífica de obras derivadas o compuestas creadas por usuarios que no generen perjuicio o menoscabo al titular de derechos, como respecto de instrumentos de respuesta y reacción en caso de que la utilización de una obra determinada por parte del usuario sí genere este perjuicio o menoscabo al titular de derechos. Esta opción requerirá de la colaboración de todas las partes involucradas (titulares de derechos, prestadores de servicios y usuarios).

b) Segunda vía: soluciones tecnológicas para la gestión de autorizaciones singulares.

Esta segunda alternativa consiste en la creación por parte de los titulares de derechos de mecanismos *online* que sean fáciles de usar y económicamente accesibles para los usuarios mediante los cuales se otorguen las correspondientes autorizaciones o licencias singulares que sean necesarias para la incorporación o transformación de obras preexistentes por parte de los usuarios.

Si bien esta vía en un principio debería estar liderada por los titulares de derechos, su definición e implementación práctica requeriría también de la participación de los proveedores de servicios de alojamiento y compartición de contenidos y de los propios usuarios.

Para la viabilidad de este modelo resulta especialmente relevante el análisis del coste económico de las distintas soluciones tecnológicas y de gestión de derechos que se puedan adoptar. Igualmente se requiere una voluntad real por parte de las distintas industrias culturales para regular la situación de los UGC que no supongan un perjuicio para la explotación normal de la obra o los legítimos intereses de los autores y que no estén asociados, ni directa ni indirectamente, a la piratería digital.



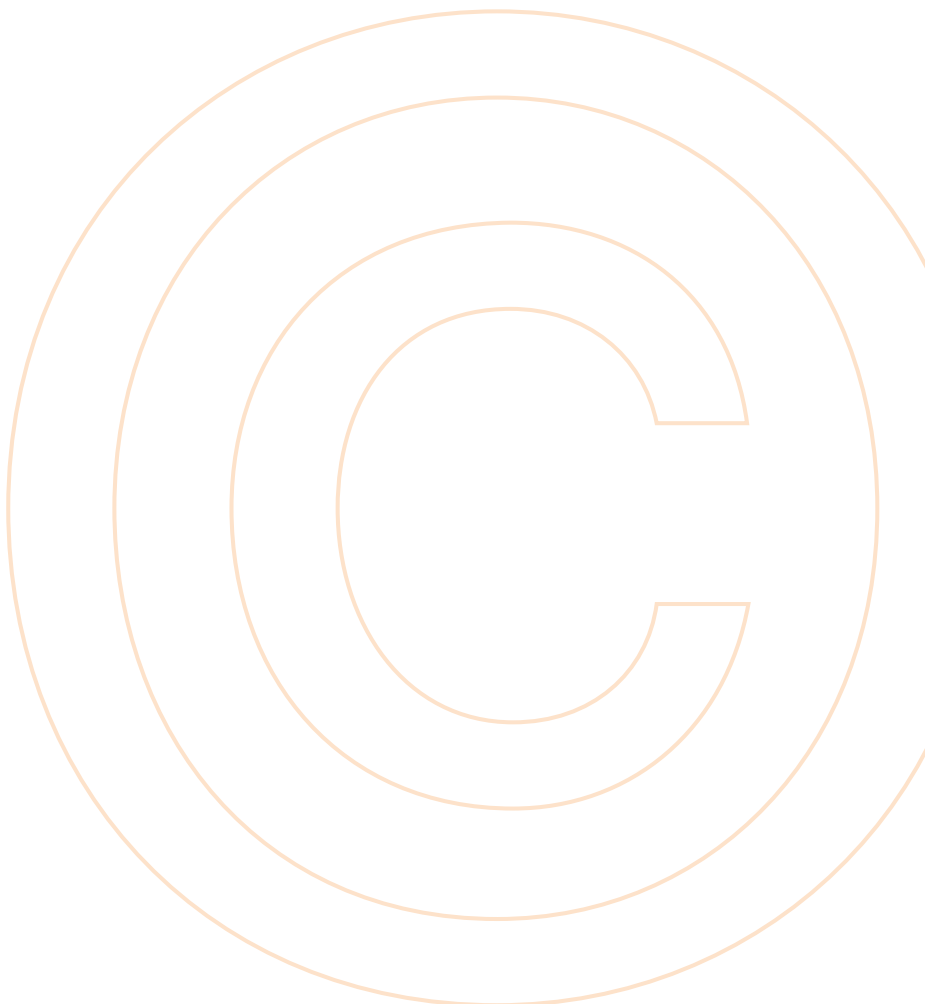
c) Tercera vía: ¿Hacia un posible límite al derecho de autor?

Una tercera alternativa a valorar es la creación de un nuevo límite al derecho de autor que regule la transformación o incorporación de obras preexistentes por parte de usuarios no profesionales en obras de nueva creación.

Dicho límite resultaría compatible con la regulación de los Tratados Internacionales (en especial con la regulación del Convenio de Berna) siempre que se den ciertos requisitos en la definición del mismo que eviten abusos o aplicaciones fraudulentas, como pueden ser, entre otros, que sus beneficiarios sean personas físicas, que se autoricen actos de reproducción o transformación con la finalidad de que las obras resultantes solamente sean compartidas en entorno digitales interactivos, y que la utilización de la obra no persiga una finalidad comercial, ni directa ni indirecta.

La creación de un límite de este tipo requeriría sin embargo la modificación de la normativa comunitaria en materia de derechos de autor, que en la actualidad impide una actuación en este sentido por parte de los legisladores nacionales.

En esta línea, resulta especialmente necesario valorar si la creación de un nuevo límite a favor de los usuarios incluiría o no la generación de un derecho de simple remuneración que beneficie a los autores o si, por el contrario, la propia definición legal del límite lo haría innecesario al carecer de un impacto económico relevante que justifique la existencia de este nuevo derecho compensatorio.





2. Introducción

Las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) ofrecen un sinnúmero de posibilidades y herramientas para la creación de nuevas obras y formas de expresión. De este modo, si en los años 70 un grupo de adolescentes contaba con muy pocas herramientas para rodar, por ejemplo, un largometraje amateur con una cámara Súper Ocho (como ocurre, por ejemplo, en la película del mismo nombre dirigida por J.J. Abrams), en la actualidad los avances tecnológicos han masificado y democratizado la actividad creadora, y a la vez ofrecen mecanismos que permiten ampliar drásticamente la difusión potencial de una obra.

De esta forma, si durante la primera Guerra del Golfo de principios de los noventa la única vía para conocer la experiencia de los ciudadanos durante la invasión de Kuwait era a través de lo que nos contaban los medios de comunicación tradicionales, en 2009 podíamos complementar la versión de los medios con los testimonios de primera mano de los ciudadanos iraquíes o de los expatriados trasladados a Irak difundidos por la red, con una inmediatez impensable en 1991. El mismo grupo de adolescentes que crearía un largometraje con una cámara de Súper Ocho en 1978, lo puede hacer ahora con las cámaras de sus *smartphones*, editarlo y montarlo con un software para uso casero y ponerlo a disposición del mundo en Internet en cuestión de horas o incluso minutos. Así, si la película fuese, por ejemplo, rodada en Santiago de Chile, potencialmente podría ser visualizada a través de Internet en sitios tan distantes como Estocolmo, Melbourne o Dakar, e incluso convertirse en un hit internacional.

Sobre estos contenidos, los llamados contenidos generados por los usuarios, versa este Estudio, y sobre la relación de los mismos y el derecho de autor en la web 2.0.





3. Planteamiento del problema

La Comisión Europea en su Comunicación de 24 de mayo de 2011 ha manifestado su interés en mejorar la situación jurídica de los contenidos generados por los usuarios (UGC). El motivo es claro: las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), las redes sociales, los portales de Internet y las plataformas digitales han permitido que se masifique la actividad creadora y la difusión de las obras; así, circulan por la red millones de contenidos generados por los usuarios en redes sociales, blogs, podcasts, vídeos, entre otras formas de expresión y de comunicación. Los usuarios crean obras originales, pero también adaptan o incorporan obras de terceros, es decir, realizan una actividad transformadora mediante la cual producen y comunican públicamente obras derivadas o compuestas. En este contexto, surgen nuevas vías para la difusión de las obras, en que los portales sociales y colaborativos ocupan un papel cada vez más relevante, y la inmediatez es la tónica.

El problema se presenta a la hora de revisar el sistema vigente en materia de derechos de autor. Si bien el mismo funciona para el licenciamiento de contenidos entre profesionales y el régimen jurídico aplicable al usuario-creador de una obra totalmente nueva y original es el mismo que a un autor profesional, el sistema en vigor no está actualizado a otra realidad evidente e imparable en el ámbito de la creación de contenidos por usuarios no profesionales: millones de éstos, todos los días y en todo el mundo, crean nuevos contenidos que incorporan o transforman obras preexistentes, sin autorización previa de los autores de estas últimas, y que no producen un daño real y efectivo a la explotación de éstas.

El presente Estudio analiza la situación de los contenidos generados por los usuarios desde el punto de vista del derecho de autor en la llamada web 2.0, atendiendo tanto a los derechos de propiedad intelectual del usuario como creador como respecto de obras protegidas de autoría de terceros que son incorporadas o transformadas/adaptadas por el usuario-autor. En consecuencia, no son objeto de análisis en este Estudio las siguientes materias, las que sin embargo sí tienen interés para comprender la esfera jurídica de los UGC:

- a. Los UGC en lo relativo al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, que siendo igualmente relevantes y pertinentes, quedan fuera del objeto de este estudio;
- b. Los UGC y su relación con la reutilización de la información del sector público;
- c. Los contenidos generados por profesionales o empresas, ya que el ámbito de análisis es el usuario *amateur* y no el profesional, quedando en consecuencia fuera del ámbito de este. Igualmente quedan fuera del ámbito de este Estudio la actividad creadora que pueda realizar un *Community Manager* para dinamizar un producto o servicio a través de *Social Media*, así como las estrategias de marketing viral donde se simula, por ejemplo, ser un usuario en una red social;

- d. Si bien se les enuncia en algunos ejemplos con la finalidad de entender la complejidad del problema, no se analizará la situación de los llamados derechos de propiedad intelectual afines o conexos; esto es, los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y audiovisuales, y las entidades de radiodifusión, al circunscribirse el objeto de análisis al derecho de autor;
- e. Aunque se citan algunos ejemplos, tampoco profundizaremos en los derechos conexos que pudiera generar el propio usuario como artista o intérprete, como ocurre, por ejemplo, cuando se “cuelga” en una red social un fonograma de un usuario interpretando con guitarra una canción de Alejandro Sanz, en la que el usuario podría ser titular de un derecho conexo.
- f. El análisis realizado en este Estudio es aplicable a las obras que no están en dominio público, esto es, aquellas en que no se ha superado el plazo de protección de los derechos de autor establecido por la ley.



4. El usuario como generador de contenidos y el derecho de autor

4.1 Definición de Contenidos Generados por los Usuarios (UGC)

A efectos de este estudio, entendemos por Contenidos generados por los usuarios (UGC) aquellos contenidos creados por un usuario no profesional, que no tienen fines comerciales directos o indirectos, y que son divulgados, puestos a disposición del público o publicados a través de redes digitales.

Esta definición contiene, a su vez, una serie de términos y conceptos de los que conviene delimitar su significado. A continuación vamos a explicar los siguientes conceptos: **“creados”, “usuario no profesional”, “fines comerciales directos e indirectos” y “divulgados, puestos a disposición del público o publicados en la redes digitales”.**

Como se ha adelantado previamente, en este Estudio nos referiremos en ocasiones a los Contenidos Generados por los usuarios con la sigla en inglés UGC (*User-Generated Content*) debido a su uso habitual y recurrente a la hora de referirse a este fenómeno.

4.1.1 “Creados”:

Los usuarios deben haber realizado un esfuerzo creativo al generar el contenido, tanto si se trata de la creación de una nueva obra como si es la transformación de una obra de un tercero. Debe de haber necesariamente una utilización creativa o transformativa de la obra, una aportación original por parte del usuario, de manera que, el contenido resultante de la acción creadora del usuario debe poder ser considerado como obra. En esta línea, el artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual española define el concepto de *obras y títulos originales* y considera *que son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.*

Por otra parte, y en lo referido a la transformación de una obra creada por un tercero, el artículo 21 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española establece como transformación de una obra su *traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.*

El concepto de obra y, en consecuencia, de obra creada por un usuario, incluye tres posibilidades diferenciadas:

- a. Una obra nueva totalmente creada por un usuario, es decir, que no incorpora, adapta o transforma obras preexistentes creadas por terceros (por ejemplo, un poema escrito por el propio usuario que se “cuelga” en una red social);

- b. Una obra de nueva creación en la que el usuario mezcla o incorpora obras preexistentes de terceros, en cuyo caso estaríamos ante una obra compuesta. Sería el caso, por ejemplo, de la incorporación de un fonograma de una canción de Serrat en un vídeo o grabación audiovisual;
- c. Una obra de nueva creación que adapta o transforma una obra preexistente. Ejemplo de esto, sería un tráiler ficticio creado por un usuario de una cuarta película de Regreso al Futuro. Esta película nunca ha sido rodada, pero se ha generado a partir de fragmentos de las tres películas anteriores, de modo que, combinados, dan la sensación de que estamos ante una nueva entrega y una nueva historia.

4.1.2 “Usuario no profesional”:

En primer lugar, el concepto de usuario que genera el contenido se identifica exclusivamente con una persona física no pudiendo en ningún caso ser una persona jurídica. Esto es coherente con el sistema español de derecho de autor, en el que - con carácter originario - en principio solo pueden ser autores las personas físicas y de forma derivada (por ejemplo, por cesión contractual o presunción legal de cesión de derechos) las personas jurídicas.

En consecuencia, si partimos del carácter de persona física del autor, un usuario que crea contenidos puede ser considerado como “no profesional” cuando la actividad a través de la cual ha generado la obra protegida no se comprende dentro de su profesión habitual, ya sea por cuenta propia o ajena, ni tampoco esa actividad creativa sea su fuente de subsistencia económica. Así, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) definía en 2007 los contenidos creados por el usuario como “aquellos creados al margen de rutinas y prácticas profesionales”.¹

4.1.3 “No tienen fines comerciales directos o indirectos”

Dado que los contenidos generados por el usuario no corresponden a la actividad profesional de quien los crea no tienen, en consecuencia, fines comerciales directos o indirectos.

4.1.4 “Divulgados, puestos a disposición del público o publicados en redes digitales”:

Los contenidos son divulgados, puestos a disposición del público o publicados en la red cuando el usuario realiza una reproducción y una puesta a disposición de los mismos en Internet o a través de otras redes digitales. En este sentido, serían UGC aquellos contenidos a los que se accede por distintos dispositivos tales como ordenadores, teléfonos móviles o tabletas, siempre y cuando cumplan con el requisito previo de haber sido difundidos a través de una red digital, lo que está directamente relacionado con el acceso online a los mismos.

4.2 Supuestos no clasificables como UGC

A partir de las premisas establecidas en el apartado anterior, es importante identificar supuestos concretos y habituales cuyas características específicas excluirían su consideración como Contenidos Generados por los Usuarios. Entre otros, destacan especialmente los siguientes:

¹ «Participative Web and User-Created Content», OCDE, 12 de abril de 2007.

4.2.1 Puesta a disposición de mera copia servil

No se puede considerar como UGC la mera puesta a disposición en Internet de contenidos de terceros sin realizar una aportación creativa ni haber transformado los mismos. Esto conlleva que cuando la difusión en la red es una mera copia servil del contenido de un tercero, de forma que lo que se pone a disposición de otros usuarios no viene acompañado de una aportación creativa de ningún tipo, no estaríamos ante un UGC.

4.2.2 Transformación de un contenido por un usuario profesional

No se puede considerar como UGC aquel contenido que ha sido creado o transformado por un usuario como resultado de su actividad profesional, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena.

4.2.3 Puesta a disposición a través de un medio analógico

El concepto de UGC va estrechamente ligado a las redes digitales y sus posibilidades y, particularmente, a las oportunidades que ofrece la web 2.0. La razón de esto es que la masificación de los UGC han surgido gracias a Internet y a las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), primero mediante la aparición en el mercado de dispositivos, software y aplicaciones que facilitan la creación y copia de contenidos y, en segundo lugar, gracias a las vías de difusión que no ofrecen los entornos analógicos o físicos, tales como las redes sociales o plataformas para compartir contenidos como YouTube, que permite llegar de manera casi inmediata a un público potencial de millones de usuarios en los cinco continentes.

Por lo mismo, no serían UGC los contenidos distribuidos por los usuarios a través de medio analógico o físicos. En consecuencia, una obra literaria creada por usuario que incorporase ilustraciones obtenidas a través de Internet, pero que fuese distribuida físicamente en papel por el propio usuario, no sería UGC.

4.3 Tipología de contenidos generados por los usuarios (UGC)

A efectos de hacer una clasificación taxonómica de los contenidos generados por los usuarios (UGC), podríamos dividir los mismos en los siguientes tipos o categorías:

- a. Contenidos sujetos a derechos de autor que no están basados en obras preexistentes, y cuya explotación es pacífica, puesto que es el propio titular de todos los derechos quien pone a disposición la obra en la red. Corresponde a aquel supuesto en que el usuario crea una obra totalmente original, como ocurriría por ejemplo en el caso de un poema de amor escrito por un poeta no profesional a su novia y publicado en su blog;
- b. Contenidos sujetos a derechos de autor que constituyen obras compuestas, en las que los usuarios integran una obra preexistente en otra obra de nueva creación, pero no transformándola o adaptándola, sino que incorporándola o agregándola tal cuál es. Sería el caso de la sincronización de una obra musical en vídeo, o la inclusión de una fotografía en un post de un blog;
- c. Contenidos sujetos a derechos de autor que transforman o adaptan obras preexistentes. Ejemplos de estas obras serían la dramatización de un cuento de Lucía Etxebarria disponible en YouTube o la adaptación mediante arreglos de una canción de Nacho Cano y “colgada” en MySpace, ambas realizadas por usuarios no profesionales.



5. Impacto de los UGC en el desarrollo cultural y su relevancia social

La web 2.0 ha adquirido tal relevancia en el ámbito de la creación y de la libertad de expresión, que es necesario, el hacer patente la importancia social y cultural de la creación de los usuarios.

En esa línea, consideramos importante destacar los siguientes aspectos de los UGC:

5.1 Aportación a la riqueza cultural y a la creación

La figura del usuario de la sociedad de la información ha ido cobrando, progresivamente, una importancia creciente. El usuario siempre ha gozado de un papel central, pero más pasivo, en cuanto a él se han destinado habitualmente los servicios, las comunicaciones comerciales o los contenidos transmitidos o compartidos por vía electrónica. Su participación en la generación de información o de contenidos no era tomada apenas en consideración. Fue con la posterior aparición de los foros, de las redes sociales, de las plataformas participativas de contenidos, del entorno de Web 2.0 en general, cuando la participación del usuario ha ido incrementando su trascendencia. Ahora el usuario ostenta una postura muy activa, participativa y relevante en el entorno digital.

Aún careciendo de la cobertura total de la normativa vigente en materia de propiedad intelectual, la actividad creadora de los usuarios en el ámbito digital ha provocado el florecimiento de nueva obras y una mayor difusión de las preexistentes por vías y con impacto impensable hace dos décadas. Este sería el caso de una persona que, desde su casa, utiliza una canción ajena para grabar un video paródico en el que sale él mismo. Esta nueva creación tiene además con el desarrollo de las redes sociales de las páginas web que permiten compartir videos un grado de difusión entre el público que hace unos años no se podía ni imaginar.

Este tipo de actividades generan un enriqueciendo cultural paulatino y un fomento a la creación. La facilidad de acceso a las herramientas y a las aplicaciones puestas a disposición en estos entornos del usuario común, no profesional, facilita que cualquier persona con iniciativa y con inquietudes creadoras pueda generar una obra original.

A modo de ejemplo, algo que antes podía resultar difícil de imaginar resulta ahora posible, como es que cualquier persona, desde su casa y con la única ayuda de un software de música descargado en su ordenador, pueda grabar y producir él mismo canciones sin disponer físicamente de ningún instrumento musical y, al mismo tiempo compartirlo con cualquier usuario del mundo a través de Internet.

Lo mismo ocurre con otras obras de distinta naturaleza, como pueden ser las obras audiovisuales. Cualquier persona puede utilizar fragmentos de películas que ha adquirido previamente, para elaborar su propia grabación audiovisual y compartirla con terceros, sin fines lucrativos, y sin otra ayuda que un programa de ordenador y una conexión a Internet.

Los contenidos generados por esos y otros procedimientos pueden ser creaciones nuevas de un usuario o transformaciones de obras de terceros que generan nuevas obras.

En todo caso, este proceso de “democratización” en el proceso creador, fomenta la creatividad e incide positivamente en la riqueza cultural a través del hecho de que cualquier persona, a un bajo coste y sin necesidad de utilizar muchos recursos técnicos, pueda crear un contenido y compartirlo en poco tiempo con todo el mundo.

5.2 Oportunidad para la generación de nuevos negocios para la industria cultural y de los contenidos

La interacción con los usuarios y la creación de nuevos contenidos derivados pueden suponer una posibilidad de negocio para los titulares de derechos. Esto ya es una realidad en algunas industrias como la de los videojuegos pero podría ser extensible a otras industrias culturales, por usos más allá de los “contenidos generados por fans”, a través del desarrollo de derivados digitales de obras protegidas que generen nuevas vías de retorno y de fidelización de los usuarios, modelos participativos que beneficien el desarrollo de nuevos modelos de negocio en la Sociedad de la Información.

5.3 Contribución de los contenidos generados por los usuarios para el desarrollo de los contenidos en español en Internet

En Internet, el idioma más utilizado por los usuarios es el inglés. Según Internet World State² en junio de 2010, de los usuarios que utilizaban internet, 536.6 millones lo hacían en inglés, 444.9 millones en chino, y 153.3 millones lo hacían en español.

Esta diferencia entre el uso del inglés y del chino respecto al resto responde sobre todo a una cuestión económica y demográfica. El inglés es idioma de los negocios por antonomasia, y es el chino, además del idioma de la potencia más emergente, el del país más poblado del mundo.

La presencia del español en la Red se ha ido consolidando y haciendo más fuerte progresivamente. En unos pocos años, ha pasado de ser la cuarta lengua utilizada en la Red, a ser la tercera, desbancando al japonés. No obstante, no es descabellado afirmar que el fortalecimiento del español en Internet no ha alcanzado su techo, sobre todo si se produce una evolución y una mejora de diversos factores, entre ellos el marco jurídico aplicable en materia de propiedad intelectual

² <http://www.internetworldstats.com/stats7.htm>

En este sentido, podemos afirmar que la adecuación del modelo de gestión de derechos o de la legislación a la práctica diaria de los millones de usuarios de la Red, sin perjudicar por ello los intereses de la industria cultural y de los autores, redundará a su vez en un beneficio para los mismos, que verá como surgen nuevos modelos de negocio que canalicen esta nueva fuerza creadora.

Por ello resulta recomendable la búsqueda de una solución que, sin perjudicar los legítimos intereses del titular de los derechos de autor de una obra ni la explotación normal de la misma en el mercado, incentive la creación, produciéndose un enriquecimiento del acervo cultural y un fortaleciendo de la lengua española como una de las lenguas más utilizadas en Internet.





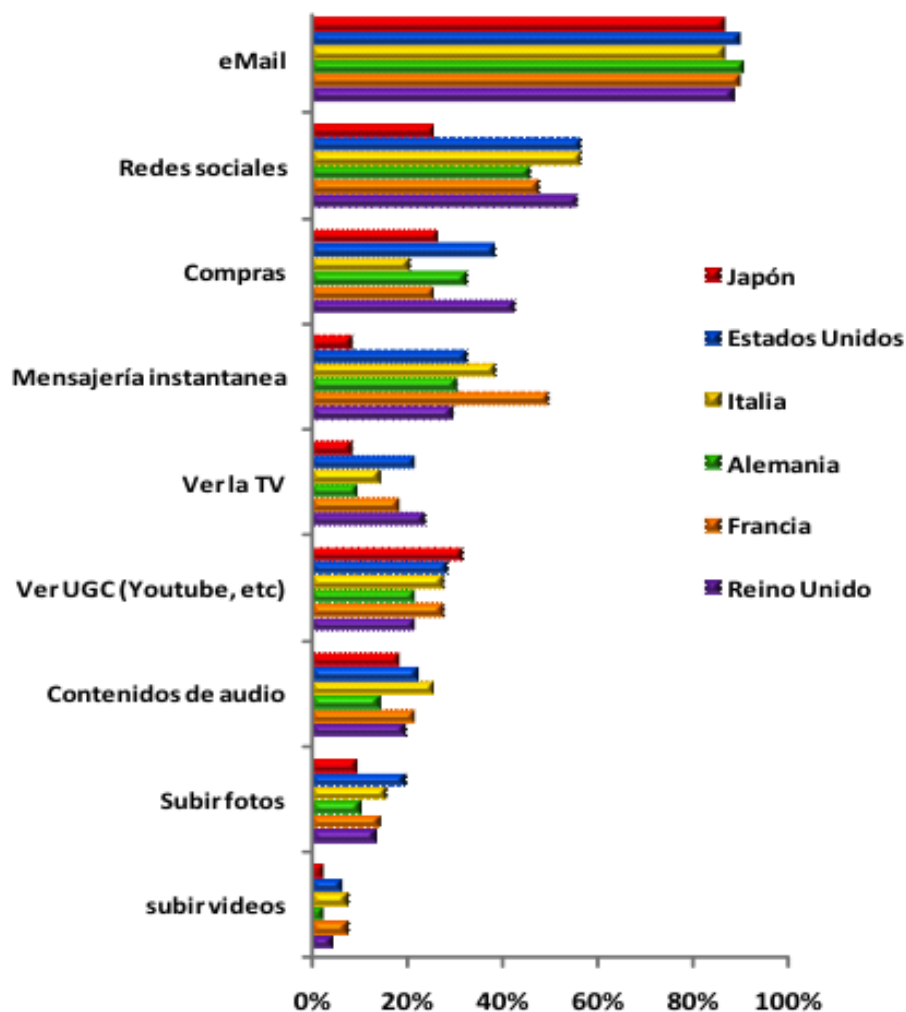
6. Medición y consumo de los contenidos generados por los usuarios (UGC) en la Economía Digital

Una de las razones por las cuales la Comisión Europea en su Comunicación de 19 de octubre de 2009 sobre “Derecho de Autor en la Economía del Conocimiento”³ no entró a analizar la posibilidad de legislar sobre la actividad llevada a cabo por los usuarios sobre “las obras creativas, transformadoras o derivadas” fue por considerarlo todavía en 2009 un fenómeno incipiente. Sin embargo, en los últimos dos años, la utilización de las aplicaciones 2.0, como blogs, podcasts, wikis, repositorios de vídeos, etc., se han incrementado exponencialmente, permitiendo el intercambio ingente de archivos o de vídeo para producir y compartir fácilmente textos, vídeos e imágenes, al punto que ya en la Comunicación de 24 de mayo de 2011 la Comisión Europea considera necesario e importante el analizar las vías para regular todo lo relativo a los UGC.

La utilización de estas aplicaciones ha supuesto una de las ventanas más importantes de difusión de la cultura, siendo por antonomasia las redes sociales y los repositorios de vídeos los medios elegidos por los usuarios para la recomendación y puesta a disposición de los contenidos. Las actividades realizadas en Internet por parte de los ciudadanos se han modificado drásticamente desde el 2009 hasta ahora, pasando de actividades centradas en la búsqueda de información a actividades basadas en la participación activa de los usuarios en los servicios y en la generación de los propios contenidos de dichos servicios. La utilización de redes sociales, el visionado de contenidos generados por los propios usuarios (UGC), la subida de fotografías y vídeos a la web, suponen acciones cotidianas entre los internautas de todo el mundo.

³ Comunicación sobre Derechos de Autor en la Economía del conocimiento:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0532:es:NOT>

Figura 2.1 Actividades más frecuentes en Internet en el PC relacionadas con los contenidos. 2010



Fuente: Rooter a partir de Ofcom.2010

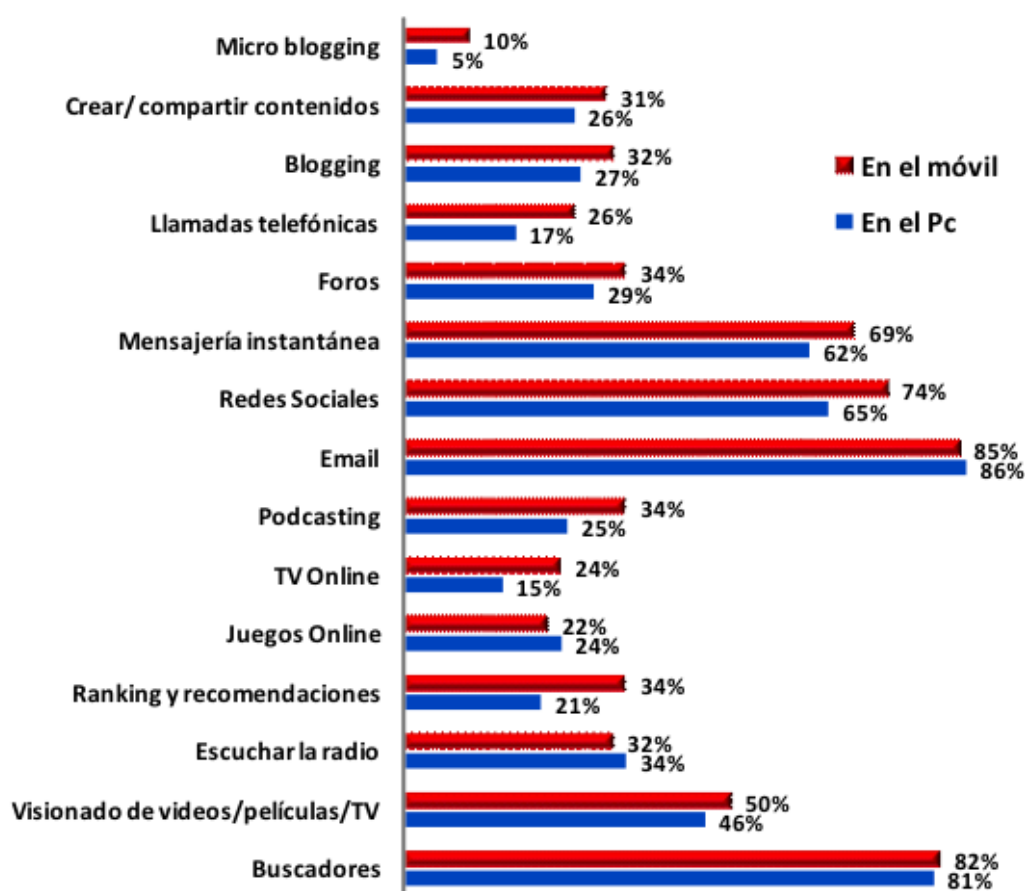
En EE.UU y Reino Unido más del 55% de los internautas utilizan las redes sociales, mientras que Japón se posiciona como uno de los países en los que más se manejan las plataformas de UGC para su visionado (32%). Junto a estos datos, el 20% de los internautas italianos destacan como la población más activa en la subida de contenidos, en este caso fotográficos.

Entre los españoles la participación activa en el conjunto de actividades se convierte en la característica clave; esta participación se concreta en la utilización de las redes sociales por el 74% de los internautas, el 32% lee o redacta blogs, el 50% ve videos, películas y series de televisión online y el 31% crea y comparte contenidos.

En el año 2010 todas estas actividades online en España tienen como peculiaridad que han sido realizadas mayoritariamente mediante un dispositivo móvil, pasando el PC a convertirse en la segunda plataforma online de todas estas actividades.

Esta sofisticación de los consumidores, exige comprender por parte de los agentes económicos, especialmente las empresas y el legislador, las necesidades de los usuarios según

Figura 2.2 Actividades online que realizan los españoles al menos una vez al mes, en el PC y en el móvil. 2010



Fuente: Rooter a partir de Ofcom.2010

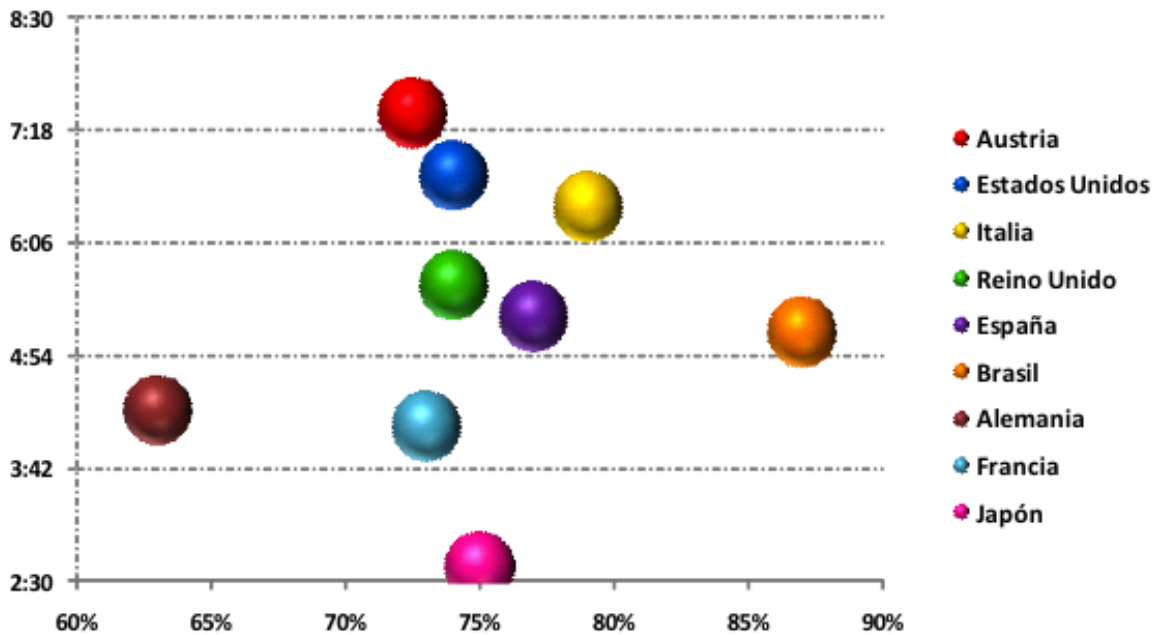
los requerimientos actuales de los mismos. Este hecho ha supuesto un crecimiento exponencial de la complejidad y un desafío para la I+D de las empresas que deben buscar la *customización*, e incluso personalización de los servicios.

La intensidad con que se realizan las actividades de creación, compartición y transformación de los contenidos, se convierte en otra de las variables que se está modificando, incrementándose el tiempo de dedicación diario a las mismas por parte de los ciudadanos. En la Unión Europea, Austria es en este sentido el paradigma, alcanzando las 7 horas de media al mes. España se posiciona en una situación intermedia ya que más del 70% de los usuarios de Internet utilizan las redes sociales y los blogs más de 5 horas al mes de media, existiendo una buena relación cuantitativa de usuarios y de intensidad de uso.

Este incremento en la intensidad de uso se produce principalmente entre el colectivo de población denominada Generación Milenio, siendo aquellos ciudadanos nacidos entre 1982 y 1992, que a través de la utilización de las nuevas tecnologías han adoptado una nueva ventana de expresión. El uso de estas tecnologías es lo que les diferencia del resto de generaciones. Según el último estudio Pew Research Center⁴, la Generación Milenio, a diferencia de las generaciones adultas, sobrepasan todas las mediciones de uso de

⁴ Estudio Generación Milenio. 2010: <http://pewresearch.org/pubs/1501/%20millennials-new-survey-generational-personality-upbeat-open-new-ideas-technology-bound>

Figura 2.3 Tiempo de uso y % de usuarios de redes sociales y blogs, por países



Fuente: Rooter a partir de Ofcom. 2010

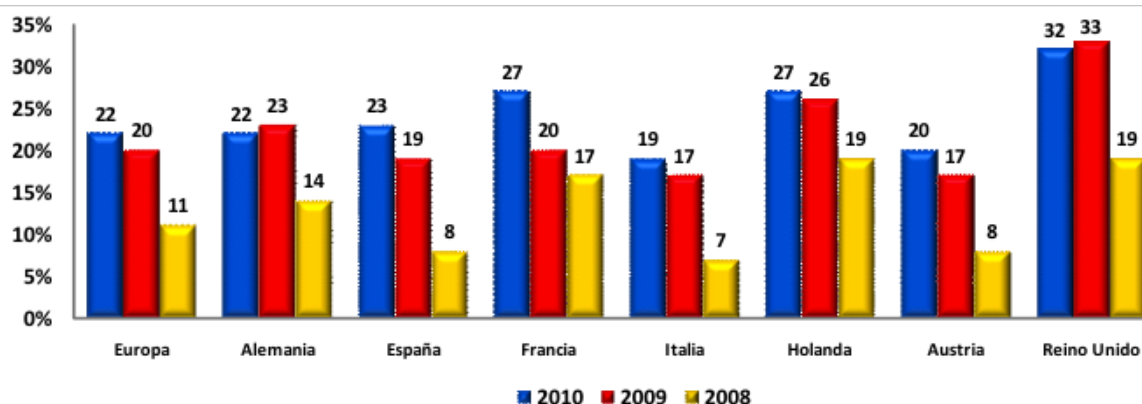
Internet y de los teléfonos móviles, impactando en la forma de consumo, entretenimiento e interacción social.

Dos son las particularidades más destacadas de esta generación respecto al uso que hacen de los contenidos. Por un lado, la “hackabilidad”, es decir, la capacidad con la que los individuos hacen que una herramienta pueda ser transformada o modificada para darle un uso para el que inicialmente no estaba pensado y para el que se descubren nuevas formas de uso. Por otro lado, la compartición de los diferentes contenidos con “la Comunidad”, de tal forma que la capacidad creativa y de expresión se ha incrementado radicalmente en esta generación.

En los últimos 2 años se ha producido un crecimiento de entre 10 y 15 puntos porcentuales en los diferentes países en el número de individuos que utilizan Internet para subir contenidos creados por ellos mismos a cualquier plataforma online para compartirlos, independientemente del tipo de contenido: imágenes, texto, fotos, videos o música.

En Europa, la media de usuarios que suben contenidos a la Red en el año 2010 alcanzó el 22% de los internautas, siendo Reino Unido la mejor práctica europea con un 32% de sus internautas; sin embargo es España el país en el que se ha producido un crecimiento más espectacular en esta actividad desde el año 2008, incrementándose en 15 puntos porcentuales hasta el 2010.

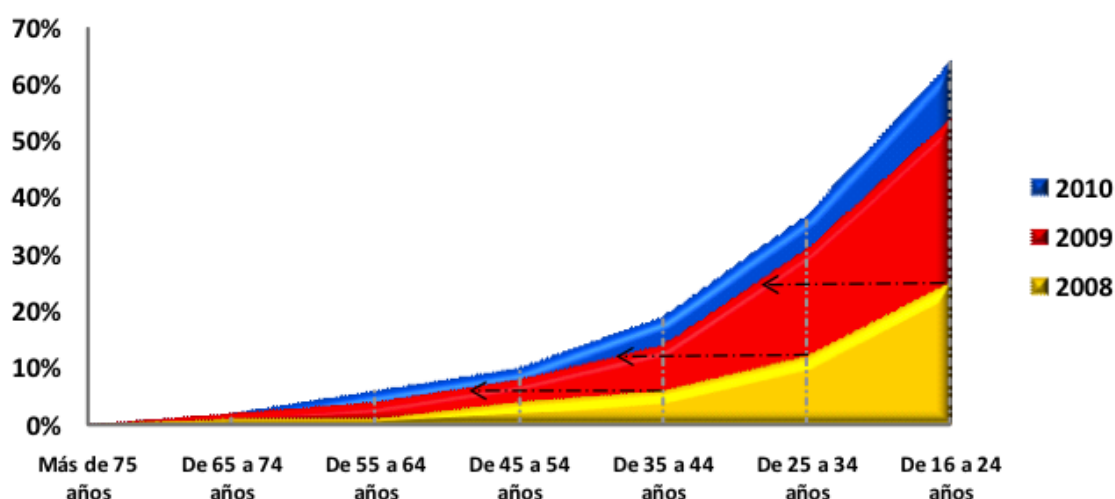
Figura 2.4 % de Individuos que utilizan Internet para subir contenidos creados por uno mismo (texto, imágenes, fotos, videos, música, etc.) a cualquier sitio web para compartir (en los últimos 3 meses)



Fuente: Rooter a partir de Eurostat. 2011

Si analizamos en detalle este crecimiento producido en España, en función de los diferentes tramos de edad, podemos observar que el crecimiento progresivo desde el 2008 de año a año hace estimar una previsión de que en el año 2012 aproximadamente el 40% de la población menor de 44 años serán generadores activos de contenidos, alcanzando hasta el 70% si se trata del tramo de edad entre los 16 a los 24 años de edad. Este incremento fuerza a replanteamientos de fondo tanto en el ámbito de la legislación que afecta a la creación y transformación de contenidos digitales así como a los modelos de negocio que se sustentan en la participación activa de los individuos.

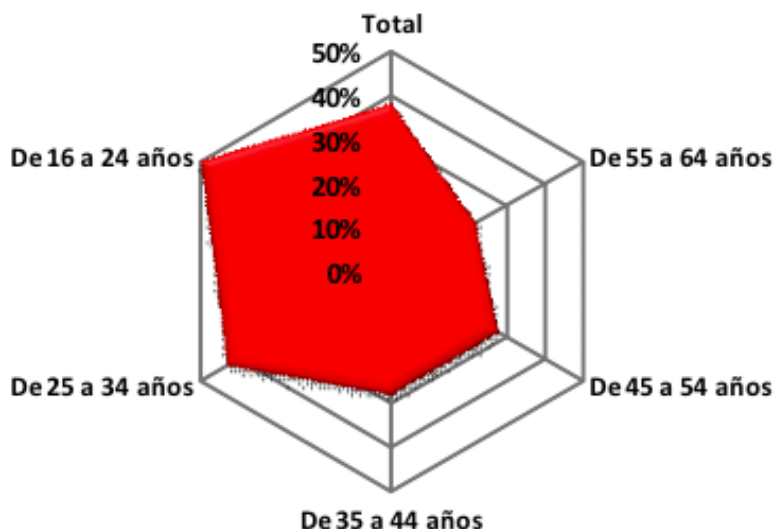
Figura 2.5 % de Individuos en España que utilizan Internet para subir contenidos creados por uno mismo (texto, imágenes, fotos, videos, música, etc.) a cualquier sitio web para compartir (en los últimos 3 meses) por tramos de edad



Fuente: Rooter a partir de Eurostat. 2011

Esta tendencia no es exclusiva de España. Si se analiza la mejor práctica europea en este sentido, Reino Unido mantiene los mismos parámetros que los ciudadanos españoles. La población más activa a la hora de subir contenidos de creación propia sigue siendo la comprendida entre los 16 a 24 años, alcanzando el 50% de los individuos, encontrándose la media poblacional por encima del 30% y teniendo unas previsiones de crecimiento para el 2012 similares a la Española.

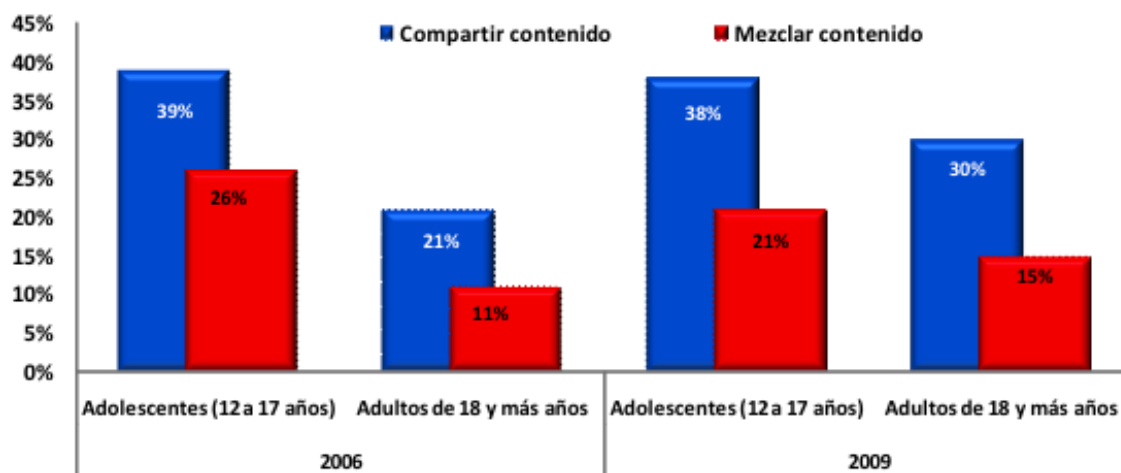
Figura 2.6 % de Individuos que suben contenidos de creación propia en Reino Unido en 2010



Fuente: Rooter a partir de ONS. 2010

Estados Unidos, tanto en la actividad de compartición de contenidos como en el uso transformativo de los mismos, presenta en la población más adulta crecimientos de 9 y 4 puntos porcentuales respectivamente entre los años 2006 a 2009, lo que significa que la actividad de creación de contenidos se intensifica a medida que pasan los años entre la población superior a los 18 años. Sin embargo, en los adolescentes, al tratarse de una actividad implícita a sus hábitos de vida, el porcentaje de individuos que crean, comparten y transforman contenidos tiende a estabilizarse en el tiempo, mientras que entre los adultos se convierte en una actividad aprendida.

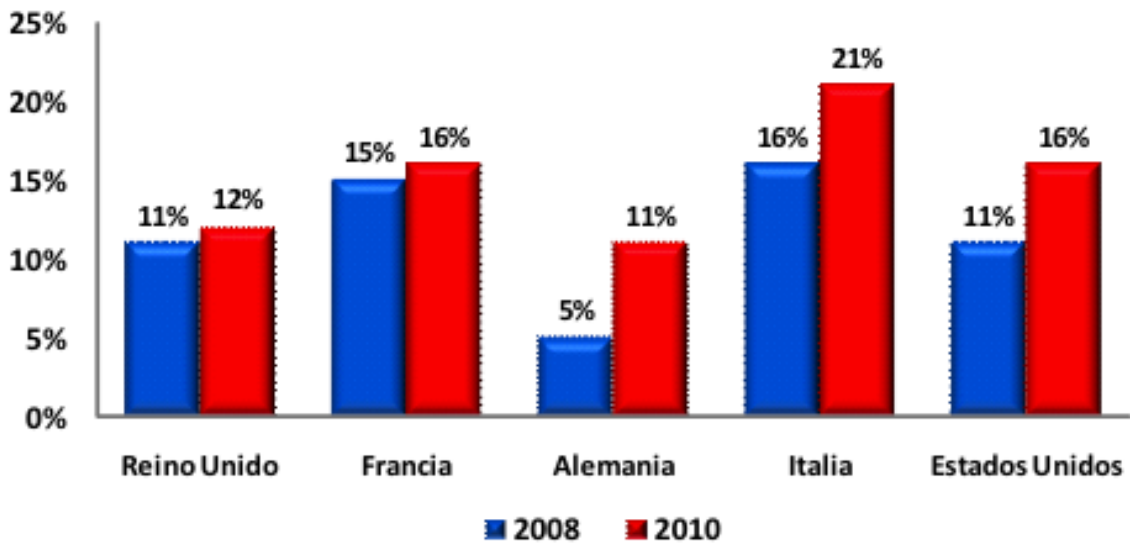
Figura 2.7 Actividades de creación de contenidos en EE.UU. (Porcentaje sobre usuarios de internet) en 2006 y 2009



Fuente: Rooter a partir de Pew Internet & American life Project. 2009

Si analizamos la actividad de subida de contenidos por tipo de contenido, y escogemos el video como referencia, por ser en la actualidad el contenido que mayores complejidades presenta por el tamaño de los paquetes, se observa en los diferentes países también un crecimiento de este hábito. La mejora en las tecnologías de acceso, especialmente el incremento en la utilización de la banda ancha con el despliegue de la fibra óptica, la creación de plataformas aglutinadoras de contenidos (repositorios y redes sociales), así como herramientas facilitadoras de la transformación de dichos contenidos, ha abierto la puerta al conjunto de la población, a la actividad creadora digital.

Figura 2.8 Evolución del % de Internautas que suben contenidos de video a Internet



Fuente: Rooter a partir de Ofcom.2010

Estas cifras, llevan a la conclusión de que la creación y transformación de los contenidos por parte de los usuarios ya no se trata de un fenómeno residual, sino de una actividad cada vez más cotidiana y consolidada, especialmente entre la población más joven.

Las redes sociales, los blogs, los repositorios de videos y todas las herramientas 2.0 que surgen en la actualidad se han convertido en las plataformas idóneas para la transmisión de contenidos y en consecuencia de la cultura. Los consumidores se han convertido en “prosumidores”, productores y consumidores de contenidos al mismo tiempo y esto ha hecho que cada ciudadano se convierta en un potencial creador de cultura, innovando sobre la ingente masa de contenidos digitales ya existentes y que se comparten en Internet.

7. La figura del usuario como creador

7.1 Importancia del usuario como generador de contenido y como motor del desarrollo de la Economía Digital

La Economía Digital basa su estructura actual en tres sectores industriales de crecimiento consolidados en España: las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), las industrias de contenidos digitales sector audiovisual (cine, televisión y radio), discográfico, videojuegos y publicaciones (libros, revistas y periódicos) y el comercio electrónico, incluyendo todos los sectores que hacen **un uso intensivo** de dichas herramientas. Entre estos tres pilares de la Economía Digital, el de los contenidos se ve claramente reforzado por la actividad generadora y transformadora de los usuarios, la cual se ha visto incrementada, tanto en calidad como en cantidad, desde el año 2008, convirtiéndose en una herramienta difusora de la cultura.

El usuario que genera contenidos adquiere una importancia relevante para la Economía de Internet debido al aumento del **tráfico** en la red, de los **reclamos publicitarios y sociales** y de las propias ventas de los contenidos profesionales sobre los que se realiza el uso transformativo.

Los contenidos generados o transformados por los usuarios (UGC) y puestos a disposición en la Red originan en numerosas ocasiones una relación positiva en la **difusión e incremento de ventas** de los contenidos profesionales a los que hacen referencia. Cuando Keenan Cahill comenzó a interpretar las canciones de David Guetta en YouTube el número de visitas de sus videos alcanzó más de diez millones de visionados. Esto hizo que David Guetta⁵ decidiera realizar un video conjunto con Keenan, con lo que el artista aumentó la difusión de sus obras musicales y el incremento de las ventas de sus discos. Otro ejemplo de los beneficios de la creatividad de los usuarios enlazada con la difusión de obras culturales de artistas reconocidos es la canción de Chris Brown, Forever. En 2009, después de un año del lanzamiento oficial de la misma por el artista, una pareja de novios decidió utilizarla para la entrada a la iglesia de su boda con una coreografía incorporada. En pocos días, el vídeo de YouTube alcanzó 13 millones de reproducciones y en ese año se posicionó, después de un periodo de latencia, en el número 4 de las listas de iTunes y en el 3 entre los más vendidos de Amazon⁶. Actualmente el video cuenta con 61 millones de visionados.

Otra de las razones por las que los contenidos generados por los usuarios mantienen una demanda creciente, es su **calidad**. Los usuarios, gracias a la simplicidad de las nuevas herramientas de edición de contenidos, generan cada vez más contenidos con una elevada calidad, lo cual eleva el interés de los internautas, adquiriendo un reconocimiento social y una reputación.

La actividad de los usuarios, no se limita a la subida de videos sino que cuenta con aportaciones de calidad también a la cultura de alto nivel como son los **Blogs**. Existen más de 144 millones de blogs en todo el mundo, en los que se cuelgan 1 millón de posts al día⁷. Además los blogueros enlazan a otras páginas en sus contenidos, mejorando el posicionamiento de dichas webs y dinamizando la cultura en la red.

Los agregadores de contenidos generados por los usuarios se convierten en lugares de referencia para compartir los contenidos de generación y compartición inmediata. En el

⁵ David Guetta & Keenan Cahill: <http://www.youtube.com/watch?v=MyNSx7TXVqE>

⁶ Forever, Chris Brown: <http://www.youtube.com/watch?v=4-94JhLEiNO>

mundo se suben a YouTube diariamente 200 millones de videos grabados con el **móvil**⁸. La relación del usuario que genera los contenidos no acaba en la compartición del archivo, ya que estos son comentados por los usuarios **una de cada tres veces**⁹.

La **intensidad** de consumo de contenidos culturales se ha incrementado también gracias a la actividad transformadora de los usuarios. El consumidor de contenidos generados por los usuarios, y en el caso de los videos en YouTube, visita la web una media de 14 veces al mes y pasa un tiempo estimado de 25 minutos viendo videos, lo que determina el alto interés que generan los contenidos generados por los usuarios entre los internautas¹⁰. Además los usuarios que ven contenido son **dos de cada cinco**, los propios generadores del contenido¹¹.

Los usuarios no solo son activos en el uso de blogs, también lo son en el ámbito de las redes sociales. En ellas no solo visionan o consultan los contenidos de otros usuarios sino que día a día las redes sociales se convierten en foco de intercambio, y compartición de archivos, fotos, noticias, comentarios, opiniones o textos literarios. Sólo en Facebook hay más de **60 millones de actualizaciones al día**.

En Facebook la actividad de los usuarios es frenética. Hoy Facebook tiene ya 600 millones de usuarios en todo el mundo. El usuario medio visita Facebook una media de 40 veces al mes, pasando al menos 23 minutos y 20 segundos en cada visita, lo que suma una media de 15 horas y 33 minutos al mes accediendo a contenidos en la red social.

En otras redes sociales y desde otro perfil de usuario, el empresarial, se detecta también una actividad intensa en creación de contenido. El 60% de las empresas que conforman la lista *Fortune 500* tienen cuenta en **Twitter**, cuando en 2009 esta cifra alcanzaba el 35%.¹²

El poder de los usuarios y sus contenidos en las redes sociales, blogs y foros de discusión, ante un producto o servicio es infinito. Las campañas de marketing de una multinacional pueden verse arruinadas con un único comentario negativo de un usuario en un blog o foro especializado bien posicionado. De ahí la importancia de los usuarios dentro de la Economía Digital y los sectores que la componen.

El consumo de contenidos se caracteriza por su acceso en **movilidad**, frecuente y espontáneo. Los contenidos generados por los usuarios no son una excepción tanto en su consumo como en la creación. Su generación, subida y acceso se realiza cada vez más desde los smartphones. El 38% de los usuarios de YouTube que acceden desde el móvil consideran que el consumo de videos en YouTube desde el PC, está siendo sustituido por su acceso desde móviles¹³.

El gran poder de los usuarios como núcleo de esta dinámica de generación, consumo y *feedback* de los contenidos, configura un potente ecosistema de interacción y enriquecimiento de la web como agregador de contenidos y de difusión de la cultura, ya que facilita el acceso, la compartición y el disfrute de los usuarios desde un nivel absolutamente global, con todo lo que este poder de acceso a la información conlleva: desde el apoyo a una marca, un personaje y un mensaje en todo el mundo y en cuestión de minutos.

⁷ Pingdom Blog: <http://royal.pingdom.com/2010/08/04/the-blogsphere-haystack-144-million-blogs>

⁸ Youtube Blog. Enero 2011:

<http://youtube-global.blogspot.com/2011/01/music-videos-now-on-youtube-app-for.html>

⁹ ComScore. 2011.

¹⁰ Double Click and planer as cited by royal.pingdom.com

<http://royal.pingdom.com/2011/02/04/facebook-youtube-our-collective-time-sinks-stats>

¹¹ ComScore. Enero 2011.

¹² Center for Marketing Research, November 2010

¹³ Google Data as cited by Digitalstrategyconsulting.com, Noviembre 2010:

http://www.digitalstrategyconsulting.com/intelligence/2010/11/youtube_debuts_new_mobile_ad_f.php

7.2 La situación actual: régimen jurídico en España de los contenidos protegidos generados por usuarios. Problemas y dificultades en el entorno web 2.0

7.2.1 Delimitación

Si bien a día de hoy existe en el seno de la Unión Europea una discusión activa respecto los problemas relacionados con la propiedad intelectual de los contenidos creados por los usuarios en entornos digitales que podría finalizar eventualmente con la inclusión de una nueva regulación comunitaria en materia de UGC, la realidad actual es que el régimen jurídico aplicable a los UGC es el mismo que a cualquier otra obra protegida por el derecho de autor, sin contar por tanto con una regulación específica.

Dicho régimen incluye figuras tan habituales como las adaptaciones de obras preexistentes – como ocurre, por ejemplo, con un cortometraje amateur “colgado” en YouTube y basado en un cuento de Mario Vargas Llosa – o la incorporación de obras preexistentes en otras nuevas, como sería, por ejemplo, el caso de la aparición en el plano posterior de una fotografía de un perfil de Facebook de una reproducción de un cuadro de Francis Bacon. Ambos ejemplos constituirían casos de infracción de derechos de acuerdo con la legislación vigente si estos usuarios/creadores no hubiesen obtenido autorización de parte de los correspondientes titulares de derechos para realizar estas transformaciones/adaptaciones o incorporaciones.

A continuación describimos el régimen jurídico aplicable a los UGC, que como indicamos, no se diferencia del aplicable a cualquier otra clase de autor.

7.2.2 Normativa nacional e internacional en materia de derecho de autor y derechos conexos aplicable a los UGC

En la actualidad, la normativa que regula los derechos de autor de los contenidos generados por los usuarios (UGC) se agrupa, en el caso español, en tres niveles fundamentales: Tratados Internacionales, Derecho comunitario y Derecho nacional.

7.2.2.1 Los Tratados Internacionales

En los Tratados Internacionales, encontramos instrumentos multilaterales que regulan tanto los derechos de autor como los derechos afines o conexos. La importancia de estos Tratados no radica solamente en su papel dentro de cada Derecho nacional, sino también de cara a la protección transnacional del derecho de autor, aspecto especialmente importante en un entorno como Internet. Así, son especialmente relevantes los siguientes instrumentos internacionales:

- El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas adoptado el 9 de septiembre de 1886¹⁴ (al que de aquí en adelante nos referiremos como “Convenio de Berna”).
- La Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, adoptado en Roma el 26 de octubre de 1961.

¹⁴ Revisado en París el 24 de julio de 1971. Instrumento de Ratificación de 2 de julio de 1973

- Sin embargo, desde el punto de vista de la Sociedad de la Información, la novedad más relevante en el ámbito internacional se produce el año 1996, momento en el cual en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se concertaron dos nuevos Tratados, llamamos coloquialmente “Los Tratados OMPI de Internet” (el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) de 20 de diciembre de 1996).

Estos Tratados son un instrumento fundamental para la protección de la propiedad intelectual en el entorno digital y, junto con el Convenio de Berna, recogen las bases para el sistema actualmente vigente en la Unión Europea, y por tanto también en España.

7.2.2.2 Derecho Comunitario

En el ámbito comunitario, se han elaborado una serie de Directivas con el objetivo de armonizar el derecho interno de los Estados miembros tanto en el ámbito de los derechos de autor como en el de los derechos afines o conexos. Así, se han aprobado Directivas en materias como los programa de ordenador (Directiva 91/250/CEE), el alquiler o préstamo de obras y otras prestaciones protegidas(Directiva 92/100/CEE), la regulación de la televisión por cable, o la protección jurídica de las bases de datos (Directiva 96/9/CE). Dentro de este escenario, la Directiva más relevante para el objeto de nuestro análisis es 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, sobre la que volveremos a lo largo de este estudio.

Figura 3.1 Fuentes del derecho de autor y de los derechos conexos



Fuente: Rooter

7.2.3 Derechos de propiedad intelectual sobre los contenidos generados por los usuarios (UGC) según la legislación española

La norma fundamental en la legislación española de propiedad intelectual es el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante LPI). Esta norma ha sido objeto de diversas modificaciones posteriores, aunque la fundamental al objeto de nuestro estudio es la de la Ley 23/2006 de 7 de julio.

La LPI establece en su artículo 1 que la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación. Dentro del concepto legal de “obra” se puede incluir cualquier creación humana, siempre que sea original. Así, el artículo 10 de la LPI establece una lista abierta, de tipos de obras literarias, artísticas o científicas, como los libros, las composiciones musicales, las obras dramáticas, las obras cinematográficas, las esculturas, las pinturas, los diseños de obras arquitectónicas, los mapas, las obras fotográficas, las colecciones o bases de datos o los programas de ordenador.

Los UGC son contenidos que - si son originales y, en consecuencia, pueden ser considerados obras - generan derechos de autor para su creador, en igualdad de condiciones que las obras creadas por un autor “profesional”. A este respecto, la ley no distingue o niega la protección jurídica en atención al valor estético de la obra, de manera que un cuadro de Andy Warhol y el dibujo de un niño de tres años (siempre que sea original) tendrían el mismo nivel de protección jurídica, con independencia del valor artístico o económico de cada una de estas obras. De ahí que la protección jurídica que ofrece la LPI a los UGC es la misma que ofrece a cualquier otra obra protegida si cumplen previamente con el requisito de originalidad.

Como contenido básico de dicha protección, el artículo 17 de la LPI dispone que corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de **reproducción, distribución, comunicación pública y transformación**, conductas que no podrán ser realizadas sin la autorización del autor. Estos derechos o facultades, que corresponden a la esfera económica o patrimonial del derecho de autor, son los que facultan al autor para autorizar o prohibir una utilización determinada de su obra.

La LPI define los derechos de explotación antes mencionados de la siguiente manera¹⁵:

1. **Reproducción** (art. 18 LPI): *corresponde a la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.*

2. **Distribución** (art. 19 LPI): *la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.*

3. **Comunicación pública** (art. 20 LPI): *todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.*

¹⁵ Junto con los derechos de explotación existen los denominados derechos morales del autor, regulados en el artículo 14 LPI. Estos derechos morales son personalísimos, irrenunciables e inalienables e incluyen entre otras, las facultades de divulgación de la obra (decidir si la obra se divulga o no), la paternidad (derecho a ser reconocido como autor), el respeto a la integridad de la obra.

4. **Transformación** (art. 21 LPI): *comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.*

La existencia o no de una autorización o licencia por parte del autor es lo que define la licitud o no de un uso concreto de las obras, constituyendo por tanto en principio una infracción – y, en consecuencia, una actividad ilícita - cualquier acto de explotación que no esté autorizado. Sin embargo, algunas utilidades de las obras están cubiertas en supuestos singulares por un límite o excepción legal al derecho de autor, concepto desarrollado en profundidad en el capítulo 8 del presente Estudio.

A título ilustrativo, la siguiente tabla presenta ejemplos prácticos provenientes de diferentes industrias culturales respecto a la autorización de uno o más de estos derechos de explotación:

Figura 3.2 Ejemplos de ejercicios de los derechos de explotación según LPI

FACULTAD O DERECHO	EJEMPLO	ACTIVIDADES O USOS PERMITIDOS SI MEDIA AUTORIZACIÓN	COMENTARIOS
REPRODUCCIÓN	Fotografías provenientes de banco de imágenes.	Incorporación de una imagen en un sitio web o libro físico.	Se requiere de manera complementaria el derecho de Comunicación Pública en su modalidad de puesta a disposición para la explotación <i>online</i> ; se requiere el derecho de distribución para la comercialización física del libro.
DISTRIBUCIÓN	Música en soportes físicos.	Permite fijar la música en CDs y ponerlos a la venta (junto al derecho de Reproducción).	No contempla la distribución digital, siendo necesario para este uso el derecho de Comunicación Pública.
COMUNICACIÓN PÚBLICA	Vídeo en <i>streaming</i> en plataforma <i>online</i> de cine	Permite emitir la película a través de la plataforma en Internet (se requiere también el derecho de Reproducción). Corresponde a la modalidad de puesta en disposición.	No se permite grabar y fijar la música en un soporte físico para su comercialización analógica, para lo cual sería necesario ceder el derecho de Distribución.
TRANSFORMACIÓN	Productor que quiere modificar y musicalizar un poema para inclusión en banda sonora original (BSO)	Permite realizar adaptaciones/modificaciones de obras preexistentes.	Los derechos de explotación de la obra musical nueva corresponden al creador de la obra derivada. Se requiere autorización para la creación/adaptación de la nueva obra.

Fuente: Rooter

7.2.4 Derechos de explotación y UGC

De los cuatro derechos patrimoniales antes descritos, tres de ellos (la reproducción, la comunicación pública y la transformación de las obras) se ven involucrados en el ámbito de los UGC. Dentro de las múltiples modalidades que puede tener la comunicación pública de las obras la que resulta afectada en el caso de los UGC es la denominada “puesta a disposición del público”, que consiste en poner a disposición una obra por procedimientos alámbricos e inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija¹⁶(art. 20.2 i) LPI). No se ve sin embargo afectado en el caso de los UGC el derecho de distribución, que sólo entra en juego cuando se realizan actos de explotación de los soportes tangibles que contienen las obras (por ejemplo, la venta de libros en un comercio).

Figura 3.3 Comparativa de derechos de explotación digital vs. analógico desde el punto de vista de los UGC

DERECHOS DE EXPLOTACIÓN HABITUALES DEL ENTORNO DIGITAL	DERECHOS DE EXPLOTACIÓN HABITUALES DEL ENTORNO FÍSICO ANALÓGICO
<p>REPRODUCCIÓN (digital)</p> <p>COMUNICACIÓN PÚBLICA (particularmente puesta a disposición)</p> <p>TRANSFORMACIÓN</p>	<p>REPRODUCCIÓN (no digital)</p> <p>COMUNICACIÓN PÚBLICA (modalidades diferentes a puesta a disposición)</p> <p>TRANSFORMACIÓN</p>
<p>ÁMBITO UGC</p>	<p>DISTRIBUCIÓN (exclusivo del entorno físico)</p> <p>FUERA ÁMBITO UGC</p>

Fuente: Rooter

7.2.5 La infracción de derechos en el proceso de creación de las obras derivadas por parte de los usuarios en el entorno web 2.0

El concepto de obra derivada hace referencia a cualquier transformación de una obra literaria, artística o científica, para crear otra distinta. A este respecto, el artículo 11 LPI enuncia como tales a modo de ejemplo las traducciones y adaptaciones; a las revisiones, actualizaciones y anotaciones; los compendios, resúmenes y extractos; y, finalmente, los arreglos musicales.

¹⁶ Según dispone el artículo 20.2 f) LPI.

En el caso de Internet, los usuarios crean de forma masiva y sistemática todo tipo de obras derivadas, tanto a partir de contenidos creados por autores profesionales como a partir de aportaciones de otros usuarios de la Red. Sin embargo, cuando dichas obras son realizadas por los usuarios sin mediar autorización, estaríamos ante una infracción de los derechos de autor (en concreto, del llamado derecho de transformación del art. 21 de la LPI) y, en consecuencia, ante un acto ilícito.

Como se expondrá posteriormente en el capítulo ocho de este Estudio, en el caso de las obras derivadas en las que se utilizaron contenidos creados por otros usuarios, la cuestión se suele solucionar por vía contractual, a partir de una autorización concedida por el propio usuario cuando acepta las condiciones de uso de la correspondiente plataforma web y por los propios mecanismos de autorregulación incorporados en dicha plataforma.

No ocurre lo mismo sin embargo cuando se adaptan o reutilizan obras de titularidad de profesionales o empresas creativas, en cuyo caso no suele mediar autorización. Esto hace que exista un flujo constante y masivo en la red de obras derivadas no autorizadas y teóricamente ilícitas, que sin embargo son toleradas o incluso a veces incentivadas por el titular profesional o empresario por no constituir un menoscabo a la normal explotación de la obra y tener en ocasiones una función promocional de homenaje que funciona como una suerte de publicidad gratuita o prescripción espontánea (pensemos en la creación por parte de los usuarios videos de homenaje a la saga cinematográfica “Star Wars”).

La siguiente tabla describe algunos supuestos de obras generadas por los usuarios que, de acuerdo a la legislación vigente en España, constituirían infracciones al derecho de autor:

Figura 3.4 Ejemplos de autorizaciones necesarias para la creación de obras derivadas según prácticas actuales de la industria

	UTILIZACIÓN	PRÁCTICA DE MERCADO/INDUSTRIA EN USOS PROFESIONALES	SITUACIÓN DE LOS UGC
Discográfica y musical	“Colgar” en Youtube un vídeo de una coreografía de un grupo de escolares bailando una canción de Madonna.	Se requieren dos licencias de sincronización: autor-editor musical y discográfica (productor de fonogramas).	Si el usuario no cuenta con estas licencias, sería un acto infractor e ilícito.
Audiovisual	Incorporación de fragmentos de películas de Disney en un vídeo que una madre cuelga en DailyMotion como regalo de cumpleaños para su hijo.	Se requiere autorización de Disney para la incorporación de estos fragmentos, y la cesión no exclusiva de los derechos de reproducción, transformación y comunicación pública.	Si el usuario no cuenta con la preceptiva autorización, estaríamos ante un acto ilícito. Sin impacto económico en la industria.
Libros	Un usuario reproduce íntegramente su poema favorito de Pablo Neruda en su blog.	Se requiere la cesión de los derechos de reproducción y de comunicación pública del poema en su modalidad de puesta a disposición.	Si la autorización de los herederos/agencia literaria correspondiera a una actividad ilícita e infractora.

Fuente: Rooter

8. El estado del arte: prácticas en la gestión de derechos de propiedad intelectual en el ámbito UGC por parte de prestadores de servicios de alojamiento y compartición de contenidos

A efectos de entender en su cabalidad todos los aspectos relacionados con la gestión de los derechos de autor en el ámbito UGC, a continuación vamos a analizar los sistemas que ofrecen conocidos servicios de alojamiento y compartición de contenidos a través de sus condiciones de uso como mecanismos para la gestión de los derechos de propiedad intelectual de las aportaciones de los usuarios.

Con este objetivo, en el presente capítulo llevaremos a cabo un análisis comparativo de los sistemas de gestión de derechos de cuatro plataformas muy utilizadas por los usuarios: YouTube, Dailymotion, Flickr y Facebook.

De estas redes sociales, dos de ellas son plataformas enfocadas eminentemente al ámbito de los contenidos audiovisuales (YouTube y Dailymotion). Por su parte, Flickr es una red social cuyo objeto de actividad gira en torno a la creación visual, incorporando reproducciones de contenidos tales como fotografías, dibujos, cuadros, collages, tapices, litografías, grabados, etc., sin perjuicio de ofrecer otras aplicaciones complementarias, como la visualización de vídeos. Por último, Facebook no se asocia en la práctica a una tipología concreta de contenidos, sino que abarca una miscelánea de las mismas, de forma indistinta, siendo una herramienta utilizada corrientemente para establecer una comunicación entre los usuarios, incluso sustituyendo las funciones características del correo electrónico o de los chats.

Por tanto, se trata de sitios web de distinta índole, aunque las prestaciones ofrecidas son similares:

Figura 4.1 Contenidos ofrecidos por las diferentes plataformas digitales

	IMÁGENES	VIDEOS	JUEGOS	ENLACES	TEXTO/ COMENTARIOS
	✓	✓	✗	✓	✓
	✓	✓	✓	✓	✓
	✗	✓	✗	✓	✓
	✓	✓	✗	✓	✓

Fuente: Rooter

Las redes sociales permiten a los usuarios ser los principales sujetos implicados en el desarrollo de estas plataformas, facilitándoles la posibilidad de compartir con otros usuarios sus intereses y aficiones. No obstante, la libertad que concede a los usuarios para que distribuyan sus contenidos debe quedar restringida a los límites del orden público y el respeto de los derechos de terceros.

Estas comunidades sociales online regulan en sus condiciones de uso las distintas parcelas jurídicas imprescindibles para garantizar una pacífica prestación de servicios, atendiendo a las restricciones mencionadas en el párrafo anterior.

En relación con los contenidos generados por los usuario las distintas redes sociales suelen regular minuciosamente, en sus términos y condiciones de uso, los principales aspectos jurídicos que se encuentran en juego en este ámbito: la cesión de derechos de propiedad intelectual de los UGC divulgados e incorporados por los usuarios de estas plataformas, las normas de comportamiento de los usuarios, la protección de los derechos de propiedad intelectual de terceros, y la legislación aplicable y jurisdicción a la que deben someterse los usuarios en caso de surgir controversias derivadas de la utilización de las plataformas.

8.1 Cesión de derechos de los UGC

Mediante las nuevas herramientas TIC disponibles, cualquier usuario puede expresar su creatividad y generar contenidos susceptibles de ser protegidos por derechos de propiedad intelectual.

Si bien la regulación de cada sitio web es diferente, todos ellos contemplan la cesión de los derechos de autor y derechos conexos de los UGC desde el momento en el que los mismos son cargados en los servidores de cada plataforma.

El alcance de dicha cesión de derechos depende del modelo de gestión de cada web. Las redes sociales objeto de estudio facilitan distintos mecanismos para administrar los derechos de propiedad intelectual de los creadores de contenidos, con el fin de desarrollar su actividad pacíficamente en el tráfico jurídico-mercantil.

A continuación analizaremos los distintos grados de cesión de derechos por parte de los usuarios generadores de contenidos atendiendo a cada red social:

8.1.1 YouTube

En relación con YouTube, el clausulado que figura en su sitio web indica que tanto la propia plataforma como sus usuarios registrados se convierten en sujetos titulares de una licencia mundial, no exclusiva y exenta de royalties y transferible para utilizar, reproducir, distribuir, realizar obras derivadas de su contenido, mostrarlo y ejecutarlo.

Esto significa que se autoriza tanto a YouTube como a los demás usuarios a utilizar el contenido colgado en la red de forma gratuita y con independencia del país de residencia de quien desee utilizar el contenido. Ello incluye no sólo la reproducción o ulterior puesta en la red del contenido, sino también, como vemos, la realización de obras derivadas a partir de dicho contenido.

No obstante, esta autorización se extingue cuando el usuario elimina el contenido de su perfil, lo que significa que la cesión de derechos queda limitada a la voluntad del usuario, que en todo momento podrá resolver unilateralmente la autorización otorgada al cargar los contenidos en YouTube.

8.1.2 Dailymotion

En el caso de Dailymotion, el usuario que carga sus contenidos concede una licencia no exclusiva a la plataforma para que los aloje en el portal, permitiendo a la vez el disfrute de los mismos a otros usuarios.

Debe señalarse que en sus condiciones de uso se estipula que la autorización para el uso de los vídeos a los demás usuarios es gratuita y para uso personal (excluyendo por tanto el uso colectivo o su explotación mercantil).

Esta autorización se extingue con la eliminación del contenido por parte del usuario, al igual que ocurre con YouTube.

Además, el clausulado de Dailymotion establece que para cualquier otro uso de los contenidos volcados en la red por sus usuarios deberá mediar autorización previa. Una cláusula que recuerda a todos los usuarios que son titulares de los derechos de autor y derechos conexos sobre sus contenidos.

Finalmente, es preciso apuntar que el portal proporciona a los usuarios una herramienta para que éstos sean reconocidos como creadores de sus contenidos a través del llamado “*Creative Program*” (programa creativo). Para ello los usuarios deben crear un perfil distinto del ordinario, y aceptar que sus contenidos sean promocionados por la plataforma. Todos los vídeos que se cargan a través de esta aplicación se distinguen como “*creativecontent*” (contenido creativo).

8.1.3 Facebook

El mecanismo empleado por Facebook contempla algunas particularidades respecto de la cesión de derechos de los usuarios a la plataforma, ya que se trata de una red social que puede ser abierta (los perfiles son accesibles para cualquier tercer usuario) o cerrada (el acceso a los perfiles es objeto de determinadas restricciones a terceros usuarios), y por tanto dependerá de lo que el usuario quiera permitir.

Cada vez que el usuario sube un contenido a Facebook, concede a la plataforma una licencia o autorización no exclusiva, transferible, con posibilidad de ser sub-concedida, sin royalties (es decir, gratuita), aplicable globalmente, con el fin de que Facebook pueda utilizar dicho contenido.

Esta licencia queda limitada por la voluntad del usuario sobre el alcance de la exposición que desea para sus contenidos (elección de un perfil abierto o cerrado). Además, la licencia se extingue con la eliminación del contenido por parte del usuario de su perfil, salvo cuando estos contenidos hayan sido compartidos con terceros, y estos terceros mantengan activo su perfil.

8.1.4 Flickr

Por último, Flickr presenta las mayores particularidades en relación con la cesión de derechos de autor y derechos conexos por parte de los usuarios. Sin embargo, las condiciones de uso de este servicio quedan algo dispersas al establecerse distintas normas en la misma plataforma. Al acceder a los términos de uso, la red social realiza una remisión a las condiciones de uso de Yahoo!

En las condiciones generales de Yahoo! se determina que los usuarios ceden una licencia no exclusiva, sin límite en el tiempo, de ámbito mundial y de carácter gratuito para reproducir, almacenar, editar, modificar, publicar, incorporar en bases de datos, comunicar públicamente, transmitir, visualizar, distribuir, representar o, en cualquier otra forma, explotar comercialmente, en todo o en parte, tales informaciones o contenidos titularidad del Usuario en el Portal en cualquier forma o a través de cualquier medio o tecnología.

Por otra parte, Flickr utiliza un sistema de protección de los derechos de autor y derechos conexos de los UGC. Para ello facilita a los usuarios la posibilidad de que puedan reservarse sus derechos conforme a las reglas habituales de la legislación de propiedad intelectual.

tual, o mediante sistemas alternativos, como pueden ser las licencias Creative Commons. Además ofrece una herramienta de gestión de los derechos de autor y derechos conexos en virtud de la cual se gestionan los derechos de los titulares que se registran en la misma.

Asimismo, Flickr indica a todos los usuarios de su servicio que pueden contactar directamente con el usuario generador de contenidos y solicitarle la autorización para poder utilizar dichos contenidos.

8.2 Normas de comportamiento de los usuarios

Las redes sociales ofrecen un espacio de libertad de expresión a todos los usuarios para que difundan sus principales intereses. Sin embargo, la actividad de los usuarios debe estar en consonancia con lo establecido en el ordenamiento jurídico, y debe respetar los derechos de terceros.

Las plataformas analizadas en el presente documento, además de regular las normas de uso de su servicio, habilitan aplicaciones que hacen interactuar al usuario con la plataforma para luchar contra la utilización inadecuada del servicio por parte de otros usuarios.

Entre los contenidos que no se permiten subir a estos sitios web se encuentran los que atentan a la privacidad de terceros o a sus datos personales; los contenidos protegidos por la normativa en materia propiedad intelectual o industrial; o los contenidos que afectan al orden público, a la seguridad, al respeto de las minorías, a la sanidad.

8.2.1 YouTube

En lo que a YouTube respecta, dicho portal establece lo que denomina como *Normas de la Comunidad YouTube* (en adelante, la Comunidad), las cuales indican los usos que no están permitidos por la red social.

YouTube facilita herramientas para que los usuarios participen y marquen los vídeos que consideren que infringen la Comunidad. Una vez marcados los vídeos, el equipo de YouTube recibe una notificación y procede a revisar el vídeo en cuestión, marcado como inadecuado. Si el vídeo vulnera las reglas de la Comunidad, es eliminado.

8.2.2 Dailymotion

La plataforma Dailymotion también dispone de un apartado parecido a la Comunidad de YouTube, llamado *Contenido Prohibido*, que determina los contenidos que no están permitidos en su plataforma. Asimismo también especifica en su condicionado de uso que no se permite que los usuarios suban contenidos que violen los derechos de autor y derechos conexos de terceras personas, que causen un perjuicio personal o una invasión a la privacidad, o que sean contrarios al orden público o estándares morales.

A su vez, debajo del reproductor de vídeo se habilita una casilla llamada *Infracción*. Cliqueando sobre ella se posibilita a los usuarios denunciar contenidos no permitidos. Posteriormente, el equipo de Dailymotion revisa los contenidos denunciados, y elimina aquéllos que infringen sus condiciones de uso.

8.2.3 Facebook

En relación con Facebook, si bien estipula condiciones de uso similares a las de los portales analizados, las normas de comportamiento presentan algunos matices en tanto en cuanto se trata de una red social generalmente cerrada que debe puntualizar determinados aspectos en el ámbito de la privacidad e intimidad de los usuarios.

Las condiciones de uso de Facebook establecen las normas de comportamiento de los usuarios, dividiéndolas en tres cláusulas: una cláusula relativa a la seguridad, otra relacionada con la seguridad de la cuenta del usuario, y una tercera cláusula sobre la protección de los derechos de terceros.

Todos los usuarios están habilitados para denunciar los contenidos subidos por los demás usuarios, con la condición de tener acceso al perfil de esos usuarios.

8.2.4 Flickr

Por otra parte, Flickr establece un enlace específico sobre las normas de su red social, reiterándose las mismas pautas de comportamiento que en el resto de plataformas.

Cada vez que el usuario cliquea una imagen, éste tiene la posibilidad de denunciar la infracción de cualquiera de las normas de uso estipuladas por Flickr, cumplimentando el formulario habilitado a tal efecto.

Como peculiaridad, cabe mencionar que el usuario denunciante no debe indicar sus datos personales, preservando así su anonimato.

8.3 Protección de derechos de propiedad intelectual de terceros

En ocasiones, los UGC incorporan contenidos protegidos, titulados por terceros diferentes del usuario que los carga en las plataformas.

Para evitar posibles infracciones en materia de Copyright, todas las plataformas configuran sistemas de protección de derechos mediante distintos procedimientos de notificación o identificación de contenidos. En la siguiente figura se muestra la tipología empleada por cada red social de los procedimientos mencionados:

Figura 4.2 Sistema de notificación de infracciones de copyright de las diferentes plataformas digitales

	YouTube	Dailymotion	Facebook	Flickr
Sistema de notificación individual				
Sistema de notificación masiva				
Sistema de identificación de audio o vídeo				
Programa de beneficios para titulares de derechos				

Fuente: Rooter

8.3.1 Sistema de notificación de infracciones y de monitorización de YouTube

En relación con esta materia, los principales elementos que presenta YouTube son su formulario online, su sistema de verificación de contenido, y su sistema de identificación de audio y vídeo, los cuales se detallan seguidamente:

a. Notificación y retirada de contenidos infractores:

Una alternativa facilitada por YouTube al titular de los derechos vulnerados es la notificación a través de un formulario online que reúne las condiciones que exige la Digital Millenium Copyright Act de 1998 (EUA). Así, debe indicarse cuál es el contenido protegido, y cuál es el enlace donde se encuentra el vídeo que incorpora dicho contenido protegido. Posteriormente, el equipo de YouTube elimina dicho vídeo.

Una vez eliminado, YouTube establece contacto con el usuario que subió el vídeo, ofreciéndole la posibilidad de presentar una contra-notificación para presentar las oportunas alegaciones.

b. Otra herramienta que proporciona YouTube es el sistema de verificación de contenido:

Consiste en una aplicación que YouTube pone a disposición de los titulares de derechos que sirve fundamentalmente para detectar aquellos contenidos que son subidos a la plataforma en repetidas ocasiones y sin autorización. Para su correcto funcionamiento se requiere de la participación activa de los titulares de derechos, ya que son ellos quienes deben buscar el material que consideran infractor, proporcionando a YouTube la información necesaria para poder encontrar los contenidos infractores. Está pensado para aquellos titulares de derechos con un gran volumen de obras o prestaciones protegidas.

c. Sistema de identificación de contenido (ID de audio y de vídeo):

Para los profesionales y empresas, YouTube ha creado un conjunto de herramientas de gestión de contenido y políticas de copyright para que los titulares de los derechos puedan controlar su contenido. La solución consiste en un sistema de identificación de contenidos (ID): los titulares de los derechos facilitan archivos de referencia a YouTube (de vídeo o sólo de audio) del contenido de su titularidad, así como metadatos describiendo dicho contenido y políticas sobre las medidas que debe adoptar YouTube en caso de encontrar coincidencias. De esta forma, la identificación de infracciones de derechos de propiedad intelectual requiere de la participación activa de los propios titulares de derechos.

El titular de los derechos puede optar después entre requerir a YouTube la retirada del vídeo, o mantenerlo en la red social a cambio de una contraprestación económica derivada de los ingresos publicitarios de YouTube que genere la visualización de dicho vídeo.

8.3.2 Sistema de notificación de infracciones y de monitorización de Dailymotion

El sistema de notificación de Dailymotion es de las mismas características que el de YouTube. Dailymotion también dispone de la tecnología de identificación de audio y vídeo a través de los programas informáticos Audiblemagic e INA-Signature, que identifican el vídeo y audio de cualquier contenido que se cargue en la plataforma de Dailymotion.

8.3.3 Sistema de notificación de infracciones y de monitorización de Facebook

Como consecuencia de la condición de red social cerrada que ostenta Facebook, los mecanismos para proteger contenidos de terceros son más limitados, ya que únicamente tienen la facultad de acceder al perfil del usuario infractor aquéllos usuarios que sean miembro “amigo” de dicho sujeto infractor.

Facebook facilita a los titulares de derechos de autor y derechos conexos una aplicación similar a las indicadas anteriormente durante el análisis del resto de plataformas, para que puedan denunciar los usos no autorizados de sus contenidos.

8.3.4 Sistema de notificación de infracciones y de monitorización de Flickr

En relación con Flickr, esta red social también ofrece un sistema de denuncia de infracciones de derechos de propiedad intelectual mediante formulario online. Sin embargo, el aspecto más característico de Flickr se corresponde con las herramientas destinadas a los creadores de obras, a través de las cuales éstos conceden a otros usuarios licencias de uso de sus contenidos, lo que supone un método eficiente de regulación de los UGC para dotarlos de suficiente protección jurídica contra intromisiones ilegítimas.

8.4 Resolución de conflictos – Ley aplicable y jurisdicción

Todas las plataformas objeto de estudio establecen en sus condiciones de uso una cláusula que indica cuál es la jurisdicción y ley aplicable en caso de que las posibles controversias derivadas de la interacción entre las redes sociales, sus usuarios, o los terceros afectados por la relación existente entre ambos, no puedan ser resueltas por los cauces extrajudiciales.

Figura 4.3 Ley aplicable y jurisdicción establecidas por las diferentes plataformas digitales

	Youtube	Dailymotion	Facebook	Flickr
Ley aplicable	España	Francesa	Estado de California (EUA)	España
Jurisdicción competente	No se expresa	No se expresa	Santa Clara – Estado de California (EUA)	España

Fuente: Rooter

A continuación se facilita una figura ilustrativa de la ley aplicable y jurisdicción que las distintas plataformas establecen en sus condiciones de uso:

Sin embargo, no todo conflicto que termine en sede judicial deberá cumplir con las condiciones de uso que especifica cada plataforma. Cada supuesto de hecho es específico, lo que significa que, tanto para decidir cuál es la jurisdicción competente, como para decidir cuál es la ley aplicable, debe atenderse a cada caso concreto y a las normas imperativas de Derecho Internacional Privado, que pueden llegar a privar de eficacia a las cláusulas estipuladas por las redes sociales en relación con este aspecto.



9. Hacia una solución en materia de UGC y los derechos de los autores de las obras preexistentes incorporadas o transformadas por un usuario

En los capítulos anteriores del presente Estudio hemos analizado la importancia de los contenidos generados por el usuario desde el punto de vista cultural, económico y social. También hemos hecho una revisión de las dos vías por las que actualmente se regulan jurídicamente los UGC: la vía legal, a través de la actual Ley de Propiedad Intelectual, y la contractual, mediante las condiciones de uso que son aceptadas por los usuarios en las plataformas de alojamiento y compartición de contenidos más conocidas y populares. En este mismo análisis, hemos visto que los modelos actuales de gestión de licencias singulares por parte de los titulares de derechos de obras preexistentes, si bien funcionan adecuadamente para los usos de industrias o profesionales, no están actualizados a la realidad de los UGC.

La incorporación y transformación masiva de obras preexistentes por parte de usuarios en obras de nueva creación hace necesaria e importante la búsqueda de una solución dirigida dar una salida jurídicamente satisfactoria a esta situación. Millones de usuarios en todo el mundo incorporan o transforman obras protegidas a diario, y ello en muchas ocasiones no significa un perjuicio para los autores de dichas obras, ni necesariamente actos de piratería digital. Es más, en muchas ocasiones, determinadas modalidades de creación vía UGC resultan beneficiosas para el autor, como ocurre, por ejemplo, con los “contenidos generados por fans”, que ayudan al posicionamiento de la obra y a su conocimiento por parte de muchos potenciales consumidores de la misma. Este fenómeno ha sido incluso adoptado por el sector del Marketing y la Publicidad, en el que se desarrollan campañas en Social Media, a través de redes sociales y otras vías digitales, dirigidas a posicionar un producto, incluso un producto de orden cultural, como puede ser una novela, un videojuego o una película, incentivando la creación de contenidos por parte del usuario asociados a ese contenido protegido.

Esta realidad es tangible y reconocible para las industrias culturales. Si bien la mera copia o reproducción servil de contenidos (por ejemplo, la reproducción de pequeños fragmentos de un programa de televisión en un portal de contenidos audiovisuales) podría ser considerado un acto infractor ante el cual normalmente los titulares de derechos reaccionarán notificando y reclamando la retirada de los contenidos infractores, la situación respecto de los UGC que cuentan con una aportación creativa del usuario puede ser diferente. Así, el “colgar” una copia escaneada de una novela editada en papel en un portal web sin autorización del autor y su editorial sería un acto que claramente afecta a los legítimos intereses de los correspondientes titulares de derechos, pero la reproducción de un fragmento comentado de esa misma novela realizado por un usuario y “colgado” en Facebook, en la que ese usuario-lector recomienda apasionadamente la novela a sus amigos, puede funcionar como actividad promocional espontánea que beneficia al autor, un “boca a boca” que muchos expertos en Marketing Digital buscan como un objetivo a conseguir en sus campañas en redes sociales.

Esta realidad y la ausencia en la actualidad de soluciones efectivas para este fenómeno, nos lleva a proponer tres vías para resolver la problemática de los contenidos generados por usuarios que incorporan o transforman obras preexistentes, las que explicaremos a continuación.

9.1 Primera vía: la celebración de convenios o acuerdos marco entre los titulares de derechos y los proveedores de servicios de alojamiento y compartición de contenidos

Una vía posible para regular la situación de los UGC es a través de la celebración de acuerdos o convenios marco entre los titulares de derechos y los proveedores de servicios de alojamiento y compartición de contenidos, dirigidos a implementar protocolos de actuación respecto a los contenidos incorporados por los usuarios en plataformas web.

Estos acuerdos deberían establecer mecanismos de gestión tanto en lo referido la difusión pacífica de obras derivadas o compuestas creadas por usuarios, en aquellos casos en que éstas no generan perjuicio o menoscabo al titular de derechos, como respecto de instrumentos de respuesta y reacción en caso de que la incorporación de determinado contenido por parte del usuario sí genere dicho perjuicio. Estos protocolos deben incluir una identificación muy clara de los supuestos cubiertos en cada caso y deben ir acompañados de la implementación de las correspondientes medidas tecnológicas que garanticen su adecuado funcionamiento.

Para el éxito de este modelo es necesario alcanzar consensos entre los titulares de derechos, los proveedores de servicios de la sociedad de la información y los usuarios, y posiblemente requiera de una promoción directa por parte de los poderes públicos que incite a las partes involucradas al acercamiento y búsqueda de una solución efectiva y equilibrada a este problema. En esta línea, los siguientes antecedentes sirven como argumento que sustenta este modelo:

1. **Posición de la Comisión Europea en la materia:** en su Comunicación de 14 de mayo de 2011 la Comisión Europea manifiesta su intención de generar el diálogo entre los interesados (usuarios, proveedores de servicios, titulares de derechos), a fin de encontrar “un equilibrio entre los derechos de los creadores de contenidos y la necesidad de tener en cuenta las nuevas formas de expresión”. Es decir, habrá un papel activo de las instituciones europeas en este sentido.
2. **“Principles for User-Generated Content Services”:** un buen ejemplo que ilustra el que es posible alcanzar soluciones consensuadas en esta materia, es el acuerdo sectorial alcanzado en Estados Unidos entre varios proveedores de contenidos - CBS, Disney, Fox, NBC-Universal, Microsoft, Sony Pictures y Viacom - con proveedores de alojamiento y webs que incluyen contenidos generados por usuarios -Crackle, Daily Motion, Myspace, Sevenload, Veoh, Youku - en el que se establecen una serie de principios que garantizan las buenas prácticas en el sector y facilitan la eliminación de contenidos infractores de derechos de propiedad intelectual.

9.2 Segunda vía: soluciones tecnológicas para la gestión de autorizaciones singulares

Consiste en la creación por parte de los titulares de derechos de mecanismos online, fáciles de manejar por los usuarios y con un precio o condiciones económicas adecuadas para los mismos, mediante los cuales se concedan las autorizaciones singulares correspondientes para la incorporación o adaptación de obras preexistentes por parte de los usuarios. El licenciante (de manera individual o a través de una entidad de gestión colectiva de derechos) sería el titular de derechos de propiedad intelectual, siendo el licenciatarlo el propio usuario. En este modelo, la plataforma de titularidad del proveedor de servicios de alojamiento y compartición donde el usuario vuelca sus contenidos funcionaría como punto de encuentro entre el usuario y el titular de derechos, bien incorporando una aplicación que permita expedir la licencia online, bien mediante la redirección a una web especial donde realizar esta operación.

Para que este modelo resulte posible en la práctica, es especialmente relevante el análisis de la viabilidad económica y financiera de las distintas soluciones que el proveedor de contenidos pueda adoptar. Igualmente requiere de una voluntad real por parte de las distintas industrias culturales para regular la situación de los UGC en aquellos casos en los que no exista riesgo real de perjuicio para la explotación normal de la obra y que no estén asociados a la piratería digital ni exista un riesgo de convertirse en tal.

Como pasos previos para una solución de este orden, podría resultar especialmente relevante acometer las siguientes actividades:

- La realización de determinadas actividades de investigación, desarrollo e innovación (I+D+i), que para ser viables podrían requerir también la participación de agentes del sector TIC debido a su know-how y capacidad de desarrollo tecnológico, lo que generalmente requerirá la realización de proyectos en cooperación, tanto de ámbito nacional, como europeo o internacional.
- Para ello se requerirá seguramente el apoyo financiero del sector público para el desarrollo de proyectos de investigación industrial o de desarrollo experimental que faciliten la generación de este tipo de soluciones tecnológicas;
- El estudio por parte de los autores y de los titulares de derechos conexos de la posibilidad de ampliar el ámbito de actuación de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, las que suelen contar con la experiencia, recursos y economía de escala para gestionar autorizaciones cuya administración individual no es rentable, mediante la creación de un sistema de licencias especialmente diseñado para los usuarios;
- El análisis económico de posibles sistemas de tarifas o retornos diferentes al precio de la licencia, que sean establecidos con la colaboración de las propias plataformas de distribución de contenidos UGC, que hagan sostenible desde el punto de vista económico y financiero este modelo.

Por el contrario, el principal inconveniente de esta solución radica en el hecho de que actualmente el impacto económico de los UGC en la explotación de la obra es en la mayor parte de los casos muy residual. En consecuencia, este factor hace que la inversión y los costes de administración pudiesen ser demasiado elevados en relación al retorno esperado, lo que podría provocar que fuese más rentable para los titulares de derechos mantener el statu quo actual, es decir, no licenciar pero tampoco perseguir a los usuarios por la incorporación o transformación de obras protegidas no autorizadas en UGC.

9.3 Tercera vía: ¿Hacia un límite al derecho de autor que beneficie a los usuarios?

La tercera alternativa que proponemos en este Estudio es la posible creación de un límite al derecho de autor para determinados contenidos generados por los usuarios.

En el presente capítulo explicaremos qué son los límites y excepciones al derecho de autor, y analizaremos la viabilidad de generar un límite para los UGC desde el punto de vista del Derecho internacional y del Derecho comunitario.

9.3.1 Concepto de límite al derecho de autor

En el Derecho español los autores, como se ha explicado en este Estudio, gozan de un derecho general a autorizar la explotación patrimonial de sus obras, pero tal poder no es absoluto, se limita a lo que la Ley establezca, de acuerdo con los arts. 2 y 17 de la LPI.

De este modo, existen determinados usos de las obras que no necesitan que exista una autorización singular por parte del titular de los derechos. Se trata de supuestos en los que el titular ve restringido su ius prohibendi por el legislador mediante el establecimiento de límites o excepciones al derecho de autor.

En España, como en otros países de la tradición del derecho de autor continental, la propia LPI ha establecido un catálogo de límites a los derechos patrimoniales de los autores. Dicho catálogo se encuentra recogido en los arts. 31 al 40 de la LPI, dentro del Título III, Capítulo II del citado compendio normativo.

En particular, los usos de obras que no necesitan ser autorizados por los titulares de derechos son los siguientes:

Figura 5.1 Usos de obras que no necesitan ser autorizados por los titulares de derechos.

Art. 31	Reproducción provisional
	Reproducción destinada a un uso privado
Art. 31 bis	Reproducción, distribución y comunicación Pública
	Con fines de seguridad pública
	En el marco de procedimientos oficiales
	En beneficio de personas discapacitadas
Art. 32	La cita
	Reproducción, distribución y comunicación pública con el fin de ilustrar en la enseñanza
Art.33	Reproducción, distribución y comunicación pública de trabajos sobre temas de actualidad
Art. 34	Acciones necesarias para acceder y utilizar una base de datos original
	Reproducción de una base de datos original no electrónica destinada a fines privados
	Utilización de una base de datos original
	Con fines de ilustración en la enseñanza
	Con fines de investigación científica
	Con fines de seguridad pública
Art. 35	A efectos de un procedimiento judicial o administrativo
	Reproducción, distribución y comunicación pública con fines informativos sobre acontecimientos de actualidad
	Reproducción, distribución y comunicación pública de obras situadas en la vía pública
Art. 36	Emisión vía satélite y transmisión por cable
	Reproducción técnica efímera
Art. 37	Reproducción, préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos
Art. 38	Ejecución de obras musicales en el transcurso de actos oficiales y ceremonias religiosas
Art. 39	La parodia
Art. 40	Divulgación

Fuente: Rooter

Cada uno de estos límites establece una serie de requisitos específicos que se detallan en cada caso en la norma para que se pueda utilizar lícitamente las obras sin la autorización del titular de los derechos. Así, por ejemplo, el art. 31 bis, apartado segundo, de la LPI permite la utilización de obras ya divulgadas en beneficio de las personas que sufren alguna discapacidad, dentro de las condiciones que la propia norma señala.

9.3.2 El sistema de límites español como “sistema cerrado”

En materia de límites a los derechos de autor existen dos tradiciones jurídicas fundamentales en el ámbito internacional. Los derechos que podemos llamar continentales o de la tradición jurídica basada en el *droit de auteur* (como Francia, Italia, Alemania o España) establecen un sistema de excepciones en forma de lista tasada en la Ley, lista que resulta comúnmente aceptada como un *numerus clausus*.

Esto provoca que podamos hablar de “sistemas cerrados”: si la utilización de la obra no encaja en alguna de las habilitaciones contenidas en la Ley no puede admitirse como lícita ni siquiera aunque se trate de conductas que tratan de proteger el interés público o a determinados colectivos con necesidades especiales (así, por ejemplo, si la obra no ha sido divulgada por su autor no puede utilizarse en beneficio de las personas con discapacidad de acuerdo con el art. 31 bis de la LPI antes citado).

De ahí que en España, como en el resto de países de la tradición del derecho de autor continental, podemos afirmar que se aplica de manera estricta un principio de tipicidad legal en materia de límites: la utilización de la obra debe encajar perfectamente con uno de los límites previstos en la Ley para no ser considerada como una infracción de los derechos patrimoniales.

En cambio, en los sistemas que podemos denominar como “abiertos”, propios de los países anglosajones, la existencia de figuras como el *fair use* (uso lícito) en los Estados Unidos¹⁸ o el *fair dealing* (uso honrado) en el Reino Unido, permiten admitir los usos de las obras mediante un análisis caso por caso, sin someterse a las rigideces de un sistema cerrado de límites.

La idea rectora de dichos sistemas es que los titulares deben soportar la utilización de las obras cuando ésta es “no competitiva”, de manera que si la utilización de la obra que está llevando a cabo un tercero no afecta al mercado potencial de la obra (es decir, cualquier utilidad económica que pueda obtener el titular mediante la correspondiente licencia), dicha actividad es un uso lícito u honrado (*fair use*).

En todo caso, este Estudio se va a centrar en el sistema actualmente vigente en España, que es el de una lista cerrada de límites a los derechos patrimoniales.

Y aplicando la LPI española, puede afirmarse con carácter general que si existe una utilización de obras por parte de terceros que no está licenciada por el autor o sus causahabientes o amparada por uno de los límites contemplados en la Ley de Propiedad Intelectual española, estaremos ante un acto de infracción de derechos.

9.3.3 La interpretación de los límites en el art. 40 bis de la LPI

El sistema cerrado de la LPI española tiene un mecanismo de cierre, destinado a “controlar” los límites en su aplicación práctica.

Se trata de la regla contenida en el art. 40 bis LPI. Dicha norma establece un criterio restrictivo respecto de la interpretación de los límites contenidos en la Ley, señalando que “(...) *no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un*

¹⁸ Los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si una conducta en concreto puede ampararse por el *fair use*, son, de manera muy resumida, en primer lugar, el carácter del uso de la obra, considerando especialmente si es comercial o con propósitos educativos; en segundo lugar, la naturaleza de la obra protegida, siendo más difícil apreciar un uso lícito cuanta mayor dosis de ficción contenga; el tercer factor es la cantidad de obra copiada, y su carácter esencial, en relación con el total de la misma; finalmente, se ha de considerar el efecto del uso ilícito de la obra en su mercado potencial (Vid. 17 U.S.C. 107 (1994)).

perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”.

Con este tenor se incluyó en España, con ocasión de la trasposición de la Directiva sobre protección jurídica de las bases de datos¹⁹, lo que la doctrina anglosajona conoce como three-step test, llamada en España, prueba de los tres pasos, o prueba de las tres etapas.

Esta redacción de la prueba de los tres pasos contenida en el art. 40 bis de la LPI tiene como función establecer una pauta que obliga al juez español a interpretar los límites en su aplicación a un caso concreto de forma restrictiva, de manera que cualquier límite que autorizara los usos de obras ajenas por parte de los usuarios de Internet podría ser confrontado con este art. 40 bis LPI en su aplicación a un caso concreto.

Esto significa que el juez puede descartar pura y simplemente la aplicación del límite al supuesto enjuiciado si considera probado que no supera la primera o la segunda fase de la prueba. Pero también permite rechazar una interpretación indebidamente amplia del límite en el caso concreto cuando le parezca que dicha interpretación perjudicaría a los legítimos intereses de los autores o afectaría a la explotación normal de la obra.

9.4 Problemas del sistema de lista cerrada de límites de la LPI española para adaptarse a los UGC

Es evidente que el sistema de lista cerrada de límites empleado en países como España puede provocar que en determinados casos se consideren como infracciones a los derechos de autor conductas que son admitidas generalmente por la sociedad y que son también toleradas (y a veces promovidas) por los propios titulares de derechos.

Así, ocurre, por ejemplo, con la mayoría de las citas de obras de naturaleza escrita que se efectúan en la práctica. El art. 32.1 LPI condiciona el límite de cita a que los fragmentos que se empleen de obras ajenas se utilicen a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Sin embargo, en la práctica la mayor parte de los fragmentos de obras ajenas no son utilizados para ser analizados, comentados, o para ser objeto de juicio crítico (pensemos por ejemplo en las citas que se suelen incluir en la primera página de las novelas), y pese a ello, se trata de una conducta inocua en términos de perjuicio económico para el titular de los derechos de la obra cuyos fragmentos han sido reproducidos, y por ello parece que es generalmente tolerada.

Algo similar ocurre en ocasiones respecto de los contenidos generados por los usuarios, que frecuentemente incorporan obras o prestaciones protegidas de terceros sin que ello conlleve un perjuicio a los titulares de las obras utilizadas.

Pensemos por ejemplo en el caso de unos jóvenes que cargan un vídeo en una red social en el que se les ve en una fiesta bailando de forma cómica una conocida canción de Madonna. Aplicando la LPI de forma estricta el vídeo está reproduciendo y poniendo a disposición del público la canción bailada, de manera que los jóvenes podrían ser teóricamente objeto de una reclamación judicial por parte de distintos titulares de derechos de propiedad intelectual (los autores de la letra y música de la canción, los intérpretes y ejecutantes de la misma y el productor del fonograma).

¹⁹ Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

Y ello en un tipo de uso que seguramente no perjudica a dichos titulares en relación con la explotación de dicho disco. De hecho, en supuestos como estos muchas veces se generan externalidades o beneficios indirectos para dichos titulares, que reciben una mayor exposición para sus creaciones en las redes digitales.

Pensemos en otro ejemplo, el de un vídeo tutorial colgado en YouTube en el que un pintor aficionado explica el proceso de cómo pintar al óleo empleando obras plásticas ajenas para la explicación (por ejemplo, está realizando una réplica de un cuadro del pintor Antonio López).

En este caso, como en el anterior, aunque la reproducción y puesta a disposición del cuadro de Antonio López se realiza sin ánimo de lucro y sin afectación aparente a la explotación económica de la obra, según nuestra LPI el autor del vídeo sería considerado infractor de los derechos de propiedad intelectual al no quedar amparado por el límite previsto en el art. 32.2 LPI, sobre la ilustración de la enseñanza, que exige que al uso de la obra tenga lugar “en las aulas”, además de exigirse que la utilización la haga “el profesorado de educación reglada”. La aplicación del art. 40 bis de la LPI evitaría aquí además cualquier interpretación extensiva de la norma para aplicarla a supuestos como el que nos planteamos.

Es en supuestos como los del vídeo de los bailarines en una fiesta o el del tutorial sobre pintura en los que los sistemas de derecho de autor continental muestran sus limitaciones. Ello resulta especialmente importante en Internet, en donde existen un gran número de utilizaciones de las obras por parte de los usuarios que no compiten ni afectan a la explotación de contenidos protegidos por la propiedad intelectual, pero que no encajan con ninguno de los límites previstos por la LPI, por lo que deberían ser consideradas prima facie como actos de infracción de derechos.

Esto genera un escenario en el que un gran número de usuarios de Internet son considerados infractores de la legislación de propiedad intelectual sin que en realidad exista un reproche social a su conducta o una reacción por parte de los propios titulares. Por ello desde distintas instancias se ha venido reclamando la existencia de un límite concreto que contemple la cuestión a nivel legislativo, amparando estas conductas si se dan unas circunstancias o parámetros concretos. Dicho límite, sin embargo, deberá ser compatible con las exigencias de los distintos Tratados internacionales de los que España es parte.

9.5 Marco internacional para la admisión de un nuevo límite a los derechos patrimoniales de autor respecto de los UGC

A la hora de plantearse la posible compatibilidad de un nuevo límite sobre UGC con la legislación actualmente vigente a nivel internacional respecto de los derechos de propiedad intelectual hay que tener en cuenta la división esencial que existe en la regulación convencional entre los derechos de autor en sentido estricto y los “otros derechos de propiedad intelectual” (derechos afines o conexos a los derechos de autor), como los de los artistas intérpretes o ejecutantes (cantantes, actores), los de los productores de grabaciones audiovisuales (productores de películas) o productores de fonogramas (productores de discos).

En efecto, en los Tratados Internacionales existe una clara división entre el *Derecho de autor* (regulado fundamentalmente en el Convenio de Berna, en los acuerdos ADPIC y en el TODA de 1996) y *los derechos afines al Derecho de autor*, que, o bien están regulados

por Tratados multilaterales que establecen reglas ad hoc para los derechos patrimoniales y límites aplicables (casos del Convenio de Roma y del TOIEF para los artistas, intérpretes y ejecutantes del sector sonoro y los productores de fonogramas), o bien carecen de una regulación a nivel internacional, existiendo sin embargo instrumentos normativos regionales (como ocurre con los productores audiovisuales, que cuentan con distintas Directivas europeas que regulan la materia, pero que carecen de un Tratado internacional específico).

Por tanto, la cuestión de la posible admisibilidad de un nuevo límite respecto de los UGC debe circunscribirse fundamentalmente al campo del derecho de autor, que es donde existe una regulación más amplia a nivel internacional.

Además, el grado de utilización de las obras por parte de los usuarios en los UGC permite distinguir entre dos supuestos claramente diferenciados. En el primero de ellos el usuario se limita reproducir y poner a disposición del público en Internet contenidos (lo que podemos denominar como “utilización sin aportación creativa”). Se trata del caso en el que usuario utiliza en un tutorial de video un cuadro de Antonio López, el de un aficionado a la poesía que cuelga en su blog un poema de Dámaso Alonso que refleja un sentimiento que ha tenido a lo largo del día o en el de unos jóvenes que cuelgan en una red social un vídeo bailando desafortadamente una canción de Madonna.

Este Estudio, sin embargo, recae sobre un segundo tipo de conducta, aquella en la que el usuario realiza una reproducción y puesta a disposición del público en Internet acompañado de una aportación creativa propia (“utilización creativa” o “transformativa”), como se explica en el Capítulo 4.

En estos casos, lo que ocurre desde el punto de vista de la legislación de propiedad intelectual es que el usuario realiza una *obra compuesta* o una *obra derivada*²⁰ basándose en otra preexistente de un tercero, lo cual puede hacerse de formas diversas.

Así, una primera modalidad es incorporar una obra ajena en la propia, como quien utiliza la música de una canción de Joaquín Sabina para añadir una letra propia y cantarla acompañado de su guitarra en un video que coloca en *YouTube*. En supuestos como éste lo que ocurre desde el punto de vista del derecho de autor es que la creación del usuario (la nueva letra) “sustituye” a la anterior.

En otras ocasiones, sin embargo, se utilizan contenidos terceros para crear una obra nueva. En este caso, la aportación creativa del usuario estriba no tanto en la transformación del original, como en la selección y organización de los contenidos de terceros.

Así, pensemos en el ejemplo de quien realiza un “falso tráiler” de una hipotética cuarta entrega de la serie de películas *Regreso al futuro* a partir de distintos fragmentos de las tres películas que realmente se rodaron. La aportación creativa del usuario estriba en este caso en la selección de las escenas y en el orden concreto en el que se montan.

Por último, en determinados casos lo que ocurre es que un usuario incorpora la obra de un tercero en una propia, pero no de forma directa, sino traduciendo, alterando, adaptando o modificando de algún modo la obra originaria. Es lo que ocurre, por ejemplo, con quien traduce un poema de Kavafis y lo incluye como “voz en off” en una presentación Power Point de fotografías suyas que luego cuelga su perfil de una red social.

²⁰ La doctrina española tradicionalmente ha dudado de que exista alguna diferencia sustancial entre ambas figuras, aunque lo cierto es que no se trata de conceptos exactamente idénticos, puesto que en el supuesto de transformación por parte de propio autor existirá obra derivada, pero no compuesta (vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F, en “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”, Tecnos, 3ª Edición, 2007, p. 381). A la inversa, es obvio que toda transformación realizada por un tercero distinto del autor (como es nuestro caso) creará una obra compuesta, y también una obra derivada. Es en estos casos en los que la distinción entre ambos conceptos seguramente resulta inútil.

En cualquier caso, lo que tienen en común los supuestos antes descritos es que los usuarios aportan novedad creativa u originalidad a los contenidos disponibles en Internet, aumentando así de manera importante el número de obras disponibles en la Red, lo que provoca la necesidad de plantearse si sería deseable un límite en la LPI que diera salida a estas conductas.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que un eventual límite que admitiera la “utilización creativa” de contenidos ajenos por parte de los usuarios de Internet en ningún caso podría afectar a los derechos morales de los autores. Así, de adoptarse un límite en este sentido, el usuario podría en ciertas condiciones modificar la obra sin requerir la licencia o autorización de su autor, pero no podría atacar su integridad artística ni usurpar o desconocer la identidad de dicho autor, de acuerdo con los principios establecidos en el Convenio de Berna (art. 6 bis) y en la propia LPI española (art. 14 LPI).

También hay que tener en cuenta que incluso si existiera en la legislación española un límite que permitiera al usuario crear obras derivadas sin licencia del autor de la obra preexistente, aún podrían plantearse en determinados casos de UGC si existe una infracción de derechos afines o conexos con los derechos de autor (por ejemplo, al incorporar un fonograma original de Vetusta Morla en un vídeo de un usuario en YouTube no se estaría infringiendo el derecho de autor gracias al límite, pero sí el derecho afín de los intérpretes y ejecutantes de la canción y del productor del fonograma, es decir, la discográfica). Teniendo en cuenta estas consideraciones previas, debemos mencionar que España es parte de distintos Tratados internacionales que recortan la libertad de legislador español para establecer límites a los derechos patrimoniales de los autores. Cualquier eventual límite que el legislador español estableciera para permitir las utilidades transformativas o creativas a los usuarios de Internet debería ser compatible con dichos Tratados.

Se trata ésta de una cuestión compleja, que se ha regulado en el ámbito internacional a través de fórmulas de compromiso con un elevado grado de ambigüedad. Y estamos además ante un entramado normativo en el que se producen regulaciones fragmentadas y reenvíos constantes entre los Tratados relevantes. Pero, en esencia, en todos los casos la referencia a esta cuestión ha de encontrarse en el Convenio de Berna, que por este motivo analizamos en primer lugar.

9.5.1 La cuestión en el Convenio de Berna

Antes de proceder a un análisis de la compatibilidad de un hipotético nuevo límite que autorice la “utilización creativa” de contenidos en Internet con las previsiones del Convenio de Berna hay que establecer con carácter previo cuáles de los derechos patrimoniales de los autores previstos en el Convenio se ven afectados por los usos transformativos en los UGC.

9.5.1.1 Derechos patrimoniales de los autores previstos en el Convenio de Berna afectados por la “utilización creativa” en los UGC

Desde el punto de vista de la legislación española, un uso transformativo de contenidos en redes digitales como Internet afecta a distintos derechos que la legislación española reconoce a los autores: el derecho de reproducción (art. 18 LPI), el derecho de comuni-

cación pública en su modalidad de puesta a disposición (art. 20.1 i) LPI) y el derecho de transformación (art. 21 LPI).

Estos derechos, sin embargo, no están reconocidos en el Convenio de Berna con la misma extensión que en la legislación española. El CB es un convenio de mínimos, que sólo reconoce algunas facultades que se entienden como básicas para otorgar una tutela suficiente a los autores a nivel internacional.

La cuestión del Derecho de reproducción no plantea en principio demasiados problemas. Dicho derecho se recoge en términos muy generales en el art. 9.º del Convenio de Berna, norma que se corresponde en lo fundamental con el contenido del art. 18 de la Ley de Propiedad Intelectual española.

La cuestión es sin embargo distinta en el caso del derecho de transformación del art. 21 de la LPI, que no está garantizado como tal de manera general en el Convenio de Berna. Dicho Convenio se ha limitado a establecer un “derecho de traducción” (art. 8 CB), pensado fundamentalmente para las obras literarias y un derecho más general a autorizar las “adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras” (art. 12 CB), derecho que seguramente estaba en un principio pensando más bien en las obras musicales y en las adaptaciones de las obras literarias al audiovisual (una novela que se adapta para convertirse en el guión de una película).

Con todo, puede afirmarse en términos generales que el Convenio de Berna está recogiendo a través de normas dispersas un buen número de supuestos que la LPI española calificaría si más de “transformación” de la obra, de manera que cuando un usuario realiza una utilización creativa de contenidos en Internet en numerosas ocasiones se estará afectando a los derechos de traducción del art. 8 del Convenio o de adaptación del art. 12 CB.

Así, el supuesto del usuario que redacta una nueva letra para una canción Serrat sería un supuesto que encajaría más en el concepto de “otras transformaciones” del art. 12 CB, mientras que quien traduce un poema ajeno para incorporarlo a una presentación de fotografías de autoría propia estaría simplemente afectando al derecho de traducción del art. 8 CB.

Por último, hay que tener en cuenta que el llamado derecho de puesta a disposición (entendido como puesta a disposición *on-line* del art. 20.2 i de la LPI) no está reconocido en el CB, que sólo reconoce determinadas modalidades de comunicación pública que se refieren básicamente a utilizaciones de obras en espectáculos en directo (teatro, ópera) o mediante su difusión en televisión o cine²².

Se trata ésta de una omisión que fue después solucionada por el art. 8 del Tratado de la OMPI de 1996, pero que en la práctica implica que la posible existencia en la legislación nacional de un límite que autorizara la comunicación pública mediante puesta a disposición en Internet de UGC no vulneraría lo dispuesto en el Convenio de Berna respecto de la protección de los autores.

En resumen, la utilización creativa de obras ajenas por parte de los usuarios que generan contenidos en Internet es susceptible de afectar únicamente al derecho de reproducción

²¹ Además, existen algunas reglas especiales en el art. 14 sobre las adaptaciones de obras mediante cinematografía.

²² Así en el Convenio de Berna se distingue entre los “derechos de exhibición pública” (exhibición de una obra ante un público presente en el lugar de la representación), regulado en los arts. 11, apartado 1º, 11 ter, apartado 1º y los “derechos de comunicación pública mediante transmisión” (en especial mediante radio y televisión), como ocurre en el caso del art. 11, apartado 1º, número 2 o en el art. 11 ter, apartado 1, número 2º.

del art. 9.º1 del Convenio de Berna y a los derechos de “traducción” o “adaptación” de los arts. 8 y 12 de dicho Convenio, pero no al derecho de puesta a disposición del público, inexistente en el CB.

Esto provoca que el análisis de la compatibilidad de un eventual límite para permitir “utilizaciones transformativas” de los usuarios de Internet con el Convenio de Berna sólo deba realizarse respecto las facultades de reproducción y traducción u “otras transformaciones” de las obras.

9.5.1.2 Derecho de reproducción

El Convenio de Berna no ha establecido una lista cerrada de límites o excepciones al derecho de reproducción, sino que ha incluido distintas habilitaciones para los legisladores de la Partes Contratantes, que son los que deben decidir en última instancia si incluir un determinado límite en su legislación nacional cumpliendo con los requisitos o restricciones marcados en cada caso por el Convenio (por ejemplo, el art. 10.1 CB permite que el legislador nacional deje fuera del control del autor la reproducción a modo de cita, pero siempre que la obra citada se hayan hecho lícitamente accesibles al público, que la reproducción sea parcial, etc.).

Además, los legisladores nacionales retuvieron cierta libertad para establecer nuevas excepciones al derecho de reproducción, aunque sometidos a una cautela que el propio Convenio de Berna prevé en su art. 9.º2, que establece que:

“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

Con dicha norma se estableció por primera vez a nivel internacional la prueba de los tres pasos, habilitando a los legisladores de los países de la Unión para establecer nuevos límites o excepciones al derecho de reproducción no previstos en el Convenio de Berna siempre que se cumplieran los tres requisitos mencionados.

La lectura más ortodoxa de la norma, y la más acorde con su tenor literal y con sus antecedentes²³, es que estas tres etapas o pasos se aplican de forma cumulativa y sucesiva (en el orden en el que están expresados en el art. 9.º2 del Convenio) de manera que una excepción prevista en el Derecho nacional sólo se considerará ajustada al Convenio si supera las tres fases del test.

Ello implica que no se pueden equilibrar o contrapesar unos pasos con otros, estaríamos ante una escalera en la que hay que subir los tres peldaños de forma sucesiva para que el límite establecido en la legislación superara la prueba.

De este modo, si, por ejemplo, se considera que un determinado límite establecido en la legislación nacional afecta a la explotación normal de la obra dicho límite es incompatible con el Convenio por vulnerar el art. 9.º2 CB, sin que sea por tanto necesario plantearse

²³ En efecto, cuando adoptó el texto del que luego acabaría siendo el art. 9.º 2 del Convenio, el Informe del Comité Principal I de la Conferencia Diplomática de Estocolmo (1967), que fue quien añadió la prueba de los tres pasos al texto del Convenio, ofreció la siguiente orientación sobre su interpretación (la traducción al español proviene del Informe del Grupo Especial de la OMC en el caso WTO/DS160): “El Comité también adoptó una propuesta del Comité de Redacción en el sentido de que la segunda condición figurase antes de la primera, puesto que esto permitiría establecer un orden más lógico para la interpretación de la regla. Si se considera que la reproducción entra en conflicto con la explotación normal de la obra, no se permite en absoluto la reproducción. Si se considera que la reproducción no entra en conflicto con la explotación normal de la obra, habrá que considerar si no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Sólo si esto no es así será posible, en algunos casos especiales, establecer una licencia obligatoria o prever la utilización sin pago”.

si afecta o no a los legítimos intereses de los autores²⁴. Ello implica que ni siquiera una justificación legislativa fuerte (como la protección del interés general) puede servir para salvar el límite si no superó la segunda fase del test, la afectación a la explotación normal de la obra.

Otras lecturas de la prueba proponen un análisis más global, de manera que los tres factores se puedan contrapesar unos con otros, con el objeto de llegar a un análisis que permita un equilibrio más ajustado entre los derechos de los autores y el interés general. Y también se ha propuesto permutar el orden del segundo y el tercer paso, que es considerado por algunos como el más importante porque es en el que se pueden incluir con mayor intensidad las consideraciones de interés general o público a la hora de enjuiciar los límites establecidos por la legislación nacional. Esta permuta permitiría tener en cuenta en todo caso estos intereses, lo que ocurre en las lecturas de la norma más próximas a su tenor literal.

Pero, sea como sea, es claro que el art. 9.2º del Convenio de Berna permite a cualquier Parte Contratante establecer un límite en su legislación nacional respecto del derecho de reproducción que dé cobertura a las “utilizaciones creativas” de las obras en UGC, siempre que dicho límite supere las exigencias de la prueba de los tres pasos.

En la práctica, es evidente que si en España o en cualquier otra Parte Contratante del Convenio se adoptara dicho límite, su compatibilidad con el art. 9.º2 del Convenio de Berna dependería en buena medida de su tenor concreto, de cómo haya sido construido por el legislador, de manera que no es posible dar una respuesta apriorística que valga para todos los casos.

Deberá tenerse en cuenta además que la prueba es en el Convenio un compromiso diplomático que pretende lograr un equilibrio razonable, de manera que no puede dar cabida a límites que dejen vacíos de *facto* los derechos de autor, pero tampoco convertirse en un corsé que impida al legislador llevar a cabo una labor de equilibrio en los intereses enfrentados.

Por último, debemos señalar que la prueba no funciona como una “fotografía” de los límites, validándolos de una vez para siempre. Por el contrario, su papel es dinámico. Puede servir por tanto para considerar que un límite concreto ha sobrepasado el nivel de lo tolerable a la luz de las nuevas circunstancias tecnológicas. Pero también se ideó como un instrumento para permitir a los legisladores la creación de nuevos límites cuando estas mismas circunstancias así lo aconsejaran²⁵.

Pese a su indefinición “genética”, fruto del compromiso entre intereses distintos propios de un Tratado de estas características, podemos convenir que el Convenio estableció la prueba a partir de cuatro ideas o parámetros fundamentales.

1º El límite debe definirse por el legislador de forma concreta y precisa, preferiblemente marcando los usos de las obras que quedan amparados por la norma (por ejemplo, si se permite la reproducción completa de la obra, o sólo de un fragmento de la misma) y los beneficiarios potenciales del límite (por ejemplo, si se puede beneficiar del límite cualquier persona o sólo un colectivo determinado [invidentes, usuarios de Internet, etc.]).

2º El impacto económico del límite ha de ser reducido respecto de la explotación económica de la obra.

²⁴ Lamentablemente, no tenemos jurisprudencia autorizada que otorgue mayor claridad sobre esta cuestión, puesto que aunque el artículo 33 del Convenio de Berna prevé que las diferencias interpretativas respecto del Convenio deben ser resueltas por la Corte Internacional de Justicia, en la práctica la cuestión no se ha planteado (así lo señala CASAS VALLÉS, R., «Comentario al art. 40 bis LPI», en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (R. Bercovitz, Coord), Tecnos, Madrid, 2007, p. 674).

²⁵ Vid. en este sentido CASAS VALLÉS, R., «Comentario al art. 40 bis LPI», en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (R. Bercovitz, Coord), Tecnos, Madrid, 2007, p. 689).

3º El límite ha de tener una justificación suficiente, una *ratio* o valor superior que es el que justifica en el caso concreto la derogación del *ius prohibendi* del autor.

4º El recorte al monopolio ha de ser el mínimo posible para llegar al objetivo que el legislador pretendió al limitar el derecho patrimonial de los autores.

A partir de estas ideas básicas, podemos utilizar las excepciones previstas en el propio Convenio (en especial el art. 10 y el art. 10 bis), y las que existen en los distintos derechos nacionales (que deben respetar lo previsto en el Convenio), para tratar de esbozar qué características debería tener un hipotético nuevo límite al derecho de reproducción de los autores para el caso de los contenidos generados por usuarios en la web 2.0 que fuera compatible con la *prueba de los tres pasos*.

Dichas características deberían ser las siguientes:

1. Que el beneficiario del límite sea una persona física.
2. Que la reproducción de la obra persiga una finalidad concreta (por ejemplo, parodiar la obra, hacer un homenaje al autor, crear una nueva versión de una obra, etc.). Bastará a estos efectos cualquier finalidad que podamos catalogar como un “uso honrado” de la obra (cfr. 10.1 del CB).
3. Que la reproducción de la obra se realice en forma digital, y con la finalidad de ser difundida en entornos interactivos digitales.
4. Que el uso que se hace de la obra no tenga finalidad lucrativa o comercial, directa o indirecta.

De este modo, si aplicamos estos criterios al ejemplo de quien realiza el “falso tráiler” de la cuarta entrega de *Regreso al futuro*, la reproducción de los distintos fragmentos de las obras audiovisuales utilizadas quedaría cubierta por este hipotético límite al derecho de reproducción, al verificarse las condiciones de que la reproducción se efectúe por una persona física, en forma digital, con la finalidad de ser compartida en entornos interactivos digitales, con un objetivo que podemos calificar como de “uso honrado” (realizar un homenaje a la saga de películas) y sin ánimo lucrativo o comercial directo e indirecto.

Y parece que un límite así construido sería perfectamente compatible con la prueba de los tres pasos. En concreto, respecto de la primera parte del test (que el límite esté previsto para *casos especiales*) dicho límite lo superaría sin duda, puesto que ésta primera condición lo que exige básicamente es que el legislador nacional defina de forma precisa el alcance del límite.

En este caso la definición que se ha sugerido incluye la confección de reproducciones totales o parciales de las obras, realizadas únicamente por personas físicas, en formato digital, y con la finalidad de ser difundida en entornos interactivos digitales.

El hecho de que el Convenio se refiera a *casos especiales* sugiere también de alguna manera, al menos según la lectura más ortodoxa de la prueba, que el límite que se establece en la legislación nacional debe de encaminarse a conseguir un objetivo legislativo concreto,

una *ratio* específica, que es lo que justifica la desviación de la regla general del art. 9.º1 CB, que es el establecimiento de un derecho exclusivo a favor de los autores respecto de la reproducción de sus obras. Esta idea no es sin embargo compartida en otras lecturas de la prueba, que entienden que las valoraciones normativas o de política legislativa deben posponerse para pasos posteriores.

En todo caso, incluso aceptando la lectura más clásica de esta primera parte de la prueba, resulta claro que en nuestro caso se verifica el requisito de que el legislador nacional esté procurando alcanzar a un objetivo concreto que sirva de justificación suficiente a la provisión de una excepción a la regla general, que es monopolio del autor respecto de autorizar o no las reproducciones de sus obras. Dicho objetivo sería favorecer la diversidad en la creación e intercambio de obras por los usuarios de la web 2.0, salvaguardando al mismo tiempo la posición patrimonial de los autores con las restricciones antes expresadas.

Dichas restricciones también hacen posible que un hipotético límite sobre UGC superara la exigencia de que *no atente a la explotación normal* de la obra, que constituye la segunda parte del test.

Se trata éste del paso que en la lectura más clásica u ortodoxa de la norma sirve de barrera de contención principal frente a límites peligrosos para los autores, aunque resulta de difícil aplicación práctica por su vaguedad, por lo que el debate sobre su alcance es muy intenso.

Así, existe una fuerte polémica a nivel internacional sobre si resulta posible introducir ya en esta segunda etapa consideraciones ajenas al puro análisis económico o de mercado, planteándose si en la definición de lo que debe ser la explotación *normal* de la obra pueden incluirse criterios de índole valorativa tengan en cuenta el interés general antes de proceder al análisis del tercer paso, en donde se incluye la referencia expresa a que el perjuicio a los autores sea “injustificado”. Mientras que para algunos las consideraciones normativas o valorativas del legislador deben analizarse en el tercer paso, para otros lo *normal* es lo que el propio legislador define, lo que implica tener en cuenta al medir el impacto económico del límite los intereses que dicho límite trata de tutelar.

Pero, sea como sea, desde todas las posturas se reconoce que cuando el art. 9.º2 se está refiriendo a la “explotación normal de la obra”, lo está haciendo desde un punto de vista fundamentalmente económico. De este modo, el límite afectará o incidirá en la explotación normal de la obra si le causa un daño, una merma patrimonial.

La explotación *normal* de la obra es pues el derecho a obtener de ella un rendimiento en el mercado mediante la concesión de autorizaciones para su reproducción. Ello incluye cualquier uso en el que el autor tenga una expectativa *razonable* de obtener un rendimiento económico de la obra, bien el mercado actualmente existente, bien en un mercado potencial que pueda surgir con el desarrollo de nuevos modelos de negocio, si dichos modelos pueden adquirir una importancia considerable²⁶.

Sin embargo, es claro incluso para quienes leen este segundo paso desde una postura ortodoxa que no todo *posible* rendimiento económico derivado de la confección de reproducciones de la obra se integra automáticamente en la explotación *normal* de la

²⁶ Así se puso de manifiesto ya en los primeros trabajos del Grupo de Estudio de la Revisión de Estocolmo, que señaló que cualquier explotación económica de la obra que tenga o sea *susceptible de adquirir* una importancia económica considerable debe estar reservada a los autores. Vid. Actas de la Conferencia de Estocolmo, Vol. I, p. 111.

²⁷ Así lo señalan A. LUCÁS Y P. CÁMARA en “Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos o por qué hay que evitar la imprecisión: Un estudio sobre la “Declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos”, en “Pe.I. Revista de Propiedad Intelectual”, núm. 33, 2009, p. 18.

misma. La explotación normal de la obra es pues algo menos que la explotación íntegra o exhaustiva de la misma.

De ahí que una interpretación razonable de esta segunda etapa del test se pueda limitar a considerar excesivo el efecto de un límite al derecho de reproducción que implique una merma sustancial en los ingresos del autor²⁷ (un daño sustancial).

En el caso de un hipotético límite nacional que permitiera la reproducción de las obras en el marco de utilizaciones creativas por parte de los usuarios de Internet, si se aplican las restricciones antes expuestas, y, en especial, la ausencia de una finalidad comercial o lucrativa, directa o indirecta, resulta difícil pensar que se pueda producir una merma sustancial en los ingresos del titular del derecho de reproducción provocada por la existencia de este límite, por lo que se superaría la segunda etapa del test del art. 9.º2 del Convenio de Berna.

Por último, el tercer paso de la prueba exige que con la admisión del límite en la legislación de los Estados contratantes *no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor*.

Respecto de esta cuestión, y aunque de nuevo lo indeterminado de la norma hace que nos hallemos ante una frondosa maraña de posible interpretaciones, se admite generalmente que para enjuiciar si hay un perjuicio *injustificado* a dichos intereses se debe valorar la fuerza de los valores u objetivos de política legislativas perseguidos por el legislador para ser contrapesados con el perjuicio económico que sufren los autores al ver recortado su derecho de reproducción.

No es necesario por tanto que el límite establecido en la legislación nacional sea totalmente inocuo para los autores, el establecimiento del límite puede causar un perjuicio económico, pero dicho perjuicio tiene que estar justificado por un interés que el legislador valora en el caso concreto como digno de mejor protección.

La valoración del legislador al establecer un límite en la legislación nacional tendrá que ver generalmente con la existencia del interés de un tercero que se considera prevalente respecto del interés del autor (por ejemplo, favorecer el acceso a las obras las personas discapacitadas como ocurre en el art. 31. *bis* 2 de la LPI) o para lograr finalidades educativas o culturales que se consideran de interés general (como facilitar la enseñanza, caso del art. 32.2 de la LPI²⁸ española, sobre reproducción de las obras como ilustración de actividades educativas o de enseñanza²⁹).

En estas circunstancias podemos constatar cómo un hipotético límite sobre UGC que tuviera en cuenta las cuatro restricciones antes indicadas sólo daría cobertura a actos de reproducción que no tienen como finalidad la competencia en el mercado con el autor, sino la consecución de una finalidad concreta que podamos calificar como “uso honrado” (parodiar la obra, homenajear al autor, aportar una nueva versión que pueda ser disfrutada por el resto de los usuarios de la red, etc.). Además, el establecimiento de un límite en este sentido tendría un sólido apoyo en razones normativas ligadas al interés general, pues permitiría aumentar la riqueza de y diversidad de contenidos en la red sin perjudicar a los titulares de derechos de autor.

²⁸ Señala dicha norma que “*Tampoco necesitan autorización los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en beneficio de personas con discapacidad, siempre que los mismos carezcan de finalidad lucrativa, guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se limiten a lo que ésta exige*”.

²⁹ Dispone dicha norma que: “*No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente*”.

No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es razonable pensar que un límite que autorizara la reproducción de obras en el marco de UGC, si se establece con las restricciones que se han manejado en el presente Estudio, superaría el tercer paso establecido por el art. 9.2º del Convenio de Berna.

Hay que añadir sin embargo que este tercer paso de la prueba también exige que si una excepción o limitación tiene un impacto económico relevante sobre los derechohabientes sólo puede admitirse en el Derecho nacional si va acompañado del establecimiento de una remuneración o compensación equitativa a favor de los autores afectados por el límite.

Se trata esta de una cuestión compleja, en la que la presencia de intereses encontrados condiciona en muchas ocasiones la postura que se adopta. En un primer análisis parece dudoso que sea necesario establecer este tipo de compensación en el caso de que se estableciera un límite dentro de las coordenadas que se han manejado en este Estudio, coordenadas que, por definición, implican un perjuicio económico reducido a los titulares.

Sin embargo, esta primera aproximación puede sin embargo refutarse a posteriori por la práctica a través de estudios o análisis empíricos que demuestren que la afectación inicial al derecho de los autores es mayor de la inicialmente prevista.

En todo caso, a modo de conclusión parcial puede afirmarse que un límite que permita la reproducción de las obras en el marco de “usos transformativos” de contenidos creados por los usuarios de internet que se defina teniendo en cuenta ciertas restricciones superaría la llamada prueba de los tres pasos del art. 9.2º del Convenio de Berna, tanto si se realiza una lectura global de la misma como si se analiza de forma ortodoxa, examinando los pasos de forma individual y sucesiva.

Dichas restricciones serían que el beneficiario del límite fuera una persona física, que la reproducción de la obra se realice en formato digital, y con la finalidad de ser compartida en entornos interactivos digitales, que se persiga una finalidad que podamos catalogar como un “uso honrado” de la obra y que la utilización de la obra no tenga finalidad lucrativa o comercial, directa o indirecta.

9.5.1.3 Derecho de traducción (art. 8 CB) y derecho de adaptación (art. 12 CB)

Como señalamos antes, el Convenio de Berna no contiene una noción general de “derecho de transformación” similar a la del art. 21 LPI, sino que establece el “derecho de traducción” del art. 8 CB y el “derecho de autorizar la realización de arreglos adaptaciones y otras transformaciones de las obras” del art. 12 como dos facultades independientes que forman parte del *núcleo duro* de derechos mínimos el Convenio establece nivel internacional.

El principal obstáculo para admitir un límite que autorice los “usos transformativos” en Internet por parte de los usuarios desde la perspectiva del Convenio es que en este caso no se prevé excepción alguna a las facultades relacionadas con la traducción, adaptación u otras transformaciones de las obras en los arts. 8 y 12 CB.

Ello no implica, sin embargo, que no se hayan admitido límites o excepciones a estos derechos desde la perspectiva convencional.

Así ocurre, en primer lugar, con el art. 8 del CB, en donde desde un principio se observó cómo el funcionamiento práctico de algunas de las excepciones que el propio Convenio preveía podía quedar severamente recortado por el hecho de que este derecho de traducción del art. 8 estuviera enunciado *jure conventionis* como un derecho absoluto, sin incluir ningún supuesto de limitación a los autores (siendo estrictos, no se podría siquiera traducir un breve extracto de una obra extranjera a título de cita conforme al art. 10 CB).

Para solucionar este problema, la doctrina del derecho de autor internacional ha planteado dos soluciones distintas. La primera es admitir que el Convenio de Berna contiene de forma implícita algunas pequeñas excepciones (*minor reservations*) que permiten a las Partes contratantes recortar en sus legislaciones el derecho del art. 8 CB incluso cuando no existe una habilitación expresa en el Convenio³⁰.

Se trata así de salvaguardar los principios básicos de la Unión de Berna, evitando una interpretación del Convenio absurda e irrazonable en supuestos en los que la afectación al titular del derecho es de *minimis* (pensemos en el ejemplo antes citado de la traducción de fragmentos de obras a modo de cita, que permiten la mayoría de los países de la Unión de Berna).

Es posible por tanto aplicar la doctrina de las *pequeñas excepciones* para tolerar un límite en el derecho nacional que permitiera recortar el derecho de traducción en supuestos de escasa trascendencia económica³¹.

Naturalmente, resulta de especial relevancia para poder aceptar esta solución que exista una afectación que sea verdaderamente de *minimis* al derecho de reproducción, por lo que de nuevo la compatibilidad de un hipotético límite con el texto del Convenio dependería mucho en la práctica de cómo estuviera definido o configurado en la legislación nacional. Lógicamente, será especialmente importante que la traducción realizada no persiga una finalidad lucrativa o comercial, directa o indirecta.

Ello permitiría definir un límite en la legislación nacional que diera cobertura a situaciones como la del usuario que traduce un poema de Kavafis y lo incluye como “voz en off” en una presentación de fotografías suyas que luego cuelga en su perfil de una red social.

Una segunda solución a esta cuestión, similar en cuanto a su resultado práctico a la anterior, consiste en tener en cuenta que en el sistema del Convenio de Berna la traducción de una obra puede verse simplemente como un supuesto más de reproducción de la misma.

Ello implica admitir que el art. 8 es sólo un supuesto aplicación particular del art. 9, respecto del Derecho de reproducción, conclusión que es acorde con diferentes tradiciones jurídicas y con la génesis del propio Convenio de Berna³². Y, si esto es así, podrían apli-

³⁰ Estas “pequeñas excepciones” surgen en el ámbito del Convenio al hilo de la introducción de un derecho de comunicación pública en la revisión de Bruselas de 1948, lo que planteaba el problema de la coexistencia entre los límites nacionales que permitían ciertos actos de comunicación pública en circunstancias singulares (actos benéficos, ceremonias militares o religiosas) con el nuevo derecho exclusivo de los autores. Se pensó que en la medida en que significaban una afectación muy limitada al monopolio de los autores podían mantenerse en la legislación nacional, incluso aunque no tuvieran ningún apoyo explícito en la letra del Convenio.

³¹ Existe cierta polémica respecto de si la doctrina de las pequeñas excepciones sólo debe utilizarse para “mantener” o salvar las excepciones al derecho de reproducción que existían en las legislaciones nacionales cuando se incorpora dicho derecho en el art. 9.1, en el Convenio de Estocolmo, o si por el contrario cabe extender la doctrina también a otras excepciones al derecho de reproducción introducidas después, posición que sostuvo el Informe del Grupo Especial de la OMC de 15 de junio de 2000 al revisar la cuestión por su conexión con el art. 13 de los ADPIC.

³² En efecto, respecto del derecho de traducción, en la infancia del Convenio de Berna aquellos países con tradiciones culturales bien arraigadas (como Francia) insistieron en que el derecho de traducción debía quedar asimilado o embebido en el derecho de reproducción, de manera que el autor tuviera el mayor control posible sobre la traducción de sus obras. Los países con una menor producción literaria, sin embargo (como Noruega, o Japón), deseaban el establecimiento de un derecho distinto, que confiriera a los autores menores facultades de control, como finalmente sucedió en el art. 5 del Acta de Berna, que sólo garantizaba el derecho exclusivo de autorizar la traducción de las obras por un periodo de diez años desde la publicación del original en uno de los países de la Unión. Vid sobre esta cuestión RICKETSON, S., “The Berne Convention, for the Protection of Literary and Artistic Works.”, 1ª edición, 1987, p. 385.

carse automáticamente las excepciones previstas para el derecho de reproducción también a este “derecho de traducción”³³, con la única restricción del respeto al art. 9.2º del Convenio.

Ello incluye no sólo las excepciones nacionales que cuentan con un enganche directo en el Convenio (arts. 2 bis, 10 y 11 bis), sino también todas aquellas que los legisladores hayan decidido incluir en su legislación, como sería un hipotético límite al derecho de reproducción como el que hemos definido en el epígrafe anterior.

Lo que acabamos de señalar respecto del derecho de traducción del art. 8 puede aplicarse también mutatis mutandis a determinados conflictos relacionados con el llamado “derecho de adaptación” del art. 12 CB, que tampoco contiene excepciones específicas en el Convenio.

Se trata de un derecho que se solapará o agregará con el de traducción en determinados supuestos propios de la web 2.0 (imaginemos un usuario de YouTube traduce la letra de una canción del inglés introduciendo a la vez arreglos musicales propios en la versión que se cuelga en la Red), lo que aconseja una solución unitaria y homogénea para ambos.

Ello implica, en primer lugar, que también en este caso podamos acudir a la doctrina de las pequeñas excepciones para admitir un límite en la legislación nacional que diera cobertura a situaciones como la que acabamos de describir, siempre que dicho límite sólo permita la realización de adaptaciones o arreglos que supongan una afectación de minimis a las facultades patrimoniales de los autores.

En segundo lugar, será también posible en este caso del art. 12 CB acudir a la solución alternativa de considerar la adaptación o arreglo de las obras simplemente como una modalidad especial de reproducción de las mismas.

De hecho, este vínculo íntimo con el derecho de reproducción es aún más evidente que en el caso de la traducción, y viene provocado porque la realización de adaptaciones u arreglos necesita por definición una aportación creativa por parte de quien adapta que permita distinguirla de la obra original (la introducción de cambios en la letra de una canción, de las notas de una partitura musical, etc.).

Y la apreciación práctica de si existe originalidad suficiente será muchas veces compleja³⁴, haciendo difícil la distinción entre la verdadera adaptación o transformación de la obra y la introducción de cambios menores en la obra que no suponen verdadera aportación creativa (y que serán, por tanto, meras copias o reproducciones).

Este hecho ha provocado la existencia de diferentes soluciones en las legislaciones nacionales. Así, mientras que en Francia (actor principalísimo en las primeras versiones del Convenio de Berna) el derecho de adaptación o transformación se ha considerado un corolario lógico del derecho de reproducción, sin recibir una regulación separada, en otros países, como el Reino Unido, Alemania o España, se ha introducido un derecho de transformación autónomo, concebido como derecho de autorizar o prohibir la creación de obras derivadas³⁵.

³³ Así se admite en la doctrina sobre el Derecho Internacional de Autor. Vid, en especial, RICKETSON, S., Y GINSBURG, J., “*International Copyright and Neighboring Rights*”, (2ª Edición), Oxford University Press, 2005, Vol. I, p. 836.

³⁴ Los ejemplos son numerosos. Pensamos por ejemplo en la diferencia existente entre actualizar un manual sobre propiedad intelectual (que seguramente implica transformar la obra) o simplemente corregir erratas o añadir una nueva referencia jurisprudencial (que implican supuestos más bien de reproducción). O pensemos en la elaboración de compendios, resúmenes o extractos, en donde la distinción entre si hay reproducción o hay transformación es ciertamente casuística. Pensemos, por último en el caso de los arreglos musicales: ¿cuál debe ser la intensidad de la modificación para que estemos ante una “nueva obra”, distinta de la anterior?.

³⁵ Vid. la Sección 21 de la CDPA del Reino Unido, art. 21 de la LPI española, parágrafo 23 de la *UrhG* alemana.

Este hecho puede ayudar a explicar cómo en el propio Convenio el derecho de adaptación fue visto como un supuesto particular de reproducción hasta el Acta de Bruselas de 1948³⁶. Podemos afirmar por tanto que en el sistema del Convenio de Berna los conceptos de adaptación, realización de arreglos y reproducción no se excluyen mutuamente, sino que más bien se superponen.

Esta dualidad se puede apreciar de manera precisa, por ejemplo, en el caso de la parodia, que en muchas ocasiones implica transformar la obra (pensemos en la ridiculización de un texto alterando unas pocas letras o palabras para cambiar totalmente su significado).

Así, mientras que en muchas Partes Contratantes del Convenio de Berna se admite la parodia como una excepción al derecho de transformación (en España, en el art. 39 LPI) en otros sistemas la parodia se configura como una excepción a los derechos de *reproducción* y comunicación pública.

A partir de estas consideraciones, puede concluirse que dentro del sistema del Convenio de Berna los Estados pueden incluir límites en su legislación nacional respecto del derecho del art. 12 CB si consideramos dicho derecho como un supuesto especial de reproducción, y siempre dentro de la limitación establecida por la prueba de los tres pasos del art. 9.º2 CB.

Esto permitiría dar salida a situaciones como la del usuario que crea una nueva letra para una canción de Serrat y la ejecuta en un video que luego cuelga en Internet.

En resumen, aunque los arts. 8 (sobre del derecho de traducción) y 12 (sobre el derecho de adaptación) del Convenio de Berna carecen de excepciones explícitas que habiliten al legislador nacional para establecer límites a dichas facultades (como sería un límite referido a los UGC en Internet), existen dos vías fundamentales para dar salida a esta situación.

La primera es entender que los legisladores nacionales tienen de forma implícita la posibilidad de crear *pequeñas excepciones* a ambas facultades, siempre que la definición nacional del límite permita entender que la afección patrimonial a los autores es de *minimis*. Para ello, resultará especialmente importante que la conducta tolerada no permita al beneficiario del límite obtener un beneficio comercial o lucrativo, directo o indirecto.

La segunda consiste en observar cómo en el sistema del Convenio de Berna las facultades de autorizar la traducción, adaptación, arreglo u otras transformaciones de las obras están concebidas como formas singulares de autorizar la reproducción de dichas obras.

Ello implica que la libertad que existe para crear nuevas excepciones al derecho de reproducción del art. 9.º1 del Convenio de Berna también alcanza a los derechos de traducción del art 8 CB o adaptación (art. 12 CB), aunque siempre dentro de las coordenadas de la “prueba de las tres fases” del art. 9.º2, que lógicamente también sería aplicable a estas excepciones.

9.5.2 La regulación de los ADPIC

Los acuerdos ADPIC introdujeron novedades en la regulación del derecho de autor internacional con ocasión de la integración de determinados países en la Organización Mundial del Comercio. La idea era que los países miembros de la OMC respetaran unos mínimos en

³⁶ Ello ocurre porque en el art. 12 del Convenio de Berna en realidad se encuentran mezcladas dos tipos de transformaciones, las “imitaciones disfrazadas”, que son supuestos de reproducciones ilícitas de las obras, y las auténticas transformaciones, que dan lugar a la creación de una obra derivada.

materia sustantiva y procesal para las materias de propiedad intelectual, incluso aunque no hubiesen ratificado el Convenio de Berna.

Ello no significa que el Convenio de Berna pierda su papel preeminente en el Derecho de Autor internacional, bien al contrario, art. 9.º1 de los ADPIC obliga a las Partes contratantes a cumplir con lo dispuesto en los arts. 9 a 21 del Convenio de Berna (con la excepción del art 6 bis, sobre determinados derechos morales). Y el art. 2.2º prevé expresamente que nada de lo dispuesto en los ADPIC pueden ir en detrimento de las obligaciones que se hubieran asumido ya en el Convenio de Berna.

Con este mecanismo (llamado “cláusula de cumplimiento”) no sólo se incorpora el acervo de Berna al marco de la OMC, sino que se le dota de una mayor fuerza obligatoria. Y ello porque el Convenio de Berna carece de un mecanismo procesal que permita a las Partes Contratantes exigirse el cumplimiento de lo acordado en el Convenio, mecanismo que sí está sin embargo presente en los ADPIC mediante un sistema de resolución de conflictos y sanciones comerciales (arts. 63 y 64). Se suele decir por ello que los ADPIC tienen “dientes”.

En el ámbito concreto de los límites al derecho de autor, el art. 13 de los ADPIC, bajo la rúbrica de “Limitaciones y excepciones”, establece que *“Los miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”*.

De este modo, se extiende la prueba triple del Convenio de Berna mucho más allá de los límites al derecho de reproducción de los autores, incluyéndose ahora también los límites al resto de derechos previstos en el Convenio de Berna y a las nuevas facultades que al Acuerdo incorpora al derecho de autor internacional³⁷. De hecho, la prueba de los tres pasos se extiende incluso a otras formas de propiedad inmaterial como las marcas (art. 17 ADPIC) o las patentes (art. 30 ADPIC).

Con todo, en el ámbito concreto de los límites al derecho de reproducción, como los Estados que han ratificado los ADPIC deben respetar lo dispuesto en los arts. 9.1º y 9.2º del Convenio de Berna, dichas reglas no se ven afectadas por lo dispuesto en los ADPIC.

Esto implica en la práctica que la regla de los tres pasos establecida en el art. 9.º2 y la sentada en el art. 13 ADPIC, aunque con alguna diferencia terminológica de poca importancia, tienen un significado y una alcance similar respecto de los límites al derecho de reproducción de los autores.

Podemos por tanto aplicar *mutatis mutandis* el razonamiento que antes se hizo respecto del Convenio de Berna, y afirmar que los Estados que han ratificado los ADPIC pueden establecer un límite en su legislación nacional que permita la reproducción de las obras en el caso de usos creativos por parte de los usuarios de Internet siempre que se respete la *prueba de los tres pasos* de los arts. 9.2º del Convenio de Berna y 13 de los ADPIC.

Esto seguramente ocurrirá si respetan los cuatro parámetros que antes se señalaron, es decir, que el beneficiario del límite sea una persona física, que la reproducción de la obra se realice en formato digital, y con la finalidad de ser compartida en entornos interactivos digita-

³⁷ Su aplicación no se extiende sin embargo a los derechos afines, excluidos de los ADPIC.

les, que se persiga una finalidad que podamos catalogar como un “uso honrado” de la obra y que la utilización de la obra no tenga finalidad lucrativa o comercial, directa o indirecta.

Deberá tenerse en cuenta aquí además que los ADPIC han adoptado una postura respecto de los límites algo más equilibrada que la del Convenio de Berna, que seguramente tendrá su peso en la aplicación práctica del art. 13 ADPIC.

Así, cabe señalar cómo el art. 7, bajo la rúbrica de “Objetivos”, señala que una de las finalidades esenciales de la protección de los derechos propiedad intelectual es “contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones [el subrayado es propio]”.

Con ello se incorpora a la parte normativa del Acuerdo la idea de que los derechos de propiedad intelectual deben redundar en beneficio recíproco de productores y usuarios, pero también del bienestar de la comunidad, debiéndose llegar a un adecuado *equilibrio* entre los derechos y las obligaciones de los derechohabientes.

También deberá tenerse en cuenta que el art. 8.1 ADPIC, al definir los principios básicos del acuerdo, expresamente señala que los Estados miembros de la OMC pueden adaptar su legislación de propiedad intelectual para “promover el interés público en sectores de importancia vital para el su desarrollo socioeconómico y tecnológico”, de manera que un Estado puede lícitamente tomar la decisión de limitar en cierta medida los derechos de propiedad intelectual para, por ejemplo, promover una mayor penetración de Internet en la población, aunque siempre con el límite de que “estas medidas sean compatibles con los dispuesto en el presente Acuerdo”.

Es importante tener en cuenta además que, como se señaló, cualquier decisión del legislador nacional al establecer un límite puede someterse a una ulterior revisión por parte del Órgano de Solución de Diferencias previsto en los ADPIC. Será por tanto un Grupo Especial (*Panel*) de dicho Órgano el que finalmente tenga la posibilidad de revisar si un límite establecido en la legislación nacional de alguno de los Estados firmantes del Acuerdo respeta o no la prueba de los tres pasos.

Así ha ocurrido ya por ejemplo en el Caso WTO/DS160, que dio lugar a un *Informe* del Grupo Especial de 2 de julio de 2000 que supone una guía práctica de utilidad a la hora de interpretar la prueba de los tres pasos del art. 13 del Acuerdo, y, por ende, respecto del derecho de reproducción de los autores, del art. 9.2 del Convenio de Berna.

Respecto de los otros derechos patrimoniales afectados por los usos creativos en Internet, en principio los ADPIC no contienen reglas expresas sobre la transformación de la obra. Sin embargo, en virtud del art. 9.1 de los ADIPC, los Estados firmantes del acuerdo deberán garantizar en su legislación nacional lo dispuesto en los arts. 8 y 12 del Convenio de Berna sobre la traducción, adaptación y otras transformaciones de las obras.

Ello plantea la duda de si podemos aplicar las soluciones que antes se señalaron en el caso del Convenio de Berna para estos dos derechos en el marco de los ADPIC.

La cuestión es especialmente difícil respecto de la doctrina de las pequeñas *excepciones*, que lógicamente no forma parte del articulado del Convenio, sino de su interpretación doctrinal.

Sin embargo, el Panel de Expertos de la OMC señaló expresamente en su Informe de 15 de junio de 2000 para los derechos de los arts. 11 y 11 bis del Convenio de Berna (en su redacción del Acta de París) que la incorporación de dichas disposiciones en los ADPIC comprende todo su acervo, incluyendo por tanto la interpretación doctrinal que autoriza el establecimiento de pequeñas excepciones a los derechos exclusivos en supuestos de escasa trascendencia patrimonial³⁸.

Se trata ésta de una interpretación razonable, que debe defenderse también para los casos de los art. 8 y 12 del Convenio, que se incluyeron en los ADPIC *tal y como estaban* en el Convenio de Berna, incluyendo por tanto esta doctrina.

Más sencillo es sin embargo resolver la cuestión si vemos el derecho de traducción del art. 8 y el derecho de adaptación del art. 12 del Convenio como meras modalidades del derecho de reproducción. Y ello porque, como ya hemos dicho, es claro que la incorporación del derecho de reproducción del art. 9 del Convenio de Berna a los acuerdos ADPIC incluye la posibilidad de que los Estados establezcan las excepciones que tengan por conveniente respecto de este derecho, siempre que se respete la “prueba de las tres fases” de los arts. 9.2° CB-13 ADPIC.

En resumen, resulta compatible con los ADPIC que un límite establecido en la legislación nacional permita la traducción, realización de adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de las obras, bien en aplicación de la doctrina de las pequeñas excepciones, bien como expresiones singulares del derecho de reproducción, en cuyo caso el límite deberá respetar la prueba de los tres pasos del art. 9.2 del Convenio de Berna. Este límite podrá ser revisado por el Órgano de Solución de Diferencias en el marco del sistema de resolución de controversias que los propios ADPIC prevén.

9.5.3 El Tratado de Derecho de Autor de la OMPI de 1996

9.5.3.1 Derechos patrimoniales involucrados

Una de las principales tareas del Tratado de derecho de Autor de la OMPI de 1996 fue adaptar al sistema de derechos patrimoniales del Convenio de Berna al nuevo entorno de Internet. De hecho, el TODA es un “arreglo particular” en el sentido del art. 20 del Convenio de Berna (art. 1.1° TODA).

La pieza central de dicha adaptación fue la inclusión de un derecho de comunicación pública que operara en el ámbito concreto de Internet, derecho que fue incluido con una formulación abierta en el art. 8 del TODA. Deberemos tener en cuenta por tanto que en el marco del TODA el uso de contenidos en Internet por parte de los usuarios afecta también a este nuevo “derecho de puesta a disposición del público” de su art. 8.

El TODA sin embargo no contiene una regulación expresa del derecho de reproducción en su articulado, aunque, como ocurría en los ADPIC, el art. 1.4 del TODA obliga a las partes de este Tratado a cumplir también con lo dispuesto en los arts. 1 a 21 del Convenio de Ber-

³⁸ Vid. el punto 6.63 de dicho informe.

na (incluyendo en este caso también el art. 6 *bis*), de manera que si un Estado firmante del TODA no fuera también miembro de la Unión de Berna (lo que es poco usual) tendría igualmente que cumplir con todo lo dispuesto en el acervo del Convenio bernés, lo que incluye lógicamente el derecho de reproducción del art. 9 CB.

Además, para disipar las posibles dudas que pudiera haber sobre si el art. 9.º1 del Convenio de Berna era de aplicación también en el entorno digital, existe una Declaración Concertada respecto del art. 4 del Tratado que expresamente señala que *“El derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del art. 9 del Convenio de Berna [el subrayado es propio]”*.

Dicha Declaración concertada es un acuerdo posterior entre las partes del TODA que también sean miembros de la Unión de Berna que les vincula por aplicación del art. 31.2 a) del Convenio de Viena sobre derecho de los Tratados³⁹.

Queda claro por tanto que, pese a la ausencia en su articulado de un derecho de reproducción propiamente dicho, las partes firmantes del TODA deben respetar lo previsto en el art. 9 del Convenio de Berna, incluyendo la extensión de dicho derecho a las obras en formato digital.

Respecto de las traducciones, adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de las obras ocurre algo similar. El TODA no contempla estos derechos expresamente, de manera que sólo vinculan a las partes por aplicación de la cláusula de cumplimiento del art. 1.4 del TODA.

9.5.3.2 Las utilizaciones creativas en los UGC y los límites admisibles en el TODA de 1996

Respecto de la cuestión de los límites o excepciones a los derechos recogidos en el Tratado, el Preámbulo del Tratado subraya expresamente *“la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna”*.

La afirmación contenida en este Preámbulo es relevante, puesto que refleja la idea de que tiene que existir un equilibrio entre los derechos patrimoniales de los titulares y otras consideraciones de interés general, idea que entronca directamente con los principios que laten en el propio Convenio de Berna.

En el texto articulado del Tratado, sin embargo, no se incluyó una lista o elenco de límites, sino que se dejó libertad a los legisladores nacionales para que establecieran las excepciones que estimaran oportunas respecto de los “nuevos” derechos añadidos por el TODA al sistema de Berna.

Así lo confirma la Declaración Concertada sobre este artículo 10⁴⁰ que expresamente señaló que: *“Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Con-*

³⁹ No debe omitirse sin embargo que el alcance de dicha Declaración Concertada y su relación con el Convenio de Berna es muy debatido a nivel internacional, y ya durante la Conferencia de Ginebra algunos delegados opinaron que dicha Declaración no satisfacía los requisitos para considerarla como un instrumento válido a la hora de interpretar el Tratado.

⁴⁰ Esta Declaración concertada logró el consenso unánime de los delegados, por lo que supone tiene valor interpretativo pleno conforme al art. 31.2 a) de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados.

tratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital”.

La Declaración concertada permite por tanto a las Partes Contratantes del TODA no sólo “aplicar y ampliar debidamente” las limitaciones que ya existen en la legislación nacional al nuevo entorno digital, sino también establecer “nuevas excepciones y limitaciones” para los nuevos derechos patrimoniales que se incorporan al acervo del Derecho de Autor internacional.

Para evitar que dichos límites se descontrolaran, se incluyó una nueva versión de la prueba de los tres pasos en el art. 10.1 del TODA⁴¹ con un tenor literal casi igual al del art. 13 de los ADPIC (redactado apenas dos años antes, aunque este primer párrafo del art. 10 TODA únicamente se aplica a los “nuevos” derechos en el Tratado.

La prueba de los tres pasos del art. 10.1 funciona por tanto para estos nuevos derechos reconocidos en el TODA con cierta independencia respecto de lo previsto en el art. 9.2 del Convenio de Berna, aunque lógicamente la similitud en la redacción con otras normas (especialmente con el art. 13 de los ADPIC) provoca que las soluciones prácticas deban ser similares en todos los casos.

En todo caso, puesto que uno de estos nuevos derechos es relevante para el caso de los UGC, el derecho de puesta a disposición del público del art. 8 TODA, hay que concluir que las Partes Contratantes en el Tratado de Derecho de Autor de la OMPI de 1996 (entre ellas, España) pueden crear en su legislación nacional un nuevo límite al derecho de disposición del público del art. 8 TODA (como pudiera ser un nuevo límite sobre UGC) siempre que se supere la *prueba de los tres pasos* del art. 10.1 TODA

Dicha prueba se superará si se incluyen restricciones como que sólo puedan poner los contenidos a disposición del público las personas físicas, que la puesta a disposición se refiera a copias digitales y se lleve a cabo con la finalidad de compartir dichas copias en redes digitales, que la puesta a disposición del público tenga como objetivo una finalidad que podamos calificar como un uso honrado y que dicha puesta a disposición no tenga una finalidad lucrativa o comercial, directa o indirecta.

La versión de la *prueba de los tres pasos* del art. 10.1 TODA no resulta sin embargo aplicable de forma directa al derecho de reproducción de los autores, que, como señalamos antes, no está regulado de forma expresa en el Tratado.

La norma que resulta de aplicación en este caso es la del art. 10.2 TODA que señala que “*Al aplicar el Convenio de Berna las partes contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor*”.

El principal efecto del art. 10.2 TODA es extender la *prueba de los tres pasos* a todos los derechos patrimoniales regulados en el Convenio bernés, manteniendo lógicamente a la vez

⁴¹ Señala dicho art. 10.1 que “*Las Partes contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor*”.

el *status quo* respecto del derecho de reproducción, en donde es el art. 9.2, del Convenio de Berna el que sigue marcando el límite de admisibilidad de los límites nacionales respecto del derecho de reproducción de los autores.

Dicha conclusión se refuerza con lo dispuesto en la Declaración Concertada sobre el art. 10 TODA que señala en su inciso final que: *“También queda entendido que el artículo 10.2 no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna”*.

Y puesto que en el Convenio de Berna la regla es que los Estados pueden establecer nuevas excepciones si resisten su confrontación con la triple prueba, las Partes Contratantes en el Tratado de Derecho de Autor de la OMPI de 1996 (ente ellas, España) pueden crear en su legislación nacional nuevas excepciones y limitaciones al derecho de reproducción previsto en el Convenio de Berna, siempre que se respeten las previsiones del art. 9.º2 del Convenio de Berna.

Resulta por tanto aquí de aplicación directa lo que antes se señaló respecto de la compatibilidad con la prueba de los tres pasos de un hipotético límite nacional respecto de actos de reproducción de los usuarios de Internet en el marco de UGC que incluyan aportación creativa, compatibilidad que vendrá marcada en última instancia por la precisión con la que el legislador nacional haya acotado el límite.

Respecto de los derechos de traducción y adaptación de los arts. 8 y 12 CB (incorporados al TODA de la OMPI vía cláusula de cumplimiento), debemos emplear un análisis similar al que utilizamos al estudiar el régimen de los ADPIC respecto de las dos posibles vías de solución del problema de la ausencia de excepciones concretas a estas facultades en el Convenio de Berna.

Así, en primer lugar, resulta razonable interpretar que los arts. 8 y 12 del Convenio de Berna se incluyeron en el TODA de 1966 *tal y como estaban*, incluyendo por tanto la posibilidad de que las Partes Contratantes establezcan pequeñas excepciones a estas facultades patrimoniales, idea que se ve además reforzada por la Declaración Concertada al art. 10 del propio TODA

En segundo lugar, si consideramos el derecho de traducción del art. 8 del CB y el derecho de adaptación del art. 12 CB como modalidades especiales de reproducción del art. 9.1 CB, es claro que resulta compatible con el TODA de 1996 que un límite establecido en la legislación nacional permita la traducción, realización de adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de las obras, siempre que esté lo suficientemente acotado como pasar por el tamiz de la “prueba de los tres pasos” prevista en el art. 9.2º del Convenio de Berna.

9.6 La admisión de un nuevo límite a los derechos patrimoniales de autor respecto de los contenidos generados por los usuarios en el Derecho Comunitario

Desde el punto de vista del Derecho Comunitario existen dos vías distintas para evitar que las “utilizaciones creativas” de contenidos por parte de los usuarios de la web 2.0 sean considerados automáticamente como infracción de los derechos de los autores.

Una primera consiste en buscar la protección de algunos de los límites previstos en las distintas Directivas comunitarias que han regulado esta cuestión.

Una segunda sería la adopción por el legislador nacional de un nuevo límite para este caso específico, cuestión que plantea aspectos distintos a los vistos anteriormente en el caso de los Tratados Internacionales por las peculiaridades de la regulación contenida en la Directiva 2001/29/CE.

9.6.1 La utilización de distintos límites contenidos en el art. 5.3 de la Directiva 2001/29/CE

La regulación de la Directiva 2001/29/CE contiene determinadas provisiones que pueden ser utilizadas para entender con la legislación hoy vigente que determinados UGC no constituyen una infracción de derechos de autor.

Es el caso por ejemplo del art. 5.3 k) de la Directiva, que autoriza la reproducción y comunicación al público de obras a efectos de “parodia, caricatura o pastiche”. Así, por ejemplo, podría entenderse que un video “subido” a *YouTube* en el que se reprodujera la última coreografía de un video musical de Madonna con ánimo de parodia podría estar cubierto a nivel comunitario por esta norma.

No obstante, el recurso a esta habilitación legal no está exento de inconvenientes. Por un lado, porque existe una cierta inseguridad jurídica provocada por la ausencia a nivel europeo de una definición sobre lo que es la “parodia, caricatura o pastiche”, que no quedará resuelta hasta que no exista una eventual interpretación de estos términos por parte del TJUE.

Por otro lado, porque debemos tener en cuenta que las excepciones del art. 5.3 de la Directiva permiten llevar a cabo sin permiso del autor actos de reproducción y/o de comunicación pública (mencionados en los arts. 2 y 3 de la Directiva). Sin embargo, en realidad la parodia y la caricatura suponen las más de las veces un acto de transformación de la obra con intención cómica o lúdica, no un mero acto de reproducción.

Afloran aquí por tanto de nuevo las dificultades que señalamos al analizar los arts. 8, 9 y 12 del Convenio de Berna a la hora de distinguir supuestos de mera reproducción de la obra de casos de auténtica adaptación o transformación.

De ahí que aunque las excepciones previstas en el listado del art. 5.3 de la DDASI podrían dar acomodo de forma casuística a ciertos “usos creativos” de obras en Internet, la falta de una regulación específica de esta cuestión impide la consecución de la deseable seguridad jurídica y armonización a nivel comunitario en esta materia.

9.6.2 Las restricciones de la Directiva 2001/29/CE para la admisión de nuevos límites en el entorno digital

Dadas las restricciones de la legislación comunitaria actualmente vigente, la vía más eficiente para permitir en España el “uso creativo” de obras por parte de los usuarios de la web 2.0 sería el establecimiento de un nuevo límite específico en la Ley de Propiedad Intelectual española que autorizara la reproducción, comunicación al público y transformación de las obras protegidas por el derecho de autor en determinados supuestos.

El problema que tiene a este respecto el legislador español (como el de cualquier otro Estado miembro) es que la Directiva 2001/29/CE ha utilizado una aproximación restrictiva a la hora de permitir a los legisladores nacionales el establecimiento de nuevos límites a los derechos de autor⁴² distintos de los que la propia Directiva prevé en un lista contenida en su art. 5.

9.6.2.1 El carácter de *numerus clausus* de la lista del art. 5 DDASI

En materia de límites la Directiva 2001/29/CE trató de acotar la lista de excepciones a los derechos patrimoniales contenida en el art. 5, de manera que los derechos patrimoniales definidos en los arts. 2, 3 y 4 no fueran “vacíados” en su contenido por la existencia en las legislaciones de los Estados miembros de límites demasiado amplios o poco precisos.

Por ello, aunque formalmente el Considerando 31 de la Directiva afirma expresamente que hay que establecer un *justo equilibrio* entre los *derechos e intereses* de los derechohabientes y los de los usuarios, lo cierto es que en el Memorando Explicativo que acompañaba a la Propuesta original de la Directiva se reconoce sin disimulo que el objetivo principal de la DDASI es evitar perjuicios económicos en la explotación de obras y prestaciones protegidas, lo que debe traducirse en una aproximación restrictiva respecto de las excepciones.

Para ello se impuso la técnica legislativa de definir una lista de excepciones (una de ellas obligatoria para los Estados miembros y el resto meramente facultativas), y no una cláusula abierta para permitir usos lícitos o inocuos.

La lista de límites opcionales incluye hasta veinte posibles opciones, y estaba pensada a modo de “escaparate”, de manera que los Estados miembros pudieran incluir en sus legislaciones nacionales las que consideraran más adecuadas.

Se prestó especial énfasis además en dejar claro que la lista del art. 5 era un *numerus clausus*, evitando así que los Estados miembros pudieran establecer nuevos límites domésticos que supusieran un debilitamiento de la protección y una merma en la armonización que pudiera poner en peligro el mercado interior.

De ahí que el Considerando 32 de la norma expresamente señale que: “*La presente Directiva establece una lista exhaustiva de excepciones y limitaciones a los derechos de reproducción y de comunicación al público [subrayado propio]*”.

Ello provoca fundamentalmente dos efectos. El primero es la depuración de las legislaciones nacionales, que verán cómo los límites nacionales que no encajan con la lista de la Directiva, o bien se limitan en su alcance para acomodarse a las previsiones de la Directiva o bien se convierten sin más en contrarios al Derecho Comunitario. A estos efectos, no servirá de gran

⁴² Debemos recordar además que tanto en la Directiva de Programas de ordenador (arts. 5 y 6) como en la Directiva sobre Bases de Datos (art. 6) existen normas sobre excepciones que deben aplicarse como ley especial a este tipo de obras.

apoyo la cláusula del art. 5.3 o), que funciona de *facto* como el “ojo de la aguja” por el que deben pasar las excepciones nacionales vigentes cuando se aprobó la DDASI en 2001.

El segundo efecto de establecer una lista cerrada de límites es la prohibición para los legisladores nacionales de incorporar nuevos límites no previstos en el escaparate del art. 5. Ello implica que la Directiva 2001/29/CE impide que un Estado miembro incluya en su legislación una norma relativa a los contenidos generados por los usuarios como límite a los derechos de reproducción y comunicación pública contenidos en los arts. 2 y 3 de dicha Directiva.

Sin embargo, en la medida en que el Derecho de transformación no se encuentra armonizado a nivel Comunitario, y si se considera que la transformación es una facultad que goza de independencia respecto del derecho de reproducción en el Derecho Comunitario (lo que es discutible), los Estados sí podrían incluir excepciones en sus derechos nacionales respecto de la facultad de transformación sin infringir lo dispuesto en la Directiva 2001/29/CE.

9.6.2.2 Las críticas al carácter de lista cerrada de los límites en la DDASI. Posibles alternativas. La introducción de un nuevo límite sobre UGC en la Directiva 2001/29/CE

El hecho de que la Directiva 2001/29/CE impida la inclusión de nuevos límites a los derechos patrimoniales por parte de los distintos Estados miembros implica una “congelación” de las facultades de los legisladores nacionales que ha recibido críticas desde numerosos puntos de vista.

Ello es así porque la Directiva no ha respetado el espíritu de los Tratados de la OMPI de 1996, que claramente quieren permitir que las Partes Contratantes puedan adaptar sus derechos de autor al nuevo entorno digital, no sólo con nuevos derechos patrimoniales, sino también con nuevas excepciones. Y no hay que olvidar que la Directiva tiene como una de sus obligaciones principales el cumplimiento de dichas obligaciones internacionales, como expresamente señala su Considerando 15.

Además, la idea de que el legislador nacional perdió tras la Directiva 2001/29/CE la facultad de establecer nuevos límites a través de la ley nacional resulta derechamente contraria al acervo comunitario en la materia, si tenemos en cuenta que esta “congelación” en las excepciones o limitaciones brilla por su ausencia en las dos Directivas que, antes de la DDASI, establecieron excepciones a los derechos patrimoniales de autor, las Directivas sobre programas de ordenador y protección jurídica de bases de datos.

En tercer lugar, carece de justificación suficiente que la Directiva niegue a los Estados miembros la posibilidad de establecer nuevas excepciones a los derechos de reproducción y comunicación pública acordes con las particularidades del Derecho nacional para adaptarlo al nuevo entorno de Internet (por ejemplo, en el caso de contenidos generados por los usuarios) siempre que se respete, claro está, el “test de las tres etapas”. Ello priva al legislador estatal de un instrumento flexibilizador de la máxima importancia en un entorno tecnológico, económico y jurídico altamente volátil.

De hecho, puede plantearse si la Directiva, al limitar hasta ese extremo la libertad del legislador doméstico, resulta contraria a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que deben regir la legislación comunitaria en relación con la creación de un Mercado Interior.

Todas estas cuestiones han pesado sin duda en el ánimo de la Comisión europea, que en su Informe de seguimiento sobre el art. 5 de la DDASI⁴³ señala cómo en determinadas ocasiones los tribunales europeos, ante la ausencia de un límite específico en el art. 5 que dé cobertura suficiente a una conducta concreta que se considera de poca importancia económica o beneficiosa para el interés general, lo que han hecho ha sido restringir el alcance del derecho de reproducción del art. 2 de la Directiva, o incluso acudir a la doctrina de la “licencia implícita” por parte de titular del derecho⁴⁴. De esta manera, la Directiva provocaría justo el efecto contrario al deseado (falta de armonización e inseguridad jurídica por las distintas soluciones jurisprudenciales en los Estados miembros).

Esto ha provocado distintas propuestas a nivel europeo para incluir en la Directiva 2001/29/CE una regla de apertura del sistema que permitiera a los legisladores nacionales introducir nuevos límites distintos de los previstos en la lista de la DDASI.

Así ocurre por ejemplo con el llamado “Informe Gowers⁴⁵” de 2006, encargado por el Gobierno británico a un experto independiente sobre posibles reformas del sistema de los derechos de propiedad intelectual (sistema que en los países anglosajones incluye tanto los derechos de autor y los derechos afines como los derechos de propiedad industrial).

Dicho informe concluyó (Recomendación Undécima) que era conveniente modificar la Directiva 2001/29/CE para permitir una excepción para “obras derivadas, transformadas o creativas” [*creative, transformative or derivative works*], dentro de los parámetros de la prueba de los tres pasos del Convenio de Berna. El informe no define de manera precisa sin embargo qué derechos patrimoniales quedarían aceptados por un límite de este tipo, ni qué debe entenderse por “obras creativas, transformativas o derivadas”.

Desde otros puntos de vista también se ha propuesto dar libertad a los Estados miembros para introducir nuevos límites en su legislación nacional. Así ocurre por ejemplo ocurre con el Estudio realizado por el *IVIR (Institute for Information Law)* de la Universidad de Ámsterdam de febrero de 2007⁴⁶, que señala que lógicamente los nuevos límites previstos por los Estados miembros deberían respetar la prueba de los tres pasos del art. 5.5 y no producir un impacto notable en el Mercado Interior. Sin embargo, incluso entre los defensores de esta postura crítica con el carácter cerrado del sistema de límites de la Directiva se reconoce que se trata de recomendaciones de *lege ferenda*.

En conclusión, existen argumentos para defender una interpretación alternativa del art. 5.3 de la Directiva 2001/29/CE y de su Considerando 32 que permitiera a los Estados miembros de la UE establecer nuevos límites a los derechos de reproducción y comunicación al público. Sin embargo, dichos dichos argumentos no pueden eliminar la claridad del Considerando 32 de la Directiva, de manera que si un Estado miembro decidiera actuar unilateralmente en este sentido se expone a la posibilidad de que eventualmente el TJUE declare el nuevo límite sobre UGC incumple el tenor literal de la Directiva 2001/29/CE.

Además, seguramente esta actuación unilateral carecería de eficacia real, debido a que por definición los contenidos que utilizan los usuarios de la Red 2.0 son accesibles desde cualquier país de la UE, de manera que aunque en el Estado que decidiera adoptar un límite en este sentido no habría infracción de derechos, dicha infracción sí se produciría en cambio en el resto de países de la UE desde los que se puede acceder al contenido.

⁴³ SEC (2007) 1556.

⁴⁴ Es algo parecido a lo que, por otra vía (la del uso inocuo), ha realizado en nuestro país la Sección 15ª de la A.P. de Barcelona en la sentencia de noviembre de 2008.

⁴⁵ Vid. Gowers Review on Intellectual Property, 2006, p. 71.

⁴⁶ Study on Implementation and Effect in Members State's Law of Directive 2001/29/CE on the Harmonization of Certain aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society (Gibault et al.), pp. 66 y 67.

Ello significa que, de *lege ferenda*, el método más adecuado para establecer un límite que permita actos de reproducción y puesta a disposición del público para dar salida a los UGC que incluyen una aportación creativa por parte del usuario sea la inclusión de un nuevo límite específico en la lista del art. 5.3 de la DDASI.

Naturalmente, este nuevo límite estaría siempre controlado por la prueba de los tres pasos, que, con distintas redacciones, está prevista en varias Directivas comunitarias⁴⁷.

La más relevante de dichas Directivas para nuestro caso es la propia DDASI, que en su art. 5.5 dispone que “*Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 [del art. 5 de la Directiva] únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho*”.

Esta regla, sin embargo, tiene en el Derecho Comunitario un sentido distinto al que se le da en los Convenios internacionales sobre Derecho de autor. Ya no estamos únicamente ante una norma dirigida al legislador nacional, es también una norma que obliga al juez a interpretar la legislación nacional conforme al Derecho comunitario.

Ello provoca que, con independencia de si un Estado miembro en concreto ha incorporado la regla del art. 5.5 a su legislación nacional (como han hecho España, Francia, Italia o Portugal) o se ha abstenido de hacerlo (como ocurre en Alemania, Austria, Holanda o el Reino Unido), lo cierto es que el juez nacional podrá determinar si una excepción concreta es conforme o no con esta previsión del Derecho Comunitario.

Naturalmente, en caso de duda, el juez nacional podrá plantear la correspondiente cuestión al TJCE, de manera que al final la compatibilidad de un hipotético límite que diera cobertura a los UGC con la *prueba de los tres pasos* del art. 5.5 de la Directiva 2001/29/CE sería finalmente determinada por las resoluciones del TJCE.

Hay que tener en cuenta además que si dicho límite se llegara a incluir en algún momento en el lista del art. 5 de la Directiva 2001/29/CE, en función del impacto económico que pudiera tener habría que contemplar dos posibles alternativas para evitar que se afecte a los “legítimos intereses del titular del derecho” (esto es, el tercer paso de la prueba):

- a. La primera alternativa sería establecer un régimen compensatorio en favor del autor a través del establecimiento de un derecho de simple remuneración, cuya recaudación se lleve a cabo a través de entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, de manera similar a como ocurre actualmente con la compensación por copia privada, dado que la gestión individual de este derecho resultaría inviable para el autor sin una estructura recaudatoria colectiva;
- b. Establecer el límite sin esa compensación al autor y, en consecuencia, sin generar un derecho de mera remuneración, al entender que el impacto económico que el mismo tendría en el autor sería irrelevante.

⁴⁷ En realidad, las distintas formulaciones de la prueba de los tres pasos no coinciden exactamente con el art. 5.5 de la DDASI. Así ocurre en el art. 6º3 de la Directiva sobre protección jurídica de los programas de ordenador y los arts. 6º.3, 7º.5 y 8º.2 de la Directiva sobre bases de datos, lo que provoca una falta de coherencia interna el propio Derecho Comunitario. Hace un buen análisis de esta cuestión CASAS VALLÉS, R., «Comentario al art. 40 bis LPI», en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (R. Bercovitz, Coord.), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 681 y ss.

La elección de una u otra alternativa dependería no sólo de cómo se haya configurado el límite en el tenor de la Directiva sino también del resultado de un complejo proceso de política legislativa en donde ninguna solución es pacífica debido a los posibles intereses contrapuestos que pudiesen existir sobre esta cuestión. Sería necesario por parte de los poderes públicos realizar los correspondientes estudios de impacto y de análisis económico del derecho antes de decidirse por adoptar una u otra alternativa.

De igual modo podría ser conveniente contemplar la posibilidad de incorporar un procedimiento obligatorio y efectivo de notificación y retirada para aquellos contenidos que no estuvieran cubiertos por este nuevo límite, similar al que existe en la Digital Millennium Copyright Act de Estados Unidos, de manera que, por una parte, se eviten abusos e infracciones por parte de los usuarios, y por la otra, se den las suficientes garantías a los proveedores de servicios de la sociedad de la información y tranquilidad en su explotación a los titulares de derechos, lo que requeriría la correspondiente modificación de la Directiva 2000/30/CE, de Comercio Electrónico.



10. Conclusiones

Los contenidos generados por los usuarios (UGC) han democratizado la creación y son una aportación a la cultura y al posicionamiento del español en Internet. También su importancia es cada vez más manifiesta en la Economía Digital, pueden ofrecer nuevas oportunidades de negocio para la industria cultural y el sector TIC, y fomentan la libertad de creación y de expresión.

La generación y divulgación de una gran variedad de obras promueve una gran riqueza cultural, a través de nuevas herramientas y formas de expresión que hacen una aportación diferencial a la creación y contribuyen a incrementar la oferta de contenidos digitales en español. En este contexto, el fenómeno de los UGC ha adquirido una relevancia tal desde el punto de vista social, económico, jurídico y cultural, que es necesario establecer un mecanismo que acabe con la ilicitud de aquella actividad creadora de los usuarios que no causa un daño efectivo a los intereses del autor ni produce un menoscabo a la explotación de la obra. Por lo mismo, el replanteamiento del actual sistema de derechos de autor resulta necesario y conveniente.

10.1 Falta de vigencia del sistema actual en materia de UGC

Tanto la legislación vigente en materia de derechos de autor como el modelo tradicional de gestión de derechos de propiedad intelectual se diseñaron en un momento en el que no existía el actual desarrollo del entorno digital ni las oportunidades que ofrecen las TICs para la creación y difusión de obras. Si bien se han alcanzado grandes avances tanto en materia legislativa como en el ámbito del licenciamiento y gestión digital de derechos especialmente para usos profesionales o de negocio, todavía no se ha producido esa misma actualización respecto de ciertos tipos de UGC de generación masiva y constante, por parte de usuarios no profesionales y que no persiguen fines comerciales. La necesidad de actualización del modelo se fundamenta principalmente en tres ejes: a) en primer lugar, en la baja o nula interferencia de los UGC que incorporan o adaptan obras preexistentes en la explotación normal de estas últimas, dado que los UGC no corresponden a prácticas de piratería digital sino que a una actividad creadora más; b) en la seguridad jurídica que la propia industria tecnológica tanto de herramientas de creación como de difusión de los UGC, requiere para el desarrollo de su negocio; c) en tercer lugar, en la necesidad de los propios usuarios de disponer de un sistema que, por una parte, respete los derechos de propiedad intelectual de los titulares de derechos, pero que por otra no limite el potencial creativo de los usuarios.

10.2 Necesidad, en consecuencia, de un nuevo modelo de gestión de derechos o un régimen jurídico actualizado para los contenidos generados por usuarios

Por tanto, y por lo anteriormente expuesto, es necesario establecer un sistema renovado, ya sea por la vía de la actualización de los modelos de gestión de derechos o a través de una reforma legislativa, que se adapte adecuadamente a la realidad de los contenidos generados por los usuarios, complementando el sistema actual que si bien sí da una respuesta adecuada cuando el usuario crea una obra totalmente original, resulta sin embargo insuficiente para regular la situación de las obras generadas por los usuarios que incluyen o transforman obras preexistentes, en un entorno digital en el que se crean a diario millones de nuevas obras que fomentan la pluralidad cultural y la diversificación de la creación, y que en ocasiones incluso benefician al autor desde el punto de vista del marketing, como ocurre en el caso de los llamados “contenidos generados por los fans” y su efecto “boca a boca”.

Esta realidad hace urgente y oportuna la revisión del sistema actual de derechos de autor. Esta revisión no implica que el mismo se tenga que modificar de raíz, ni que se menoscaben los derechos que el autor tiene sobre su obra; al contrario, se debe buscar una solución equilibrada que proteja la propiedad intelectual y la actividad económica de las industrias culturales, pero que a su vez legitime y dé seguridad jurídica a la práctica creativa de los usuarios en la red.

11. Índice de figuras

Figura 2.1 Actividades más frecuentes en Internet en el PC relacionadas con los contenidos. 2010	24
Figura 2.2 Actividades online que realizan los españoles al menos una vez al mes, en el PC y en el móvil. 2010	25
Figura 2.3 Tiempo de uso y % de usuarios de redes sociales y blogs, por países	26
Figura 2.4 % de Individuos que utilizan Internet para subir contenidos creados por uno mismo (texto, imágenes, fotos, videos, música, etc.) a cualquier sitio web para compartir (en los últimos 3 meses)	27
Figura 2.5 % de Individuos en España que utilizan Internet para subir contenidos creados por uno mismo (texto, imágenes, fotos, videos, música, etc.) a cualquier sitio web para compartir (en los últimos 3 meses) por tramos de edad	27
Figura 2.6 % de Individuos que suben contenidos de creación propia en Reino Unido en 2010	28
Figura 2.7 Actividades de creación de contenidos en EE.UU. (Porcentaje sobre usuarios de internet) en 2006 y 2009	29
Figura 2.8 Evolución del % de Internautas que suben contenidos de video a Internet	30
Figura 3.1 Fuentes del derecho de autor y de los derechos conexos	34
Figura 3.2 Ejemplos de ejercicios de los derechos de explotación según LPI	36
Figura 3.3 Comparativa de derechos de explotación digital vs. analógico desde el punto de vista de los GCU	37
Figura 3.4 Ejemplos de autorizaciones necesarias para la creación de obras derivadas según prácticas actuales de la industria	38
Figura 4.1 Contenidos ofrecidos por las diferentes plataformas digitales	40
Figura 4.2 Sistema de notificación de infracciones de copyright de las diferentes plataformas digitales	45
Figura 4.3 Ley aplicable y jurisdicción establecidas por las diferentes plataformas digitales	47
Figura 5.1 Usos de obras que no necesitan ser autorizados por los titulares de derechos	53







Router

