

JUNHO 2011

n.º 3

# Propriedades intelectuais

## DOCTRINA

- **Taxa Google e Casos AIEE:**  
um sistema descentralizado  
*Rodrigo Escobar Rodríguez-Cas*
- **Fair Use na União Europeia**  
(ou as consequências do Copyright War)  
*Tim Ronda*
- **A Internet 3D e os direitos  
de propriedade intelectual – 1/ Parte**  
*Geoffrey Le Gall*  
*André Tétrault-Morin*

## CRÓNICAS DE JURISPRUDÊNCIA

- **Direito de autor**  
*Andrés H. Cooper*  
*Victor Castro-Rosa*
- **Direito da propriedade industrial**  
*Andrés Andueza*  
*José María Miliute*

## CARTAS DE LUSOFOFIA

- **Curso de Ciber Direito**  
*Genísio Coimbra*
- **Curso de Marcas**  
*Georgio Cabral*
- **Curso de Marcas**  
*Tito Menezes*

## ACTUALIDADE

- **Análisis e Protocolo entre os Estados  
e a OMBUDSMAN**
- **Novas normas de direito de autor**

## Tasa Google o Canon AEDE: una reforma desacertada\*

**RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**  
ADVOGADO

**Sumario** 1. Introducción: Las tesis que mantengo. 2. Falta de justificación de la excepción. 3. La excepción es contraria al derecho de la unión y al Convenio de Berna. 4. La falta de notificación a la comisión europea. 5. La improcedencia de una compensación equitativa. 6. Ampliación injustificada de la gestión colectiva obligatoria. 7. El carácter irrenunciable de la compensación equitativa. 8. Renuncia a la exigencia de altura creativa para apreciar la existencia de obra. 9. Conclusiones.

### Resumen

El objeto de este artículo es ofrecer un estudio crítico sobre la reforma introducida por la Ley 21/2014 en relación con la agregación de noticias en línea.

### Abstract

This article aims to give a critical analysis of the amendment introduced by Law 21/2014 regarding online news aggregation.

### Palabras Clave

Agregación de noticias en línea, limitación legal, compensación equitativa irrenunciable, gestión colectiva obligatoria, revista de prensa.

### Keywords

online news aggregation, statutory limitation, unwaivable equitable compensation, mandatory collective management, press reviews.

### 1. Introducción. Las tesis que mantengo

La reciente Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada en el BOE, de 5 de noviembre, introduce un nuevo artículo 32.2 en aquel, dividido en dos párrafos. En ellos se regulan dos nuevas excepciones o limitaciones a la propiedad intelectual en relación con la actividad de los prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos periodísticos, así como con la actividad de los prestadores de servicios electrónicos de búsqueda de contenidos en la Red respectivamente.

Se trata de una modificación, a instancia, según parece, de la Asociación de Editores de Diarios Españoles (AEDE), que fue introducida a última hora en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno a las Cortes Generales para su tramitación<sup>1</sup>, y cuya redacción permaneció tal cual durante la misma, a pesar del vivo debate suscitado sobre su oportunidad, así como de las diversas enmiendas de la oposición, especialmente por lo que se refiere a la primera excepción, la contemplada en el párrafo 1.º

El párrafo 2.º establece una excepción para la búsqueda y puesta a disposición del público de palabras aisladas en los contenidos periodísticos divulgados en la Red, siempre que se produzca sin finalidad comercial, se limite a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda e incluya un enlace a la página de origen de los contenidos.

En cambio, la excepción recogida en el párrafo 1.º, la referida a la agregación de contenidos, se complementa con el pago de una compensación equitativa a cargo de los prestadores de servicios que se benefician de ella y a favor de los editores o demás titulares de derechos sobre los contenidos, compensación que se considera irrenunciable y cuya recaudación se encomienda a las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

Hasta el presente la agregación de contenidos de fragmentos periodísticos en la Red se producía libremente por parte de los prestadores de servicios electrónicos, sin necesidad de autorización alguna, en el bien entendido de que quienes no quisieran permitirlo podían impedirlo mediante la utilización de ficheros *robots.txt*. Ello sentaba las bases para el funcionamiento normal de un posible mercado de intercambio entre los prestadores del servicio de agregación y los editores de los contenidos de prensa objeto del mencionado servicio.

La excepción del nuevo artículo 32.2, párrafo 1.º, LPI constituye una intervención injustificada del legislador en dicho mercado, que redundará en perjuicio del servicio de agregación y, consecuentemente, en perjuicio también de los editores de prensa, a quienes se pretende favorecer. El

\* Artículo escrito por encargo de Google Inc.

1. De ahí que en el Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia al que se hace referencia en el epígrafe siguiente se justifique su emisión por no haber tenido la oportunidad de pronunciarse sobre tal modificación concreta en el momento de informar el Proyecto de Ley.

gravamen del servicio con la imposición a los prestadores del mismo del pago de una compensación equitativa irrenunciable distorsiona el funcionamiento del mercado y crea una barrera de acceso al mismo. Constituye un obstáculo a la prestación del servicio.

Con esta medida el legislador español ha pretendido copiar al legislador alemán en su voluntad de favorecer a los editores de prensa frente a los prestadores del servicio de agregación, tratando de articular esa voluntad por un cauce jurídico distinto con el fin de salvar los inconvenientes que la puesta en práctica del sistema alemán ha puesto de relieve. Desgraciadamente el resultado es manifiestamente desacertado, no sólo desde un punto de vista económico, sino también desde un punto de vista estrictamente jurídico. Cabe vaticinar que probablemente los editores de prensa no conseguirán la nueva fuente de ingresos pretendida en la medida esperada. Cabe afirmar que esta modificación legislativa constituye objetivamente un ataque a nuestro sistema de propiedad intelectual.

Lo que se presenta como una nueva excepción en favor de la libertad de información frente a la propiedad intelectual, principalmente frente al derecho del autor, no es en verdad tal, sino que constituye una restricción a la excepción previamente vigente en nuestro Derecho para las reseñas de prensa, precisamente en aras del respeto debido a la libertad de información. Con el nuevo artículo 32.2, párrafo 1.º, LPI las reseñas de prensa *on-line* han pasado a ser *forzosamente* de pago, mientras que las reseñas de prensa *off-line* continúan disfrutando de la excepción plena, que continúa vigente para ellas. Siguen siendo libres y siguen siendo libres de pago. Con el nuevo artículo 32.2, párrafo 1.º, LPI las reseñas de prensa *on-line* no podrán acompañarse de las imágenes y fotografías correspondientes, salvo autorización de los titulares de derechos sobre las mismas, mientras que las reseñas de prensa *off-line* podrán acompañarse de imágenes y fotografías sin necesidad de autorización y sin necesidad de pagar.

El límite a favor de las reseñas de prensa derivado del artículo 32.1, párrafo 2.º, LPI se corresponde con la excepción establecida por el artículo 10.1 y 3 del Convenio de Berna para las citas de artículos periodísticos bajo la forma de revista de prensa, que comprende todo tipo de obras y todos los derechos de explotación. También se corresponde con la excepción o limitación prevista en el artículo 5.3.d) de la Directiva 2001/29/CE para las citas con fines de crítica o reseña, interpretada de acuerdo con la obligación que tiene la Unión Europea de respetar el Convenio de Berna, como firmante del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (TODA). Semejante interpretación conforme obliga a una transposición del mencionado artículo 5.3.d) a los ordenamientos de los estados miembros en la medida necesaria para cumplir el artículo 10.1 y 3 del Convenio de Berna, y, concretamente, para dar entrada en los mismos a la excepción de citas de artículos periodísticos bajo la forma de revistas prensa. Y ello, a pesar de que semejante interpretación sea contraria al tenor literal del artículo 5.3, *ab initio*, que induce a entender – como así es en principio para todas las demás excepciones contempladas en el artículo 5.2, 3 y 4 de la

Directiva – que la transposición de las dichas excepciones es voluntaria para los estados miembros.

De lo anterior resulta que nuestro legislador ha incurrido con el artículo 32.2, párrafo 1.º, LPI en un incumplimiento del Convenio de Berna y de la Directiva 2001/29/CE, que no prevén restricción alguna semejante a la introducida por aquél con respecto a la excepción que permite libremente, sin necesidad de autorización, la reseña de prensa, sin pago de compensación alguna.

Además esa restricción que el nuevo artículo 32.2, párrafo 1.º, LPI introduce en la excepción del artículo 32.1, párrafo 2.º, LPI constituye una infracción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al suponer un desconocimiento de la libertad de información reconocida en el artículo 10.1 de la misma, y una falta de respeto al principio de proporcionalidad que la doctrina del Tribunal de Luxemburgo exige a los estados miembros a la hora de trasponer las Directivas en materia propiedad intelectual con el fin de garantizar un justo equilibrio entre los diversos derechos fundamentales reconocidos por el Derecho comunitario.

Por otra parte, el Gobierno español no ha notificado a la Comisión de la Unión Europea esta modificación de la Ley, incumpliendo así el procedimiento de información previsto por la Directiva 98/34/CE para las normas relacionadas con los servicios de la sociedad de la información en aras de preservar la unidad del mercado interior. Semejante incumplimiento determina que la modificación introducida por el artículo 32.2., párrafo 1.º, LPI, no vincula a los particulares, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión.

Es cierto que la Directiva 2001/29/CE permite en principio introducir una compensación equitativa como contrapeso a la transposición de las excepciones que establece no sólo en aquellos supuestos en los que expresamente lo prevé, como ocurre en el artículo 5.2. a), b) y e), sino también en cualesquiera de las demás excepciones posibles, de acuerdo con la idea de que la Directiva fija un tope máximo de excepciones que no cabe superar, pero que sí admite una transposición parcial o limitada de las mismas. Como ya hemos visto, esa posibilidad estaría vedada en el caso de la excepción correspondiente al artículo 5.3.d) por razón del respeto debido al Convenio de Berna. Pero, en cualquier caso, habida cuenta de la función compensatoria del daño causado por una excepción a los titulares de derechos como consecuencia de la excepción, es necesario, para que la misma tenga sentido e incluso para que la misma pueda ser cuantificada, que la excepción cause, en efecto, un daño. Así queda claramente explicado en la Exposición de Motivos tanto de la Directiva 2001/29/CE como de la Directiva 2012/28/CE (sobre *obras huérfanas*). Así lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia comunitaria en relación con la compensación equitativa por copia privada, que establece directamente el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE. Y así consta expresamente en nuestro propio Ordenamiento, tanto en el derogado artículo 25 LPI, como en la disposición adicional 10.ª 3 del Real Decreto-ley 20/2011, que atribuyó a los Presupuestos Generales del Estado el pago de dicho compensación equitativa por la copia privada, como en el nuevo artículo 25 LPI, derivado también de la Ley 21/2014.

En el caso de esta compensación equitativa introducida por el nuevo artículo 32.2, párrafo 1.º, LPI, se plantea una doble dificultad. Y es que, en primer lugar el legislador no ha previsto el procedimiento de determinación de la misma. Hay que tener en cuenta que no se trata de un supuesto de remuneración, y que, consecuentemente, esa compensación no puede quedar incluida en las tarifas de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual a las que se encomiende su recaudación. Pero es que, además —y esto es lo más importante— resulta imposible cuantificar un daño inexistente o inapreciable (así lo entendía y lo sigue entendiendo nuestro artículo 25 LPI con respecto a este último a la hora de calcular la compensación por copia privada). Y ese es el caso de las agregaciones de prensa en la Red: no sólo no causan daño a los titulares, sino que incluso benefician a los titulares de derechos sobre los contenidos periodísticos reseñados en las agregaciones, al propiciar las visitas a sus propias páginas web. De manera que a la hora de cuantificar la compensación la misma se revela como un cauce encubierto, pero manifiesto, de enriquecimiento sin causa de los editores de prensa respaldado por el legislador.

Con el objetivo de alcanzar la máxima eficacia en la recaudación de esa compensación equitativa que el artículo 32.2, párrafo 1.º, LPI impone a los a los prestadores del servicio de agregación de contenidos periodísticos en la Red, se caracteriza aquella como irrenunciable y se somete a una recaudación colectiva obligatoria encomendada a las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. Ello supone ampliar injustificadamente el ámbito de aplicación de la gestión colectiva obligatoria, en contra de su carácter excepcional. Un pleno respeto de la propiedad intelectual debe ir acompañado de la legitimación del titular del derecho para exigir la satisfacción del mismo por parte de quienes utilizan obras y prestaciones protegidas. De manera que la regla debe ser la gestión colectiva voluntaria, exceptuada únicamente cuando no haya otro remedio porque la gestión individual resulte manifiestamente inviable. Sin embargo, ello no es el caso. La pretendida irrenunciabilidad de la compensación equitativa no justifica la imposición de una gestión colectiva obligatoria. Tanto nuestro Derecho como el Derecho comunitario reconocen supuestos de derechos de propiedad intelectual irrenunciables y que, sin embargo, son de gestión individual o colectiva voluntaria. Y es que el carácter irrenunciable de un derecho de propiedad intelectual y su gestión colectiva obligatoria no son inseparables.

Un derecho se caracteriza como irrenunciable cuando no se quiere que su titular pueda disponer de él. Con ello se pretende normalmente proteger a su titular, por la importancia del derecho y/o por la debilidad de aquél con respecto al juego del mercado. En la propiedad intelectual ello se aplica en ocasiones a los autores y a los artistas. En cambio no se aplica normalmente ni a productores ni a editores. En el artículo 32.2., párrafo 1.º, LPI la compensación equitativa es irrenunciable para los editores de periódicos, pero no para los auténticos autores del contenido de los periódicos, que son los periodistas. Ellos son, llegado el caso, los auténticos sujetos débiles del mercado de la agregación de contenidos. Y, sin embargo, se parte de su exclusión, como regla general, con respecto a la compensación equitativa que se establece a cargo de los prestadores del servicio de agregación. La compensación equitativa irrenunciable para los editores se

basa en la previa renuncia a la misma de los titulares originarios de los contenidos periodísticos, sus creadores, en favor de esos editores. Si lo que se quiere es proteger al creador de la obra, que ciertamente es el sujeto más débil, lógico es que la compensación equitativa se hubiese establecido, y con carácter irrenunciable, a favor de él. La irrenunciabilidad de la compensación equitativa carece en cambio de esa posible justificación en el caso de los editores de periódicos. Al menos se podría haber llegado a una atribución compartida de aquella en favor de periodistas y editores de prensa (irrenunciable para los primeros), como se hace en el caso de la compensación equitativa por copia privada de libros, así como en la compensación equitativa que se establece también en el nuevo artículo 32.4 LPI (irrenunciable aquí para los dos).

Conviene observar que, a diferencia con lo que ocurre en principio en el artículo 32.2, párrafo 1.º, LPI, en los otros dos supuestos en los que nuestra Ley de Propiedad Intelectual establece una compensación equitativa irrenunciable, en el artículo 25 para autores y artistas, intérpretes o ejecutantes, y en el artículo 32.4 para autores y editores, ello no impide que beneficiarios de la excepción y titulares de los derechos no puedan llegar a un previo acuerdo sobre la utilización de la obra o servicio protegido que excluya el pago de la compensación en cuestión. De manera que la misma termina operando como una solución subsidiaria para el caso en que previamente no se llegue a un acuerdo.

Por último, importa destacar que difícilmente los fragmentos no significativos de contenidos periodísticos pueden alcanzar altura creativa suficiente para merecer la protección del derecho de autor, y ello a pesar de que el Tribunal de Luxemburgo ha admitido que un pasaje o extracto de once palabras procedentes de artículos periodísticos puede llegar a ser original. La excepción, recogida tanto en el artículo 10.1 y 3 del Convenio de Berna, como en el artículo 5.3.d) de la Directiva 2001/29/CE en su interpretación conforme, que se ha apuntado, como en el artículo 32.1, párrafo 2.º, LPI, en favor de las reseñas de prensa responde ciertamente al valor concedido a la libertad de información frente a la propiedad intelectual, pero también a la duda de que esas reseñas puedan ser consideradas dignas de protección por el derecho de autor; duda que aclaran rechazando semejante consideración. En cambio, el nuevo artículo 32.2. párrafo 1.º, LPI adopta la posición contraria y solventa la duda reconociendo tácitamente que las reseñas de prensa tienen suficiente originalidad o altura creativa para ser protegidas por el derecho de autor. De ahí la necesidad de satisfacer a los titulares del (existente) derecho de autor sobre las reseñas una compensación equitativa que sirva para compensar el daño sufrido como consecuencia de la excepción, basada únicamente en la libertad de información. Por ello, cabe decir que el nuevo artículo 32.2, párrafo 1.º, LPI, además de infringir el Convenio de Berna y el Derecho comunitario, atenta contra la esencia del derecho de autor al rebajar la altura creativa mínima exigible para admitir la existencia de originalidad suficiente y atribuir la calificación de obra a una creación.

Huyendo de ese error, es por lo que el legislador alemán, teniendo en cuenta el rigor de su propia doctrina nacional por lo que se refiere a la exigencia de altura creativa, ha optado por establecer un nuevo derecho conexo *ad hoc* que

permita a los editores de prensa negociar una licencia para la agregación de contenidos de prensa en la Red. Lo que ciertamente supone seguir respetando una exigencia de altura negativa superior a la de las reseñas periodísticas, pero constituye un fraude del Derecho comunitario y del Convenio de Berna de acuerdo con lo anteriormente expuesto. Un fraude de ley, que, para mayor *inri*, ha conseguido un efecto económico totalmente contrario al previsto en el mercado alemán de las agregaciones periodísticas, según parece.

---

## 2. Falta de justificación de la excepción

Cabe cuestionar la necesidad de la excepción, así como la oportunidad o conveniencia de esa compensación equitativa que el nuevo artículo 32. 2, párrafo 1.º LPI impone a los prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos. Las razones para ello quedan recogidas en el Informe/Propuesta emitido al respecto el 16 de mayo de 2014 por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia<sup>2</sup>.

En principio, los titulares de las publicaciones objeto de la agregación de contenidos de fragmentos de las mismas tienen la posibilidad de impedir esa actividad de agregación. Para ello basta que el titular utilice un fichero *robots.txt*<sup>3</sup> para impedir o controlar el rastreo de cualquier buscador y la consiguiente agregación de noticias<sup>4</sup>. Depende pues de la voluntad de esos titulares llegar a acuerdos con los prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos para que éstos puedan incorporar a su servicio fragmentos de los contenidos divulgados a través de su web. En principio ambas partes se encuentran en la situación de previa libertad de quien acude al mercado para satisfacer sus intereses a través del intercambio de bienes y servicios. En ese escenario importa poner de relieve que los intereses de los diversos titulares de los contenidos, sean o no editores, no tienen por qué ser coincidentes u homogéneos. Lo mismo cabe decir por lo que se refiere a los prestadores de servicios electrónicos de agregación. Lo que quiere decir que, como ocurre en cualquier mercado abierto, en determinadas condiciones y frente a determinados interlocutores algunos llegarán a acuerdos de autorización o licencia mientras que otros no los alcanzarán. Existen pues las bases para la libertad de contratación que garantiza el funcionamiento del mercado.

Dentro de esa variedad de intereses las situaciones pueden ser muy distintas. Habrá titulares de contenidos que sean reticentes a autorizar la agregación de los mismos, o que incluso decididamente no quieran, mientras que habrá otros que sean propicios a ello, o que incluso decididamente lo quieran; todo ello en función de las características y ofertas de las empresas dedicadas a la búsqueda y agregación de *noticias* en la Red. Éstas, a su vez, tendrán mayor, o menor, o ningún interés en la búsqueda y agregación de las mismas en función de la materia propia de los contenidos, en función de su calidad, en función de su procedencia, es decir, de su titular. Ello se reflejará en el precio que puede ser más o menos elevado en un sentido o en otro, o inexistente, en función de la intensidad del interés de cada parte.

Entender que el mercado resultante de esa confrontación de intereses es un mercado de *compraventa* de contenidos resulta inadecuado porque el mismo es más amplio y variado, de manera que puede comprender la *compraventa* (arrendamiento) de servicios de búsqueda y agregación de contenidos, así como la *permuta* o *intercambio* de contenidos por servicios de agregación sin mediar precio complementario alguno.

El acceso a la agregación de fragmentos que proporcionan los prestadores de servicios electrónicos tiene poco que ver con el acceso directo al contenido completo puesto a disposición en la página web por su titular, salvo que lo primero sirve de anuncio o publicidad de lo segundo. De manera que el primer acceso no supone en ningún momento una restricción en términos cuantitativos del segundo. Es más, el primer acceso potenciará en principio el número de accesos directos a la página web del editor o titular del contenido del que se haya extraído el fragmento. Por muy significativo que sea el fragmento serán muchos más los que accedan a la página web del editor a partir del enlace asociado normalmente al fragmento que los que dejen de acceder a aquella como consecuencia de su lectura del fragmento. Lo que parece innegable es que, incluso admitiendo que parte de los lectores de la agregación de noticias se conforman con la misma y no acceden a las páginas web originarias de los contenidos para leer las noticias completas, el número de *visitantes* de estas últimas se incrementará en mayor o menor grado que el previamente (antes de que comenzase a funcionar el servicio de agregación de noticias) existente<sup>5</sup>.

Si esto es cierto incluso para los editores con fuerte implantación en el mercado y consecuentemente en la Red, mucho más lo es todavía para aquellos editores o titulares de contenidos con escasa presencia en una y otra. En estos últimos casos la búsqueda y agregación de sus contenidos constituye hoy en día un instrumento especialmente eficaz para darse a conocer por el público, que pasará del fragmento agregado al texto completo en la página web de aquellos



2 Accesible en <http://www.cnmcc.es>

3 *Robots Exclusion Standards Protocols*.

4 Como se ha puesto de relieve, la puesta a disposición en abierto (sin medida tecnológica alguna de restricción de acceso) de una obra en la Red puede considerarse como una autorización implícita. Lo que cabe deducir del caso *Svensson*, así como de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo alemán en los casos *Paperboy*, *Vorschaubilder I* y *Vorschaubilder II* (sentencias de 17 de julio de 2003, de 29 de abril de 2010 y de 19 de octubre de 2011). Fernando CARBAJO CASCÓN. *Enlaces de prensa (press linking): entre la flexibilización y la regulación del derecho de autor en la era digital*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. Núm. 47. 2014, pgs. 41-42. Aunque el mencionado autor se muestra reticente más adelante en el propio trabajo con respecto a la aplicación de esa tesis a la agregación de noticias.

Crítico con la Sentencia se manifiesta Rafael SÁNCHEZ ARESTI en su comentario a la misma. *La provisión de enlaces en Internet y el derecho a puesta a disposición del público*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. Núm. 46. 2014, pgs. 43-95.

5 Que ello es así lo acredita la conducta de la mayoría de los editores de periódicos alemanes, a la que más adelante me referiré al final de este epígrafe, cuando se les ha ofrecido la posibilidad de seguir aprovechándose del servicio siempre que renunciasen a la remuneración equitativa que les concede la Ley de propiedad intelectual a partir de su modificación en este punto por la una Ley de 1.º de marzo de 2013.

primero, y que posteriormente buscará quizá, en su caso, directamente esa página web que antes desconocía. De lo que resulta que los accesos directos a las páginas o sitios web de los titulares de contenidos *periodísticos* aumentarán como consecuencia del rastreo y agregación de esos contenidos realizados por los prestadores de servicios electrónicos en todos los casos, y en ocasiones de manera sustancial.

Lógicamente ese aumento repercutirá positivamente en la difusión de esos contenidos *periodísticos* y consecuentemente en los rendimientos que sus titulares puedan obtener a través de la publicidad.

Cierto que, a diferencia de lo que se establece en la excepción o limitación recogida en el artículo 32.2, párrafo 2.º, en el párrafo 1.º no se exige que “la puesta a disposición del público incluya un enlace a la página de origen de los contenidos”. Sin embargo esta diferencia carece de relevancia en la práctica, ya que los prestadores de servicios de agregación acompañan normalmente, como ya he indicado, la puesta a disposición de los fragmentos en cuestión con un enlace a las páginas de origen de los mismos<sup>6</sup>.

Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que no se llega a ver qué sentido debería tener la destrucción de un mercado de las características descritas, que puede funcionar satisfactoriamente para todos los participantes en él, proporcionando un servicio socialmente útil<sup>7</sup>. Destrucción del mismo que se produce como consecuencia de la incorporación por el legislador de una limitación o excepción en nuestra Ley de Propiedad Intelectual con las características que se establecen en el nuevo artículo 32.2, párrafo 1.º

Como veremos más adelante, esta nueva excepción no sólo es cuestionable en principio por constituirse sobre contenidos de cuya protección por la propiedad intelectual cabe dudar, sino por ser manifiestamente contraria al sistema de excepciones o limitaciones aprobado por el Derecho de la Unión y por el Convenio de Berna, además de incrementar indebida e innecesariamente la gestión colectiva de la propiedad intelectual, en contra de la legitimación que naturalmente corresponde a los titulares de derechos para ejercerlos.

Pero lo más criticable de la misma es la injerencia en el mercado que la misma significa y las consecuencias perturbadoras que de ella resultan para el ejercicio de la autonomía privada en aquel y para la satisfacción de quienes acuden al mismo. Baste con mencionar lo llamativo que resulta que quien desee autorizar con carácter general y por las razones que sean<sup>8</sup> la utilización o el disfrute de sus obras no pueda hacerlo renunciando también a cualquier compensación equitativa<sup>9</sup>. Pero la consecuencia principal es mucho más grave, ya que la excepción o limitación se transforma en verdad, a través de la compensación equitativa irrenunciable, en una barrera al libre desarrollo de un servicio —el de agregación de noticias— cuya utilidad y demanda sociales resultan incuestionables, contraria a los pilares de la Unión Europea como espacio de libertad de intercambio de bienes y servicios.

La barrera dará lugar a la expulsión del mercado de todos los prestadores de servicios de agregación que no estén en condiciones de asumir el sobrecoste de esa compensación equitativa. Y además, la barrera impedirá el acceso al mercado de quienes no puedan afrontar este nuevo sobrecoste. Con lo que la excepción se transformará en fuente de discriminación entre los que se encuentran ya activos en el

mercado de este servicio y los que pretendan incorporarse al mismo. Existe pues la posibilidad de que el mercado de la agregación de servicios deje de existir o quede seriamente distorsionado en contra del interés de sus usuarios, que se corresponde con el interés de la sociedad por preservar su derecho a la información, que —no se olvide— constituye un derecho fundamental en los estados miembro de la Unión Europea, y, por supuesto, en España<sup>10</sup>.

La excepción *a favor* de la agregación de contenidos constituye realmente un instrumento *en contra* de la agregación de contenidos.

Este juicio negativo inicial de carácter general se acentúa a la hora de analizar algunas características esenciales de esta excepción o limitación, que persigue —ya se ha apuntado— garantizar *ex lege* unos ingresos a los titulares de contenidos *periodísticos* (informativos, de creación de opinión pública o de entretenimiento) a cambio de permitir *ex lege* que los prestadores de servicios electrónicos puedan rastrear y agregar fragmentos de esos contenidos.



6. A lo que hay que añadir que tales enlaces no necesitan ni de autorización ni de limitación o excepción *ad hoc* alguna, de acuerdo con la STJUE de 13 de febrero de 2014 (asunto C-466/12 — *caso Svensson*), puesto que, tratándose de comunicación pública, la misma no incorpora un público nuevo con respecto al tenido ya en cuenta por los titulares de la página web enlazada cuando autorizaron la comunicación inicial, es decir, el acceso libre a la misma.

Doctrina que reitera el TJUE en su Auto de 21 de octubre de 2014 (asunto C-348/13 — *caso BestWater*): “Le seul fait qu'une œuvre protégée, librement disponible sur un site Internet, est insérée sur un autre site Internet au moyen d'un lien utilisant la technique de la «transclusion» («framing»), [...] ne peut pas être qualifié de «communication au public», au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE [...] dans la mesure où l'œuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine”. [El mero hecho de que una obra protegida, disponible libremente en un sitio de Internet, quede integrada en otro sitio de Internet mediante un enlace que utilice la técnica del *enmarcado* (*framing*), [...] no puede ser calificado de *comunicación pública* en el sentido del artículo 3, párrafo 1, de la directiva 2001/29/CE [...] en la medida en la que la obra en cuestión no es ni transmitida a un público nuevo ni comunicada mediante un cauce técnico específico, diferente del propio de la comunicación originaria — traducción propia].

7. Como explica Fernando CARBAJO CASCÓN, no se puede contemplar el servicio de agregación de noticias como una mera actividad parasitaria con respecto a los editores de periódicos, sin tener en cuenta los propios costes de aquélla y, sobre todo si se trata de un servicio socialmente útil, que, consecuentemente, convendría fomentar, y no obstaculizar mediante nuevas barreras creadas *ad hoc* a partir de una hipotética defensa de la propiedad intelectual. Vid. *Enlaces de prensa (press linking) entre la flexibilización y la regulación del derecho de autor en la era digital*, en pe.i. Revista de Propiedad Intelectual, núm. 47. 2014, pgs. 25-26.

8. Así, por ejemplo, quienes participen en el movimiento del llamado *copyleft* o *conocimiento libre*, favorable al acceso abierto a las obras y prestaciones protegidas a través de licencias tipo *Creative Commons*.

9. Resulta chocante que se pueda distribuir o poner a disposición prensa gratuitamente, pero no se pueda autorizar la agregación de su contenido gratuitamente también.

10. Vid. el artículo 10.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 10.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 20.1.d) CE.

Parece que el legislador español ha seguido el ejemplo del legislador alemán con la voluntad de hacer partícipes a los editores de periódicos de ese nicho de negocio derivado de una explotación secundaria del contenido de aquellos. Lo que se ha pretendido asegurar por otra vía que la adoptada por aquel con su Ley de 1.º de marzo de 2013 de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual para evitar que su propósito pueda quedar desactivado, como en Alemania, por la reacción de los prestadores de servicios de agregación. Probablemente ha querido evitar que estos conminen a los editores a renunciar a cobrar nada por el servicio de *agregación de noticias* mediante la amenaza de retirar sus respectivas publicaciones del servicio<sup>11</sup>. A tal efecto el legislador español ha sustituido el sistema alemán de conceder a los editores un nuevo derecho conexo que les permite obtener una remuneración equitativa de los prestadores de servicios de agregación a cambio de la licencia, por este sistema de establecer una excepción o limitación que autorice la agregación a cambio de una compensación equitativa irrenunciable con un régimen de recaudación colectiva obligatoria. El punto de partida y la finalidad perseguida es el mismo en ambos casos, pero mientras la *solución alemana* deja todavía un margen, aunque distorsionado, a la negociación<sup>12</sup>, y además, respeta las reglas y principios de la propiedad intelectual<sup>13</sup>, en cambio, la *solución española* no deja en principio margen alguno a la negociación (y, por ende, al mercado), y además, es manifiestamente incorrecta, desde el punto de vista del derecho de autor, por ser contraria a las reglas y principios de la propiedad intelectual.

### 3. La excepción es contraria al derecho de la unión y al Convenio de Berna

Empecemos por señalar que el nuevo artículo 32.2, párrafo 1.º, constituye una modificación del artículo 32.1, párrafo 2.º, cuya redacción anterior permanece inalterada. Constituye una modificación de su primera frase, concretamente una restricción de su ámbito de aplicación. En efecto, al equiparar las reseñas o revistas de prensa al régimen establecido en el párrafo anterior del propio artículo 32.1, esa frase<sup>14</sup> establece, como excepción o limitación de la propiedad intelectual la licitud de aquellas, sin necesidad de autorización alguna del titular de los artículos o contenidos de prensa objeto de las reseñas, y sin necesidad de pagar compensación alguna a dicho titular. Ello comprendía los servicios de agregación de prensa o de *agregación de noticias*, puesto que estos no ponen a disposición del público otra cosa sino *reseñas de prensa*. Así que la *agregación de noticias* ha pasado de constituir una limitación absoluta, en base al artículo 32.1, párrafo 2.º, a constituir ahora una limitación relativa, por efecto del artículo 32.2, párrafo 1.º, puesto que se mantiene su licitud sin necesidad de autorización del titular de los contenidos reseñados, pero ahora se añade que debe pagarse a los titulares (por medio de una entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual) una compensación equitativa. Ahora hay que pagar por lo que antes era gratis. Y, además, como apuntaremos de inmediato, ahora la excepción ya no comprende ni las imágenes, ni las obras fotográficas, ni las meras fotografías.

Pero eso – repito – afecta sólo a las reseñas de prensa que se realizan a través de la *agregación de noticias*, mientras que las demás reseñas de prensa siguen sometidas al régimen del artículo 32.1, párrafo 2.º, primera frase, es decir, siguen siendo lícitas sin autorización y sin necesidad de pagar nada. Sólo se requiere, de acuerdo con lo establecido para las citas en el artículo 32.1, párrafo 1.º, que la utilización de los fragmentos de *noticias* “de naturaleza escrita, sonora o audiovisual”, incluidas también “las obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo” se realice “en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada”. Es obvio que se prescinde del requisito de que la utilización se realice “con fines docentes o de investigación”, ya que los mismos no son propios de las revistas de prensa. Precisamente para salvar la exigencia de este requisito es por lo que se hace la equiparación legal expresa, que, de lo contrario, no sería necesaria, y bastaría con subsumir directamente el supuesto en el artículo 32.1, párrafo 1.º, como un caso normal de las citas a las que el mismo se refiere con carácter general.

De lo expuesto resulta que en realidad el legislador español no ha introducido una nueva excepción, sino que ha restringido una excepción previamente existente, sometiendo las reseñas de prensa que se producen a través de la *agregación de noticias* en la Red al pago de una compensación equitativa, al tiempo que elimina la excepción con respecto a dicho tipo de reseñas en lo que se refiere a obras de carácter plástico o fotográfico figurativo, para cuya inclusión en la *agregación de noticias* habrá que solicitar autorización. Ahora resulta que las reseñas *off-line* son libres y pueden incluir obras de carácter plástico o fotográfico figurativo, mientras que las reseñas *on-line* sólo pueden comprender (salvo autorización) texto y, además, son de pago. Resulta extraño.

Ahora bien, esa primera frase del artículo 32.1, párrafo 2.º, LPI se corresponde precisamente con lo establecido al



11. Lo que ha ocurrido concretamente en Alemania es que los prestadores de servicios de agregación han decidido practicar el servicio únicamente con aquellos editores de prensa que lo soliciten, renunciando a la remuneración equitativa que la ley les permite cobrar por dicha autorización, transformando así el modelo de la ley de autorización, basada en el nuevo derecho conexo que se atribuye a aquellos, en un modelo de solicitud, al que se han sumado la mayor parte de los editores. Prueba palmaria de que el servicio, lejos de perjudicial, les resulta manifiestamente favorable. Lo que pone de relieve el desacierto de la reforma.

12. No obstante, la mencionada Ley alemana ha sido objeto de críticas en el mismo sentido que las expuestas en este epígrafe, como innecesaria y gravemente perturbadora del mercado. De ellas destaca por su autoridad la publicada en noviembre de 2012 por el Max-Planck Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht de Munich sobre el entonces Proyecto de Ley en un documento titulado *Stellungnahme zum Gesetzesentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger*. Accesible en <http://www.ip.mpg.de>

13. Aunque también sea cuestionable su compatibilidad con el Derecho de la Unión y con el Convenio de Berna, como se apuntará al final del epígrafe 8.

14. “Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas.”

respecto por el artículo 10.1 del Convenio Berna: la licitud de las citas de artículos periodísticos bajo la forma de revista de prensa<sup>15</sup>. El precepto es aplicable a todo tipo de obras y alcanza a cualquier derecho de explotación y no sólo al de reproducción<sup>16</sup>, como es el caso del artículo 32.1 LPI. Pues bien, la *agregación de noticias* llevada a cabo en la Red por los prestadores de servicios electrónicos queda claramente subsumida en el precepto transcrito, puesto que el mismo no es sino el antecedente del artículo 32.1, párrafo 1.º y párrafo 2.º, *ab initio*, LPI<sup>17</sup>. En efecto, reúne los requisitos exigidos por ambos, y concretamente por el artículo 10.1 y 3 del Convenio de Berna: se refiere a artículos lícitamente publicados, se hace conforme a los usos honrados (que permiten la reproducción literal en aras del derecho a la información), en la medida justificada por el fin informativo (que permite la reproducción de fragmentos cortos e incluso de artículos completos cuando los mismos son cortos), y con la información sobre la fuente de donde se extrae la copia (requisito que se cumplimenta precisamente mediante un enlace al sitio web original)<sup>18</sup>.

El artículo 32.1, párrafo 2.º, primera frase no sólo responde al deber de nuestro país de cumplimentar el Convenio de Berna, al haber firmado y ratificado el mismo; también el Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ATRIIP) y el Tratado de la OMPI de 1996 sobre derecho de autor (TODA), puesto que ambos tratados obligan a respetar aquel, salvo en lo referente al derecho moral de autor el primero<sup>19</sup>.

Cabe también entender que el mismo se corresponde con alguna de las excepciones o limitaciones recogidas en 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.

Como es sabido, la armonización llevada a cabo por dicha Directiva de los derechos de reproducción, de comunicación pública y de distribución, se complementa con una lista de excepciones o limitaciones a los mismos, enumeradas en el artículo 5, que no son de obligada transposición por los estados miembros, salvo en el caso de las reproducciones provisionales a las que se refiere el artículo 5.1, que “estarán exent[os] del derecho de reproducción”. Se trata de una lista “exhaustiva”, como la propia Exposición de Motivos de la Directiva puntualiza al principio de su párrafo 32. De ahí que, a diferencia de lo previsto en el artículo 5.1, en el que la utilización del futuro de indicativo (*estarán exentos*) marca el deber de transposición, en el artículo 5.2, 3 y 4 el futuro de indicativo (*podrán establecer*) faculta a los estados miembros para la transposición de las limitaciones o excepciones enumeradas en los respectivos apartados, sin obligarles a ello. Los estados miembros pueden pues trasponer esas excepciones o limitaciones en mayor o menor grado<sup>20</sup> (*quien puede lo más puede lo menos*)<sup>21</sup>. De ahí que puedan “prever una compensación equitativa a los titulares de los derechos también cuando apliquen las disposiciones facultativas relativas a las excepciones o limitaciones que no requieren dicha compensación” (párrafo 36 de la Exposición de Motivos). Los estados miembros pueden también, en principio y con carácter general, no trasponer esas limitaciones o excepciones. Pero lo que los estados miembros

no pueden hacer es ampliar el alcance o el número de esas excepciones. No pueden pues introducir (o mantener) en sus respectivos ordenamientos limitaciones o excepciones distintas a las enumeradas en las listas del artículo 5. Dichas listas constituyen pues un tope de máximos con respecto a las limitaciones o excepciones de la propiedad intelectual, que los estados miembros no pueden sobrepasar.

Ese tope sólo ha sido rebasado por el propio Derecho de la Unión, al introducir una nueva excepción o limitación, además de transposición obligatoria, con la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

Hay que rechazar la tesis, protagonizada desde determinados sectores doctrinales<sup>22</sup>, según la cual el artículo 5.5 de la Directiva 2001/29 permitiría a los estados miembros admitir nuevas excepciones o limitaciones de la propiedad intelectual, al margen de las enumeradas en los apartados anteriores del propio artículo 5, siempre que las mismas no perjudicasen la explotación normal de la obra ni



15. “1. Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.

[.....]

3. Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente” (art. 10.1 y 3).

16. Raquel XALABARDER. *The remuneration statutory for news aggregation and search engines proposed by the spanish Government; its compliance with international and EU law*. Vid. pg. 28.

17. Salvo en la exigencia de los fines docentes o de investigación, que precisamente ya hemos visto que no incumben a las reseñas o revistas de prensa.

18. Así lo apunta Sebastián LÓPEZ MAZA en *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*. Coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Tecnos, 2013. Vid. pgs. 865 y ss.

19. Vid. el artículo 1.º del TODA y el artículo 3.º del ADPIC.

20. “Por consiguiente, puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilizaciones protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor” (párrafo 44, *in fine*, de la Directiva).

21. Aunque la reciente STJUE de 3.9.2014 dictada en el Asunto C-201/13 (*caso De Wilde Woldoener*), al armonizar el concepto de *parodia* puede inducir a cuestionarlo en alguna medida:

“De dicha jurisprudencia resulta que el concepto de «parodia», que figura en un precepto de una directiva que no efectúa ninguna remisión a los Derechos nacionales, debe considerarse un concepto autónomo del Derecho de la Unión y ha de interpretarse de manera uniforme en el territorio de ésta [...].

No pone en entredicho esta conclusión el carácter facultativo de la excepción prevista en el artículo 5, apartado 3, letra k), de la Directiva 2001/29. En efecto, una interpretación según la cual los Estados miembros que hayan establecido tal excepción tienen libertad para precisar sus parámetros de forma no armonizada, susceptible de variar de un Estado miembro a otro, sería contraria al objetivo de dicha Directiva [...]” (apartados 15 y 16).

22. Vid. mi *Comentario a la STS de 3 de abril de 2012 (caso Megakini)* en el número 90 de los *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, marginal 2400, pgs. 303 y ss.

perjudicasen injustificadamente los intereses legítimos del titular de aquella. El tenor literal del precepto deja bien claro que el mismo no abre la puerta a nuevas excepciones que resultasen inocuas, aproximando de tal guisa la regulación europea del derecho de autor al sistema abierto de excepciones del *fair use* norteamericano, sino que constituye un mandato a los estados miembros mediante el cual se les advierte que las excepciones o limitaciones enumeradas en los apartados anteriores del propio artículo 5 sólo pueden y deben ser introducidas en sus respectivos ordenamientos en *determinados casos concretos* y en la medida de *que no entren en conflicto* con las dos reglas mencionadas: no perjudicar la explotación normal de la obra, no perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del titular. Así lo refrenda también la STJUE de 10 de abril de 2014 (*caso ACI Adam*)<sup>23</sup>.

Las únicas excepciones o limitaciones de ese artículo relacionadas expresamente con contenidos *periodísticos* o *de prensa* son las recogidas en el artículo 5.3.c)<sup>24</sup>, que se corresponden con las de los artículos 33 y 35.1 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual, y poco tienen que ver con la agregación de contenidos a las que se refiere el artículo 32.2.párrafo 1.º.

Sin embargo, tanto el artículo 32.1, párrafo 2.º, como el artículo 32.2, párrafo 1.º pueden encontrar cobertura en la excepción o limitación prevista en el artículo 5.3.d), aunque el mismo se refiera de forma genérica a las  *citas con fines de crítica o reseña*. No se habla de *reseña de prensa*. Hay que tener en cuenta que las limitaciones o excepciones enumeradas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE son, como tales, de interpretación restrictiva<sup>25</sup>. Ahora bien, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, *reseña* quiere decir “artículo o escrito breve, generalmente de una publicación, en que se describe de forma sucinta una noticia, un trabajo literario, científico, etc.”. Parece pues que el concepto puede comprender normalmente las *reseñas de noticias*, es decir, las *reseñas de prensa*. Pero es que, además, por encima de ese criterio de interpretación restrictiva, debe predominar la interpretación acorde con los tratados internacionales que directa o indirectamente vinculan a la Unión Europea<sup>26</sup>. Debe pues interpretarse el artículo 5.3.d) en concordancia con el Convenio de Berna, y concretamente con el artículo 10.1 y 3 del mismo. Interpretación conforme que se refuerza al comprobar que las características y los requisitos de la excepción recogida en ese artículo 5.3.d) coinciden básicamente con los de los mencionados preceptos del Convenio de Berna, a los que nos hemos referido antes: se extiende a toda clase de obras lícitamente difundidas y comprende todos los derechos de explotación; se exige un buen uso de la excepción, en la medida en que lo exija el objetivo específico; y debe indicarse, salvo si resulta imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor.

Llegados a este punto cabría concluir que la declaración atribuida a la comisaria de Mercado Interior es correcta. Según dicha declaración, realizada en contestación a una interpelación parlamentaria de una eurodiputada de UpyD, “El artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE permite a los Estados miembros introducir una excepción facultativa a los derechos de autor, entre otras cosas, para citas y reproducciones por parte de la prensa, siempre que se cite la fuente. Si bien los Estados miembros no están obligados a introducir una compensación justa, pueden decidir hacerlo”<sup>27</sup>.

Es obvio que, sin especificarlo, la comisaria se refiere a la limitación o excepción regulada en el artículo 5.3.d). Respeto el tenor literal del mismo en los términos que hemos explicado. Respeto también el párrafo 36 de la Exposición de Motivos de la Directiva antes transcrito. Sin embargo, la declaración resulta incorrecta.

Me explico.

España, al igual que todos los demás estados miembros de la Unión Europea, al igual que la propia Unión Europea están obligados a respetar el Convenio de Berna<sup>28</sup>, cuyo artículo 10.1 y 2 establece con carácter vinculante una limitación del derecho de autor a favor de las reseñas de prensa. Con dicho precepto se corresponde el artículo 32.1, párrafo 2.º LPI, que establece la misma limitación en cumplimiento del deber que deriva de ese artículo 10.1 y 3 del Convenio. Lo mismo cabe decir del artículo 5.3.d) de la Directiva 2001/29. No cabe sino concluir que el artículo 32.1, párrafo 2.º, LPI no puede ser modificado, restringiendo su



23. “Pues bien, como se desprende de su tenor, esta disposición de la Directiva 2001/29 se limita a precisar los requisitos de aplicación de las excepciones y limitaciones al derecho de reproducción autorizadas por el artículo 5, apartado 2, de ésta, a saber, que dichas excepciones y limitaciones sólo se aplican 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. Por tanto, el artículo 5, apartado 5, de esta Directiva no define el contenido material de las diferentes excepciones y limitaciones enunciadas en el apartado 2 de este artículo, sino que únicamente interviene en el momento de su aplicación por parte de los Estados miembros.

En consecuencia, el artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29 no tiene por objeto ni afectar al contenido material de las disposiciones incluidas en el artículo 5, apartado 2, de esta Directiva, ni, en particular, ampliar el alcance de las diferentes excepciones y restricciones previstas en él.

Además, se desprende del considerando 44 de la Directiva 2001/29 que la intención del legislador de la Unión fue prever, cuando los Estados miembros establecen las excepciones o limitaciones recogidas en dicha Directiva, que el alcance de éstas pueda ser aún más restringido en lo que atañe a determinadas nuevas utilidades de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor. En cambio, ni este considerando ni ninguna otra disposición de la mencionada Directiva prevén la posibilidad de que los Estados miembros amplíen el alcance de tales excepciones o limitaciones” (apartados 25 a 27).

24. “c) cuando la prensa reproduzca o se quiera comunicar o poner a disposición del público artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, en los casos en que dicho uso no esté reservado de manera expresa, y siempre que se indique la fuente, incluido el nombre del autor, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa, y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor.”

25. “En relación con el alcance de estas excepciones y limitaciones, ha de recordarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las disposiciones de una directiva que constituyen una excepción a un principio general establecido por esa misma directiva se han de interpretar restrictivamente [...]” (apartado 22 de la STJUE de 10 de abril de 2014 – *caso ACI Adam*).

26. Vid. las SSTJUE de 15 de marzo de 2012 dictadas en el *caso Del Corso* (asunto C-135/10) y en el *caso Phonographic Performance* (asunto C-162/10).

27. Accesible en <http://www.weblogs.upyd.es>

28. Puesto que el ADPIC y el TODA fueron firmado por la Unión y aprobados mediante las Decisiones 94/800 y 2000/278.

ámbito de aplicación o incrementando los requisitos de la excepción o limitación que establece para las reseñas de prensa, por ser ello contrario al Convenio de Berna, a pesar de que, de acuerdo con lo antes dicho, la Directiva 2001/29 parece permitirlo. Digo que parece permitirlo porque así resulta literalmente de su artículo 5.3.d) y del párrafo 39 de su Exposición de Motivos. Sin embargo, no es así, ya que también la Unión Europea está obligada a respetar el Convenio de Berna.

La propia Directiva 2001/29 manifiesta en el párrafo 44 de su Exposición de Motivos su preocupación por el respeto de las obligaciones internacionales precisamente en materia de excepciones o limitaciones: “Al aplicar las excepciones y limitaciones previstas en la presente Directiva, éstas deben ejercerse de acuerdo con las obligaciones internacionales”. No tendría sentido que mientras el legislador comunitario manifiesta que “La [presente] Directiva está destinada también a dar cumplimiento a algunas de las nuevas obligaciones internacionales” derivadas de los Tratados OMPI de 1996 sobre derechos de autor (TODA) y sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF)<sup>29</sup>, pueda permitir en la propia Directiva un incumplimiento del artículo 10.1.d) por parte de los estados miembros. Máxime teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 1.º 4 del TODA, “Las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna”, y que en el párrafo 3.º del Preámbulo del TODA se reconoce “[reconociendo] 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”.

Resultaría contradictorio que el legislador comunitario mostrase su preocupación por que todos los estados miembros cumplan con el derecho moral del autor tal como el mismo queda protegido por el Convenio de Berna, a pesar de ser un tema que queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/29/CE<sup>30</sup>, y que al mismo tiempo permitiese que los estados miembros incumplieran el Convenio de Berna a la hora de limitar o excepcionar los derechos de explotación del autor.

Como ya he apuntado, aunque la regla general para las limitaciones o excepciones enumeradas en el artículo 5.2, 3 y 4 de la Directiva 2001/29 es que su trasposición al derecho de los estados miembros es optativo, y que ello implica que pueden trasponerse reduciendo su ámbito de aplicación y/o introduciendo la exigencia de una compensación equitativa a cargo de los beneficiarios de las mismas, ello no es así en el caso del artículo 5.3.d), so pena de incurrir en un incumplimiento del Convenio de Berna. La interpretación correcta del artículo 5.3.d) obliga a su trasposición sin restricción alguna.

De ahí que entendamos que el artículo 32.2, párrafo 1.º, LPI, al suponer una restricción del alcance del artículo 32.1, párrafo 1.º, y por ende, del artículo 10.1 y 2 del Convenio de Berna constituye también una infracción del artículo 5.3.d) de la Directiva 2001/29.

Abunda en esta misma conclusión sobre la contradicción existente entre el artículo 32.2, párrafo 1.º, el desconocimiento que supone el mismo del respeto debido al derecho o libertad de información, que es el que justifica la

excepción o limitación del artículo 10.1 y 3 del Convenio de Berna, y que se encuentra reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 10.1) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 10.1), así como en nuestra propia Constitución, que- no se olvide- debe ser interpretada en las libertades y en los derechos fundamentales que reconoce “de conformidad con la Declaración Universal de Derecho Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE)”. Lo que se encuentra también íntimamente ligado al principio de proporcionalidad que rige en el Derecho de la Unión a la hora de ponderar el equilibrio que debe alcanzarse entre los diversos derechos que confluyen contradictoriamente a la hora de proteger intereses contrapuestos en cada caso.

Baste transcribir el párrafo 3 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2001/29/CE: “La armonización propuesta contribuye a la aplicación de las cuatro libertades del mercado interior y se inscribe en el respeto de los principios generales del Derecho y, en particular, el derecho de propiedad, incluida la propiedad intelectual, la libertad de expresión y el interés general”.

Baste también con recoger el reconocimiento de ese respeto debido a los derechos fundamentales y al principio de proporcionalidad por parte del Tribunal de Justicia de la Unión:

“[...] el Derecho comunitario exige que dichos Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a estas Directivas [relacionadas con la propiedad intelectual; entre otras la Directiva 2001/29/CE], procuren basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dichas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con estas mismas Directivas, sino también no basarse en una interpretación de éstas que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad”<sup>31</sup>.

Queda pues claro que la introducción de esta nueva excepción (a la excepción en favor de las reseñas o revistas de prensa) en nuestra Ley de Propiedad Intelectual constituye una infracción del Convenio de Berna y una infracción del



29. Vid. el párrafo 15 de la Directiva 2001/29/CE.

30. “El derecho moral de los titulares de derechos debe ejercerse de conformidad con lo dispuesto en la legislación de los Estados miembros, en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, en el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y en el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas. Dicho derecho moral no entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva” (párrafo 19).

31. Declaración del Tribunal de Justicia en la STJCE de 25 de enero de 2008 (asunto C-275/06 – caso *Promusicae*).

Derecho de la Unión, tanto de la Directiva 2001/29/CE, como de sus principios generales.

Lo que quiere decir que La Comisión podría en cualquier momento interponer un recurso contra España por incumplimiento de la Directiva<sup>32</sup>. Además, cualquier Tribunal español ante el que se tramitase un conflicto relacionado con la materia (prestador de servicios electrónicos que se niega a pagar a la entidad de gestión encargada de recaudar la compensación equitativa o cualquier titular de un sitio Web con contenidos *periodísticos* que cuestione a la mencionada entidad su recaudación) podría plantear en su caso la correspondiente cuestión prejudicial.

De lo expuesto hasta aquí en este epígrafe resulta que con la introducción del nuevo artículo 32.2, párrafo 1.º, nuestra Ley de Propiedad Intelectual ha dejado de ser acorde en este punto de las reseñas o revistas de prensa con el Convenio de Berna, con la Directiva 2001/29/CE y con el Derecho de la Unión, pasando a infringirlos. Antes lo era en base al artículo 32.1, párrafo 2.º, primera frase. Ahora ha dejado de serlo como consecuencia del artículo 32.2, párrafo 1.º.

#### 4. La falta de notificación a la comisión europea

Cabe añadir otra infracción del Derecho de la Unión relacionada con el procedimiento seguido a la hora de tramitar esta modificación de la Ley de Propiedad Intelectual. Y es que el Gobierno español no ha comunicado a la Comisión esta modificación del artículo 32.2 introducida a última hora en el Proyecto de Ley presentado a las Cortes Generales, infringiendo así lo previsto al respecto por el artículo 8.1, párrafo 3.<sup>33</sup> de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información<sup>34</sup>. Así resulta de la carta dirigida por el Jefe de la Unidad de Prevención frente a las barreras técnicas en el mercado único de bienes (*ENTERPRISE AND INDUSTRY DIRECTORATE-GENERAL. Single Market for goods. Prevention of Technical Barriers*) a la Asociación de Usuarios de Internet el 14 de octubre de 2014<sup>35</sup>.

Se trata este también de un incumplimiento grave, habida cuenta de la importancia que tiene, a los efectos de preservar la unidad del mercado interior en relación con dichos servicios, que la Comisión y los demás Estados miembros tengan conocimiento previo de los proyectos de modificación legislativa existentes en cada uno de los Estados miembros, como premisa indispensable de formular las observaciones y, en su caso, las medidas pertinentes<sup>36</sup>. Baste a tal efecto con la lectura de los considerandos que integran la Exposición de Motivos de la mencionada Directiva.

La gravedad del incumplimiento por parte del Gobierno español de este deber de comunicación previa a la Comisión de la modificación introducida con el artículo 32.2, y concretamente en su párrafo 1.º, determina que el mismo no es aplicable de acuerdo con la doctrina establecida al respecto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad en su

Sentencia de 30 de abril de 1996 (asunto C-194/94)<sup>37</sup>, en interpretación de la Directiva 83/189/CEE del Consejo<sup>38</sup>, y concretamente de sus artículos 8 y 9, que se corresponden con los artículos 8 y 9 de la Directiva 98/34/CE:

“45 Es preciso también examinar las consecuencias jurídicas que procede sacar de un incumplimiento por parte de los Estados miembros de su obligación de notificación y, más concretamente, si la Directiva 83/189 debe interpretarse en el sentido de que el incumplimiento de la obligación de notificación, que constituye un vicio de procedimiento en la adopción de los reglamentos técnicos de que se trate, da lugar a la inaplicabilidad de esos reglamentos técnicos, de modo que ya no puedan ser invocados contra los particulares.



32. Habida cuenta de la declaración de la comisaria de Mercado interior a la que me he referido, parece que en principio, hoy por hoy, debería producirse, en su caso, a instancia de parte.

33. “Los Estados miembros procederán a una nueva comunicación en las condiciones mencionadas anteriormente cuando aporten al proyecto de reglamento técnico de forma significativa modificaciones que tengan por efecto modificar el ámbito de aplicación, reducir el calendario de aplicación previsto inicialmente, añadir especificaciones o requisitos o hacer que estos últimos sean más estrictos.”

No creo que pueda existir la menor duda de que el artículo 32.2, párrafo 1.º, añade una *especificación significativa* al anteproyecto de ley inicialmente tramitado por el Gobierno, a cuyo texto es al que se refiere la Exposición de Motivos del proyecto finalmente presentado a las Cortes Generales, así como de la propia Ley (apartado V, párrafo 8.º) cuando dice que “Las medidas contenidas en la presente ley a este respecto han sido notificadas a la Comisión Europea según lo previsto en el Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio, por el que se regula la remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información, que transpone la Directiva 98/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, modificada por la Directiva 98/48/CE”.

34. Modificada por la Directiva 98/48/EC.

35. Publicada en [coalicioneinternet.com](http://coalicioneinternet.com).

36. La Directiva prevé lo siguiente, a partir de ese deber de comunicación del proyecto de ley en cuestión, acompañado de una justificación del mismo:

-comunicación de la Comisión a los estados miembros, así como, en su caso, al Comité permanente de representantes de los mismos que la propia Directiva constituye (art. 5).

-Comisión y estados miembros pueden dirigir observaciones al estado miembro que haya anunciado el proyecto, el cual deberá tenerlas en cuenta en la medida de lo posible.

-el estado miembro en cuestión aplazará tres meses la adopción del proyecto, plazo que puede extenderse a cuatro meses si la Comisión u otro estado miembro emitiera un dictamen según el cual la medida o modificación prevista en el proyecto podría crear obstáculos a la libre circulación de servicios o a la libertad de establecimiento de los operadores de servicios. (vid. los arts. 8 y 9 de la Directiva).

37. *Caso CIA/Securitel y Signalson*.

38. de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, modificada por la Directiva 88/182/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, derogada con sus modificaciones sucesivas por la Directiva 98/34/CE (art. 13 y Anexo III),

46 Los Gobiernos alemán, neerlandés y del Reino Unido consideran, a este respecto, que la Directiva 83/189 se refiere exclusivamente a las relaciones entre los Estados miembros y la Comisión, que se limita a crear obligaciones de procedimiento que los Estados miembros deben respetar al adoptar reglamentos técnicos, sin que, no obstante, se cuestione su competencia para adoptar los reglamentos de que se trate después del período de suspensión, y, por último, que no contiene ninguna disposición expresa relativa a los posibles efectos que sancionen la inobservancia de dichas obligaciones de procedimiento.

47 En primer lugar, debe señalarse en este contexto que ninguno de estos elementos impide que el incumplimiento de la Directiva 83/189 dé lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos controvertidos.

48 Dicha consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que resultan de la Directiva 83/189 no depende de una disposición expresa en este sentido. Como ya se ha señalado, consta que el objetivo de la Directiva es la protección de la libre circulación de mercancías mediante un control preventivo y que la obligación de notificación constituye un medio esencial para la realización de ese control comunitario. La eficacia de dicho control se verá tanto más reforzada en la medida en que la Directiva se interprete en el sentido de que el incumplimiento de la obligación de notificación constituye un vicio sustancial de procedimiento que puede dar lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos controvertidos a los particulares.

[.....]

50 En el presente asunto, por el contrario, el objetivo de la Directiva no es simplemente informar a la Comisión, sino precisamente, como ya se ha señalado en el apartado 41 de la presente sentencia, con un propósito más general, eliminar o limitar los obstáculos a los intercambios, informar a los otros Estados de las normativas técnicas previstas por un Estado, conceder a la Comisión y a los demás Estados miembros el tiempo necesario para reaccionar y proponer una modificación que permita disminuir las restricciones a la libre circulación de mercancías que se deriven de la medida prevista y dejar a la Comisión el tiempo necesario para proponer una Directiva de armonización. Por otra parte, el tenor literal de los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189 es claro, ya que estas disposiciones prevén un procedimiento de control comunitario de los proyectos de normativas nacionales y la subordinación de la fecha de su aplicación a la aprobación o a la no oposición de la Comisión.

51 Por último, procede examinar si hay, como ha señalado especialmente el Gobierno del Reino Unido, razones específicas relativas a la Directiva 83/189 que se oponen a que ésta pueda interpretarse en el sentido de que implica la inaplicabilidad a terceros de los reglamentos técnicos adoptados sin observar las disposiciones de la Directiva.

[.....]

54 A la luz de las consideraciones expuestas, procede llegar a la conclusión de que la Directiva 83/189 debe interpretarse en el sentido de que el incumplimiento de la obligación de notificación da lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos de que se trate, de modo que éstos no pueden ser invocados contra los particulares.

55 Así pues, debe responderse a las cuestiones quinta y sexta que los artículos 8 y 9 de la Directiva 83/189 deben

interpretarse en el sentido de que los particulares pueden ampararse en ellos ante el Juez nacional, al que incumbe negarse a aplicar un reglamento técnico nacional que no haya sido notificado con arreglo a la Directiva”.

La doctrina es clara: al no haber notificado en tiempo y forma el Gobierno español a la Comisión de la Unión Europea la modificación prevista con la introducción del nuevo artículo 32.2 en la Ley de Propiedad Intelectual, el artículo 32.2, párrafo 1.º, no podrá ser invocado contra los particulares<sup>39</sup>. Lo que quiere decir que la agregación de contenidos periodísticos en la Red, esto es, las reseñas de prensa en la Red, seguirán sometidas únicamente al artículo 32.1, párrafo 2.º, es decir, seguirán estando libres de autorización y de pago.

## 5. La improcedencia de una compensación equitativa

Las características con las que el legislador español ha configurado la excepción o limitación tampoco están exentas de problemas.

Me refiero ahora a la compensación equitativa con la que se complementa la excepción o limitación del artículo 32.2, párrafo 1.º.

La mayoría de las excepciones o limitaciones permitidas por el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE se configuran libres del pago de cualquier precio, sin perjuicio —ya lo hemos visto— de que en su transposición los estados miembros introduzcan esa carga si lo estiman conveniente. Pero en algunas pocas se establece ya por la propia Directiva la necesidad de lo que la misma califica de *compensación equitativa*, que, como resulta de esa calificación, pretende, si no indemnizar plenamente, al menos compensar equitativamente a los titulares de derechos del daño sufrido como consecuencia de la limitación. Se trata de que, si no pueden ejercer su *ius prohibendi*, al menos puedan cobrar algo, que no ha de ser necesariamente una indemnización plena del daño o perjuicio sufrido. Visto desde la posición de los beneficiarios de la limitación o excepción, resulta que no tienen que solicitar autorización (que además en su caso podría negarse), pero sí que tienen que pagar. Tales son los casos de la *copia reprográfica*, de la llamada *copia privada*, de la reproducción de *radiodifusiones por instituciones sociales sin ánimo de lucro* (art. 5. 2. a), b) y e). Y es que en estos supuestos el legislador comunitario ha entendido que esa contrapartida viene impuesta por la regla de los tres pasos, cuyo respeto debe garantizarse siempre para salvaguardar “la explotación normal de la obra” y “los intereses legítimos del titular del derecho” (art. 5.5 de la Directiva).



39. En el mismo sentido se pronuncia Bo VESTERDORF *The effect of failure to notify the spanish and german ancillary copyright laws*. Accessible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2558029](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2558029)

La finalidad de esa compensación – ya se ha dicho – es la de resarcir equitativamente, es decir, parcialmente (repito que no se utiliza conscientemente el concepto de *indemnización*), del daño sufrido, a los titulares de los derechos sobre las obras y prestaciones objeto de la excepción o limitación. Lo que presupone necesariamente la existencia del daño y exige consecuentemente la posibilidad de su cuantificación, que suele resultar compleja. Esto es lo que explica al respecto la Exposición de Motivos de la Directiva:

“A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos. Cuando los titulares de los derechos hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado. El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva. Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago” (párrafo 35).

Por otra parte, al hilo de los conflictos surgidos en torno a la compensación equitativa por copia privada contamos con una abundante y consolidada doctrina jurisprudencial sobre ella emanada de diversas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión. Me estoy refiriendo a las Sentencias de 21 de octubre 2010, dictada en el Asunto C-467/08 (*caso Padawan*), de 16 de junio de 2011, dictada en el Asunto C-462/09 (*caso Stichting*), de 11 de julio de 2013, dictada en el Asunto C-521/11 (*caso Amazon*), de 10 de abril de 2014, dictada en el Asunto C-435/12 (*caso ACI Adam*).

Es en la primera de las Sentencias citadas donde se establecen las bases para la cuantificación de la compensación equitativa y para determinar quién tiene que pagarla y a quien tiene que pagarse:

“38 Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente interesa saber, en esencia, si el «justo equilibrio» que ha de respetarse entre los afectados implica que la compensación equitativa deba calcularse sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores privada. Asimismo, como consecuencia del establecimiento de la excepción de copia se plantea quiénes son, además de los autores perjudicados, las personas afectadas entre quienes ha de respetarse ese «justo equilibrio».

39 En primer lugar, en relación con la relevancia del criterio del perjuicio sufrido por el autor a efectos del cálculo de la compensación equitativa, de los considerandos trigésimo quinto y trigésimo octavo de la Directiva 2001/29 se desprende que dicha compensación equitativa tiene por objeto recompensar a los autores «adecuadamente» por el uso que, sin su autorización, se haya hecho de sus obras protegidas. Para determinar la cuantía de dicha compensación, debe tenerse en cuenta, como «criterio útil», el «posible daño» que el acto de reproducción en cuestión haya causado al autor, teniendo en cuenta, no obstante, que un «perjuicio [...] mínimo» puede no dar origen a una obligación de pago. Por lo tanto, la excepción de copia privada debe

poder implicar un sistema «para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos».

40 De dichas disposiciones se desprende que el concepto y la cuantía de la compensación equitativa están vinculados al perjuicio causado al autor mediante la reproducción para uso privado, no autorizada, de su obra protegida. Desde esta perspectiva, la compensación equitativa debe considerarse la contrapartida del perjuicio sufrido por el autor.

41 Además, los términos «recompensarles» y «compensar» que figuran en los considerandos trigésimo quinto y trigésimo octavo de la Directiva 2001/29 reflejan la voluntad del legislador de la Unión de establecer un determinado sistema de compensación, cuya aplicación se origina por la existencia, en detrimento de los titulares de derechos, de un perjuicio que genera, en principio, la obligación de «recompensarles» o «compensarles».

42 De ello se deduce que la compensación equitativa debe calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas debido al establecimiento de la excepción de copia privada”.

De los pasajes transcritos de la Exposición de Motivos de la Directiva 2001/29/CE y de la Sentencia del *caso Padawan* resulta que el criterio principal para cuantificar la compensación equitativa prevista con la excepción o limitación de copia privada es el del daño o perjuicio sufrido por los titulares del derecho de reproducción sobre la obra o prestación protegida copiada, puesto que se trata de no perjudicar “injustificadamente los intereses legítimos” de aquellos. De manera que cuando ese daño es mínimo la compensación equitativa no parece procedente. De ahí también que se tenga en cuenta en el propio artículo 5.2.b) de la Directiva “si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6” de la propia Directiva.

Esa pauta ha sido lógicamente respetada por nuestro legislador tanto en el sistema vigente anteriormente como en el actual. Así, a la hora de enumerar los criterios que habían de tenerse en cuenta para la aprobación de la Orden conjunta de los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio que había de fijar las cantidades aplicables a los equipos, aparatos y soportes utilizados para la copia privada, el primero de ellos era “a) El perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos por las reproducciones [de copia privada] a que se refiere el apartado 1, teniendo en cuenta que si el perjuicio causado al titular es mínimo no podrá dar origen a una obligación de pago” (apartado 6, regla 4.ª, del derogado art. 25 LPI). Lo que reitera la disposición adicional 10.ª 3 del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que modificó el régimen de compensación equitativa por copia privada vigente en nuestro país: “La cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado”. Lo que se reitera finalmente en la nueva redacción dada al artículo 25 de La Ley de Propiedad Intelectual, que comienza recordando que la “compensación... estará dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejarán de percibir por razón del límite legal de copia privada” (apartado 1, párrafo 2.º), y continúa diciendo que “la cuantía de esta compensación... será calculada sobre la base del criterio del perjuicio causado

a los beneficiarios” de la misma, que son los titulares de los derechos de reproducción objeto de la excepción (apartado 3). Añadiendo finalmente que “No darán origen a una obligación de compensación aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción haya sido mínimo”<sup>40</sup> (apartado 5).

Lo dicho sobre la cuantificación de la compensación equitativa por copia privada parece trasladable por analogía a los demás supuestos en los que se prevé una limitación o excepción acompañada también de una compensación equitativa, puesto que la misma pretende básicamente compensar, en mayor o menor medida, del daño o perjuicio sufrido como consecuencia de aquella por el titular del derecho. Ello es aplicable a los supuestos contemplados en el artículo 5.2.a) y e) de la Directiva 2001/29.

También sería aplicable a la compensación equitativa prevista por el artículo 6.5 de la Directiva 2012/28/UE a favor de los “titulares de derechos que pongan fin a la condición de obra huérfana de sus obras u otras prestaciones protegidas” “por el uso que las entidades” beneficiarias de la excepción hayan hecho hasta ese momento de las obras o prestaciones en cuestión<sup>41</sup>. Aunque en realidad en este caso ello no es necesario, puesto que la propia Directiva se refiere al posible daño causado al titular del derecho entre las cosas que habrá que tener en cuenta para calcular la cuantía de la compensación equitativa. En efecto, el artículo 6.5, *in fine*, de la Directiva remite genéricamente al Derecho de la Unión<sup>42</sup>, pero la Exposición de Motivos se refiere a ello de forma mucho más concreta:

“Los Estados miembros deben poder determinar libremente las circunstancias con arreglo a las cuales se puede organizar el pago de dicha compensación, incluida la fecha del vencimiento del pago. A fin de determinar la eventual cuantía de compensación equitativa, deben tenerse debidamente en cuenta, entre otras cosas, los objetivos de los Estados miembros en materia de promoción cultural, la naturaleza no comercial de la utilización realizada por las entidades en cuestión con el fin de alcanzar objetivos relacionados con su misión de interés público, como el fomento del estudio y la difusión de la cultura, así como el posible daño a los titulares de derechos” (considerando 18, *in fine*).

En definitiva, siempre que una limitación vaya acompañada de compensación equitativa es necesario calcular ésta teniendo en cuenta en mayor o menor grado (por eso –repito– se habla de compensación y no de indemnización) el daño sufrido por el ejercicio de aquella, puesto que –ya se ha dicho también–, aunque no se pretenda indemnizar todo el daño o perjuicio sí que se quiere disminuir con el pago de cantidades objetivamente razonables, que se correspondan, dadas las circunstancias (entre otras –ya lo hemos visto–, la finalidad cultural o social que justifica la excepción), con un trato equitativo de ambas partes, los titulares del derecho y los beneficiarios de la excepción.

Si trasladamos el criterio del daño o perjuicio sufrido a la excepción o limitación establecida en el artículo 32.2, párrafo 1.º, nos encontramos con una doble dificultad. Por un lado, resulta que la propia Ley de Propiedad Intelectual no prevé el sistema para cuantificar el importe de la compensación, ni el sistema de pago, ni siquiera con una referencia a un desarrollo reglamentario específico<sup>43</sup>, como está previsto para la compensación equitativa de copia privada

(art. 25.3 LPI). Hay que tener en cuenta que estamos hablando de compensar daños y no de fijar precios. Se trata pues de una materia ajena a las tarifas. De ahí la necesidad del desarrollo reglamentario que establezca la cuantificación pertinente directa o indirectamente<sup>44</sup>. Pero aún es más, resulta que, como se ha indicado al principio, no está acreditado que la agregación de contenidos objeto de la limitación produzca daño o perjuicio alguno a los editores y demás titulares de los contenidos objeto de dicha agregación parcial. Por el contrario, la actividad en cuestión –ya se ha dicho también– resulta beneficiosa para dichos titulares, puesto que potencia el número de visitas directas a los sitios Web donde esos contenidos completos están puestos a disposición del público. Aun partiendo para algún caso concreto de la hipótesis contraria, de que se produjera una disminución de esas visitas directas, ello sería en una medida tan reducida que podríamos recordar al respecto que cuando el daño o el perjuicio es mínimo no procede aplicar la compensación equitativa.



40. Lo que ejemplifica al especificar que “En todo caso, no dará origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno”.

41. Vid. el art. 37 bis.7 LPI.

42. “La cuantía de la compensación será determinada, dentro de los límites impuestos por el Derecho de la Unión, por la legislación del Estado miembro en el que esté establecida la entidad que utilice la obra huérfana en cuestión.”

43. Fuera del desarrollo reglamentario que se autoriza genéricamente al Gobierno en la disposición final única de la LPI, ya existente previamente a la Ley 21/2014.

Cierto que el tenor literal 158 bis.3 permitiría quizá aplicar el sistema previsto en el mismo para la determinación de las tarifas de los derechos de gestión colectiva obligatoria (acuerdo de las partes y determinación subsidiaria por parte de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual) a la cuantificación de la compensación equitativa del artículo 32.2, párrafo 1.º, (también a la del art. 32.4, pero no, en cambio a la del art.37 bis.7), aunque en verdad es claro que el mismo se refiere a la remuneración equitativa (como se deduce, entre otras cosas, de la referencia que se hace al art. 157.1.b), que es el contenido propio de las tarifas.

44. Hay que tener en cuenta que, a pesar de la frecuencia con que doctrina, jurisprudencia (vid. la STJCE de 30 de junio de 2011- asunto C-271-10, caso *VEWA*) y el propio legislador (ejemplo paradigmático nos lo ofrece el art. 155.2 LPI, que habla de “remuneración compensatoria” para referirse a la “compensación equitativa” del art. 25) utilizan indistintamente en ocasiones *compensación equitativa* y *remuneración equitativa* (vid. el art. 32.4 que habla de *remuneración equitativa*), en realidad se trata de conceptos distintos. *Remuneración* hace referencia a precio, sea de mercado o sea *equitativo*, mientras que *compensación* hace referencia, como venimos diciendo, a la satisfacción de un daño, aunque por ser *equitativa* y tener en cuenta las circunstancias de la excepción, entre otras su finalidad cultural o social, no alcance necesariamente a la totalidad del mismo y no alcance consecuentemente la cuantificación propia de una *indemnización*. Esa distinción entre *remuneración equitativa* y *compensación equitativa* implica que esta última no se integra en el contenido propio de las tarifas de las entidades de gestión, ni queda, por consiguiente, sometido a lo previsto para la determinación y control de las mismas a la hora de regular las funciones que el artículo 158 bis de la Ley de Propiedad Intelectual atribuye a la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Surge el problema de como cuantificar una compensación equitativa cuando el daño del que debería compensar es inexistente. Es imposible, so pena de dar lugar en verdad a un enriquecimiento injusto de los titulares de derechos no perjudicados por la limitación o excepción. Desaparece el sentido de una compensación equitativa. Sin daño no procede su aplicación. Basta con una limitación o excepción de la propiedad intelectual, que, como la mayoría de las contempladas en el artículo 5, carezca de compensación equitativa por su manifiesta improcedencia. Basta pues con *dejar las cosas como estaban* y siguen estando en el artículo 32.1, párrafo 2.º para las reseñas o revistas de prensa *off-line* que no tengan lugar a través de la *agregación de noticias* en la Red.

En definitiva, una excepción o limitación de la propiedad intelectual que no cause un daño o perjuicio relevante a los titulares de la misma no puede dar lugar a una compensación equitativa, puesto que la misma supondría un enriquecimiento injusto o sin causa de dichos titulares. Y ese es el caso de la nueva excepción introducida en el artículo 32.2, párrafo 1.º de la Ley de Propiedad Intelectual. Bajo la apariencia de una compensación por el daño causado lo que se introduce a través de la excepción del artículo 32.2, párrafo 1.º es una intervención en el hipotético *precio de mercado*<sup>45</sup>. Se establece un precio y se fija su cuantía en función de lo que el legislador cree adecuado para satisfacer los intereses de los editores de prensa, a los que se quiere ingresar una cantidad de dinero como hipotética participación en un negocio al que son ajenos y que puede o no producirlo. Y todo ello por un servicio que no sólo no les perjudica, sino que incluso les beneficia.

## 6. Ampliación injustificada de la gestión colectiva obligatoria

Nadie cuestiona el conveniente e incluso en ocasiones necesario protagonismo de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual en la recaudación de los mismos. Pero ello no quiere decir que la regla deba ser la de la gestión colectiva obligatoria y no la de la gestión colectiva voluntaria de los mencionados derechos. La excepción debe ser aquella y la regla esta última. Y así queda reflejado en el cuidado con el que nuestro legislador, en defensa de los titulares de derechos de propiedad intelectual, regula la obligación que las entidades tienen de gestionar los mencionados derechos a petición de sus titulares, así como el contrato de gestión correspondiente (arts. 152 y 153 LPI). Lo que cabe decir también con respecto al Derecho de la Unión a partir de la reciente Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014<sup>46</sup> (vid. el art.5, referido a los derechos de los titulares de derechos).

En principio la titularidad de un derecho comprende su ejercicio (en él consiste su contenido) y su disposición. Recortar el ejercicio de un derecho, encomendando el mismo a un tercero supone en realidad alterarlo, al recortar su contenido en merma de las facultades que el mismo debería atribuir a su titular. Lo que quiere decir que ello sólo es procedente en supuestos excepcionales, que requieren de una especial justificación. Ello es aplicable a la propiedad intelectual. Su plena titularidad sólo se respeta si el titular

puede ejercerla directamente o encomendar voluntaria y temporalmente su ejercicio, en todo o en parte, a otro sujeto; aunque esa voluntad se reitere una y otra vez, sin solución de continuidad, aunque se trate de una voluntad condicionada por la conveniencia. Ese es precisamente el juego del mercado. De ahí que sea deseable que el legislador procure reducir al mínimo los supuestos de recaudación colectiva obligatoria. Sólo debe imponerse en los casos en los que la gestión y la recaudación individual sea manifiestamente inviable. De lo contrario, por muy conveniente que en términos de eficacia y de rentabilidad pueda resultar, la recaudación colectiva obligatoria debe rechazarse. De lo contrario la propiedad intelectual queda injustificadamente desvirtuada, ya que el titular de aquella pasa a convertirse en un acreedor de los resultados económicos de su ejercicio por la entidad de gestión de la propiedad intelectual correspondiente, es decir, en un beneficiario de su derecho.

Pues bien, considerar que para asegurar que la compensación equitativa sea en verdad irrenunciable es necesario encomendar por ley su gestión a las entidades de gestión no constituye razón suficiente. En propiedad intelectual derecho irrenunciable y gestión colectiva obligatoria no van de la mano, precisamente por lo perturbador que resulta privar a los titulares del ejercicio directo de su derecho, que pasa así a ser irrenunciable frente a terceros, pero parcialmente *renunciado forzosamente, ex lege*, frente a las entidades de gestión. Bastaría con mencionar el ejemplo manifiesto de los derechos morales de autor y de artistas (arts. 14 y 113 LPI). Pero, quedándonos en el campo de los derechos patrimoniales, ahí tenemos también en el ejemplo del derecho de participación, con respecto al cual el legislador español ha optado por una gestión colectiva voluntaria, expresamente regulada, complementaria del reconocimiento principal de una gestión o ejercicio individual por parte del titular, a pesar de tratarse de un derecho irrenunciable (arts. 6 y 7 de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre<sup>47</sup>). Y es que el legislador de la Unión, a pesar de regular minuciosamente el mencionado derecho y su ejercicio, ha dejado abierta a los Estados miembros la posibilidad de prever una gestión colectiva tanto colectiva como voluntaria (art. 6 de la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original)<sup>48</sup>.



45. Ya he indicado en el epígrafe 2 que el mismo puede ser en uno u otro sentido, o ser inexistente.

46. Relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.

47. Relativa al derecho de participación del autor de una obra original. Así se explicita en su Preámbulo: "Se mantiene la opción de nuestro ordenamiento jurídico por la gestión colectiva voluntaria del derecho de participación. De este modo, los titulares del derecho podrán optar libremente entre encomendar la gestión a una entidad de gestión o ejercitar su derecho individualmente" (párrafo 9.º).

48. Otro ejemplo se encuentra en el art. 5.º de la Directiva 2006/115/CE, que establece una remuneración equitativa e irrenunciable a favor de autores y artistas intérpretes o ejecutantes por el alquiler de fonogramas y películas con gestión colectiva voluntaria.

De lo expuesto cabe concluir que la gestión colectiva obligatoria, que el artículo 32.2, párrafo 1.º, impone a editores y demás titulares de propiedad intelectual sobre los contenidos objeto de la excepción para la recaudación de la compensación equitativa que se establece, no es necesaria, a pesar del carácter irrenunciable del derecho a la misma. Supone introducir un nuevo caso de gestión colectiva obligatoria, perjudicial para los titulares del derecho en los términos expuestos, al no estar debidamente justificado desde el momento en que la irrenunciabilidad es compatible con la gestión individual y con la gestión colectiva voluntaria.

Nadie duda de la mayor capacidad de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual para negociar en pie de igualdad los mismos frente a quienes ostentan posiciones de dominio en el mercado, pero serán los propios titulares de derechos quienes deban decidir en cada caso si ello les resulta ventajoso. Conviene reiterarlo, la gestión colectiva es ciertamente aconsejable en muchos casos, pero debe funcionar básicamente a partir del principio de su carácter voluntario.

La única explicación del establecimiento de una gestión colectiva obligatoria para la recaudación de esta compensación equitativa introducida para la excepción de *agregación de noticias* es la voluntad de asegurar su irrenunciabilidad, es decir, la decidida voluntad del legislador de intervenir el mercado existente con respecto al mencionado servicio en favor de los intereses de los editores de periódicos.

## 7. El carácter irrenunciable de la compensación equitativa

Los supuestos en los que hasta ahora nuestra Ley de Propiedad Intelectual establecía derechos patrimoniales de carácter irrenunciable<sup>49</sup> son el derecho de los autores a recibir una remuneración equitativa por el alquiler de fonogramas y de grabaciones audiovisuales (art. 90.2), el derecho de los autores a recibir un porcentaje de los recaudado o una cantidad alzada en su caso<sup>50</sup> cuando la obra audiovisual sea proyectada en lugares públicos mediante el pago de un precio de entrada (art. 90.3 y 6), el derecho de los autores a recibir la remuneración que proceda de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión en los demás casos de comunicación pública de la obra audiovisual (art. 90.4 y 6), el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a obtener una remuneración equitativa por las puesta a disposición de fonogramas o de grabaciones audiovisuales (art. 108.3), y el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a una remuneración equitativa por el alquiler de los fonogramas y de las grabaciones audiovisuales (art. 109.3.2.º).

También la compensación equitativa por copia privada era irrenunciable<sup>51</sup>, y sigue siéndolo en la nueva redacción del artículo 25.2, para los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes<sup>52</sup>. No obstante, de acuerdo con el artículo 25.4 no darán lugar a compensación equitativa las reproducciones realizadas por quienes dispongan de licencia<sup>53</sup>.

El nuevo artículo 32 añade otros dos derechos irrenunciables relacionados con la introducción de nuevas limitaciones o excepciones a la propiedad intelectual.

El artículo 32.4 permite la reproducción, distribución y comunicación pública parcial de obras o publicaciones impresas o susceptibles de serlo sin necesidad de autorización del autor o editor para la ilustración con fines educativos y de investigación, siempre que tenga lugar en universidades o centros públicos de investigación, por su personal, con sus medios e instrumentos propios, y sólo para sus propios alumnos y personal docente o investigador. Lo que se acompaña de un derecho irrenunciable de los autores y editores a percibir de los centros una remuneración equitativa, que se hará efectiva a través de las entidades de gestión, salvo que aquéllos tengan un previo acuerdo específico al respecto con el titular o sean ellos mismos los titulares de la propiedad intelectual.

El artículo 32.2, párrafo 1.º, complementa la excepción de agregación de contenidos de fragmentos no significativos, que establece a favor de los prestadores de servicios electrónicos, con un derecho irrenunciable a percibir una compensación equitativa a favor de los editores y de otros titulares de derechos, que se hará efectiva a través de las entidades de gestión.

El carácter irrenunciable de un derecho impide que su titular pueda disponer del mismo. Lo que normalmente responde al propósito del legislador de proteger a ese titular por la importancia del bien objeto del derecho y/o por la debilidad y escasa capacidad de negociación de aquel en el mercado. Ello es predicable de la remuneración —ya lo he mencionado— que nuestra Ley de Propiedad Intelectual garantiza mediante ese sistema a autores y artistas intérpretes o ejecutantes frente a los productores de las correspondientes grabaciones audiovisuales, y a los segundos frente a los productores de fonogramas, una participación en los rendimientos de la explotación de grabaciones y fonogramas respectivamente a través de su comunicación pública y a través de su alquiler.

La misma explicación vale cuando el legislador establece el carácter irrenunciable de la compensación equitativa que se reconoce a favor de determinados titulares de propiedad intelectual. Se trata de garantizar que esos titulares, cuya protección es prioritaria, por ser ellos quienes con sus creaciones y actuaciones personales enriquecen el patrimonio cultural de la sociedad y por tener frecuentemente escasa capacidad de negociación en el mercado, tengan la garantía de recibir esa compensación o la parte que les corresponde de la misma para resarcirse en la medida de lo posible del daño o perjuicio sufrido como consecuencia de

49. Al margen del carácter irrenunciable de los derechos morales de autores (art. 14) y de artistas intérpretes o ejecutantes (art. 113). Un derecho irrenunciable es un derecho inalienable. De ahí que este segundo calificativo añadido en los dos preceptos citados con respecto a los derechos morales sea inútil e intrascendente.

50. Cuando en el país de destino el ejercicio efectivo del derecho al porcentaje sea imposible o gravemente dificultoso.

51. Vid. el art.25.1, *in fine*, anterior, ya derogado

52. No, en cambio, para los productores y para los editores.

53. Lo que se corresponde con el artículo 25.7.a) anterior, ya derogado.

la excepción o limitación de su derecho sobre sus obras o sobre sus grabaciones sonoras o audiovisuales.

Valga como ejemplo de lo dicho la regulación que nuestra Ley de Propiedad Intelectual establece para la compensación equitativa por copia privada, también de gestión colectiva obligatoria (al igual que el caso que nos ocupa), pero en la que el derecho a la misma sólo es irrenunciable para esos sujetos que necesitan de especial protección<sup>54</sup>, es decir, los autores y los artistas también en este caso, mientras que la compensación equitativa es renunciable para productores y editores<sup>55</sup>.

En cambio, la compensación equitativa prevista en este artículo 32.2, párrafo 1.º, se establece a favor del “editor o, en su caso, de otros titulares de derechos”, y es en todos los casos irrenunciable, cualquiera que sea el titular del derecho objeto de la limitación. Salta a la vista, comparando esta regulación con la que acabamos de describir sucintamente para la excepción de copia privada, la falta de interés del legislador por proteger mediante un derecho irrenunciable a los que resultan ser los sujetos más necesitados de protección dentro del mundo del *periodismo*, que no son otros que los *periodistas* profesionales, los redactores de los contenidos y titulares originarios de los mismos (antes de su incorporación a las “publicaciones periódicas” o a los “sitios Web de actualización periódica”). El pasaje transcrito del artículo 32.2, párrafo 1.º, es oscuro, pero lo que no ofrece duda es que el principal beneficiario de la compensación equitativa irrenunciable es el editor y no ese titular originario redactor de los contenidos, que transmite su titularidad originaria al editor en régimen de contrato laboral, de arrendamiento de servicios o de arrendamiento de obra.

Volvamos sobre esa oscuridad del texto legal al atribuir el derecho a una compensación equitativa irrenunciable al “editor o, en su caso” a “otros titulares de derechos”. Hay que presumir que el editor es mencionado en primer lugar como titular de los contenidos por adquisición de los mismos a sus redactores y titulares originarios, puesto que la referencia a “otros titulares de derechos” implica que él es también normalmente (y no “en su caso”) titular (y además único) de los derechos sobre los contenidos objeto de la excepción o limitación. Además, esa adquisición le permite atribuirse la autoría sobre todo el periódico o publicación similar (“publicaciones periódicas” o “sitios Web de actualización periódica”), que se puede considerar una obra colectiva (art. 8 LPI)<sup>56</sup>.

Ahora bien, parece que la atribución del derecho *en su caso a otros titulares* no puede sino referirse (y consecuentemente aceptar, por poco frecuentes que puedan ser) a supuestos en los que la adquisición del editor sobre la propiedad intelectual de algún contenido no comprenda precisamente el derecho a la compensación equitativa<sup>57</sup>. Ello es posible en base a lo pactado entre titular originario y editor, incluso si el editor es titular de la obra colectiva (art. 8, párrafo 2.º LPI) Lo permiten los artículos 51, párrafo 1.º, y 52, párrafo 1.º, LPI; también los contratos de arrendamiento de servicios o de obra entre las mencionadas partes. Pero lo que me importa subrayar es que ello implica que el legislador admite que el derecho a la compensación equitativa de esos *otros titulares* de la propiedad intelectual sobre los contenidos en cuestión, los titulares originarios de los mismos, sí que es renunciable.

Puestos a proteger a quien en ese mercado de los contenidos *periodísticos* pueda parecer necesitado de ello frente a los prestadores de servicios electrónicos de agregación, parece que el más merecedor de esa protección, por ser el más débil, debería haber sido ese redactor y titular originario de esos contenidos y no el editor de los mismos. La atribución del derecho a la compensación equitativa debería haber sido hecha, junto con su irrenunciabilidad, a esos titulares originarios. También podría haberse optado por una fórmula como la vigente para la compensación equitativa por copia privada, atribuyendo la compensación equitativa conjuntamente a favor de autores originarios y editores<sup>58</sup> (al margen de si estos últimos fuesen o no titulares de la correspondiente obra colectiva) en la proporción que se estimase adecuada y estableciendo la irrenunciabilidad del derecho nada más que para esos autores originarios, y no para los editores.

Ya hemos dicho que un derecho irrenunciable es un derecho del que no se puede disponer. Sin embargo, aunque el artículo 25 y el artículo 32.4 establecen un derecho a una remuneración equitativa irrenunciable para autores y artistas, intérpretes o ejecutantes, y para autores respectivamente, el caso es que en ambos casos ello no es así. Ya hemos apuntado que el derecho es irrenunciable con carácter subsidiario, ya que el mismo sólo tiene esa eficacia para el caso en que no se llegue previamente a pactar una licencia o a disponer de ella por cualquier cauce adecuado. De manera que la prohibición de renuncia opera como una garantía de cara a la negociación de la licencia correspondiente en el mercado. Se trata en definitiva de asegurar al titular que no está obligado a ceder so pena de no conseguir compensación



54. Lo que, de paso, sirve también para poner de relieve que la gestión colectiva obligatoria es compatible con la renuncia al derecho gestionado.

55. No obstante, la STJUE de 27 de junio de 2013 (asuntos acumulados C-457/11 a C-460/11), según la cual, una compensación equitativa de recaudación colectiva obligatoria es irrenunciable.

56. Así lo entiende la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección vigésimo octava, de 2 de diciembre de 2011, dictada en el conflicto existente entre las partes (la Asociación de Editores de Diarios Españoles, junto con los Editores, por un lado, y Documentación de Medios, S.A. por el otro lado) en relación con el press clipping, para reconocer su legitimación para oponerse a la práctica del límite en cuestión, de acuerdo con lo previsto por el artículo 32.1, párrafo 2.º, LPI. Aunque la STS de 25 de febrero de 2014 [RJ 2014\2241], dictada posteriormente en el mismo asunto, cuestiona semejante calificación en su Fundamento de Derecho sexto, a pesar de seguir reconociendo dicha legitimación a los editores: “atribuir, con carácter general y en todo caso, esa calificación de obra colectiva a los periódicos tropieza con que el contenido de los mismos es usualmente heterogéneo, en la medida en que pueden reunir junto a aportaciones sin autor identificado o que no merezcan la consideración de objeto de propiedad intelectual.[] colaboraciones que, consistiendo en creaciones originales atribuibles a sus autores, superan las condiciones propias de las aportaciones individuales a que se refiere el artículo 8º (párrafo 4.º).

57. Ciertamente el texto permite referirse no sólo a contenidos y fragmentos escritos sino también de sonido. Lo que puede incluir otros titulares de propiedad intelectual sobre tales medios de comunicación social, concretamente las emisoras de radio. No en cambio las emisoras de televisión, puesto que el art. 32.2, párrafo 1.º, excluye expresamente cualquier puesta a disposición de imágenes, que necesitarán de autorización.

58. Obsérvese que esta es la fórmula establecida también en el artículo 32.4 LPI.

alguna. Esta configuración del derecho sirve para reforzar su posición negociadora en el mercado. Sirve para que quien sea beneficiario de la excepción o limitación *compensada* y al mismo tiempo titular del derecho limitado o excepcionado no quede sometido al pago de la compensación. Sirve también finalmente para que quien, por las razones que sea, quiera autorizar el libre uso de su propiedad intelectual con carácter general, de manera que en su caso concreto no quepa hablar en verdad de excepción o limitación, pueda hacerlo con plena eficacia directa.

Que ello es así resulta del tenor literal de la ley en uno y otro caso. Así resulta del artículo 32.4, último párrafo:

“En defecto de previo acuerdo específico al respecto entre el titular del derecho de propiedad intelectual y el centro universitario u organismo de investigación, y salvo que dicho centro u organismo sea titular de los correspondientes derechos de propiedad intelectual sobre las obras reproducidas, distribuidas y comunicadas públicamente de forma parcial..., los autores y editores de éstas tendrán un derecho irrenunciable a percibir de los centros usuarios una remuneración equitativa, que se hará efectiva a través de las entidades de gestión”.

Así resulta del artículo 25.4.b):

“A los efectos de la determinación de la cuantía de la compensación equitativa, no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado:

b) las realizadas por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras y prestaciones protegidas en el ejercicio de su actividad, en los términos de dicha autorización”.

Obsérvese que se trata de un régimen similar a la excepción o limitación prevista en el artículo 33.1 para la utilización de los trabajos o artículos de prensa, “sin perjuicio del derecho del autor a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa”<sup>59</sup>

Con un sistema como el que acabamos de ver, que nuestra Ley de Propiedad Intelectual establece para los otros dos supuestos de compensación equitativa irrenunciable que regula, se consigue ese objetivo de protección del *interlocutor* débil en el mercado, sin destruir totalmente el juego de la oferta y la demanda, dejando así un margen para la autonomía privada. Con un sistema como el que resulta en principio de una interpretación literal del artículo 32.2, párrafo 1.º, no se deja margen alguno para que los editores o los demás titulares de los contenidos, por un lado, y los prestadores de servicios electrónicos de agregación, por otro lado, puedan negociar y alcanzar acuerdos para la prestación del servicio. Como ya he apuntado, el sistema de un derecho a la compensación equitativa irrenunciable resulta poco funcional, excesivo e innecesario.

Tan es así que impide dar una solución razonable a quienes quieran autorizar con carácter general la utilización de sus contenidos, o a quienes quieran autorizar la excepción sin compensación equitativa, o a quienes sean al mismo tiempo titulares de contenidos y prestadores. Y es que no es razonable que la única vía sea la de recuperar de la entidad de gestión recaudadora de la compensación lo ya pagado, una vez deducidos los costes de recaudación de la entidad.

Los ejemplos de los artículos 25.4.b) y 32.4 sirven también para poner de relieve que un sistema de recaudación colectiva obligatoria, como el previsto en ellos al igual que

en el artículo 32.2, párrafo 1.º, no es obstáculo para que se puedan establecer excepciones en el ejercicio dicha recaudación. El artículo 150 LPI permite al demandado por una entidad de gestión oponer “la autorización del titular del derecho exclusivo”. No hay razón para entender que esa causa de oposición no opere en los supuestos de recaudación colectiva obligatoria<sup>60</sup>. Ciertamente que la gestión colectiva obligatoria resulta más sencilla, y consecuentemente más eficaz, si el derecho objeto de la recaudación no es renunciante.

Con todo, si, de acuerdo con la mencionada STJUE de 27 de junio de 2013, se entiende que la gestión colectiva obligatoria de un compensación equitativa es necesariamente irrenunciable<sup>61</sup>, ello no tendrá otro alcance, por lo que al tema que nos ocupa se refiere, que el de reforzar la crítica que ya hemos expuesto con respecto a la recaudación colectiva obligatoria, sumando a la misma nuestro rechazo a que el derecho a la compensación equitativa que se establezca sea irrenunciable.

## 8. Renuncia a la exigencia de altura creativa para apreciar la existencia de obra

Considerar que la reproducción de fragmentos no significativos de contenidos y su puesta a disposición del público puede constituir una excepción o limitación de la propiedad intelectual, concretamente de los derechos de explotación sobre esos contenidos, implica que el legislador entiende que normalmente, de no existir tal excepción o limitación, los prestadores de servicios electrónicos necesitarían recabar para ello la autorización de los titulares de los mencionados derechos de explotación. Ello implica también que el legislador acepta que esos fragmentos no significativos merecen



59. No existiendo desarrollo reglamentario para cuantificar esta remuneración equitativa, será la que determine el Juez.

60. Sin embargo, así lo entiende la STJUE de 27 de junio 2013 (asuntos acumulados C-457/11 a C-460/11), según la cual, una compensación equitativa de recaudación colectiva obligatoria es irrenunciable:

“En el supuesto de que un Estado miembro haya decidido excluir, en virtud de una disposición recogida en el artículo 5, apartados 2 o 3, de la Directiva 2001/29, en el ámbito de aplicación material de esta disposición, el derecho del titular a autorizar la reproducción de sus obras o prestaciones protegidas, un eventual acto de autorización adoptado por éste carece de efectos jurídicos en el Derecho del referido Estado. Por lo tanto, tal acto no tiene repercusión alguna en el perjuicio causado al titular de los derechos por la introducción de la medida privativa del derecho en cuestión y, por consiguiente, no puede tener repercusión alguna en la compensación equitativa, ya esté establecida esta última con carácter obligatorio o facultativo, en virtud de la disposición aplicable de dicha Directiva” (apartado 37).

El argumento de que, producido el daño por la excepción, no cabe renunciar a la compensación equitativa correspondiente no resulta convincente.

61. Ya hemos visto que en verdad no es así en nuestra Ley de Propiedad Intelectual, habida cuenta del tratamiento que la misma prevé para los supuestos de los artículos 25.2 y 32.4, a pesar de calificar de irrenunciable la compensación equitativa que uno y otro establecen.

la calificación de obra y la consiguiente protección por el derecho de autor.

Semejante presupuesto sólo es posible si se prescinde de un requisito esencial del concepto de obra. Se trata de la altura creativa. Sin ella las creaciones carecen de la originalidad suficiente para ser consideradas como obra objeto del derecho de autor. Y es que el derecho de autor no protege cualquier creación individual sino sólo las originales, y éstas –repito– sólo lo son cuando alcanzan un mínimo de altura creativa.

Es verdad que nuestra jurisprudencia ha mostrado en ocasiones concretas tendencias a prescindir de ese requisito de la altura creativa en supuestos de copia literal. Tal es el caso de las SSTs de 30 de enero de 1996 [RJ 1996\540] y de 13 de mayo de 2002 [RJ 2002\6744], que consideran originales las instrucciones explicativas del uso y utilidad de unas mamparas de baño con las que se comercializaban las mismas y los anuncios por palabras de ofertas de empleo publicados en un periódico respectivamente, para considerar su copia literal una infracción del derecho de autor.

Sin embargo, semejante línea jurisprudencial ha quedado superada desde el momento en que nuestro Tribunal Supremo ha optado decididamente a favor de la exigencia de altura creativa para reconocer la existencia de obra y la consiguiente protección por el derecho de autor. Así resulta de las SSTs de 24 de junio de 2004 [RJ 2004\4318], 9 de diciembre de 2010 [RJ 2011\1407] y 5 de abril de 2011 [RJ 2011\3146]<sup>62</sup>.

Esa misma tendencia a considerar erróneamente que una copia literal necesita en cualquier caso de autorización del titular de lo copiado, prescindiendo de la altura creativa pretende encontrar respaldo en la STJCE de 16 de julio de 2009 (asunto C-5/08<sup>63</sup>), en la medida en que la misma acepta la posibilidad de que un pasaje o extracto de once palabras procedentes de artículos periodísticos pueda ser original. Pero la propia Sentencia deja bien claro que ello no quiere decir que tales extractos o pasajes queden automáticamente protegidos por el derecho de autor, sino sólo cuando se aprecie la existencia de originalidad en los mismos, es decir, cuando tengan suficiente altura creativa<sup>64</sup>.

El propio artículo 32.2, párrafo 1.º, trae a colación uno de los ejemplos más claros de lo dicho con respecto a la exigencia de altura creativa, expresamente recogido por nuestra propia Ley de Propiedad Intelectual. Se trata de la distinción entre la obra fotográfica y la mera fotografía, que viene a poner de relieve lo dicho: no toda fotografía, a pesar de ser el resultado de una creación individual puede ser considerada obra. De ahí que para conseguir una protección de las fotografías que no tienen altura creativa suficiente el legislador haya tenido que reconocer a tal efecto un derecho conexo más sobre las mismas (art. 128 LPI).

En el mismo orden de cosas cabe citar el derecho conexo que establece el artículo 129 a favor de los editores para proteger las ediciones de obras no protegidas cuando las mismas “puedan ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales”, que –hay que puntualizar– no puedan ser protegidas como obras a pesar de esas características individualizadoras de la edición. Lo que el legislador de 1992<sup>65</sup> glosa en los siguientes términos: “En virtud de la nueva redacción también se reconocen al editor derechos de explotación de las

ediciones de aquellas obras divulgadas que, encontrándose en dominio público, puedan ser individualizadas en razón de una serie de características editoriales que configuran dicha producción como una aportación de valor reconocido en su género”<sup>66</sup>. No basta pues que una creación pueda ser *individualizada* –lo que quiere decir que tiene propias características que la diferencian de las demás–, ni que constituya además una *aportación de valor reconocido en su género*, para que merezca la calificación de ser una obra y la protección del derecho de autor.

Sin embargo, ahora el artículo 32.2, párrafo 1.º, viene a mantener indirectamente (se deduce necesariamente de la excepción que introduce) que fragmentos *no significativos* de contenidos periodísticos sí que merecen la consideración y la protección propias de las obras. *No significativo* quiere decir que el fragmento es corto, que carece de importancia con respecto al contenido del que procede, que no permite conocer con propiedad dicho contenido<sup>67</sup>: *no es pues significativo de la noticia*. Lo que permite concluir que incluso carece de propia *individualidad* y que su identificación se produce únicamente por su referencia (enlace) a la publicación o sitio Web de cuyo contenido procede. Hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos se tratará de fragmentos de lenguaje sencillo (habitual o vulgar) y directo para facilitar su lectura y comprensión, ya que tal es la pauta normal en la redacción de los contenidos periodísticos en general.



62. “[...] el reconocimiento como obra fotográfica exige una mínima altura creativa. La Sentencia de 24 de junio de 2.004 ( RJ 2004, 4318), número 542, se refiere a que no basta una novedad objetiva cualquiera sino que requiere una relevancia mínima y, en el caso que examina, aprecia que la originalidad no es suficientemente significativa para conceder protección a su autor a través de la propiedad intelectual. La apreciación es tanto más importante en la materia que se examina en el presente juicio, en el que la diferenciación entre una obra fotográfica y una mera fotografía, más allá de los supuestos de reproducción, y en el ámbito de la representación, va a recaer en la valoración de una cierta altura creativa”. (fundamento de derecho sexto, párrafo 2.º).

63. *Caso Infopaq*,

64. “En lo que respecta a los artículos de prensa, el concepto de creación intelectual original atribuida a un autor [ ] proviene normalmente de la forma de abordar el tema seleccionado y del registro lingüístico empleado para ello” (apartado 44). Lo que no quiere decir que ello quede reflejado en semejantes extractos o pasajes de once letras. La apreciación de originalidad suficiente o de ausencia de la misma deberá ser apreciada en cada caso por el tribunal juzgador del conflicto (el que plantea la cuestión prejudicial). Y al respecto, es oportuno referirnos a lo que se dice más adelante sobre la dificultad de que los títulos de las obras puedan ser suficientemente originales para merecer la protección del derecho de autor.

65. Es la Ley 20/1992, de 7 de julio, de modificación de la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual, la que introduce esa protección complementaria del editor, añadiendo un apartado 2 al por entonces artículo 119 y actual artículo 129 LPI.

66. Apartado 4, párrafo 1.º de la Exposición de Motivos.

67. Según el Diccionario de la Real Academia Española, *significativo* quiere decir “que da a entender o conocer con propiedad o precisión una cosa, que tiene importancia, valor o relevancia, que tiene importancia por representar o significar algo”; e *insignificante* quiere decir “baladí, pequeño o sin importancia, despreciable”.

¿Cómo pretender que en verdad tales fragmentos *no significativos* por definición del legislador sean obra protegible y, por ende, su reproducción y puesta a disposición del público necesiten en principio de autorización, salvo existencia de una excepción o limitación del derecho de autor?

Es verdad que el artículo 10.2 LPI admite que el título de una obra cuando sea original quede protegido como parte de la obra, pero precisamente hace falta que sea original, y para ello tendrá que ser *significativo* de la obra o *significativo*, es decir, *individualizable*, por sí mismo. Tan es así que la doctrina considera que la aplicación del precepto tiene que ser muy escasa, “señalando además que es un tema más propio del derecho de la competencia que del derecho de autor, habida cuenta que resulta difícil admitir normalmente la existencia de originalidad suficiente, por baja que sea la exigencia en este supuesto (obra protegible por el derecho de autor), y que lo importante es impedir una competencia desleal derivada de la confusión en el mercado”<sup>68</sup>.

La propiedad intelectual protege tanto la obra completa como las partes de una obra (art. 18 LPI), pero para que la reproducción de una parte de la misma quede protegida es preciso que la misma también tenga alguna originalidad. La protección por el derecho de autor de cualquier obra musical no transforma todos sus compases en exclusiva de su compositor, so pena de poner punto final a la creación de nueva música. Lo mismo ocurre con las obras literarias. Todas y cada una de sus frases no constituyen obra protegible, so pena de que nadie pueda escribir sin incurrir página tras página, párrafo tras párrafo, línea tras línea, en infracciones del derecho de autor.

Esa necesidad de altura creativa tiene que aplicarse con mayor razón a la información y a las noticias, so pena de proteger lo que no es objeto del derecho de autor. El Convenio de Berna es muy claro al respecto: “La protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa” (art. 2.8)<sup>69</sup>. Ese artículo 2.8 del Convenio de Berna es de obligado cumplimiento y su ámbito de aplicación no puede quedar reducido a la nada. Proteger los artículos periodísticos que informan de noticias con el lenguaje propio del periodismo supone extender la protección del derecho de autor a lo que es totalmente ajeno al mismo y totalmente contrario a sus principios. Supone, en definitiva, desvirtuar el derecho de autor, que no protege el trabajo ni el esfuerzo, sino la capacidad creativa, vaya o no acompañada de mayor o menor trabajo y esfuerzo.

Precisamente para asegurar que ello no ocurra, disipando toda duda, y en aras de la prevalencia del derecho a la información, el propio Convenio de Berna establece, como hemos visto expresamente en el artículo 10.1 la licitud de “las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revista de prensa”. Ese artículo 10.1 puede ser considerado como una excepción de la propiedad intelectual en aras del derecho a la libertad de información. Pero también debe ser considerado como un rechazo a proteger con el derecho de autor aquello que no lo merece por carecer de altura creativa. Lo que lógicamente cabe predicar también del artículo 5.3.d) de la Directiva 2001/29/CE en su interpretación conforme con el anterior y del artículo 32.1, párrafo 2.º, primera frase de nuestra Ley de Propiedad Intelectual. En efecto, en los tres mencionados preceptos la

excepción responde a la protección del derecho a la libertad de información, pero –repito– tiene también el valor de solventar la posible duda que pudiera existir sobre su protección por el derecho de autor, habida cuenta de su inexistente altura creativa. Esa duda que precisamente hemos visto que aflora en la STJCE del *caso infopaq*, puesto que la misma viene a decir que, en su caso, un pasaje de once palabras de un artículo periodístico puede ser suficientemente original para esa protección, pero que ello habrá de apreciarse caso por caso. Pero eso no es así cuando la excepción o limitación se complementa ahora con una compensación equitativa. El establecimiento de esa compensación significa que se atribuye en principio a todas las reseñas realizadas a través de la agregación de fragmentos no significativos la calificación de obra. Todo lo contrario que si se opta por una limitación o excepción total, como en los mencionados casos del Convenio de Berna, de la Directiva 2001/29/CE y de nuestra propia LPI, que disipan la posible duda en favor de la inexistencia de obra. Ahora, con la compensación equitativa que establece el artículo 32.2, párrafo 1.º, la duda se decide en sentido contrario, es decir, a favor de entender que las reseñas son obra, renunciándose así a cualquier exigencia de altura creativa.

Aunque en ocasiones los tribunales traten de *castigar* la copia literal a través del derecho de autor, ello no es necesariamente correcto, ya que la copia literal no transforma lo copiado en creación original, es decir en obra. Para reprimir la copia literal a través del derecho autor es necesario que lo copiado sea obra. De lo contrario la copia literal podrá constituir en su caso un supuesto de competencia desleal, o carecerá de relevancia jurídica<sup>70</sup>.

Los artículos y las noticias redactadas que integran el contenido de las publicaciones periódicas o de los sitios Web de actualización periódica<sup>71</sup> constituyen ciertamente obras o parte de obras<sup>72</sup> merecedoras de tal calificación y protección. En la mayoría de los casos su altura creativa es muy baja cuando se limitan a dar noticias<sup>73</sup>, precisamente por ser

68. Vid. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Coordinados por R. Bercovitz. Tecnos, 2007, 3.ª ed. pág. 188.

69. Recuérdese que el derecho de autor tampoco protege las ideas. Vid. el artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor de 1996, y el artículo 9.2 de los ADPIC.

Ese artículo 2.8 del Convenio de Berna es de obligado cumplimiento y su ámbito de aplicación no puede quedar reducido a la nada so pena de desconocer el derecho a la información. Vid. Gemma MINERO ALEJANDRE en *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*. Coordinados por R. Bercovitz. Tecnos, 2013. pgs. 263 y ss.

70. Por muy condenable que pueda ser en determinados ámbitos profesionales o académicos.

71. Los *artículos periodísticos* del artículo 32.1, párrafo 2.º, los *trabajos y artículos sobre temas de actualidad* del artículo 33.1.

72. Los periódicos y publicaciones periódicas similares consideradas como obras colectivas.

73. Incluidas las fotografías, que son normalmente *meras fotografías*. De ahí que el legislador haya tenido que prever una protección específica para las mismas a través de un derecho conexo, como ya se ha señalado antes.

ese su fin, pero sí que es suficiente al menos para merecer la protección del derecho de autor frente a su copia literal<sup>74</sup>. De ahí que tengan sentido las excepciones del *press clipping* (art. 32.1, párrafo 2.º) y del artículo 33.1 acompañadas de una remuneración equitativa. Pero ello no puede predicarse de sus fragmentos *no significativos*, aunque los mismos reproduzcan los títulos de los mencionados artículos y trabajos y sus dos o tres primeras líneas.

El afán del legislador por incluir en la excepción —y consecuentemente en el pago de la correspondiente compensación equitativa— cualquier supuesto de copia y puesta a disposición de los fragmentos en cuestión, eliminando a tal efecto toda discusión sobre la entidad de los mismos, le ha inducido a introducir en la redacción de la norma un calificativo del fragmento, el *no significativo*, que no hace sino evidenciar la improcedencia de la excepción, es decir, de la excepción que con ella se introduce a la excepción general y de carácter absoluto que el artículo 32.1, párrafo 2.º, establece para las reseñas o revistas de prensa. No hay que olvidar que el legislador se refiere a una práctica ya existente por parte de los prestadores de servicios electrónicos de agregación, que se caracteriza por la copia y la puesta a disposición de los titulares de artículos periodísticos, junto con las primeras líneas de los mismos, y que consecuentemente cuando se refiere a *fragmentos no significativos* se refiere a esos titulares y esas líneas, reconociendo que no son significativos, es decir que, de acuerdo con lo que vengo argumentando, carecen de originalidad suficiente para ser considerados como obra.

Esta falta de originalidad de los contenidos de prensa por carecer de suficiente altura creativa es probablemente una de las razones que han inducido al legislador alemán a tratar de proteger los intereses de los editores de prensa en un sentido similar al pretendido por nuestro legislador, recurriendo, con mayor corrección técnica<sup>75</sup>, a la creación de un nuevo derecho conexo a favor de los mismos que les reconoce la exclusividad sobre la puesta a disposición del público del contenido, total o parcial de sus ediciones durante un año<sup>76</sup>. Hay que tener en cuenta que la doctrina alemana es precisamente la que más ha insistido en la exigencia de altura creativa en las obras. Al recurrir a un nuevo derecho conexo se prescinde de la dificultad de reconocer la protección propia del derecho de autor a lo que no es obra. Además se obvia la improcedencia, que ya he señalado, de crear una nueva excepción contraria al Convenio de Berna y a la Directiva 2001/29/CE, en la interpretación conforme de su artículo 5.3.d), a la que me he referido. Además, se habla con propiedad de una remuneración equitativa, que, a diferencia, de la compensación equitativa, no tiene nada que ver con la existencia o inexistencia de daños a los titulares de propiedad intelectual.

Obsérvese que, aunque el legislador comunitario no ha prohibido la creación de nuevos derechos conexos por los estados miembros, los considera con prevención puesto que constituyen un factor negativo para la unidad del mercado. De ahí que establezca un sistema de previa notificación y justificación<sup>77</sup>.

Ahora bien, La STJUE de 13 de febrero de 2014 (*caso Svensson*) declara, en relación con la cuarta cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Svea (Suecia), que “El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe

interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro pueda proteger más ampliamente a los titulares de derechos de autor estableciendo que el concepto de comunicación al público incluya más actos que los previstos en dicha disposición”<sup>78</sup>.

Pues bien eso es en realidad lo que ha realizado el legislador alemán, esquivando la prohibición de ampliar los conceptos de reproducción y comunicación pública regulados uniformemente para toda la Unión por la Directiva 2001/29, mediante un derecho conexo complementario de aquellos. Lo que en definitiva viene a ser lo mismo que si ampliara sus respectivos conceptos. Constituye un fraude de la prohibición<sup>79</sup>. Ese fraude puede también apreciarse lógicamente, de acuerdo con lo que he venido diciendo, en relación con el artículo 10.1 y 3 del Convenio de Berna.

---

## 9. Conclusiones

1. El nuevo artículo 32.2, párrafo 1.º de la Ley de Propiedad intelectual constituye un obstáculo al normal desarrollo del mercado de los editores de periódicos y de los prestadores de servicios electrónicos de agregación de noticias en la Red.

2. El mencionado precepto no establece en realidad una nueva limitación o excepción a la propiedad intelectual, sino que introduce una restricción a la limitación o

---

74. Cuanto menor es la altura creativa de una obra, menor es también el alcance de su protección frente a creaciones parecidas. Vid. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Coordinados por R. Bercovitz. Tecnos, 2007, 3.ª ed. pág. 157. 75. Sin perjuicio de que su procedencia haya sido objeto de vivas críticas y a consecuencias perturbadoras en el mercado, manifiestamente contrarias a las pretendidas, a pesar de que el nuevo derecho atribuido a los editores de prensa no sea irrenunciable.

76. Así resulta de la Ley de 1.º de marzo de 2013, de modificación de la Ley de Derecho de Autor (vid. los párrafos 87 f) 87 g), y 87 h).

77. Vid. el artículo 11 de la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (versión codificada).

78. Ya que —explica la Sentencia en su apartado 36—, aunque “Es cierto que según el séptimo considerando de la citada Directiva, ésta no tiene como finalidad suprimir o evitar aquellas diferencias que no repercutan negativamente en el funcionamiento del mercado interior. No obstante, debe señalarse que, si se reconociera a los Estados miembros la facultad de establecer que el concepto de comunicación al público incluya más actos que los previstos en el artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, esto causaría necesariamente una repercusión en el funcionamiento del mercado interior”.

79. En contra Fernando CARBAJO CASCÓN. *Enlaces de prensa (press linking): entre la flexibilización y la regulación del derecho de autor en la era digital*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. Núm. 47. 2014, pg. 58, quien considera que la prohibición afecta al derecho de comunicación pública, pero no a la creación de un derecho conexo como el establecido por el legislador alemán.

excepción previamente existente, y que sigue vigente, con respecto a las reseñas o revistas de prensa en el artículo 32.1, párrafo 2.º, primera frase, ahora ya limitada a la reproducción y difusión *off-line*.

3. Esa excepción o limitación del artículo 32.1, párrafo 2.º, primera frase, responde al artículo 10.1 y 3 del Convenio de Berna, así como a una interpretación conforme con el mismo del artículo 5.3.d) de la Directiva 2001/29/CE.

4. Por lo que la restricción a dicha excepción, derivada del nuevo artículo 32.2, párrafo 1.º, de la Ley de Propiedad Intelectual, constituye una infracción del Convenio de Berna y de la Directiva 2001/29/CE.

5. Esa restricción constituye además una infracción del derecho fundamental de información y del principio de proporcionalidad reconocidos por la Unión Europea.

6. La modificación introducida en la Ley de Propiedad Intelectual por el artículo 32.2, párrafo 1.º, infringe además la Directiva 98/34/CE, puesto que el Gobierno español no ha cumplimentado el deber de información previa que la misma establece en relación con semejantes modificaciones legislativas.

7. Lo que implica que el cumplimiento del artículo 32.2, párrafo 1.º, no es exigible.

8. Habida cuenta que la compensación equitativa pretende indemnizar, aunque no sea plenamente, el daño estimado que sufran los titulares de propiedad intelectual como consecuencia de una limitación o excepción de dicha propiedad, la misma no constituye un precio integrable en las tarifas de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual para su cuantificación.

9. Pero la dificultad principal para dicha cuantificación es que la agregación de citas no produce daño estimable alguno, o, al menos, suficientemente significativo, que pueda ser objeto de esa compensación equitativa. Y es que, careciendo de causa (el daño estimado derivado de la limitación o excepción), la compensación equitativa no puede sino dar lugar a un enriquecimiento sin causa de sus perceptores.

10. La gestión colectiva obligatoria debe considerarse una excepción con respecto a la regla general de gestión colectiva voluntaria. Como tal, debe estar justificada por la inviabilidad práctica de una gestión individual, relacionada con los costes de negociación o con la imposibilidad de defensa individual del derecho por su titular. No parece que este sea el caso. La única justificación de aplicar en la recaudación de esta compensación equitativa la gestión colectiva obligatoria está en reforzar el carácter de irrenunciable que se atribuye a la misma, sin perjuicio de que resulta discutible que la gestión colectiva obligatoria de una compensación equitativa no pueda sino ser irrenunciable.

11. Con el carácter irrenunciable del derecho a la compensación equitativa interpretado estrictamente se impide cualquier acuerdo sobre la agregación de noticias entre prestadores de servicios electrónicos y titulares de los contenidos de prensa en cuestión. Sin embargo, en los otros dos supuestos en los que la Ley de Propiedad Intelectual establece una compensación equitativa irrenunciable (arts. 25.2 y 32.4) se permite llegar a acuerdos que excluyen su recaudación. De manera que la irrenunciabilidad opera en realidad como una garantía para el caso de no alcanzar acuerdo alguno.

12. Si lo que se quiere con la irrenunciabilidad de la compensación equitativa es proteger al autor débil a la hora de negociar la explotación de su obra, lo lógico, si se entendiese además que dicha irrenunciabilidad es en verdad oportuna a tal efecto, sería atribuir la compensación equitativa irrenunciable a los periodistas profesionales, autores originarios de los contenidos objeto de la agregación de noticias, y no a los editores de periódicos, que en verdad son titulares derivativos de aquellos, incluso cuando sean titulares de los periódicos como obra colectiva.

13. Aunque en principio un título o una frase puede ser suficientemente original para merecer la calificación de obra y la protección del derecho de autor, lo normal es que no alcance la altura creativa suficiente para ello.

14. Al haberse referido el legislador en el artículo 32.2, párrafo 1.º, a la agregación de “fragmentos no significativos” excluye que los mismos puedan ser obra protegible.

15. Y es que la excepción o limitación establecida en el Convenio de Berna, en la Directiva 2001/29/CE y en nuestra propia Ley de Propiedad Intelectual (art. 32.1, párrafo 2.º) con respecto a las reseñas de prensa no sólo responde a conceder al derecho a la libertad de información una prioridad en materia de noticias (información) frente al derecho de autor, sino también a reconocer que en realidad el nivel de altura creativa es muy bajo en ellas, inexistente cuando de reseñas de esas noticias se trata.