

Trabajo Fin de Grado

Problemas actuales de los derechos de autor en
entornos digitales: su tratamiento en Derecho
español y alemán

Autora

Ana Sofía Roncel Olbrich

Director

Pedro-Jóse Bueso Guillén

Facultad de Derecho de Zaragoza

Año 2014

Índice

| | |
|--|----|
| I. Introducción..... | 7 |
| 1. Cuestión tratada en el Trabajo Fin de Grado | 7 |
| 2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés..... | 8 |
| 3. Objetivos básicos de investigación a desarrollar | 10 |
| 4. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo | 10 |
| II. Vulneración de los derechos de Propiedad Intelectual a través de las redes P2P..... | 12 |
| 1. Descripción de las Redes P2P..... | 12 |
| 2. Situación actual del uso de las redes P2P | 16 |
| 2.1. Anuario SGAE 2013 | 16 |
| 2.2. Lista 301 del Departamento de Comercio de EE.UU. | 18 |
| 2.3. Estudio de Internet 2008/2009 de IPOQUE..... | 19 |
| 2.4. El cierre de <i>Megaupload</i> y el resurgimiento de las redes P2P | 20 |
| 2.5. El Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales de 2013 y el Estudio General de Medios de 2014..... | 20 |
| III. Aspectos generales de la Propiedad Intelectual en la sociedad de la información... | 22 |
| 1. Introducción | 22 |
| 2. Terminología..... | 23 |
| 3. Fuentes y régimen jurídico | 25 |
| 4. La evolución tecnológica como presupuesto de los cambios legislativos | 27 |
| IV. Aspectos particulares: copia privada y entidades de gestión | 28 |
| 1. La propuesta de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual | 28 |

| | |
|--|----|
| 2. La copia privada como límite a los derechos de Propiedad Intelectual | 29 |
| 2.1. Régimen vigente..... | 29 |
| 2.2. Propuesta de modificación | 34 |
| 3. Las entidades de gestión colectiva de derechos de autor | 39 |
| 3.1. Regulación actual | 39 |
| 3.2. Modificaciones previstas..... | 42 |
| 3.3. <i>Verwertungsgesellschaften</i> | 43 |
| V. Medios de protección de los derechos de Propiedad Intelectual | 46 |
| 1. Mecanismos existentes en España | 46 |
| 1.1. Acciones del orden jurisdiccional civil: | 46 |
| A) Régimen general | 46 |
| B) El caso concreto de las redes P2P | 49 |
| 1.2. Sistema de tutela administrativo: La Comisión de Propiedad Intelectual..... | 53 |
| A) Reforma introducida por la Ley de Economía Sostenible | 53 |
| B) Nuevas funciones | 56 |
| 2. Instrumentos implantados en el ordenamiento alemán..... | 57 |
| 3. Evaluación sobre su eficacia: el modelo más efectivo..... | 59 |
| VI. Conclusiones y evaluación de los resultados obtenidos..... | 60 |
| VII. Bibliografía y referencias documentales..... | 64 |
| 1. Bibliografía | 64 |
| 2. Jurisprudencia | 74 |

| | |
|---------------------------|----|
| 3. Otros documentos | 76 |
|---------------------------|----|

Abreviaturas

| | |
|-----------|---|
| APL | Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil |
| BGB | <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> o Código civil alemán |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial |
| CNMC | Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia |
| CPI | Comisión de Propiedad Intelectual |
| EGM | Estudio General de Medios |
| GG | <i>Grundgesetz</i> |
| LEC | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. |
| Ley Sinde | Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible |
| LPI | Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril |
| LSSI | Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico |
| Op. cit. | <i>Opere citato</i> (en la obra citada) |
| PI | Propiedad Intelectual |
| PLPI | Proyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil |
| TGF | Trabajo Fin de Grado |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| TV | Televisión |

UrhG *Urheberrechtsgesetz* o Ley de Derechos de Autor alemana

Vid. *Vide* (véase)

I. Introducción

1. Cuestión tratada en el Trabajo Fin de Grado

Este Trabajo Fin de Grado (en adelante TFG) tiene por objeto analizar si en la actualidad se producen vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual a través del empleo de las redes P2P desde el prisma del ordenamiento jurídico español y alemán. Dado que se trata de un trabajo de Derecho comparado, a lo largo de los distintos capítulos se intercalarán informaciones sobre ambos regímenes jurídicos.

Inicialmente el estudio se centrará en la descripción de las Redes P2P desde el punto de vista técnico, cuyo funcionamiento se tratará de explicar de la forma más parecida posible a como lo haría un informático, para luego sacar conclusiones legales. En segundo lugar se efectuará un recorrido por el panorama actual basado en documentos que arrojan datos y estadísticas en relación con el uso de las redes P2P, no pudiendo faltar tampoco si quiera una breve alusión al no tan lejano cierre de *Megaupload*. Posteriormente se presentará el contexto en el que se producen las presuntas vulneraciones, para lo cual es preciso hacer un estudio generalizado de las cuestiones que se regulan y los intereses que se protegen por medio del Derecho de Propiedad Intelectual. Partiendo de este marco general, la discusión se centrará sobre el concepto de copia privada, profundizando en el debate de si ésta constituye o no un límite a los derechos de PI en relación con las redes P2P según la normativa vigente en España y Alemania. También se detendrá este trabajo en el estudio de una institución crucial en este ámbito – tanto en España como en Alemania –, como son las Entidades de Gestión Colectiva de Derechos de Autor.

Para terminar se enumerarán los mecanismos de protección de la PI existentes tanto en España como en Alemania, haciendo finalmente una valoración crítica sobre su eficacia para, finalmente, concluir qué sistema aporta mayor protección a los derechos de autor en este ámbito y cuáles serían las medidas de mejora a adoptar.

2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés

Vivimos actualmente en la denominada «**sociedad de la información**», concepto que se identifica en el Glosario de la UE¹ como sinónimo del impacto de las «nuevas tecnologías de la información y la comunicación» (NTIC) en la sociedad, tecnologías que experimentan una importante evolución desde principios de los años 90. Concretamente, las instituciones de la UE indican que la generalización de los intercambios electrónicos de información, la convergencia hacia las tecnologías digitales, el crecimiento exponencial de Internet y la liberalización de las telecomunicaciones son distintas manifestaciones de este nuevo estilo de vida que hemos ido adoptando en los países industrializados.

Ya adentrados en el s. XXI somos testigos de las múltiples oportunidades que ofrece la sociedad de la información en numerosos ámbitos de la vida cotidiana como el acceso a la formación y al conocimiento (educación a distancia y servicios de aprendizaje electrónico), la organización del trabajo y la movilización de las competencias (teletrabajo y empresas virtuales), la vida práctica (servicios de teleasistencia sanitaria) y el ocio. Por otro lado, se crean nuevas oportunidades de participación ciudadana, facilitando y agilizando la expresión de opiniones y puntos de vista. Sin embargo, tal y como se analizará en este trabajo, estos aspectos positivos traen consigo nuevas preocupaciones. Efectivamente, la utilización masiva de Internet requiere hacer frente a nuevas conductas lesivas como, por ejemplo, el *cyberbullying* o el *sexting*, las cuestiones relacionadas con la protección de los datos personales y **las nuevas formas de vulneración de derechos de autor**.

En vista del surgimiento de estas nuevas conductas reprobables ligadas a la evolución y al progreso técnico, no cabe duda de que el legislador no puede permanecer impasible. El Derecho debe moverse al compás de los cambios que tienen lugar en el seno de la sociedad, por lo que en este caso es posible sostener que **el ordenamiento jurídico no puede ser ajeno a los avances informáticos**. En definitiva, es preciso que las leyes «se informaticen» porque, de lo contrario, en la red regirá la «anarquía de los internautas».

¹ Glosario de la UE. Disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/information_society_es.htm (último acceso febrero 2014).

Avalando estas constataciones, un reciente informe sobre la sociedad de la información en España² estima que casi 19 millones de españoles viven conectados a la red, lo que supone que a diario el 53,8% de la población (de entre 16 y 74 años) accede a Internet, de los cuales **el 86% son jóvenes de entre 16 y 24 años**. Precisamente es este grupo de usuarios intensivos de la red el que tiende a realizar las conductas cuya legalidad será objeto de análisis en este trabajo. Son por tanto los jóvenes quienes están más familiarizados con los recursos informáticos que permiten acceder *online* a contenido multimedia como películas, música, juegos, etc. El problema radica en que, a día de hoy, la legislación no ha delimitado de forma clara y precisa dónde están los límites de dichas conductas ni quién ha de considerarse infractor de la ley y, concretamente, esta investigación se centrará en el **acceso y descarga de archivos a través de las redes P2P**, por medio de las cuales se pueden llegar a producir violaciones de derechos de autor que son difíciles de perseguir ya que se trata de actos que tienen lugar en una plataforma virtual a la que se conectan millones de usuarios de todo el mundo, en la cual los ficheros no están almacenados en un sitio web responsabilidad de un servidor, sino que se encuentran dispersos en los ordenadores de los usuarios.

Una de las cuestiones más controvertidas es la de la **identificación del infractor**, ya que el único dato que permite su localización es la dirección IP asignada por la operadora al usuario, que tiene la consideración de dato de carácter personal, no siendo posible recabar estos datos para litigios en procedimientos civiles. Los derechos de autor colisionan por tanto por un lado con el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los usuarios de internet (art.18 CE). Pero, por otro lado, no hay que obviar el **derecho al acceso a la cultura** (art.44.1º CE), el cual se ve dificultado debido a los elevados precios que se asignan a productos como DVDs o CDs originales en la actualidad, hecho que incita a los jóvenes internautas a adquirir dichos bienes por otras vías menos costosas, por no decir gratuitas, pero que lesionan derechos de PI.

El legislador tiene por tanto la obligación de encontrar un equilibrio entre ambos bandos, es decir, debe encontrar una «solución sustantiva» al problema. Pero la otra cuestión controvertida que debe solucionar es la de la elección de una forma adecuada para hacer efectiva dicha solución sustantiva, es decir, la designación del procedimiento

² Informe 2013 sobre la Sociedad de la Información en España de la Fundación Telefónica. Disponible en: <http://www.fundacion.telefonica.com/es/arte_cultura/publicaciones/detalle/258> (último acceso febrero 2014).

y los sujetos encargados de aplicar los mecanismos de protección de los derechos de PI – entre los cuales destaca en España la polémica Comisión de Propiedad Intelectual –.

3. Objetivos básicos de investigación a desarrollar

El objetivo central de esta investigación es intentar esclarecer si, tanto en España como en Alemania, es **lícito compartir y descargar contenidos digitales desde las redes P2P**.

Un segundo objetivo que deriva del primero es dilucidar si el concepto de **copia privada** vigente es un elemento que permite este tipo de prácticas entre usuarios que solo pretenden obtener un ejemplar de las grabaciones disponibles en las redes P2P para su uso privado, sin ánimo de lucrarse por medio de una posterior difusión de las mismas. Así planteada, la cuestión radica en si el concepto de copia privada actuaría como límite a los derechos protegidos por medio de la PI y este tipo de prácticas deberían ser respetadas, o, por el contrario, debe concluirse que este tipo de conductas son **ilícitas** en alguno de los regímenes jurídicos analizados o en ambos.

4. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo

Siguiendo a la doctrina mayoritaria³, se defiende aquí la tesis de que el Derecho es un objeto susceptible de ser conocido científicamente, por lo que existe una Ciencia jurídica que lleva aparejado también el adjetivo de «social», ya que «el Derecho es un producto humano eminentemente social». Por lo tanto, se expondrá a continuación el método seguido en esta investigación científica, el cual sirve de sustento a los resultados obtenidos en la misma.

Hay que destacar en primer lugar que la característica principal de mi investigación radica en que se trata de un **trabajo de Derecho comparado**, lo cual implica que es necesaria la conjugación de dos ordenamientos jurídicos distintos que en ocasiones se complementarán, pero en otras diferirán el uno del otro. En este sentido, y teniendo en cuenta la materia objeto de estudio, este trabajo parte de la existencia de una serie de

³ VILLASEÑOR RODRÍGUEZ, I. y GÓMEZ GARCÍA, J.A., *Investigación y Documentación Jurídicas*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, p.31.

directivas europeas que regulan la PI⁴ y, a partir de ahí, se tratará de averiguar si hay realmente armonización en torno a esta materia y, más concretamente, en relación al tratamiento legal de las redes P2P, tomando como punto de referencia a los Estados de España y Alemania.

Por otro lado, siguiendo la clasificación de Garza Mercado⁵, se puede afirmar que ésta es una **investigación aplicada** porque las conclusiones que se obtengan en la misma podrán emplearse en la resolución de problemas de la sociedad actual. Concretamente se establecerá, en la medida de lo posible, cuál es el régimen jurídico de los distintos operadores que intervienen en el uso de las redes P2P o, al menos, las posibles consecuencias que se pueden derivar para cada uno de ellos. Ésta investigación se puede calificar así mismo de **analítica** debido a que la misma parte en general de la regulación de los derechos de autor según las directivas europeas, la cual se descompondrá en los ordenamientos español y alemán, dentro de los cuales se atenderá a su vez de forma más detenida al límite de copia privada y a las posibilidades de actuación que el mismo confiere a los operadores que intervienen en las redes P2P. En función de estos procedimientos metodológicos se puede afirmar por tanto que esta investigación emplea el **método deductivo** que consiste en formular enunciados particulares a partir de proposiciones generales.

Por último, hay que apuntar que el presente trabajo es **documental**, pues las fuentes de información científica serán fundamentalmente documentos. A su vez, predominarán fuentes de información documentales **primarias** como legislación (tanto vigente como en proceso de aprobación), manuales y monografías especializados, así como informes científicos que transmiten información original en su estado originario. A partir de ahí, se emplearán fuentes de información secundarias, que son aquellas que contienen datos e información sobre las primeras tal y como ocurre con la jurisprudencia y los artículos jurídicos. Finalmente, se recurrirá a artículos periodísticos, así como informes y documentos que reflejen la realidad social y analicen la materia objeto de estudio.

⁴ Entre las que destaca la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, 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.

⁵ VILLASEÑOR RODRÍGUEZ, I. y GÓMEZ GARCÍA, J.A., *Investigación y Documentación Jurídicas*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, p.29.

Una vez contextualizado el problema desde el punto de vista español, se procederá a analizar el ordenamiento jurídico alemán, empleando fuentes similares a las aludidas arriba que permitan examinar si existe controversia en relación con la vulneración de los derechos de autor a través de las redes P2P en Alemania o si, por el contrario, en dicho país la legislación ya ha resuelto el problema. De este modo se podrán comparar finalmente ambos sistemas y llegar a unas conclusiones más o menos alentadoras.

II. Vulneración de los derechos de Propiedad Intelectual a través de las redes P2P

1. Descripción de las Redes P2P

Desde el punto de vista técnico⁶, una red P2P o entre iguales (del inglés *Peer-to-Peer*) se distingue de una normal en su organización. En una red de pares no hay clientes ni servidores, sino que los ordenadores de los usuarios realizan ambas funciones simultáneamente, esto es, almacenan datos y, a la vez, importan archivos desde otros ordenadores. Pero a pesar de que se denominen «redes entre iguales», lo cierto es que existen diferentes categorías de usuarios. Una de ellas está formada por los *seeders*⁷, que son los que deciden compartir un determinado archivo. La otra parte está compuesta por los *leechers*⁸, que descargan dichos archivos y, en algunas redes, el *leecher* sigue compartiendo el contenido una vez que lo ha descargado para que otros tengan la misma oportunidad, convirtiéndose a su vez en un *seeder*.

Las ventajas de este diseño en comparación con una red tradicional son indudables: por un lado, se optimiza el ancho de banda ya que se suma el de todos los intervinientes. Por otro lado, las descargas son mucho más rápidas porque no se está limitado al ancho de banda de salida de un solo ordenador. Para entender esto hay que saber que las conexiones ADSL actuales son asimétricas, es decir, los usuarios tienen mayor capacidad de bajada que de subida de archivos. Esto quiere decir que se puede mantener una conexión o un par de conexiones para subir archivos, pero decenas para bajarlos. Por eso, en las redes P2P el usuario que desea descargar un archivo se conecta con varios ordenadores a la vez para descargar de cada uno de ellos un fragmento.

⁶ MARCELO, J.F. y MARTÍN, E., *Exprime P2P*, 1ª edic., Anaya Multimedia, Madrid, 2009, pp. 20-23.

⁷ Del inglés «sembradora».

⁸ Del inglés «sanguijuela, chupasangre».

Sin embargo, ésta no es la única utilidad posible de las redes P2P, que sirven también para hacer llamadas de telefonía a través de internet y para aplicaciones de cálculo científico. No obstante, la primera posibilidad es la más conocida en la sociedad.

Por último, el tercer aspecto característico de estas redes se refiere al aspecto jurídico que será objeto de análisis en este trabajo. Concretamente, se trata de que las redes de pares, al ser **descentralizadas**, son más complejas de espiar y, sobre todo, muy difíciles de desmontar. Este fenómeno se podría comparar con la diferencia entre ilegalizar una organización o disolver una concentración espontánea, la cual radica en que la organización se ilegaliza, pero la concentración espontánea se puede retomar otra vez dos calles más abajo o en un parque cercano.

En cuanto a la cuestión de la privacidad y el anonimato, todavía es posible averiguar quiénes participan en una de estas redes. Pero dado que la mayoría de los usuarios no tienen una dirección IP fija, cada vez que apagan y encienden el *router*, desaparecen de la red, y entonces serían imposibles de localizar si no fuera porque existen algunos servidores puntuales que hacen las funciones de nodos, los cuales se encargan de mantener listas actualizadas con direcciones de otros nodos. En la práctica, cuando el ordenador de un usuario se conecta a una red P2P, primero consulta a un nodo conocido, cuya dirección almacena en la memoria, y de él se baja una lista de nodos que permite iniciar el intercambio.

En la actualidad, las redes P2P más populares entre los internautas son las redes híbridas tales como *BitTorrent*, *eDonkey* o *Emule*, cuyo uso se ha vuelto a generalizar tras el cierre en 2012 de las páginas de descarga *Megaupload* y *Cinetube*, como se explicará a continuación. Pues bien, siguiendo con el análisis informático, hay que apuntar que en dichas redes hay una especie de servidor central que facilita los contactos entre pares, pero que en ningún caso almacena información sobre el resto de los ordenadores. Pero existen también redes completamente descentralizadas como *Kademlia*, en la que cada ordenador funciona a la vez como cliente y servidor, de lo cual se deriva que las comunicaciones se mantienen únicamente entre pares.

Aunque existen opiniones muy dispares al respecto, un sector de los expertos sostiene que los individuos que forman las redes de intercambio se rigen por una serie de normas no escritas tales como «no contribuir a la difusión de archivos contaminados con virus,

troyanos o programas espía; no codificar los archivos compartidos; no difundir archivos incompletos o codificados con el fin de pedir una compensación económica a cambio de las claves para liberarlos; no compartir en la red contenidos camuflados bajo nombres que no les correspondan; no emplear las redes P2P para el intercambio de contenido pedófilo, etc.».».

Sin embargo, hay estudios que demuestran que estas prácticas no son tan armoniosas y que existen intereses implícitos en las actuaciones de algunos *seeders* tal y como revela un estudio de la Universidad Carlos III de Madrid. Concretamente, los investigadores constatan que «estas redes no son tan altruistas como en principio parece. No mantienen la filosofía del P2P, es decir, compartir archivos entre iguales». Durante los ocho meses que duró la investigación, advirtieron que el 75% de los contenidos los suben 100 personas que tienen un perfil muy concreto, ya que son los que actúan con verdadero ánimo de lucro. Estos sujetos suben los archivos a páginas de enlace como *Pirate Bay* o *Mininova*, las cuales están llenas de enlaces y publicidad por la que obtienen beneficios. La cantidad media que se obtiene es de 300 dólares diarios, pudiendo llegar hasta los 4.000 diarios. El profesor que dirigió el proyecto añade que «es un gran negocio porque el mantenimiento es mínimo pero el beneficio es grande»⁹.

Se supone así mismo que los usuarios de este tipo de redes deciden libremente compartir determinados contenidos multimedia con el resto de la comunidad de internautas porque consideran que son suficientemente interesantes como para que la gente tenga acceso a ellos. No existe a primera vista por tanto un ánimo de lucro detrás de estas prácticas, sino que se trataría de alguna forma del equivalente tecnológico a «prestar un libro a un amigo para que lo lea».

Como se ha dicho arriba, *BitTorrent* es uno de los ejemplos paradigmáticos de las redes P2P más usadas en la actualidad. Nos detendremos ahora en analizar cómo funciona este programa desde el punto de vista informático¹⁰. Pues bien, en primer lugar hay que apuntar que, con respecto a otras redes de intercambio, no ofrece la posibilidad de buscar archivos a través de los clientes-torrent, lo cual supone una limitación a la hora de identificar a los posibles vulneradores de derechos de autor. Por el contrario, las búsquedas se deben hacer en Internet, a través de páginas y portales temáticos,

⁹ JIMÉNEZ CANO, R., «¿Quién sube las películas al BitTorrent?», en *El País*, 26 de enero de 2011.

¹⁰ MARCELO, J.F. y MARTÍN, E., *Exprime P2P... op. cit.*, pp.35.

especializados en recopilar y jerarquizar enlaces. Desde esas páginas se descarga un pequeño fichero con la extensión *torrent*, que es el que posteriormente activa la descarga en el cliente. Ese pequeño fichero en realidad contiene la dirección de un servidor de búsqueda o *tracker*¹¹, que informa sobre todas las fuentes desde donde puede descargarse el archivo completo o partes de él. Y éste es el punto de mira de los defensores de derechos de autor que denuncian a las páginas que informan sobre los enlaces que permitirían obtener contenidos ilegales. Sin embargo, para los defensores de las redes de intercambio esto equivaldría a meter en la cárcel a un ciudadano por afirmar que «en su calle se vende droga».

Por otro lado, entre los clientes actuales ya no hay servidores, sino que cada usuario hace de *tracker* cuando pone en marcha el programa. La estructura de la red ha sido pensada para acelerar al máximo la descarga de los archivos. Para ello, cada usuario de la red que solicita un archivo se convierte además en servidor de pequeñas porciones del mismo, según las va descargando. El número de fuentes disponibles se multiplica por mil, aunque las descargas, sobre todo de novedades, tardan algo más en adquirir velocidad de crucero. Además, hay que precisar que la prioridad de la descarga está basada en un sistema de méritos. Tiene derecho a descargar más datos y más rápidamente quien más contenidos comparta, mayor ancho de banda dedique y mayor número de conexiones admita.

Centenares de millones de archivos compartidos, millones de usuarios y decenas de programas cliente: estos datos reflejan que las redes *BitTorrent* son la opción estrella del intercambio de archivos. Concretamente, el cliente *BitTorrent Oficial* probablemente sea el cliente P2P más utilizado junto con *eMule*, que trabaja con las redes *eDonkey* y *Kademlia*. Pero no se hacen la competencia ya que *eMule* es un software de intercambio de largo recorrido, donde los archivos tardan bastante en bajar, y donde es necesario tener activadas varias descargas simultáneamente. Para hacernos una idea, una película puede tardar, en el peor de los casos, hasta dos semanas en descargarse por completo. Por el contrario, con *BitTorrent* las descargas son espectacularmente rápidas, lo que permite tener una película codificada en *DivX* en menos de dos o tres horas según el ancho de banda disponible. Pero, además, hay que apuntar que, según los expertos,

¹¹ Definición MARCELO, J.F. y MARTÍN, E., *Exprime P2P... op. cit.*, p.29: Dentro de las redes BitTorrent, son los ordenadores donde se conectan los usuarios para encontrar al resto de pares. Son los que gestionan las entradas y salidas de la red, y quienes verifican cada nueva entrada. Además, llevan cuenta de quién comparte y el qué.

BitTorrent era en 2009 el responsable de aproximadamente el treinta por ciento del volumen de tráfico de Internet.

2. Situación actual del uso de las redes P2P

2.1. Anuario SGAE 2013

Uno de los ámbitos en los que más vulneraciones de derechos de autor se producen, junto con el cine, es la industria discográfica. Por ello, me parece interesante analizar la evolución que se ha producido en este sector para después pasar a ver cómo y con qué dimensión las descargas ilegales inciden en el mismo.

Según el Anuario de 2013 publicado por la SGAE¹² se ha producido un cambio de tendencia en los consumidores de música. Concretamente, se ha registrado un notable descenso de ventas de música grabada en soporte CD. La SGAE constata que «Los usos y costumbres han cambiado de tal modo que hoy el disco tiene muy poco valor para los jóvenes como objeto en sí mismo (y recordemos que durante décadas se consideró una creación artística que merecía la pena poseer y conservar: arte de masas)». Para, por lo menos, un par de generaciones los discos no tienen ningún significado e, incluso, la mayor parte de la sociedad cree que no merece la pena gastar dinero en ellos, lo cual puede ser también un claro efecto de la situación de crisis económica que llevamos padeciendo ya algunos años. No comprar un CD es ahora una forma de reducir gastos innecesarios ya que conseguir gratis las grabaciones musicales sólo es cuestión de hacer un par de clics en internet. A este respecto, la SGAE aporta los siguientes datos: «en 2012, el sector de la música grabada parece que consiguió frenar la evolución a la baja que venía sufriendo en los últimos años, en que las ventas descendieron imparablemente. En 2012, tras un periodo de 13 años de descenso ininterrumpido, por primera vez se incrementaron las ventas mundiales de música grabada. Esta subida, sin embargo, es insuficiente (0,15%) y no consigue compensar las pérdidas que desde 1999 viene sufriendo el negocio discográfico. Las ventas globales de 16.500 millones de dólares están muy lejos de los 27.600 millones facturados en 1999 (un 40,29% menos)»¹³. Este ligero incremento se explica gracias al aumento de las

¹² Anuario SGAE 2013, apartado de Música Grabada. Disponible en: <<http://www.anuariosgae.com/anuario2013/frames.html>> (último acceso noviembre 2013).

¹³ Vid. Capítulo VII «Otros documentos», apartado 3.1. Gráfico 1: «Evolución ventas mundiales de música grabada (2002-2012)».

ventas de **música en soporte digital** (que sigue ganando terreno a los soportes físicos) y que en 2012 subieron un 8%, pasando de 5.371 a 5.798. «En algunos países como EE.UU. e India, la música digital supone ya más de la mitad de las ventas y, según los expertos, parece que ésta será la tendencia a nivel mundial para las próximas décadas»¹⁴.

Sin embargo, las ventas de discos en formato físico se redujeron en un 2,1%, aunque siguen representando la mayor parte de las ventas de música grabada, esto es, el 57%. Se puede concluir por lo tanto que es el soporte físico el que en mayor medida acusa este descenso continuado de las ventas de música grabada. «En 2012 supuso el 57% de las ventas globales mientras que en el año anterior había representado el 60% del mercado, lo que supone una pérdida de algo más de dos puntos de un año a otro. Por el contrario, desde 2006 los soportes digitales siguen una línea ascendente, ganando peso relativo en las ventas globales de música grabada. En 2012 recae sobre ellos el 35% de las ventas, dos puntos más que en 2011, lo que en valor supone 5.800 millones de dólares»¹⁵.

Centrándonos en los países que serán objeto de análisis en este trabajo, cabe apuntar que Alemania ocupa el puesto 4 en el ranking mundial de ventas de música grabada y en este país el soporte físico constituye aún un alto porcentaje de su volumen total de ventas (79% en 2012), mientras que el soporte digital con un 31% está experimentando un aumento progresivo desde 2010. En cambio, en España, que se encuentra en el puesto 13, las ventas de música grabada son muy inferiores a las que se realizan en Alemania, aunque el soporte digital también le está ganando camino al soporte físico¹⁶.

El Anuario de la SGAE también dedica un apartado a las descargas de música a través de Internet, en el que se constata que existe una tendencia a la baja en las descargas realizadas por la población de entre 14 y 70 años. En 2012, un 15,7% de la población

¹⁴ En EE.UU. p.ej. el mercado de la música lleva varios años ya comercializándose a través de las llamadas «tiendas electrónicas». Los expertos prevén un aumento potencial de la explotación de las obras protegidas por PI en formato digital dado que podrá accederse a cualquier clase de contenido digitalizado a través del ordenador o cualquier otro aparato electrónico, bien *online* por medio de cualquier canal de distribución (satélite, cable, línea telefónica) o, «fuera de línea», empleando productos tangibles.

¹⁵ Vid. Capítulo VII «Otros documentos», apartado 3.2. Gráfico 2: «Evolución ventas mundiales de música grabada según soportes (2004-2012)» y apartado 3.3. Gráfico 3: «Evolución mundial de ventas globales de música grabada digital (2005-2012)».

¹⁶ Vid. Capítulo VII «Otros documentos», apartado 3.4. Tabla 2: «Principales países en ventas de música grabada en 2012».

descargó música a través de internet mientras que en 2011 la media fue del 18,7%¹⁷. «El volumen total de archivos descargados a lo largo del año también es ligeramente inferior al de 2011, aunque es un descenso muy leve. En 2012 se descargaron un total de 3.037 millones de archivos musicales, de los cuales 2.673 millones fueron sin coste y 364, millones de pago. Respecto a 2011, las descargas sin pagar, aunque constituyen el mayor volumen, se han reducido, mientras que las descargas pagando se han incrementado un 43,3%», tendencia positiva que se registra desde 2009¹⁸.

2.2. Lista 301 del Departamento de Comercio de EE.UU.

En este contexto es también necesario hacer referencia en este apartado a la Lista 301¹⁹ que elabora con carácter anual el Departamento de Comercio de Estados Unidos, también conocida como «la lista negra de piratería de EE.UU.». A este respecto, en 2011 «El País» informaba que EE.UU. cree que la llamada Ley Sinde²⁰ es «un primer paso muy bienvenido para luchar contra los delitos intelectuales a través de la red» y revela que «el Gobierno español le ha remitido un informe "confirmando que la ley permitirá actuar contra páginas de descargas y de enlaces"»²¹. Esto significaba que, por primera vez en cinco años, EE.UU. no incluía a España entre los peores países en cuestión de piratería (esta vez estaban al frente China, Rusia y Canadá, y los dos primeros registraban índices de piratería superiores al 90% del mercado), aunque la mantenía en la llamada «lista de vigilancia». Esta fue por tanto una buena noticia porque, cuando un país permanece mucho tiempo en la lista negra, el departamento comercial de EE.UU. se reserva el derecho a imponer sanciones comerciales.

Ya en 2012 España salió formalmente de la Lista 301 después de haber aparecido en ella durante cuatro años y en 2013 se salvó literalmente de volver a aparecer en la misma. Y es que desde la Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual (IIPA) se pidió en febrero de 2013 que España volviera a entrar en la lista negra de la piratería informática debido a que «España tiene uno de los peores problemas de piratería de la

¹⁷ Vid. Capítulo VII «Otros documentos», apartado 3.5. Gráfico 8: «Porcentaje de individuos que descargan música en España desde Internet (últimos meses 2008-2012)».

¹⁸ Vid. Capítulo VII «Otros documentos», apartado 3.6. Gráfico 9: «Volumen total de archivos musicales descargados al año (2007-2008)».

¹⁹ Lista 2011 disponible en:

<<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/reports-and-publications/2011/2011-special-301-report>> (último acceso diciembre 2013).

²⁰ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible («BOE» núm. 55, de 05 /03/2011; Ref. A-2011-4117).

²¹ VERDÚ, D., «EEUU rebaja la presión a España por la piratería», en *El País*, 3 de mayo de 2011.

UE»²². Sin embargo, el informe²³ dejó finalmente a España fuera de la lista negra. Eso sí, la Oficina de Comercio estadounidense detalla en el *Out-of-Cycle-Review* (OCR) que elaborará una serie de informes para asesorar al país en cuestiones de propiedad intelectual en Internet.

2.3. Estudio de Internet 2008/2009 de IPOQUE

Para poder observar ahora de forma más específica el volumen de descargas que se realizan a través de las redes P2P, son muy interesantes los datos proporcionados por la compañía IPOQUE del grupo *Rohde & Schwarz*²⁴. A este respecto resulta relevante su Estudio de Internet 2008/2009²⁵ que analiza las características del tráfico de internet en ocho regiones del mundo²⁶. En general, una de las conclusiones a las que se llega en dicho estudio es que las redes P2P son las productoras del mayor volumen de tráfico de datos a través de Internet en todas las regiones objeto del estudio, si bien dicho tráfico se ha visto reducido en comparación con los datos de 2007. Interesa aquí destacar que en Alemania las redes P2P son las responsables del 53% del tráfico de datos, mientras que en el sur de Europa constituyen un porcentaje del 55%. Por otro lado, se constata que entre las redes P2P, la más popular es *BitTorrent* (en Alemania 37% y en el sur de Europa 27% de uso).

El tipo de contenido que más se comparte en *BitTorrent* son archivos de video, seguidos por software o aplicaciones. Por una parte, en el sur de Europa las películas constituyen un 66,7% de los archivos que se comparten, seguidas por los juegos con un 15,2% y la música con un 6,1%²⁷. En cambio, en Alemania la distribución es algo distinta. También prevalecen las películas pero con un porcentaje de solo 38,5%, se descargan

²² KOCH, T. Y MARCOS, A., «España se salva de volver a la lista negra de la piratería de EE UU», en *El País*, 1 de mayo de 2013.

²³ Lista 2013. Disponible en: <<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/reports-and-publications/2013/2013-special-301-report>> (último acceso diciembre 2013).

²⁴ Página web <<http://www.internetobservatory.net/en>> (último acceso marzo 2014).

²⁵ Posible descarga de documento en formato PDF en: <<http://www.internetobservatory.net/en/resources/internet-studies>> (último acceso diciembre 2013).

²⁶ El norte de África, el sur de África, América del Sur, Oriente Medio, Europa del Este, el sur de Europa, el sudoeste de Europa y Alemania.

²⁷ *Vid.* Capítulo VII «Otros documentos», apartado 3.7. Gráfico 10: «Distribución del contenido de BitTorrent en el sur de Europa, número de archivos exclusivos».

más aplicaciones y juegos (19,3%) y los archivos de contenido pornográfico se sitúan en el cuarto lugar con un 9,6%²⁸.

2.4. El cierre de *Megaupload* y el resurgimiento de las redes P2P

Para constatar la actualidad de esta problemática y que el empleo de las redes P2P hoy en día es algo real, creo que es necesario recordar que estos programas han vuelto a renacer debido al cierre de páginas como *Megaupload* y *Cinetube* en 2012. Y es que, en general, se había constatado un descenso del intercambio de archivos en favor de la descarga o el *streaming*, es decir, el visionado *online* de películas sin necesidad de descarga alguna²⁹. En el caso de España, *Megaupload* era utilizada por la cuarta parte de los internautas españoles (unos siete millones). En cifras globales, esta página era el suministrador líder de series y películas, con 150 millones de usuarios en todo el mundo. Pues bien, tras el cierre de esta página por el FBI, se percibió una resurrección del P2P, cuyo tráfico de paquetes en Europa alcanzó el 15% del total según IPOQUE.

Sin embargo, Pepe Cerezo, socio de la consultora tecnológica RocaSalvatella, indicaba que «aunque algunos datos parciales publicados muestran el auge de las redes P2P, es pronto para poder sacar conclusiones. La transformación de los modelos de consumo de medios es un proceso mucho más profundo y que no tiene vuelta atrás. Lo que ha demostrado Internet desde su nacimiento, es que si la industria no ofrece soluciones innovadoras y cubre las demandas del nuevo consumidor otros lo harán por ella»³⁰.

2.5. El Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales de 2013 y el Estudio General de Medios de 2014

El 9 de abril de 2014 la Coalición de Creadores Industriales de Contenidos hizo público el Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales de 2013³¹,

²⁸ Vid. Capítulo VII «Otros documentos», apartado 3.8. Gráfico 11: «Distribución del contenido de BitTorrent en el Alemania, número de archivos exclusivos».

²⁹ DELCLÓS, T., «El uso del P2P crece en Europa tras el cierre de Megaupload», en *El País*, 26 de enero de 2012. Disponible en: <http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/01/26/actualidad/1327564710_986496.html> (último acceso diciembre 2013).

³⁰ MUÑOZ, R., «El día en que el FBI resucitó el p2p», en *El País*, 30 de enero de 2012. Disponible en: <http://cultura.elpais.com/cultura/2012/01/30/actualidad/1327956914_458890.html> (último acceso noviembre 2013).

³¹ Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales de 2013 elaborado por La Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos. Disponible en: <<http://lacoalicion.es/wp->

el cual valora el impacto económico de las descargas ilegales y es uno de los estudios más recientes en la materia. Sus principales resultados arrojan que **el 51% de los internautas declaran acceder a productos de forma ilegal**, de los cuales el 28% se refiere a contenidos musicales, el 43% a películas, el 10% a videojuegos y el 15% a libros. Por otro lado, hay que destacar que la mayor parte de los internautas realiza descargas ilegales porque ello le permite acceder a los contenidos de forma gratuita y, además, 1 de cada 4 lleva a cabo este tipo de conductas por costumbre, «porque lo hace todo el mundo y porque piensan que no hay consecuencias para la industria ni para el usuario de la red».

El informe concluye así mismo que **el 84% de todos los contenidos culturales adquiridos en España es pirata**, una cifra alarmante de la que se hacen eco las noticias de prensa³². Dicho porcentaje se traduce en que el total de lo pirateado *online* supera los 16.136 millones de euros. En general, las descargas ilegales aumentaron en 2013 un 4,6%, pirateándose en mayor volumen todos los tipos de contenido a excepción de la música, que muestra un leve descenso. Sin embargo, las descargas de libros se han triplicado. El Observatorio apunta además que dicho crecimiento se debe a la rápida implantación de los dispositivos electrónicos como *tablets* o *e-books*. De otro lado, en 2013 tuvo lugar un aumento de las descargas ilegales de películas, lo cual se debe, en opinión de Iñigo Palao en declaraciones al diario «El País», a que en 2012 tuvo **lugar el cierre de Megaupload**, acontecimiento que produjo una caída en las descargas, tendencia que se subsanó en pocos meses por medio del empleo de los *Torrents* y las páginas de enlaces. Sin embargo, esta tendencia a usar las redes P2P parece haberse reducido según demuestra la última encuesta de audiencia de Internet del Estudio General de Medios (en adelante EGM) correspondiente a febrero/marzo de 2014³³. Concretamente, el EGM indica que se ha producido una caída sustancial del número de internautas que comparten archivos (pasan de un 32% en 2008 a un 12% en 2014)³⁴.

content/uploads/Observatorio-pirater%C3%ADa-2013-Ejecutivo.9-abril-2014.pdf> (último acceso abril de 2014).

³² LÓPEZ PALACIOS, I., «El 84% de todos los contenidos culturales adquiridos en España es pirata», en *El País*, 9 de abril de 2014.

Disponible en: <http://cultura.elpais.com/cultura/2014/04/09/actualidad/1397039187_622486.html> (último acceso abril 2014).

³³ Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación, «Estudio General de Medios de los meses febrero y marzo de 2014». Disponible en: <<http://www.aimc.es/Entrega-de-resultados-EGM-1%C2%AA-ola,1409.html>> (último acceso mayo 2014).

³⁴ *Vid.* Capítulo VII «Otros documentos», apartado 3.9. Gráfico 12: «Servicios de Internet usados en los meses de febrero/marzo de 2014 según la EGM».

Hay voces como la de Juan Cabrera para las cuales estos datos demuestran **que el intercambio de archivos P2P se ha convertido en una actividad residual** pero, no obstante, «esta tendencia no debería suponer un alivio para los creadores de contenidos, que todavía tienen pendiente ajustar y darle una vuelta a su modelo de negocio»³⁵.

Para valorar estos datos en su conjunto no se puede pasar por alto el comunicado que el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte realizó el mismo 9 de abril vía *Facebook* sobre el Observatorio³⁶. El Ministerio manifestó que se trata de «un estudio estimativo encargado por parte interesada», el cual no fue remitido con antelación a su publicación al Ministerio para poder analizarlo con rigor. A continuación, el Ministerio puso de relieve que la Coalición de Creadores o la consultora privada a la cual encargaron el informe «no han contrastado los datos con la Subdirección de Propiedad Intelectual del MECD sobre la eficacia de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual en relación con el tiempo empleado en la tramitación de un expediente». Efectivamente, esta cuestión también es objeto de análisis en el Observatorio, arrojando los escasos resultados alcanzados por la Sección Segunda de la CPI desde 2012 y resaltando que el tiempo medio de inicio de un expediente es de 400 días, el cual es reducido por el MECD a un máximo de 256 días.

III. Aspectos generales de la Propiedad Intelectual en la sociedad de la información

1. Introducción

Antes de pasar a analizar las cuestiones objeto de este trabajo, relativas a la vulneración de los derechos de autor, es necesario exponer las bases del régimen jurídico de la PI, para así poder comprender la problemática de fondo.

En general, la regulación de la PI supone la protección de creaciones intelectuales que, reuniendo las características de originalidad y creatividad suficientes, no tienen

³⁵ CABRERA, J., «El intercambio de archivos P2P no es lo que era», en *El Huffington Post*, 3 de mayo de 2014. Disponible en: <http://www.huffingtonpost.es/juan-cabrera/el-intercambio-de-archivos-p2p_b_5226621.html?utm_hp_ref=spain> (último acceso mayo 2014).

³⁶ Comunicado del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte sobre el Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo, de 9 de abril de 2014. Disponible en: <https://www.facebook.com/MinisterioDeEducacionCulturaYDeporte/posts/272180562951634?stream_ref=5> (último acceso abril 2014).

aplicación industrial sino carácter científico, artístico o literario³⁷. En España, al igual que ocurre en Alemania, la normativa distingue entre propiedad intelectual e industrial por razones sistemáticas, dando un tratamiento diferenciado a estos ámbitos³⁸. Sin embargo, p.ej. la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) incluye dos categorías diferenciadas dentro de su definición de propiedad intelectual, a saber, la propiedad industrial y los derechos de autor.

En principio, parece que se acepta la inclusión de la PI en el ámbito del Derecho mercantil, al igual que ocurre con la propiedad industrial. Y es que los derechos de autor tienen una gran relevancia en el actual entorno de mercado y, además, estos derechos inmateriales están configurados como auténticos derechos reales de propiedad. Por otro lado, hay que destacar que, aunque tradicionalmente se configuró como un atributo de la personalidad cuyo titular tiene derecho a proteger, hoy en día resulta también muy importante el carácter netamente patrimonial de estos derechos, ya que las obras literarias, artísticas o científicas se consideran como un bien gracias a cuya explotación comercial el autor puede obtener beneficios económicos.

2. Terminología

Es conveniente distinguir entre algunos de los conceptos que se manejarán en este trabajo y que en la práctica pueden llegar a confundirse. Por un lado, la concepción de propiedad intelectual de la que se hace uso en la legislación española «pone su acento en el objeto, la creación intelectual (*corpus mysticum*), como bien inmaterial distinto del soporte (*corpus mechanicum*) en el que se contiene y exterioriza la creación»³⁹. Dicho concepto tiene un sentido impropio que se refiere únicamente al derecho del creador de la obra y un sentido propio en el cual se engloban también los llamados derechos vecinos, afines, o conexos (derechos de artistas, intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas, etc.). Sin embargo, esta expresión es criticada por su resistencia a admitir que el derecho de autor sea una verdadera propiedad y por dar más importancia al aspecto patrimonial en detrimento del elemento moral que conforma dicho derecho.

³⁷ Art.10 LPI contiene una enumeración abierta de supuestos de obras protegidas por el derecho de autor.

³⁸ PEINADO GRACIA, J.I., «La propiedad intelectual: Derechos de Autor y derechos afines» en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Menéndez et al. (dir.), vol. I, 11ª edic., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp.227 – 239.

³⁹ PLAZAS PENADÉS, J., «Propiedad intelectual y tecnologías de la información y la comunicación», en *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Plaza (dir.), 1ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p.632.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico alemán se basa en la noción de «derechos de autor» (*Urheberrecht*) que destacan al sujeto del derecho y la relación o vínculo que se genera entre éste y la obra, por lo que aquí se critica precisamente que se omita cualquier referencia al objeto del derecho. Finalmente, hay que hacer referencia al término de origen anglosajón *Copyright* o «derecho de copia», cuyo símbolo © es bien conocido y pone de relieve la existencia y reserva de derechos de PI.

Así mismo, es importante introducir ya el concepto de «prestadores de servicios de la sociedad de la información» en el cual se engloban, entre otros, los «proveedores de acceso a Internet» tal y como se explica en la Exposición de Motivos de la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico⁴⁰. Esta apreciación resultará de utilidad cuando se estudien las medidas de lucha contra la vulneración de los derechos de PI previstas tanto en la LSSI como en la Ley Propiedad Intelectual⁴¹. De igual forma la LPI se refiere a «intermediarios» o «proveedores de servicio de intermediación» según la LSSI. De nuevo se trata p.ej. de aquellos que realizan actividades consistentes en la prestación de servicios de acceso a Internet (art.12 bis LISS). Concretamente, según el apartado III de la Exposición de Motivos de la LSSI, por actividades de intermediación se entienden p.ej. la transmisión, copia, alojamiento (p.ej. *YouTube*) y localización de datos en la red. De todo ello se deduce que la Ley se refiere, entre otros, a los proveedores de acceso a Internet cuando habla en general de prestadores de servicios de la sociedad de la información y cuando se refiere específicamente a los intermediarios. En cuarto lugar, hay que distinguir de los anteriormente indicados el término «proveedor de contenidos», figura que según el art.17 LSSI se refiere a «prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos instrumentos de búsqueda de contenidos» (p.ej. páginas de enlaces).

Finalmente, a la hora de analizar las conductas llevadas a cabo por los usuarios de las redes P2P, conviene no confundir por un lado el término «piratería», el cual se define en el art.51 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, el cual indica que «se entenderá por “mercancías pirata que lesionan el derecho de autor” cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de

⁴⁰ Publicado en «BOE» núm. 166, de 12/07/2002; Ref. BOE-A-2002-13758.

⁴¹ «BOE» núm. 97, de 22/04/1996; Ref. BOE-A-1996-8930.

producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación»⁴². Por otro lado, el concepto jurídico de «copia privada» será objeto de un sucinto análisis en el Capítulo IV de este trabajo.

3. Fuentes y régimen jurídico

Pasando ya a la regulación de la materia, en primer lugar hay que indicar que en España existen divergencias a la hora de esclarecer qué preceptos contienen la ordenación constitucional de los derechos que conforman la PI. Siguiendo a Plazas Penadés⁴³, hay que partir del art.20.1º letra b CE, donde se reconoce el derecho a la creación y producción literaria, artística, científica y técnica. Según este autor, dicho derecho incluye en todo caso la libertad de creación e investigación, pero pretendió así mismo la protección del derecho de autor (interpretación auténtica), aunque la vertiente patrimonial del mismo encaja mejor en el art.33 CE relativo al derecho de propiedad. Según la reinterpretación que del art.20.1º letra b CE hace Plazas Penadés, dicho precepto incluiría «tanto el derecho a decir el contenido y la forma que debe tener la creación intelectual, como el derecho a decidir la forma en que la creación debe ser divulgada y dada a conocer a los demás». Como conclusión, este artículo integraría tanto la libertad de creación y producción como el derecho moral de autor a modo de proyección de esa libertad de creación y producción sobre el resultado concreto de la creación. En segundo lugar, y al contrario de lo que sucede en la CE, la Ley Fundamental de Bonn otorga la condición de derecho fundamental a las dos vertientes que conforman los derechos de autor (*Urheberrechte*). De un lado, el art.2 GG regula la vertiente moral y el art.14 GG la vertiente patrimonial, previendo así mismo límites a dicha garantía de propiedad privada. De forma más explícita que el art.33.2º CE, el art.14.2º de la Ley Fundamental de Bonn hace mención a la función social de los bienes privados. Es decir, el legislador alemán entiende que debe existir un equilibrio entre el ejercicio de la propiedad privada sobre las creaciones espirituales y culturales y el

⁴² Observatorio Mundial de la Lucha contra la piratería de la UNESCO. Disponible en: <http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=39397&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> (último acceso mayo 2014).

⁴³ PLAZAS PENADÉS, J., «Propiedad intelectual y tecnologías ... *op. cit.*, pp.646 y ss.

acceso de la sociedad a las mismas. Y es que, según Raue y Hegemann⁴⁴, el autor de las creaciones espirituales y culturales se ha inspirado en su proceso de creación en la sociedad que le rodea, por lo que debe permitir a los demás el acceso a sus obras para aportar nuevos conocimientos y convertirse así mismo en fuente de inspiración.

En cuanto al desarrollo de dichos preceptos constitucionales, de un lado el ordenamiento jurídico español regula la propiedad intelectual en el Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. De otro lado, en Alemania está vigente la *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* de 9 de septiembre de 1965⁴⁵ (en adelante UrhG). Ambos textos legislativos fueron modificados para incorporar la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo⁴⁶, que supuso la armonización de los derechos patrimoniales de los titulares de derechos en el mundo digital en la UE. Dicha Directiva fue a su vez modificada por la Directiva 2011/77, de 27 de septiembre⁴⁷, para cuya transposición al ordenamiento jurídico español se elevó el 22 de marzo de 2013 al Consejo de Ministros la propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación de la LPI y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pues bien, tomando como referente la LPI española, cuyo contenido en este aspecto es muy similar al de la UrhG, se hace necesario definir de forma más concreta los derechos de autor que otorga la PI, haciendo una diferenciación entre derechos de carácter patrimonial (derechos de explotación y de remuneración) y derechos de carácter moral (naturaleza personal)⁴⁸. En primer lugar, en relación a los derechos de carácter moral hay que apuntar que los mismos derivan de la vinculación existente entre la obra y la persona de su creador, convirtiendo a estos derechos en personalísimos, lo cual implica que son irrenunciables, inembargables e inalienables. Además, solo se podrán transmitir *mortis causa* algunos de estos derechos morales como el derecho de divulgación, integridad de la obra y reconocimiento de autoría sobre la misma, extinguiéndose por tanto el resto de derechos morales con la muerte del autor. Si se produce la lesión de dichos derechos morales, el titular podrá exigir la correspondiente indemnización por

⁴⁴ RAUEL, P. UND HEGEMANN, J., «Uhrheberrechtliche Schranken bei Online-Produkten», en *Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*, Hoeren et al. (dir.), 28ª edic., C.H. Beck, München, 2011, p.9.

⁴⁵ BGBl. I S. 1273.

⁴⁶ Diario Oficial nº L 167 de 22/06/2001, p. 0010 – 0019.

⁴⁷ Diario Oficial nº L 265 de 11/10/2011, p. 1/5.

⁴⁸ Vid. Capítulo VII «Otros documentos», apartado 3.10. Esquema 1: «Derechos de Propiedad Intelectual».

daño moral sin necesidad de probar el perjuicio económico producido (art.140 LPI)⁴⁹. Los derechos morales se enumeran en el art.14 LPI, que tiene el carácter de lista cerrada. En cuanto a la duración de estos derechos, hay que diferenciar por un lado los derechos que jamás se extinguirán (derecho de paternidad y de integridad), que en ausencia del autor podrán ser ejercidos por sus herederos o personas naturales o jurídicas designadas (art.15.1º LPI). Por otro lado, el derecho de divulgación se extinguirá pasados 70 años tras el fallecimiento del autor (art.15.2º LPI) y el resto de los derechos morales del art.14 LPI se extinguirán tras el fallecimiento del autor.

En segundo lugar, los derechos patrimoniales o de explotación están enumerados en los arts.17 – 23 LPI aunque no se trata de una lista cerrada, pudiendo existir otras modalidades de explotación como p.ej. el derecho a recibir una compensación por copia privada. Estos derechos duran toda la vida del autor y setenta años tras su fallecimiento (art.26 LPI). Por último, hay que apuntar que estos derechos se pueden transmitir *mortis causa* o *inter vivos*, aconteciendo en este último caso una adquisición derivativa.

4. La evolución tecnológica como presupuesto de los cambios legislativos

Una vez asentado el marco jurídico vigente, es posible adentrarse en la problemática de fondo generada en la actualidad por la digitalización de los contenidos de obras protegidas por derechos de autor y el surgimiento de la llamada sociedad de la información, fenómenos que han causado una revolución en esta rama del Derecho. Y es que existe una innegable relación entre el desarrollo de las nuevas tecnologías y la explotación de las creaciones intelectuales protegidas por la PI.

En el momento actual los consumidores tienen a su disposición un amplio elenco de medios por medio de los cuales acceder a la información. Así, por un lado, la tecnología analógica (VHS, casetes) que tuvo una amplia expansión, ha dado paso a la novedosa tecnología digital conformada por soportes mucho más potentes (DVD, usb, mp3, discos duros) y al pujante desarrollo de los productos online a través de Internet u otras redes o medios que permiten ese tipo de servicios, especialmente en lo relativo a los conocidos como *on-demand services* (servicios a la carta), a los cuales los usuarios pueden acceder desde el lugar y en el momento que quieran de forma permanente, dado

⁴⁹ Ver Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 10 de marzo de 2009 (asunto Zubi Zuri).

que están almacenados en formato digital⁵⁰. Todo ello ha supuesto la obligación de realizar adaptaciones legales de gran calado, produciéndose las primeras en el ámbito internacional y trascendiendo a la UE que, como ya se apuntó antes, procedió a armonizar las legislaciones nacionales dando lugar a la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo. Sin embargo, la principal carencia de esta norma comunitaria es el régimen de las excepciones o limitaciones a los derechos de autor, siendo prioritaria su revisión y la concreción del concepto de copia privada⁵¹.

IV. Aspectos particulares: copia privada y entidades de gestión

1. La propuesta de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual

Como consecuencia de la evolución tecnológica que estamos viviendo en los últimos tiempos, el ordenamiento jurídico español está experimentando cambios que atañen concretamente al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. El primer paso se dio con la propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, el APL), que se elevó el 22 de marzo de 2013 al Consejo de Ministros. Dicho texto permaneció paralizado, sin que se efectuasen avances en su tramitación parlamentaria hasta que, casi un año más tarde, el 14 de febrero de 2014 el Consejo de Ministros aprobara la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de reforma parcial de la LPI. Esta situación fue un tanto paradójica ya que, como refleja el Consejo General del Poder Judicial en su informe, la Exposición de Motivos del APL indica que el mismo trata «problemas urgentes cuya resolución no puede esperar a la elaboración de un proyecto integral de nueva Ley de Propiedad Intelectual».

Por todo ello, en los apartados siguientes se expondrá tanto el régimen jurídico vigente en noviembre de 2013 (momento del comienzo de esta investigación) como las modificaciones que se van a introducir en la esfera de la LPI española desde el primer

⁵⁰ PLAZAS PENADÉS, J., «Propiedad intelectual y tecnologías ...», en *Derecho y ...*, pp.628 y ss.

⁵¹ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de internet*, 4ª edic., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp.626 – 627.

los textos normativos enunciados y de los respectivos informes elaborados por el CGPJ, el Consejo de la CNC y el Consejo de Estado.

2. La copia privada como límite a los derechos de Propiedad Intelectual

2.1. Régimen vigente

En primer lugar, hay que poner de manifiesto que el Derecho de PI no es un Derecho absoluto⁵², sino que existen límites materiales a los derechos de explotación del titular legítimo de la PI que permiten a terceros realizar actos de explotación, siempre y cuando exista para ello una causa legal de justificación. La permisión de la existencia de dichos límites tiene como fuente primordial en el ordenamiento europeo al **art.5.2º letra b) de la Directiva 2001/29/CE**, de 22 de mayo de 2001. Dicho precepto permite (no obliga) a los Estados miembros de la UE el establecimiento de límites al derecho de reproducción, el cual se materializa, entre otros, en el derecho de las personas físicas a realizar copias para uso privado. No obstante, a modo de contraprestación, la Directiva obliga a los Estados miembros que implanten este límite a establecer una vía para que los titulares de esos derechos de reproducción reciban a cambio una compensación equitativa. Por lo tanto, en la actualidad la incorporación de este límite al derecho de autor en los ordenamientos internos es voluntaria. Sin embargo, la UE tiene previsto analizar en el futuro el grado de implantación que hayan tenido dichos límites para proceder, en su caso, a una armonización que tenga para los Estados miembros un carácter más vinculante y obligatorio⁵³.

Este tipo de limitaciones se conocen también como usos honrados (*fair use*) y solo serán efectivas si pasan **la prueba de las tres fases**⁵⁴ (*three-step test*) consagrada, en el caso del ordenamiento español, en el art.40 bis LPI. El primer requisito general consiste por un lado en admitir límites o excepciones a los derechos de explotación, en la forma en que determine la Ley y para determinados casos especiales. El segundo requisito establece que los límites a los derechos de autor sean ejercitados de forma que no atenten contra la explotación normal de la obra. De esta forma se protegen los derechos patrimoniales del autor y se evita, en opinión de Plaza Penadés, «que con la excusa de

⁵² PEINADO GRACIA, J.I., «La propiedad intelectual: Derechos de Autor y derechos afíne», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Menéndez et al. (dir.), vol. I, 11ª edic., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, p.239.

⁵³ PLAZAS PENADÉS, J., «Propiedad intelectual y tecnologías ... *op. cit.*, p.833.

⁵⁴ PLAZAS PENADÉS, J., «Propiedad intelectual y tecnologías ... *op. cit.*, pp.754 y ss.

realizar un acto legalmente permitido se realicen prácticas abusivas». Por último, el límite debe ejercitarse de forma que no cause un perjuicio injustificado a los intereses (morales) legítimos del autor.

Concretamente, uno de dichos límites a los derechos de autor es el de la copia privada o «copia lícita» regulado en el art.31.2º LPI. Dicho precepto dispone en su apartado segundo que las obras ya divulgadas⁵⁵ podrán reproducirse sin autorización del autor, cuando quien lleve a cabo dicha reproducción sea «una persona física para **su uso privado** a partir de obras a las que haya **accedido legalmente** y siempre que la copia obtenida no sea objeto de una **utilización colectiva ni lucrativa**, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25».

Para comprender el alcance de esta previsión, se hace necesario concretar el significado de algunos de los términos que aparecen en dicho artículo. Por un lado, el derecho de reproducción, que aparece regulado en el art.18 LPI, se refiere a «la fijación de una obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella»⁵⁶. Por otro lado, el uso privado equivale a «uso personal», no siendo por tanto un mero antónimo del concepto de uso público, lo cual supone que únicamente sería ilícito hacer un uso generalizado de la copia. Pero además, para que la copia sea lícita, no debe hacerse una utilización colectiva de la misma, lo que supondría que varias personas, más allá del racional uso privado, accediesen y utilizasen la copia privada. Es muy importante recordar que dicho concepto no debe confundirse con el derecho exclusivo de explotación de «comunicación pública»⁵⁷, el cual se define como «todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra **sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas**» (art.20.1º LPI). Por lo tanto, cabría apuntar que la utilización colectiva podría incluir supuestos en los que se dé un empleo más restringido de una obra protegida por derechos de autor que el que se hace por medio de un acto de comunicación pública que se caracteriza por ser «masivo». P.ej., a mi entender constituiría un supuesto de utilización colectiva que un grupo formado por un número considerado de personas conocidas empleasen la copia privada realizada por

⁵⁵ El art.4 LPI establece que «A efectos de lo dispuesto en la presente Ley, se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma».

⁵⁶ PLAZAS PENADÉS, J., «Propiedad intelectual y tecnologías... *op. cit.*, p.735.

⁵⁷ *Vid.* fundamento de Derecho cuarto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm.103/2014, de 31 de marzo (caso Pablo Soto) que distingue entre ambos conceptos.

una de ellas copiando un archivo en cuestión de un usb/mp3 a otro de forma no indiscriminada. Esta última distinción será relevante a la hora de calificar jurídicamente los actos llevados a cabo por los usuarios de las redes P2P.

Otro requisito de necesario cumplimiento es que la copia no debe emplearse con ánimo de lucro, entendiendo la mayoría de la doctrina que «copista» es aquel sujeto que hace materialmente la copia, aunque sea por encargo de tercero y la copia sea para ese tercero. Sin embargo, Plaza Penadés entiende que la persona que hace la copia para sí o la encarga a un tercero es el verdadero responsable de la utilización lucrativa de la copia. Por último, el art.31.2º LPI indica que es preciso que el acceso a las obras objeto de copia sea legal. Sin embargo, la doctrina no es unánime en cuanto a si la obra que se copia debe haber sido adquirida por el copista o si, por el contrario, cabe la copia de un ejemplar prestado o alquilado. De nuevo hay que destacar la opinión de Plaza Penadés, que estima que habrá copia lícita independientemente de cómo haya adquirido el copista el ejemplar de la obra objeto de la copia.

Partiendo igualmente del art.5.2º letra b) de la Directiva 2001/29/CE, la llamada **Ley de Derechos de Autor alemana** (UrhG) contiene una Sección sexta dedicada a los límites de los derechos de autor. En concreto, el §53 regula las reproducciones para el uso privado y del mismo se predica que está redactado en términos demasiado generales, así como su falta de concreción⁵⁸. Por lo tanto, es dudoso que sus destinatarios puedan entender realmente qué conductas caen bajo el concepto de copia privada. De otro lado, el legislador alemán justifica la imposición de este límite a los derechos de autor debido a que, de este modo, se posibilita que las personas que cuenten con pocos recursos económicos puedan tener acceso a la cultura sin necesidad de adquirir una copia original de la obra⁵⁹.

Analizando el apartado primero del §53 UrhG es posible concluir que, al igual que ocurre en el ordenamiento español, se legaliza la copia privada realizada por personas físicas para su uso privado y sin ánimo de lucro. Sin embargo, uno de los matices que distinguen esta norma de la española es que se autoriza expresamente a que **las copias**

⁵⁸ LOEWENHEIM, *Die Privatkopie*, p.8.

⁵⁹ RAUEL, P. UND HEGEMANN, J., «Uhrheberrechtliche Schranken bei Online-Produkten», en *Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*, Hoeren et al. (dir.), 28ª edic., C.H. Beck, München, 2011, pp.45 y ss.

puedan ser realizadas por un tercero, cuestión que, como se analizó arriba, no es unánime entre la doctrina española. Además, **no es obligatorio que la obra que se copia sea original** ya que, según la doctrina alemana, esto supondría una restricción importante del límite de copia privada que excluiría del ejercicio de dicho derecho a las personas que, por motivos económicos, no puedan acceder a los ejemplares originales de las obras.

Sin embargo, la característica a destacar del mencionado §53 UrhG consiste en que no se permite la reproducción de ejemplares de obras producidos de forma manifiestamente ilegal o **que se hayan hecho públicos contraviniendo la ley**. En relación con el primero de los requisitos, el mayor problema que surge es el de cómo determinar que una obra a la que se tiene acceso legal ha sido producida contraviniendo la ley. Faltaría por tanto una definición de qué se entiende por «producción de forma manifiestamente ilegal». A modo de ejemplo, es fácilmente reconocible que un ejemplar de una obra se ha elaborado de forma manifiestamente ilegal si nos encontramos ante una película colgada en Internet para su descarga antes o poco después de que la misma se haya estrenado en los cines. Del mismo modo, no cabe duda de que la copia de una película que ha sido grabada mientras es proyectada en el cine es manifiestamente ilegal. Se puede concluir entonces que, aunque los usuarios en muchas ocasiones no sean informados del procedimiento de elaboración del ejemplar ante el que se encuentran, éstos podrán reconocer en la mayoría de los casos si la obra se ha hecho pública contraviniendo las leyes. En concreto este tipo de copias a las que se acaba de hacer referencia son las que se conocen comúnmente como «copias piratas»⁶⁰.

Por otro lado, como se apuntó arriba, hay que subrayar la previsión que hace el §53 UrhG al impedir la aplicación del límite de copia privada a las obras objeto de copia que se hayan hecho públicas contraviniendo la ley. Esta condición choca con el art.31.2º LPI que prohíbe la «utilización colectiva» de la copia privada realizada, mientras que la legislación alemana va más allá al condicionar explícitamente el límite de copia privada a que el ejemplar del cual se realiza la copia no se haya obtenido habiéndose producido anteriormente una vulneración del derecho de comunicación pública. Esta redacción del §53 UrhG es sumamente importante ya que establece una previsión directa que permite sancionar las descargas en masa de obras protegidas por derechos de autor en programas

⁶⁰ Vid. definición en el Capítulo III «Aspectos generales de la propiedad intelectual en la sociedad de la información» apartado 2 de este trabajo.

de intercambio *online* de archivos, como podría ser el caso de las redes P2P. Y es que, aunque en esos programas se compartan obras originales o generadas legalmente, la forma en la éstas que se hacen públicas será ilícita ya que se hace un uso colectivo de las mismas, contraviniendo así el §19a UrhG⁶¹.

De todo lo expuesto se extrae que no existen divergencias en cuando a la calificación jurídica de la conducta llevada a cabo por el *seeder*, que comparte ejemplares de obras protegidas a través de la carpeta compartida del programa de red P2P. Efectivamente, de acuerdo con la legislación de ambos países, cabe calificar dicha actuación como un **acto de comunicación pública** (art.20.2º letra i LPI y §19a UrhG).

Sin embargo, en Alemania se considerará que, empleando las redes P2P para el intercambio de archivos protegidos sin autorización previa, el *leecher* actúa de forma ilegal ya que habrá obtenido el ejemplar que descarga – y por lo tanto copia – habiendo vulnerado previamente el *seeder* el derecho de comunicación pública, situación que impide aplicar el límite de copia privada del §53 UrhG y existiendo consecuentemente una vulneración del §16 UrhG que regula el derecho de reproducción. Por contra, en España el *leecher* que descargue una obra protegida de la carpeta compartida de un *seeder* – cumpliendo con el resto de requisitos que impone el art.31.2º LPI – no actuará de forma ilícita y su conducta estará amparada por el límite de copia privada.

Finalmente, es importante apuntar así mismo que, al contrario de lo que ocurre en el sistema español, el ordenamiento jurídico alemán ha optado por regular una **compensación por copia privada** en los §§54-54d UrhG, la cual según el §54 UrhG deberá ser satisfecha por el fabricante de los aparatos, soportes para el almacenamiento de datos o sus accesorios, que puedan emplearse para llevar a cabo actos de reproducción permitidos por el límite de copia privada del §53 apartados 1 a 3. De igual modo, se podrá requerir la compensación al importador y vendedor de dichos aparatos electrónicos (§54b párrafos 1 y 2) o de fotocopadoras (§54c). Por otro lado, el §54 condiciona el pago del canon a que sea previsible que los usuarios de los medios descritos lleven a cabo copias privadas de obras protegidas por derechos de autor para

⁶¹ *Auskunftsrecht bei Urheberrechtsverstößen*, página web del Gobierno de la República Federal de Alemania sobre la protección de datos. Disponible en: <http://www.bfdi.bund.de/cIn_134/DE/Themen/KommunikationsdiensteMedien/Internet/Artikel/AuskunftsrechtsBeiUrheberrechtsverstoss.html?nn=409872> (último acceso abril 2014).

los usos previstos en el §53, párrafos 1 a 3 (copia privada llevada a cabo por personas físicas para su uso particular, con fines científicos no ligados a una actividad profesional, para fines educativos concretos y en los propios exámenes). El hecho de que el mencionado §53 haga una lista detallada de supuestos en los que se estima que se puede aplicar el límite de copia privada, permite concluir que no se hace un uso indiscriminado del canon a empresas y profesionales que adquieren los aparatos y soportes de reproducción digital para fines ajenos a la copia privada. Es más, el propio §54 párrafo segundo prevé expresamente que el derecho a reclamar el canon decae desde el momento en el que se pueda apreciar que los aparatos o soportes de almacenamiento no serán empleados para realizar actos de reproducción. La legislación alemana cumpliría por tanto con la interpretación que hizo el TJUE del art.5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 en su sentencia relativa al caso Padawan⁶².

2.2. Propuesta de modificación

Tal y como se adelantó en el apartado primero del Capítulo IV de este trabajo⁶³, en la actualidad el PLPI está pendiente de ser tramitado ante el Parlamento español. Entre las otras muchas modificaciones de la LPI que prevé dicho proyecto, es especialmente interesante destacar aquí la nueva redacción que se pretende dar al art.31.2º LPI que, como ya se analizó sucintamente en el apartado anterior, regula el límite de los derechos de autor por copia privada. Pues bien, tal y como se indica en el apartado III de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, el motivo fundamental por el cual el legislador español ha decidido realizar este cambio es que la compensación equitativa por copia privada se abona en la actualidad con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, por lo cual «resulta preciso y urgente realizar algunos ajustes legales». Concretamente, la Exposición de Motivos pone de manifiesto que se pretende la **restricción** del límite de copia privada, indicando expresamente que la copia no puede ser realizada por terceros y «excluyendo las reproducciones para uso profesional o empresarial⁶⁴ y las reproducciones a partir de soportes físicos que no sean propiedad del usuario, incluyéndose aquellas no adquiridas por compraventa mercantil y mediante comunicación pública, salvo las reproducciones individuales de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante difusión de la

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Tercera), de 21 de octubre de 2010 (asunto C-467/08).

⁶³ *Vid.* pp. 28 y 29 de este trabajo.

⁶⁴ De esta manera se implanta la interpretación del art.5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 llevada a cabo por el TJUE en el caso Padawan mencionado en el apartado anterior de este trabajo (p.34).

imagen, el sonido o de ambos»». Se añade así mismo un nuevo apartado 3 al art.31 LPI, en el cual se especifican los supuestos excluidos del límite de copia privada, de forma que «ya no solo estarán excluidas las bases de datos electrónicas y los programas de ordenador, sino todas aquellas obras que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal modo que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija»».

En relación con la modificación del régimen del límite de la copia privada, también se modifica el art.25 LPI, precepto que pasa a reconocer que la compensación equitativa a la que se refiere el art.31.2º **se abonará anualmente con cargo a la Ley de Presupuestos Generales del Estado**. También se prevé que el pago de la compensación se realizará **a través de las entidades de gestión de derechos de autor** para facilitar su distribución y debido a que éste es uno de los derechos de gestión colectiva obligatoria más destacados.

Una vez expuestos los cambios que se pretenden introducir en la LPI, es interesante hacer referencia a los informes⁶⁵ que sobre el APL⁶⁶ han elaborado tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado. Dichos informes arrojan efectivamente que se pretende revisar el concepto de copia privada. Además, el CGPJ indica que el APL (al igual que el Proyecto de Ley) profundiza en el sistema implantado por la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre⁶⁷, consistente en **financiar la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado**⁶⁸ en lugar de hacerla efectiva por medio de un canon sobre los equipos, aparatos y soportes de reproducción a recaudar por las entidades de gestión, tal y como se venía haciendo hasta entonces. El CGPJ cree así mismo que este sistema de pago de la compensación equitativa por copia privada puede no ajustarse a las exigencias de la UE, si bien el Gobierno mantiene que éste es un sistema transitorio ya que se está a la

⁶⁵ Informe del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 4 de septiembre de 2013 (IPN 102/13); Informe del Consejo General del Poder Judicial de 25 de julio de 2013; Dictamen del Consejo de Estado de 28 de noviembre de 2013 (número de expediente 1064/2013; Documento CE-D-2013-1064).

⁶⁶ Aunque dichos informes se refieran al Anteproyecto de Ley, las conclusiones de los mismos también son aplicables a las modificaciones que prevé que Proyecto de Ley modificación de la LPI aprobado posteriormente.

⁶⁷ Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

⁶⁸ Sistema regulado en la actualidad por el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

espera de una armonización comunitaria. Mientras tanto se prevé que la no aplicación del llamado «**canon digital**» podría ponerse de manifiesto en un futuro próximo en forma de cuestiones prejudiciales elevadas por algún Juez o Tribunal nacional ante el TJUE. Y es que, a raíz del art.5.2º letra b) de la Directiva 2001/29/CE, el resto de Estados miembros de la UE aplican dicho canon digital como cauce para recaudar la compensación equitativa por copia privada, por lo que la no previsión de este mecanismo en España puede producir una distorsión en el mercado interior. En correlación con esta cuestión, el CGPJ observa que la concreción que se realiza sobre el límite de copia privada justificaría una disminución de la cuantía de la correspondiente compensación equitativa. Por ello, el informe especula que la concreción del límite de copia privada se lleva a cabo con el fin de que la compensación equitativa por copia privada que ha de abonar el Estado se vea reducida.

De otro lado, el Consejo de Estado centra su atención en la inclusión de la exigencia de que la copia privada se lleve a cabo por «**una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial**, y sin fines directa ni indirectamente comerciales». Efectivamente, la novedad introducida estriba en la exigencia de un uso privado, no profesional ni empresarial. Como recuerda el Consejo de Estado, esta redacción del precepto deriva de la necesidad de adaptar el ordenamiento interno a la STJUE Padawan. Pero, según pone de manifiesto el Consejo de Estado, «en realidad, a la vista de esta sentencia, puede entenderse que lo que se efectúa en ese apartado no es tanto una adaptación de nuestro ordenamiento a su doctrina, cuanto una adaptación al sistema derivado del Real Decreto-ley 20/2011, del que resulta la reducción del ámbito subjetivo del límite de copia privada». En opinión del Consejo de Estado, la diferencia entre el sistema de canon por copia privada basado en el gravamen sobre soportes, equipos y aparatos y el de compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado se advierte en este punto con claridad. Según apunta el TJUE, el sistema de canon se basa en la existencia de una necesaria vinculación entre la aplicación del canon en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y la utilización de éstos para realizar reproducciones privadas. Por lo tanto, para el TJUE lo relevante en el sistema de compensación equitativa basado en el canon es el «**potencial daño**» que pudiera causarse a los autores de las obras protegidas, «ligado a la potencial realización de copias con un equipo apto para ello, y no que se hicieran efectivamente copias privadas». Sin embargo, el Dictamen del Consejo de Estado resalta que «el

Anteproyecto prescinde de los criterios anteriores, pues atiende a la efectiva realización de la copia por una persona física para su uso privado. Se omite así el elemento del “posible daño” para la determinación de la cuantía de la compensación equitativa». Adicionalmente, en relación con este extremo, debe observarse que la nueva redacción del artículo 31.2º letra a) LPI no parece ajustarse a la sentencia Padawan «habida cuenta de que podría entenderse que lo que trata de vedarse por la jurisprudencia europea es que puedan incluirse en la copia privada las realizadas para su difusión o uso colectivo en entornos profesionales o empresariales, al margen de la finalidad, por lo que **el empleo en este ámbito del término "profesional" como contrapuesto a "privado" no resulta claramente adecuado**».

Por su parte, la CNC concluye que se ha mejorado el «concepto legal de copia privada», añadiendo la condición de que la reproducción se realice **sin asistencia de terceros**. Además se determina qué se entiende por **acceso legal** a la obra que puede ser reproducida por personas físicas para su uso privado. Pues bien, dicho acceso legal tendría lugar, por un lado, si la reproducción se realiza «**a partir del soporte original** de la copia de la obra adquirida en propiedad por compraventa comercial» y, por otro lado, si se trata de «**una reproducción individual y temporal** de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante un acto de radiodifusión»⁶⁹. En este punto el CGJP critica que «los titulares de las obras no tendrán la posibilidad de comprobar si realmente el adquirente de un soporte lícito de la obra que no lo haya adquirido por compraventa (ejemplares alquilados o prestados), o que lo haya adquirido por compraventa no comercial (mercado de segunda mano), se abstiene de realizar una copia para uso privado. Del mismo modo, no se aprecia de qué manera podrían los titulares asegurarse de que los destinatarios de un acto de radiodifusión realizan una copia temporal, únicamente destinada a un visionado o audición en un momento más oportuno». En estos últimos casos no es posible paliar por tanto el perjuicio creado a los titulares de las obras. Al hilo de estas reflexiones, el Consejo de Estado argumenta que esta reducción del concepto de copia privada «genera un escenario futuro en el que los titulares de derechos de propiedad intelectual se verán en la obligación, a fin de defender esos derechos, de tener que tratar de comprobar si las adquisiciones reúnen los requisitos del artículo proyectado». Además, según el

⁶⁹ Únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno, en el sistema conocido como pausa en directo (*time shifting*).

Dictamen del Consejo de Estado, se está procediendo a la eliminación del límite de copia privada de figuras como **el alquiler o el préstamo** que, en principio, implican un acceso legal a las obras protegidas según el art.19.1º LPI. Esta decisión del legislador se funda al parecer en la diferente naturaleza que tienen las figuras de alquiler y préstamo respecto a la adquisición, ya que las primeras «tienen un carácter limitado en el tiempo, mientras que la adquisición tiene carácter indefinido». Por lo tanto, si el usuario privado presta o alquila una obra y realiza una copia privada de la misma, «se desvirtúa la esencia de este tipo de figuras al disfrutar dicho usuario de la obra prestada o alquilada con carácter indefinido».

Todas estas cuestiones apuntadas se mantienen en el Proyecto de Ley publicado en el BOE el 21 de febrero de 2014 el cual, a pesar de introducir varias modificaciones en la redacción del art.31.2º letra b), sigue amparando bajo el límite de copia privada a las grabaciones de fuentes de televisión o radio para un visionado o escucha posteriores, según la interpretación que el Ejecutivo hace de dicho texto⁷⁰. Sin embargo, el Proyecto de Ley ya no habla en el apartado 2 letra b) subapartado 1º de «obra adquirida en propiedad por compraventa comercial» sino que, según la nueva redacción, deberá tratarse de «**compraventa mercantil**», lo cual no tiene sentido porque dicha situación no se dará nunca en este ámbito ya que el límite de copia privada se aplicará a personas físicas para su uso privado, no profesional ni empresarial. En cambio, para estar ante un contrato de compraventa mercantil deben cumplirse los presupuestos del art.325 del Código de comercio de 22 de agosto de 1885⁷¹, es decir, el comprador al contratar debe estar animado por el doble propósito de revender lo comprado y lucrarse en la reventa.

En general, el Consejo de Estado considera que debe efectuarse una profunda revisión de la pretendida modificación del apartado 2 del art.31 LPI debido a que no se ajusta al 100% a la jurisprudencia del TJUE y no permite comprobar la realización por parte de los usuarios privados de algunos de los actos que darían derecho a los titulares de derechos de PI a exigir la respectiva compensación equitativa. Además, no se contiene ninguna previsión para la concienciación de los ciudadanos, que deben cambiar de hábitos si no quieren incurrir en reproducciones ilícitas, ni se incluyen medidas

⁷⁰ «Reforma parcial de la LPI», en *Newsletter Consejo de Ministros*, Thomson Reuters, 14 de febrero de 2014.

⁷¹ Real decreto de 22 de agosto de 1886 por el que se publica el Código de Comercio («BOE» núm.289, de 16/10/1885).

transitorias que determinen el régimen aplicable a las copias realizadas al amparo de la regulación actual.

Finalmente, en el apartado tres del art.31 LPI se introduce el concepto de «**copias licenciadas**», que se refiere a las copias digitales cuyos contenidos no se adquieren en soporte físico (CD o DVD), sino a través de descarga o *streaming*. En estos casos, existirán contratos de licencia suscritos en el momento de la adquisición del derecho a reproducir el contenido protegido. En relación con esta modificación, el Consejo de Estado considera necesario que esta previsión se ajuste a la del artículo 161, apartados 1 letra a) y 5, de la LPI, de forma que «se recoja con claridad en la Ley lo previsto en el artículo 6 de la Directiva 2001/29 sobre las obras dotadas de medidas tecnológicas, en los términos interpretados por la Sentencia VG WORT⁷² (apartados 30 y ss.)».

En lo que respecta al ordenamiento jurídico alemán, no se prevén de momento modificaciones entorno al límite de copia privada contenido en el §53 UrhG. Bien es cierto que desde 2010 se vaticinaba que habría una nueva reforma de la Ley de Derechos de Autor alemana (*Dritter Korb der Urheberrechtsreform*)⁷³ que tenía entre sus objetivos la restricción del concepto de copia privada, que solo se permitiría para realizar copias de un ejemplar original adquirido por compraventa comercial, y que incluiría la prohibición de la realización de las copias por terceros. Sin embargo, no se han cumplido las previsiones y, tal y como se desprende de los medios de comunicación, la gran reforma se ha visto reducida a pequeñas reformas o *Körbchen* relativas a otros aspectos de los derechos de autor⁷⁴.

3. Las entidades de gestión colectiva de derechos de autor

3.1. Regulación actual

En España, los arts.147-157 la LPI desarrollan el régimen jurídico de las llamadas entidades de gestión de derechos de autor. En la actualidad, la regulación de estas entidades corresponde individualmente a los Estados de la UE, pero ya está en marcha

⁷² Sentencia del TJUE, de 27 de junio de 2013 (asunto C-457/11 a C-460/11, VG Wort contra Kyocera).

⁷³ RAUEL, P. UND HEGEMANN, J., «Urheberrechtliche Schranken... *op. cit.*, p.48.

⁷⁴ PACHALI, D., «Urheberrechtskörbchen: Wikimedia und Börsenverein mit Stellungnahmen (Update)», en *iRIGHTS Info*, 6 de marzo de 2013. Disponible en: <<http://irights.info/webschau/urheberrechtskorbchen-wikimedia-veroeffentlicht-stellungnahme/12138>> (último acceso marzo 2014).

un proceso de armonización sobre la materia. Concretamente, el pasado 4 de febrero de 2014 el Parlamento Europeo aprobó por mayoría la Directiva sobre gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines⁷⁵, siendo precisa aún la aprobación del Consejo de la UE antes de su promulgación⁷⁶.

Pues bien, siguiendo a la CNC en su Informe de gestión colectiva de 19 de enero de 2010⁷⁷, se podría decir que en virtud de la existencia de los derechos de PI que se analizaron en el apartado 1 del capítulo II de este trabajo, «cuando una persona, empresa o institución (un usuario) explota una obra o prestación protegida, precisa de una autorización para ello y debe realizar los pagos correspondientes que se derivan de dicha explotación». La gestión de los derechos de PI sería por tanto el ejercicio de los mencionados derechos por parte de los titulares que los poseen. Como dice la CNC, «estas entidades actúan de intermediarios entre los titulares de derechos y los usuarios que explotan obras y prestaciones, representando a los primeros y ejerciendo, ya sea mediante cesión voluntaria o mandato legal, los derechos de propiedad intelectual en su lugar».

Por su parte, en el ordenamiento jurídico español las entidades de gestión colectiva se definen como «aquéllas legalmente constituidas, autorizadas por la Administración y sin ánimo de lucro (lo cual excluye la posibilidad de constituirse como sociedades), cuyo objeto es gestionar, en nombre propio o ajeno, y por cuenta e interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, **los derechos de carácter patrimonial**»⁷⁸. Según dicha definición cabe destacar que se requiere **autorización administrativa del Ministerio de Educación** que habrá de publicarse en el BOE (art.147 LPI) y que puede ser revocada (art.149 LPI). Para la CNC, este tipo de condiciones contribuye a configurar un régimen de monopolio en la gestión de derechos de PI. Concretamente, la CNC expone que dicha autorización previa está condicionada al cumplimiento de requisitos que introducen «un elevado grado de incertidumbre, falta

⁷⁵ Página del Parlamento europeo donde se puede seguir el procedimiento legislativo: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0056&language=ES&ring=A7-2013-0281>> (último acceso marzo 2014).

⁷⁶ VEGAP, «Aprobada la Directiva europea de gestión colectiva», 6 de febrero de 2014. Disponible en: <http://www.vegap.es/noticias/detalle/aprobaci%C3%B3n-directiva-europea> (último acceso marzo 2014).

⁷⁷ Disponible en la página web de la CNC: <http://www.cncompetencia.es/> (último acceso noviembre 2013).

⁷⁸ PEINADO GRACIA, J.I., «La propiedad intelectual: Derechos de Autor y derechos afines», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Menéndez et al. (dir.), vol. I, 11ª edic., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, p.243.

de claridad y subjetividad y otorgan al Ministerio de Cultura un elevado margen de discrecionalidad en la concesión de las autorizaciones que afecta al grado de competencia». Además, este intervencionismo administrativo está cerrando el paso a otras formas de gestión colectiva distintas a la actualmente existente y que el mercado puede estar demandando.

Posteriormente, una vez constituidas, las entidades estarán legitimadas para el ejercicio de los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales según prevé el art.150 LPI. Es importante así mismo subrayar que el contrato de mandato de duración de cinco años prorrogables indefinidamente en el que se materializa la encomienda de la gestión de los derechos de autor no constituye una cesión o transmisión de dichos derechos, pues no se faculta a la entidad de gestión para la explotación de los mismos, sino para conceder a terceros usuarios autorizaciones no exclusivas (arts.50.2º y 157 LPI).

Por otro lado, es preciso traer a colación la Comunicación de 2004 de la Comisión Europea sobre la gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior, la cual apunta que *«La gestión individual de los derechos es la comercialización de los derechos entre titulares particulares y usuarios comerciales. La gestión colectiva de los derechos es un sistema mediante el cual una sociedad de gestión colectiva administra conjuntamente los derechos y supervisa, recauda y distribuye el pago de los derechos en nombre de varios titulares»*. En efecto, hay que resaltar que, en principio, estas entidades constituyen una mera **alternativa frente a la gestión individual**, prevaleciendo sin embargo sobre ésta última en la mayoría de los casos por la complejidad que implica una adecuada administración de los derechos de PI⁷⁹. También destaca la CNC que las entidades de gestión «tienen un elevado poder de mercado, realizando normalmente su actividad desde una posición monopolística. Cada una de las ocho entidades existentes en España (SGAE, DAMA, CEDRO, VEGAP, AGEDI, EGEDA, AIE, y AISGE⁸⁰) se ha especializado en la gestión de un determinado conjunto de derechos que nadie más gestiona. La única excepción tiene lugar en el segmento de autores audiovisuales, donde existe un leve grado de competencia entre la entidad dominante, SGAE, y la minoritaria, DAMA».

⁷⁹ PEINADO GRACIA, J.I., «La propiedad intelectual:... *op. cit.*, p.242.

⁸⁰ *Vid.* Capítulo VII «Otros documentos», apartado 3.11. Tabla 3: «Entidades de gestión de derechos de autor».

No obstante, según Plaza Penadés, las nuevas tecnologías constituyen hoy en día una vía que posibilita a los propios autores explotar directamente sus creaciones en redes como Internet, «sin necesidad de acudir a mecanismos de cesión de los derechos de explotación a un tercero». En opinión de este autor, la red posibilita que el creador y el resto de titulares de derechos de PI puedan, con un coste muy bajo, **explotar directamente y por sí mismos sus creaciones**, obteniendo de ese modo la totalidad de los beneficios que se generen. Además, hay que apuntar que este tipo de gestión individual es perfectamente amparable en la legislación vigente⁸¹. Sin embargo, no hay que olvidar que, según la LPI, existen **derechos en los que la gestión colectiva es obligatoria**, como es el caso de los derechos de remuneración, el derecho exclusivo de autorizar la retransmisión por cable (art.20.4º letra b LPI) o la recaudación de la compensación equitativa por copia privada (art.25.8º LPI)⁸². En esos casos, el titular no tiene la opción de gestionar sus derechos de modo individual y, además, la entidad de gestión colectiva lo representa por mandato legal, pudiendo recaudar en nombre del titular con independencia de que éste haya delegado en la entidad la gestión de estos derechos. Según la CNC, esta gestión colectiva obligatoria impide que la gestión individual «se desarrolle libremente y que los titulares aprovechen todas las posibilidades que les brinda el progreso tecnológico».

3.2. Modificaciones previstas

Según el ejecutivo español, el PLPI pretende reforzar la transparencia, el control y la vigilancia efectiva de las entidades de gestión de derechos de PI por las Administraciones Públicas⁸³. En este sentido, el propio texto del Proyecto de Ley, tras reconocer la importancia de la labor que realizan las entidades de gestión, expone en el apartado IV que, «no obstante, la experiencia acumulada ha permitido identificar problemas en el funcionamiento del modelo y ha revelado aspectos que admiten amplios márgenes de mejora, singularmente en lo referido a la eficiencia y transparencia del sistema». Es muy probable que estas palabras tan neutrales se refieran a los escándalos que en los últimos años se han hecho públicos en relación con la

⁸¹ PLAZAS PENADÉS, J., «Propiedad intelectual y tecnologías... *op. cit.*», p.627.

⁸² *Vid.* Capítulo VII «Otros documentos», apartado 3.12. Esquema 2: «Derechos de gestión colectiva obligatoria».

⁸³ Página web de La Moncloa. Disponible en:

<<http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/140214-enlaceleypropiedadintelectual.htm>> (último acceso febrero de 2014).

administración que la SGAE hace de sus fondos, tal y como apuntan algunas fuentes⁸⁴ (p.ej. el caso de Pedro Farre⁸⁵ y Teddy Bautista⁸⁶).

En concreto, se introducirá en la LPI un catálogo de obligaciones de las entidades de gestión para con las Administraciones Públicas y respecto a sus asociados, con especial atención a aquellas relacionadas con la rendición anual de cuentas. Por otro lado, en el ámbito sancionador se establecerá una relación de infracciones y sanciones que posibiliten la exigibilidad de responsabilidades administrativas a las entidades por el incumplimiento de sus obligaciones legales. En relación con esto último es de destacar que las sanciones económicas estarán vinculadas a un porcentaje de la recaudación del año anterior de la entidad de gestión, pudiendo llegar hasta el 2%. Pero, además, la sanción más grave podrá consistir en la revocación de la licencia para operar como entidad de gestión.

3.3. *Verwertungsgesellschaften*

En el ordenamiento jurídico alemán también existe un modelo parecido al español basado en sociedades de gestión colectiva de derechos de autor (en alemán, *Verwertungsgesellschaften*) que facilitan a los titulares la recaudación de la compensación económica que deben abonar los usuarios de las obras protegidas como ocurre p.ej. con las cadenas de radio de Internet que reproducen canciones y que pagan por ello una tarifa en una central (*one-stop-shop*). Sin embargo, según la doctrina alemana⁸⁷, la adecuación de este sistema a los tiempos que corren se está poniendo en entredicho debido a la revolución tecnológica que estamos viviendo. De hecho, ya no existe consenso en el seno de la sociedad alemana sobre la necesidad de la protección jurídica que se dispensa a los autores de las obras. A este respecto, un estudio de

⁸⁴ «Reforma parcial de la LPI», en *Newsletter Consejo de Ministros*, 14 de febrero de 2014.

⁸⁵ PÉREZ, F.J., «El fiscal pide cárcel a un directivo de la SGAE por cargar a la entidad 40.000 euros en clubes de alterne», en *El País*, 10 de diciembre de 2013. Disponible en: <http://cultura.elpais.com/cultura/2013/12/10/actualidad/1386696308_642978.html> (último acceso marzo 2014).

⁸⁶ Cronología del caso disponible en: <<http://www.rtve.es/noticias/20121221/sgae-cronologia-del-escandalo-refundacion/515855.shtml>> (último acceso febrero 2014).

⁸⁷ MÜLLER, U., «Verwertungsgesellschaften im digitalen Umfeld», en *Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*, Hoeren et al. (dir.), 28ª edic., C.H. Beck, München, 2011, pp.6 y ss.

BITKOM realizado en 2010 mostró que el 25% de los alemanes piensa que es aceptable realizar copias ilegales de música, películas o software⁸⁸.

Antes de analizar su régimen jurídico hay que poner de manifiesto que las principales sociedades de gestión de derechos de autor en Alemania son la *Gesellschaft für musikalische Aufführungsrechte* (GEMA), VG WORT, VG Bild-Kunst y *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten* (GVL). Sin embargo, no existe ninguna organización especializada en la gestión colectiva de los derechos de obras digitales. Se han creado no obstante otro tipo de organizaciones como la *Clearingstelle Multimedia für Verwertungsgesellschaften* (CMMV) la cual, aunque no puede ser considerada como sociedad de gestión, actúa como intermediaria entre los productores de contenido multimedia y los titulares de derechos de autor. Por otro lado, la *Presse-Monitor-Gesellschaft* (PMG) tiene como cometido distribuir diarios digitales a empresas, autoridades y asociaciones.

Así las cosas, es preciso analizar cuáles son los argumentos jurídico-políticos a favor de la gestión colectiva de los derechos de autor en Alemania. Por un lado, hay que poner de manifiesto que las sociedades de gestión colectiva siguen siendo una pieza fundamental del sistema alemán de protección de derechos de autor. Al igual que ocurre en España, esto se traduce en la previsión de ciertos **derechos en los que la gestión colectiva es obligatoria** (p.ej. §§20b, 26, 27, 45a, 49, 52a, 52b, 53a, 54h UrhG), lo cual se debe fundamentalmente a la importancia económica que las sociedades de gestión tenían en estos ámbitos en comparación con el autor individualmente considerado, el cual no estaba capacitado para imponer sus intereses económicos a las editoriales y productoras de música. Sin embargo, como se puso de manifiesto anteriormente, los autores ya no ocupan una posición tan debilitada gracias a la evolución tecnológica de los últimos años. Por ejemplo, cada vez más las editoriales y productoras de música dependen de las creaciones de autores individuales con mucha influencia en un sector determinado.

Pese a estos cambios que se están experimentando, hay que concluir que en el ordenamiento alemán se impone la gestión colectiva de los derechos de autor al igual que sucede en España, motivo por el cual los autores pierden libertad a la hora de conceder derechos de uso sobre sus obras. Pero, por otro lado, en Alemania se prevé la

⁸⁸ Comunicado de prensa de BITKOM de 25 de abril de 2010. Disponible en: <http://www.bitkom.org/de/presse/46157_63483.aspx> (último acceso marzo 2014).

posibilidad de que los propietarios de derechos de autor obtengan la compensación económica que corresponda por el empleo masivo de sus obras, a través de otras organizaciones distintas de las sociedades de gestión. No obstante, la organización en cuestión deberá pasar un control administrativo que acredite su idoneidad.

Al igual que ocurre en España, el sistema alemán también es criticado por el **monopolio** que ejercen las sociedades de gestión en torno a la administración de los derechos de autor. No obstante, el legislador alemán era consciente de esta circunstancia e incluso se llega a afirmar que deseaba crear esta situación de monopolio para, entre otros motivos, reducir los costes de transacción derivados del pago de la compensación económica por el otorgamiento de licencias para el empleo de contenidos protegidos. Por su parte, los detractores de este modelo argumentan que podríamos estar ante una conducta contraria a la libre competencia en el mercado configurada como conducta colusoria en su modalidad de cartel. Además, este tipo de sociedades tienen un alto **déficit democrático** ya que solo una parte de sus miembros influyen en la toma de decisiones. Concretamente, los derechos de voto dependen del volumen de negocio de los socios, motivo por el cual se constata que el sistema va en contra de sus propios principios ya que, en teoría, la finalidad de las sociedades de gestión es proteger a los autores que se encuentran en una posición de inferioridad y, en cambio, este reparto de votos favorece a los titulares de derechos que tengan una mejor posición económica, los cuales, además, serán quienes tomen las decisiones en el seno de las sociedades de gestión.

Es muy interesante abordar también la influencia que están teniendo los procesos de **globalización y digitalización** sobre este modelo de sociedades de gestión, ya que su papel está siendo cuestionado por los sujetos que conforman la sociedad de la información. En efecto, en la actualidad es mucho más fácil reproducir contenidos sin que su calidad se vea disminuida y de forma correlativa también es mucho más difícil controlar dicha actividad vulneradora de los derechos de autor. Ante esta situación, como regla general los usuarios parecen estar a favor de la adjudicación central por parte de las sociedades de gestión de derechos de explotación «masivos» sobre las obras protegidas. Sin embargo, en la era tecnológica se prevé igualmente el **otorgamiento individual de licencias** de uso de contenidos digitales, el cual puede ser ejercido por los propios autores o por asociaciones conformadas de forma voluntaria. Desgraciadamente, esta innovadora alternativa no está teniendo mucho éxito de

momento, motivo por el cual los titulares de derechos de autor siguen formando parte del modelo de gestión colectiva. Esto se debe a que la gestión individual no aporta a penas beneficios para los autores al tener que asumir ellos mismos los gastos de venta. P.ej. para que un artista alcance un salario de aprox. 1.160 \$, precisa que se descarguen de manera legal 12.399 copias de una de sus canciones en plataformas como iTunes o Amazon.

Para terminar, merece la pena analizar las posibilidades que en el seno de las licencias individuales ofrece de la llamada **Gestión Digital de Derechos o DRM** (*Digital Rights Management*). Se trata de tecnologías de control de acceso usadas por editoriales y titulares de derechos de autor para limitar el uso de medios o dispositivos digitales, lo cual se consigue añadiendo cierta «información» al contenido de la obra protegida. De esta forma, el productor de los contenidos protegidos puede condicionar su uso a que el usuario se haya registrado *online*, a que éste haya abonado una tarifa concreta o puede hacer que la obra solo pueda emplearse en las condiciones que haya suscrito el usuario (p.ej. en el caso de un CD solo reproducir o también realizar copias). Cuanto más se expandan este tipo de técnicas, más peso perderá la gestión colectiva de derechos de autor. Aunque ésta pudiera ser una buena solución al problema, lo cierto es que existen reticencias a la hora de utilizar este tipo de sistemas ya que tienen un coste elevado que deberá sufragar el titular de los derechos de autor. Además, el DRM debe ser efectivo para evitar que los usuarios consigan eludirlo, para lo cual habrá que llevar a cabo constantemente actualizaciones o incluso desarrollar nuevos sistemas.

V. Medios de protección de los derechos de Propiedad Intelectual

1. Mecanismos existentes en España

1.1. Acciones del orden jurisdiccional civil

A) Régimen general

Como se apuntará a continuación en el apartado correspondiente a la Comisión de Propiedad Intelectual, existen mecanismos de índole administrativa que persiguen la protección de los derechos de PI. Sin embargo, primero se analizarán las acciones

civiles previstas para tal fin en el ordenamiento español, exponiendo los motivos que hacen inviable en nuestro caso acudir a la vía penal.

Precisamente es importante comenzar distinguiendo entre el ilícito penal del art.270 CP y las infracciones de derechos de PI sancionadas en la jurisdicción civil. Concretamente, en virtud del principio de última *ratio* del Derecho penal, este tipo de conductas sólo constituirán un **delito cuando exista ánimo de lucro y se obre en perjuicio de tercero**.

Centrándonos en la jurisdicción civil, en general hay que comenzar apuntando que los arts.138-140 LPI contienen la regulación de **la acción de cesación, la acción indemnizatoria y las medidas cautelares** como acciones civiles objeto de regulación específica por la legislación sectorial, lo cual no excluye el eventual ejercicio de otras acciones civiles (o penales) que puedan ser procedentes en el caso concreto⁸⁹. Estos preceptos permiten al titular de los derechos de PI, a saber el autor, causahabiente o cesionario exclusivo (y las entidades de gestión según el art.150 LPI), solicitar la reparación de los daños causados y el cese de la actividad infractora. Además, el art.138 LPI prevé la posibilidad de instar **la publicación de la resolución** judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor.

En el marco de las acciones de cesación del art.139 LPI, debido al significado económico de la comunicación pública en la explotación de obras a través de Internet, hay que destacar medidas como la remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada (letra e) o la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de PI (letra h), medida ésta última que se analizará a continuación de forma más detallada.

En lo relativo a la cuantía de la indemnización de los daños materiales, el perjudicado debe optar bien por el beneficio que hubiera obtenido de no mediar la utilización ilícita (sin exigir la prueba plena del lucro cesante) o bien por la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación. Además, también se puede pedir un resarcimiento por los gastos de investigación para obtener pruebas de la infracción en los que se haya incurrido. Por su parte, es posible pedir indemnización por los daños morales causados incluso sin prueba de la existencia de perjuicio económico, para cuya

⁸⁹ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de internet... op. cit.*, pp.773 y ss.

valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra.

De otro lado, el art.141 LPI está dedicado a las medidas cautelares necesarias para la protección urgente de los derechos de PI, enumerándose algunas medidas con carácter no exhaustivo. Debido al carácter provisional de estas medidas, destinadas a evitar los actos que obstaculicen la posibilidad de una efectiva satisfacción de las posteriores pretensiones de indemnización y cesación, las mismas quedarán sin efecto si no se presenta la demanda correspondiente en los términos previstos en la LEC.

En el contexto de la sociedad de la información, hay que prestar especial atención al posible **ejercicio de acciones contra los prestadores de servicios de intermediación**, cuya actuación es determinante ya que los servicios que ofrecen hacen que la información que infringe los derechos de PI se encuentre accesible a través de Internet. En concreto, el art.138.3º LPI prevé expresamente que las medidas de cesación y las cautelares «podrán también solicitarse [...] contra los intermediarios, a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual...aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción» sin perjuicio de lo dispuesto en la LSSI y teniendo en cuenta que dichas medidas deberán ser objetivas, proporcionales y no discriminatorias. Esto se traduce en la posibilidad de pedir una medida de cesación que comprenda **la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros infractores** (art.139.1º letra h LPI) o una medida cautelar de contenido idéntico (art.141.6º LPI). En este sentido, el art.11 LSSI impone efectivamente el deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación. Además, es muy importante aclarar que el hecho de que los arts.14 a 17 LSSI eximan de responsabilidad a los prestadores de servicios de intermediación no impide que éstos puedan estar legitimados pasivamente en relación con las acciones mencionadas previstas en la LPI.

En relación con esta última cuestión es muy novedosa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), núm. 470/2013, de 18 de diciembre, la cual condena en aplicación del art.139.1º letra h) LPI al prestador de servicios de acceso a Internet R. CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A., a suspender de inmediato y de forma definitiva la prestación del servicio de acceso a Internet al usuario de una red P2P que utilizaba el *nickname* «nito75» y que tenía en una carpeta

compartida 5.097 grabaciones sonoras. En este caso, dado que hasta el momento en la jurisdicción civil resulta imposible conocer la persona que se encuentra detrás de un nombre de usuario, las demandantes tuvieron que accionar contra la compañía que prestaba el servicio de acceso a Internet al infractor de los derechos de PI, que pudo determinarse a partir del número de la dirección IP del usuario de la red P2P.

Por último, la LSSI establece en sus arts.14 a 17 un **régimen especial de responsabilidad civil** para los prestadores de servicios de intermediación, los cuales quedarán exentos de responsabilidad si se cumplen los requisitos exigidos por la ley. En concreto, las condiciones impuestas en el art.16 LSSI – el cual deriva del art.14 de la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000⁹⁰ – para que los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos queden exentos de responsabilidad, son objeto de análisis en la STJUE del caso L’Oreal⁹¹. Hay que resaltar que, en relación con el primero de los requisitos que condicionan la exención de responsabilidad, el TJUE determina que los prestadores de un servicio de intermediación no tienen **conocimiento efectivo** de que la actividad o la información por ellos almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero «cuando estos **no desempeñan un papel activo** que les permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados».

B) El caso concreto de las redes P2P

Este tipo de sistemas de intercambio de archivos plantea en la actualidad un gran desafío en lo relativo a la **concreción de los eventuales responsables**⁹². Concretamente, es la descentralización de los contenidos que no están ubicados en un servidor central el elemento que dificulta la identificación de los posibles responsables y de los legitimados pasivamente de cara al ejercicio de acciones que puedan resultar efectivas. Y es que el sujeto pasivo de la acción podría ser el titular de los programas de ordenador que hacen posible el intercambio de archivos a través de redes P2P, los servidores intermediarios que alojan archivos que facilitan los intercambios, los titulares de sitios y páginas web que incluyen enlaces a los contenidos disponibles para su descarga, otros prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios o, finalmente, los propios usuarios de las redes de intercambio.

⁹⁰ Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000 p.0001 – 0016.

⁹¹ Sentencia del TJUE, de 12 de julio de 2011 (asunto C-324/09).

⁹² DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de internet... op. cit.*, pp.744 y ss.

Teniendo en cuenta la estructura de funcionamiento de las redes P2P descrita en el apartado segundo del capítulo tercero de este trabajo, resulta comprensible que las primeras demandas de los titulares de derechos de PI se dirigieran contra **los responsables de los programas de ordenador**, que son la base del funcionamiento de estos sistemas de intercambio de archivos. Éste fue el caso del asunto *Grokster* resuelto por el Tribunal Supremo de EE.UU., el cual determinó que la difusión del programa tenía lugar con el propósito de promover la infracción por sus usuarios de derechos de PI, al acreditarse la intención concreta de inducir a la infracción de tales derechos. Sin embargo, en la actualidad se entiende que la tecnología – y en concreto el software – que permite el intercambio de archivos mediante redes P2P se considera lícita en sí misma considerada, por lo cual el desarrollo o la mera puesta a disposición de programas de este tipo no constituye por sí solo una actividad infractora. En relación con este último dato cabe apuntar que las redes P2P no solo se emplean para permitir el intercambio de archivos protegidos por derechos de PI. Éste es el caso p.ej. de la novedosa aplicación para teléfonos móviles llamada FireChat⁹³ que al parecer **utiliza conexiones Wi-Fi per-to-peer o Bluetooth** para enviar la información, posibilitando la comunicación entre usuarios que se encuentren simultáneamente en lugares masificados donde no haya cobertura (como p.ej. conciertos) y no se puedan utilizar las aplicaciones convencionales que requieren de conexión a Internet.

Sin embargo, en el caso concreto de los programas P2P utilizados con frecuencia para el intercambio de obras sin autorización de los titulares de derechos, la doctrina española⁹⁴ considera que el uso masivo de estos programas para fines ilícitos es bien conocido por quienes los desarrollan. Por lo tanto, al no incluir los responsables de los programas de ordenador en su configuración elementos que eviten el uso con fines ilícitos y al obtener un beneficio económico vinculado al mismo, es posible hacer una interpretación amplia del art.138 LPI en el sentido de que permite considerar infractor a quien contribuye a la infracción. Siguiendo a esta corriente doctrinal, cabría concluir que los desarrolladores de tales programas P2P pueden ser considerados también responsables de las infracciones cometidas por los usuarios del programa correspondiente. Sin embargo, los

⁹³ PEÑA, C., «Actualización: FireChat, la app de mensajería sin conexión a internet llega a Android», en *paréntesis.com*, 4 de abril de 2014. Disponible en: <http://www.parentesis.com/noticias/software_aplicaciones/FireChat_la_nueva_app_de_mensajeria_que_no_necesita_conexion_a_internet_ni_senal_de_telefono> (último acceso abril 2014).

⁹⁴ SÁNCHEZ ARISTI, R., *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer to peer*, Madrid, pp.180-196.

tribunales españoles se han pronunciado recientemente en contra de dicha línea de interpretación. En concreto, en el caso Pablo Soto la Audiencia Provincial de Madrid⁹⁵ estima que los creadores del software no tienen intervención alguna en el propio intercambio de archivos que pueden realizar los usuarios de dichas herramientas tecnológicas. Por lo tanto, en principio la posición de los desarrolladores de programas para la implantación de protocolos *Peer to Peer* «está al margen de las responsabilidades que puedan exigirse por el uso concreto que se dé a los mismos». Y es que la posibilidad de que se produzca un mal uso de la herramienta electrónica por parte del usuario «no entraña responsabilidad que resulte atribuible, al menos con carácter directo, ni al creador ni al comercializador del programa». No obstante, hay que apuntar que la actora defendió también en el litigio la posibilidad de imputar responsabilidad a la parte demandada vía **infracción indirecta**, la cual es definida por la doctrina como la que comete aquél que, «siendo consciente de ello, indujese o contribuyese a que un tercero realizase una actividad infractora». Pues bien, aunque el juez no estima dicha pretensión, apunta que ello se debe a que la infracción indirecta carece de explícita regulación legal en el ordenamiento jurídico español en lo que respecta a la PI. Sin embargo, el PLPI⁹⁶ prevé añadir un nuevo párrafo segundo al art.138 LPI – cuya inserción es valorada positivamente por en el Dictamen del Consejo de Estado – que permitirá considerar como responsable de la infracción de los derechos de PI a quien «induzca a sabiendas la conducta infractora», lo cual significa que, una vez entre en vigor tal reforma de la LPI, se abrirá una posible vía para imputar responsabilidad a los creadores de programas para la implantación de protocolos P2P.

En segundo lugar, existe también la posibilidad de ejercitar acciones frente a **los servidores o sitios intermedios** que facilitan la interconexión entre los ordenadores de los usuarios de las redes P2P al proporcionar la información necesaria sobre la localización de los contenidos que el usuario quiere descargar. Si bien en el plano del Derecho comparado existen precedentes en los que se ha considerado que los responsables de estos sitios intermedios llevan a cabo actividades de infracción de derechos de PI⁹⁷, hay que apuntar que la efectividad de este tipo de acciones puede resultar limitada dado que la tecnología ha facilitado una extraordinaria

⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm.103/2014, de 31 de marzo de 2014 (JUR 2014\108766).

⁹⁶ Vid. Capítulo IV «Aspectos particulares: copia privada, entidades de gestión».

⁹⁷ Sentencia de primera instancia del Tribunal de Distrito de Estocolmo (sec. 5) de 17 de abril de 2009, en el asunto B 13301-06, *Sony and Ors v. Neij* sobre el sitio *thepiratebay.org*.

descentralización incluso de estos sitios o servidores intermedios, así como el desarrollo de mecanismos que dificultan su eventual localización. Concretamente, en relación con la tecnología *BitTorrent* lo habitual es que los mismos usuarios alojen servidores en los que se encuentran un número muy reducido de archivos *torrent* que facilitan la conexión con los ordenadores de otros usuarios desde los que en ese momento es posible proceder a la descarga del contenido correspondiente por parte de los usuarios.

En el caso español, la técnica más empleada ha consistido en ejercitar acciones contra **los titulares de los sitios intermedios de enlaces**, los cuales posibilitan que los usuarios de la red P2P puedan localizar los archivos con los contenidos que desean en los ordenadores de otros usuarios del sistema. Para determinar si la provisión de enlaces constituye o no un ilícito, es preciso acudir al art.17 LSSI, el cual prevé que los sitios de enlaces estarán exentos de responsabilidad por la información a la que dirigen a los usuarios de sus servicios cuando «No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente». La jurisprudencia española⁹⁸ entiende que «la concreción de que concurre el conocimiento efectivo puede verse facilitada en situaciones en las que resulte notorio que típicamente los enlaces que se proporcionan conectan con contenidos cuya puesta a disposición a través de redes P2P constituye un acto de infracción de derechos de propiedad intelectual»⁹⁹.

Además, cabe plantearse si estos intermediarios pueden ser considerados responsables secundarios por infracciones cometidas por los usuarios de sus servicios en relación con el ejercicio de acciones indemnizatorias. Y, dado que esta cuestión no ha sido objeto de armonización comunitaria, ello dependerá de la interpretación que se realice en nuestro caso de la LPI, la cual no contempla la responsabilidad secundaria de forma específica pero existe una disparidad de criterios a la hora de interpretar esta cuestión¹⁰⁰. Por otro lado, también cabría fundamentar la responsabilidad de estos sujetos con base en el art.1902 Cc. en los casos en los que el intermediario no se beneficie de la limitación de responsabilidad, lo cual resulta determinante para probar que en su actuación concurre culpa. Finalmente, tal y como se apuntó en el apartado anterior de este capítulo, hay que

⁹⁸ STS de 9 de diciembre de 2009 (RJ2010\131) y de 18 de mayo de 2010 (RJ2010\2319).

⁹⁹ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de internet... op. cit.*, pp.751 y ss.

¹⁰⁰ P.ej. contraste entre GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., que afirma tal posibilidad y CARRASCO PERERA, A., que la desmiente.

recordar que cabe la posibilidad de adoptar medidas provisionales y mandamientos judiciales de cesación contra intermediarios según la LPI y la LSSI.

Por último, sería legítimo interponer acciones judiciales contra los propios **usuarios de las redes de intercambio P2P**. Sin embargo, como ya se analizó antes, en la actualidad nos topamos con el problema de que la legislación española no prevé normas que obliguen a la comunicación de datos de carácter personal en el marco de los procesos civiles. Sin embargo, pronto desaparecerá esta traba ya que según el PLPI se podrá pedir la identificación del infractor en el seno del proceso civil por medio de la modificación del art.256.1º LEC para que el titular que vea dañados sus derechos pueda solicitar a un juez de lo civil la identificación tanto de los prestadores de servicios de la sociedad de la información como de los usuarios finales sobre los que concurren indicios racionales de que están poniendo a disposición o difundiendo a gran escala contenidos protegidos¹⁰¹.

1.2. Sistema de tutela administrativo: La Comisión de Propiedad Intelectual

A) Reforma introducida por la Ley de Economía Sostenible

La Comisión de Propiedad Intelectual, cuya Sección Segunda es también conocida en los medios como la «Comisión Sinde-Wert», se regula en el art.158 LPI y se encuentra integrada en el Ministerio de Cultura. Dicho artículo fue modificado por la Disposición Final 43ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible¹⁰², la cual estableció que la Comisión pasaba a estar compuesta por dos secciones. Concretamente, la Sección Primera ejerce las funciones originarias de mediación y arbitraje y la Sección Segunda asume la nueva función de **velar por la salvaguarda de los derechos de PI frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información** en los términos previstos en los arts.8 y ss. de la LSSI. En desarrollo de estas previsiones, el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre¹⁰³, regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Desde el inicio, la creación de la mencionada Sección Segunda de la Comisión ha sido muy polémica¹⁰⁴, ya que tal y como establece el art.158.4º LPI, la Sección Segunda podrá adoptar las medidas necesarias para **interrumpir la prestación** de un servicio de

¹⁰¹ Página web de La Moncloa... *op. cit.*

¹⁰² Publicado en «BOE» núm. 55, de 05/03/2011 (BOE-A-2011-4117).

¹⁰³ Publicado en «BOE» núm. 315, de 31/12/2011 (BOE-A-2011-20652).

¹⁰⁴ PEINADO GRACIA, J.I., «La propiedad intelectual: ... *op. cit.*, pp.244 y ss.

la sociedad de la información (p.ej. cierre de una página web) o para **retirar los contenidos** que vulneren los derechos de PI. Esto significa que la Comisión tiene potestad para interrumpir el acceso a páginas de Internet o para retirar contenidos de dichas páginas, **dirigiéndose dichas medidas administrativas por tanto contra los prestadores de servicios de la sociedad de la información y no contra los usuarios o destinatarios de dichos servicios**. En todo caso, hay que apuntar que este procedimiento se regula sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que procedan. Además, este procedimiento administrativo se inicia siempre a instancia de parte y la Comisión adoptará las medidas arriba apuntadas siempre y cuando el prestador de servicios no proceda a la retirada voluntaria de los contenidos en un plazo no superior a las cuarenta y ocho horas. En este sentido destaca la **celeridad** de dicho procedimiento por los breves plazos establecidos al efecto. Por otro lado, también son protagonistas los **proveedores de acceso a la Red**, los cuales pueden ser requeridos por la Comisión para la cesión de los datos de los responsables de servicios de la sociedad de la información que presuntamente hayan vulnerado derechos de PI (art.8.2º LSSI) y para la interrupción del acceso y retirada de los contenidos declarados ilegales por la Administración.

En relación con la adopción por parte de la Sección Segunda de la medida de interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información, a día de hoy hay que apuntar que dicho mecanismo no ha llegado a ponerse aún en práctica. Concretamente, en marzo de 2014 la Audiencia Provincial de Madrid¹⁰⁵ denegó la primera orden del Ministerio de Cultura de cierre de una página web. La Sección Segunda de la CPI pretendía concretamente el bloqueo completo de la página web goear.com, la cual constituye una réplica de YouTube pero centrada en archivos de audio. El motivo para la petición de cierre por parte de la Sección Segunda era que, tras haber procedido *Goeat* a la retirada de 6.833 archivos protegidos por derechos de PI, 34 de dichos archivos fueron subidos nuevamente por los usuarios de la plataforma, alegando la Sección Segunda que, para evitar este tipo de situaciones, *Goeat* estaba obligada a realizar un **control previo de los archivos** subidos por los usuarios. Sin embargo, dicha medida no ha sido aceptada por los tribunales tal y como pone de

¹⁰⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de marzo de 2014 (resolución aún no disponible en abril de 2014) según ROMERO, P., «La Justicia impide a la Comisión Sinde cerrar un sitio web por falta de proporcionalidad» en *El Mundo*, 28 de marzo de 2014. Disponible en: <<http://www.elmundo.es/tecnologia/2014/03/28/5335175d268e3eb5408b456a.html>> (último acceso abril 2014).

manifiesto la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia¹⁰⁶ relativa al caso *YouTube*. Concretamente, el art.15 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, prohíbe la imposición a los prestadores de servicios de la sociedad de la información «de una obligación de supervisión general de los contenidos almacenados o de realización de búsquedas activas de hechos o circunstancias indicativos de la ilicitud de aquellos». Dicha prohibición constituye por tanto una pauta de obligada observancia en la aplicación de la LSSI, no excluyéndose no obstante la posibilidad de desarrollar voluntariamente un sistema técnico de filtrado automático que permita detectar contenidos infractores según se desprende del art.16 LSSI.

Por otro lado, este mecanismo de protección de carácter administrativo se basa así mismo en la obligatoriedad **de recabar una autorización judicial** para poder poner en práctica las medidas acordadas por el órgano administrativo¹⁰⁷. Esto se debe a que están en juego derechos fundamentales como la protección de datos de carácter personal, el derecho de libertad de expresión y el derecho de información. Concretamente son los jueces centrales de lo Contencioso-Administrativo quienes, en virtud del art.122 bis LJCA, deben autorizar la cesión de datos personales para identificar al servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, así como la ejecución de las medidas de interrupción de la prestación de servicios o de retirada de los contenidos. Sin embargo, como bien apunta David Bravo¹⁰⁸, este orden de cosas impide al juez entrar a valorar el fondo de la cuestión, es decir, «el juzgado tiene que dar por buena, sin más, la calificación jurídica del Ministerio de Cultura y limitarse a analizar si la ejecución de la medida afecta o no a derechos fundamentales». Esto significa que los jueces de lo Contencioso-Administrativo deben ceñirse a autorizar o desautorizar la medida propuesta por la Sección Segunda de la CPI, no pudiendo entrar a discutir la propia resolución de la Comisión según está previsto por Ley.

En general, se observa una duplicidad de vías de actuación contra la vulneración de derechos de PI por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Efectivamente, como se detalló anteriormente, en el marco de los procesos

¹⁰⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm.11/2014, de 14 de enero (JUR\2014\36900).

¹⁰⁷ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de internet... op. cit.*, p.762.

¹⁰⁸ BRAVO BUENO, D., «Denegada judicialmente la primera orden del Ministerio de Cultura de cierre de una página web», en *eldiario.es*, 24 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.eldiario.es/zonacritica/Denegada-judicialmente-primera-Ministerio-Cultura_6_242235801.html> (último acceso abril de 2014).

civiles la legislación ya contempla medidas de cesación y suspensión de ciertos servicios de la sociedad de la información¹⁰⁹ (arts.138 y ss. LPI). Además, las diferencias entre ambos procedimientos se reducirán aún más, ya que próximamente también se podrá pedir la identificación del infractor en el seno del proceso civil debido a que, según el PLPI, se modificará el art.256 introduciéndose un nuevo subapartado 10º en el apartado 1 LEC para que el titular que vea dañados sus derechos pueda solicitar a un juez de lo civil la identificación del titular de una página web sobre el que concurren indicios racionales de que está poniendo a disposición o difundiendo a gran escala contenidos protegidos¹¹⁰.

B) Nuevas funciones

Por un lado, el PLPI fortalece las funciones de la Sección Primera de la CPI, otorgándole una competencia reguladora y mediadora entre las entidades de gestión de derechos de autor y los usuarios de las obras sujetas a derechos de PI en el establecimiento de tarifas. De este modo, la Sección Primera velará por que las tarifas generales sean equitativas y no discriminatorias, debiendo las entidades de gestión aprobar nuevas tarifas generales en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la futura Ley de reforma parcial de la LPI.

Por su parte, se refuerzan las potestades de la Sección Segunda de la CPI para conseguir poner coto a las páginas web de descarga ilegal y a las páginas que facilitan enlaces a las mismas y obtienen beneficios de la publicidad. Concretamente, la Sección Segunda podrá actuar frente a las webs que tengan como principal actividad facilitar de manera específica y masiva la localización de contenidos ofrecidos ilícitamente de forma notoria (páginas de enlaces). Además, se dota a la Sección Segunda de mecanismos más eficaces de reacción frente a los prestadores de servicios que no cumplan voluntariamente con los requerimientos de retirada de contenidos vulneradores de derechos de PI, incluyendo la «**estrangulación económica**» de las páginas web infractoras. De esa forma se posibilita el requerimiento de la colaboración de intermediarios de pago electrónico y de publicidad, ya que estos también podrán ser multados e incluso sus sitios podrán ser cerrados. Así mismo, la Sección Segunda podrá pedir al juez de lo contencioso-administrativo el bloqueo técnico de la web. El Proyecto

¹⁰⁹ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de internet... op. cit.*, p.763.

¹¹⁰ Página web de La Moncloa... *op.cit.*

de Ley también otorga a la Sección Segunda potestad para imponer sanciones económicas de entre treinta mil y trescientos mil euros en caso de incumplimiento reiterado de los requerimientos de retirada de contenidos ilícitos¹¹¹.

2. Instrumentos implantados en el ordenamiento alemán

Según el §97 UrhG, todo titular de derechos de autor que vea vulnerados sus derechos podrá pedir la **reparación de los perjuicios causados**, bastando para ello que existan indicios sobre la ilegalidad de la actuación del demandado. En cambio, la exigencia de **indemnización** solo será procedente si se acredita dolo o negligencia y dicha indemnización puede calcularse en base al lucro cesante, es decir, a la compensación económica que el titular de los derechos hubiera recibido en el caso de que el infractor hubiera pedido autorización y pagado la tarifa correspondiente por la utilización del contenido protegido. Sin embargo, ésta última regla de cálculo no parece del todo justa ya que su aplicación dependería de que, en su caso, se hubiese concedido efectivamente la cesión del uso de los contenidos protegidos. En cambio, si la vulneración del derecho de autor se produce tras una denegación de dicha concesión, el autor no se vería totalmente resarcido por el perjuicio causado¹¹².

Además, en relación con el §251 BGB la posible indemnización que corresponda al titular de los derechos de PI está compuesta por una partida que comprende los gastos en los que haya incurrido dicho sujeto para llevar a cabo la investigación y la persecución de la vulneración de los contenidos protegidos. En cambio, no existe un consenso generalizado a favor de la indemnización a tanto alzado (*Verletzerzuschlag*) ya que se teme que por esta vía se llegue a la penalización de la indemnización por daños y perjuicios o *punitive damages*, tal y como se efectúa en EE.UU. No obstante, la sociedad de gestión de derechos de autor GEMA introdujo una indemnización que cubría el 100% de los gastos en que hubiese incurrido el titular de derechos de PI vulnerados que contara con un amplio y costoso sistema de vigilancia que permitiese detectar vulneraciones de este tipo de derechos. Dichos sistemas realizan p.ej. búsquedas en Internet por medio de las cuales se detectan usos ilegales de las obras protegidas.

¹¹¹ Página web de La Moncloa... *op.cit.*

¹¹² DECKER, U., «Urheberpersönlichkeitsrecht im Internet», en *Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*, Hoeren et al. (dir.), 28ª edic., C.H. Beck, München, 2011, pp.43 y ss.

El §97 UrhG también prevé la posibilidad de instar la adopción de medidas cautelares. Por un lado, se regulan **medidas cautelares «reparadoras»** (*wiederherstellende Unterlassungsanspruch*), las cuales podrán adoptarse cuando haya tenido lugar la infracción de las normas contenidas en la UrhG y exista a su vez posibilidad de reincidencia. Por otro lado, las **medidas cautelares «preventivas»** (*vorbeugende Unterlassungsanspruch*) pueden tomarse cuando el titular de los derechos de PI pruebe la existencia de un peligro potencial o tenga indicios de que la actuación de la parte contraria favorezca una futura vulneración.

En tercer lugar, es posible solicitar la **retirada de los contenidos** vulneradores de derechos de PI (*Beseitigungsanspruch*). Pero esta pretensión no tiene como finalidad el restablecimiento de la situación, sino que sirve para evitar que la vulneración de los derechos de PI genere futuras consecuencias negativas.

Para terminar, hay que hacer referencia a la posibilidad que existe en el ordenamiento jurídico alemán de **solicitar al juez de lo civil la identificación de los infractores** de los derechos de PI. En este sentido, Alemania está por delante de España en la lucha contra sistemas de intercambio de archivos como el de las redes P2P, ya que es posible ejercitar las acciones previstas en la ley contra los propios usuarios que ofrecen y descargan contenidos protegidos en la red de manera ilegal. Pues bien, dicha previsión está contenida en el §101 apartado segundo UrhG, el cual lleva por título «derecho de información» (*Auskunftsanspruch*). El apartado noveno de dicho precepto enlaza con el §3, n° 30 de la Ley de telecomunicaciones (*Telekommunikationsgesetz*) para el caso de que la identidad del infractor solo pueda determinarse empleando los datos de tráfico tales como la dirección IP generada en una determinada fecha y hora. Bajo tales circunstancias, los proveedores de acceso a Internet pueden ser obligados por el juez de lo civil a almacenar dicha dirección IP y a identificar al infractor.

Este procedimiento de identificación se divide en dos fases¹¹³. En primer lugar, el titular de los derechos vulnerados debe instar una petición (*Antrag auf Gestattung*) ante el órgano jurisdiccional competente para que autorice el empleo de los datos de tráfico facilitados por el proveedor de acceso a Internet, ya que en principio esta actuación iría en contra de la Ley de Protección de Datos (*Datenschutzgesetz*). Pero, antes de que el

¹¹³ *Auskunftsrecht bei Urheberrechtsverstößen*, página web del Gobierno de la República Federal de Alemania sobre la protección de datos... *op. cit.*

tribunal se pronuncie sobre la autorización, emite una orden provisional (*Sicherungsbeschluss*) para obligar a los proveedores de acceso a Internet a conservar los datos precisados, ya que, de lo contrario, estos eliminarían dichos datos en un plazo de siete días. Finalmente, una vez que el tribunal conceda la autorización (*Gestattungsbeschluss*), el proveedor de acceso a Internet estará obligado a facilitar el nombre y la dirección del sujeto infractor, permitiendo que el titular de los derechos vulnerados accione contra éste último.

3. Evaluación sobre su eficacia: el modelo más efectivo

En primer lugar considero que el modelo español adolece de dos defectos fundamentales. Por un lado, considero que el mencionado «caso nito75» ha puesto de relieve que es necesario, tal y como se prevé el PLPI, que en el seno del proceso civil se pueda proceder a **la identificación de los usuarios de las redes P2P para poderlos sancionar directamente**. De lo contrario, se llega a una situación absurda en la cual se obliga a la compañía telefónica a desconectar de la red al infractor, el cual no es parte del proceso porque no es posible conocer su identidad y, además, podrá volver a contratar con otro prestador de servicios de intermediación en cualquier momento y seguir infringiendo la LPI. Con lo cual, se crea un círculo vicioso porque los titulares de derechos de autor tendrán que volver a perseguir al sujeto infractor desconocido por medio de las compañías telefónicas que le prestan el servicio de conexión a Internet. Sin embargo, como se acaba de apuntar, si se cumplen las previsiones este problema se verá solventado en los próximos meses.

Además, también se podría argumentar que la falta de personación del usuario de la red P2P como parte en el procedimiento judicial que tiene por objeto enjuiciar si su conducta es constitutiva de una vulneración de derechos de PI, constituye una **falta de litisconsorcio pasivo necesario** del art.12 LEC, ya que el usuario no habrá tenido la posibilidad de ser oído y de defenderse en el proceso que le afecta directa y perjudicialmente. Finalmente, ante la decisión del tribunal de desconectar de la red al usuario de la red P2P que convive con otras personas, también es posible alegar la **vulneración del derecho fundamental a la libertad de información** consagrado en el art.20 CE por privar de Internet al resto de la unidad familiar.

Esta lacra del sistema español no existe sin embargo en el modelo alemán como ya se expuso anteriormente y considero que éste es uno de los motivos por los cuales cabe concluir que **la lucha contra la vulneración de los derechos de PI a través de las redes P2P es más efectiva en Alemania que en España**. Habrá que analizar si, una vez que entre en vigor la modificación prevista de la LEC, se produce un cambio de tendencia que conlleve el descenso de infracciones en este ámbito.

VI. Conclusiones y evaluación de los resultados obtenidos

Primera. En primer lugar, los datos que se han manejado a lo largo de esta investigación permiten concluir que vivimos actualmente en la denominada «**sociedad de la información**», en la cual la descarga de contenidos protegidos por la legislación de PI se ha desvelado como una conducta generalizada entre los internautas de todo el mundo, un importante porcentaje de los cuales acude a programas de intercambio de archivos P2P para acceder a películas, música y programas de ordenador, entre otros. Por estos motivos, es imprescindible que el ordenamiento jurídico se actualice y determine cuáles son las conductas relacionadas con los avances informáticos que lesionan los derechos de propiedad intelectual.

Segunda. Las redes P2P (*Peer-to-Peer*) se caracterizan por su **descentralización**, no precisando un servidor central que actúe de interconexión, sino que esta tecnología permite que, a través de un programa informático, los ordenadores de los usuarios se conecten directamente entre sí, a modo de red, y puedan acceder a los contenidos que los demás conectados al sistema tienen almacenados para copiarlos en el disco duro propio del ordenador, de forma que cada usuario funciona al mismo tiempo como cliente y como servidor. Por otro lado, la identificación de los participantes en estas redes no es nada sencilla ya que la mayoría de los usuarios no tienen una dirección IP fija y cada vez que apagan y encienden el *router* desaparecen de la red. Sin embargo, los nodos o servidores puntuales sí que permiten rastrear información acerca de las direcciones IP de los usuarios de las redes P2P. Por último, se ha constatado que las redes P2P más populares entre los internautas son *BitTorrent*, *Emule* y *eDonkey*, cuya popularidad se incrementó debido al cierre en 2012 de páginas como *Megaupload* y *Cinetube* que permitían tanto la descarga como el visionado *online* de películas. Sin

embargo, en 2014 se han realizado estudios que demuestran que el intercambio de archivos por medio de redes P2P ha vuelto a descender.

Tercera. En cuanto al **límite de copia privada**, el art.5.2º letra b) de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, permite a los Estados miembros de la UE el establecimiento de límites al derecho de reproducción de las obras protegidas por derechos de PI. Dicho límite se materializa concretamente en el derecho de las personas físicas a realizar copias para uso privado, debiéndose establecer como contrapartida una vía para que los titulares de esos derechos de reproducción reciban a cambio una compensación equitativa. Esta previsión se ha implantado en el ordenamiento jurídico español y alemán en el art.31.2º LPI y §53 UrhG respectivamente, los cuales se diferencian fundamentalmente en que el art.31.2º LPI prohíbe la «utilización colectiva» de la copia privada realizada, mientras que la legislación alemana va más allá y condiciona explícitamente el límite de copia privada a que el ejemplar del cual se realiza la copia no se haya «contaminado» previamente por haberse producido una vulneración del derecho de comunicación pública.

Cuarta. En lo que se refiere a la calificación jurídica de las conductas llevadas a cabo por **los usuarios de las redes P2P**, llego a la conclusión de que, en la actualidad, no existen divergencias entre el ordenamiento jurídico español y alemán en cuanto a la calificación jurídica de la conducta llevada a cabo por el *seeder*, que comparte ejemplares de obras protegidas a través de la carpeta compartida del programa de red P2P. Efectivamente, de acuerdo con la legislación de ambos países, cabe calificar dicha actuación como un **acto de comunicación pública** (art.20.2º letra i LPI y §19a UrhG).

Sin embargo, en lo que respecta al comportamiento del *leecher*, en Alemania se considerará que, empleando las redes P2P para el intercambio de archivos protegidos sin autorización previa, dicho sujeto actúa de forma ilegal ya que habrá obtenido el ejemplar que descarga – y por lo tanto copia – habiendo vulnerado previamente el *seeder* el derecho de comunicación pública, situación que **impide aplicar el límite de copia privada del §53 UrhG** y existiendo consecuentemente una vulneración del §16 UrhG que regula el derecho de reproducción. Por contra, en España el *leecher* que descargue una obra protegida de la carpeta compartida de un *seeder* – cumpliendo con el resto de requisitos que impone el art.31.2º LPI y sin poner esas copias a disposición

de terceros en la mencionada carpeta compartida – **no actuará de forma ilícita y su conducta estará amparada por el límite de copia privada.**

Estas consideraciones deben ser tenidas en cuenta sin olvidar que también es posible interponer acciones de responsabilidad contra otros sujetos como el desarrollador de los programas de ordenador, los servidores intermediarios, los titulares de sitios y páginas web que incluyen enlaces u otros prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios.

Quinta. Tanto en el ordenamiento jurídico español como en el alemán se regulan de una forma muy similar las llamadas **entidades de gestión colectiva de derechos de autor**. Correlativamente, en ambos países se pone de manifiesto que el sistema de gestión colectiva adolece de las mismas carencias, así como los intentos por descargar de poder a las entidades de gestión y atribuir cada vez más libertad a los propios titulares de derechos de PI en lo que a la administración de sus derechos se refiere. Sin embargo, dichas entidades siguen ejerciendo un **monopolio** casi absoluto en este terreno y no parece que se vaya a prescindir de ellas en el futuro, máxime cuando en España el PLPI regula nuevos aspectos de las entidades de gestión sin disminuir las funciones que tienen atribuidas en la actualidad, con lo cual en definitiva se consolida su papel.

Sexta. Como colofón, considero que la mayor efectividad del ordenamiento jurídico alemán se debe a que en dicho Estado se optó desde el principio por **perseguir al usuario final** de los servicios de la sociedad de la información que atenta contra los derechos de PI. Esta estrategia se materializó a través de la posibilidad que ofrece la legislación alemana de solicitar al juez de lo civil la identificación de los infractores – posibilidad que se prevé introducir en España a través del PLPI – y gracias a la previsión del §53 UrhG que impide aplicar el límite de copia privada al *leecher*.

En cambio, el legislador español prefirió inicialmente tomar medidas contra otros sujetos como los desarrolladores de programas para la implantación de protocolos *Peer to Peer*, los servidores o sitios intermedios, los titulares de los sitios intermedios de enlaces o los propios proveedores de acceso a Internet. En este último caso, la imposición de la obligación de cortar el acceso a Internet a los usuarios de redes P2P, los cuales únicamente pueden ser identificados por su dirección IP, podría conllevar incluso la vulneración de derechos fundamentales. Finalmente, en España también se ha

creado un sistema de tutela administrativo incardinado en la Sección Segunda de la CPI, la cual aplica **medidas administrativas contra los prestadores de servicios de la sociedad de la información y no contra los usuarios o destinatarios de dichos servicios**, lo cual demuestra de nuevo que el modelo español es mucho menos eficaz a la hora de sancionar las conductas vulneradoras de derechos de PI que se efectúan a través del empleo de las redes P2P.

VII. Bibliografía y referencias documentales

1. Bibliografía

A

- ANGUIANO, J.M., «La Ley Sinde y los enlaces», en el apartado de publicaciones del área de Propiedad Industrial e Intelectual de la página web del despacho de abogados Garrigues, 15 de noviembre de 2011.

Disponible en: <<http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Articulos/Paginas/La-Ley-Sinde-y-los-enlaces.aspx>> (último acceso febrero de 2014).

- Anuario SGAE 2013, apartado de Música Grabada, accesible en <<http://www.anuariosgae.com/anuario2013/frames.html>> (último acceso noviembre de 2013).

- Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación, «Estudio General de Medios de los meses febrero y marzo de 2014». Disponible en: <<http://www.aimc.es/Entrega-de-resultados-EGM-1%C2%AA-ola,1409.html>> (último acceso mayo 2014).

- *Auskunftsrecht bei Urheberrechtsverstößen*, página web del Gobierno de la República Federal de Alemania sobre la protección de datos. Disponible en:

<http://www.bfdi.bund.de/cln_134/DE/Themen/KommunikationsdiensteMedien/Internet/Artikel/AuskunftsrechtsBeiUrheberrechtsverstoss.html?nn=409872> (último acceso abril 2014).

B

- BARBERÁN MOLINA, P., *Manual Práctico de Propiedad Intelectual*, 1ª edic., Tecnos, Madrid, 2010.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del

derecho de la propiedad intelectual. Soluciones jurídicas», en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1996, pp. 71-110.

- BITKOM, comunicado de prensa. Disponible en:

<http://www.bitkom.org/de/presse/66442_63483.aspx> (último acceso marzo 2014).

- BRAVO BUENO, D., «Denegada judicialmente la primera orden del Ministerio de Cultura de cierre de una página web», en *eldiario.es*, 24 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.eldiario.es/zonacritica/Denegada-judicialmente-primera-Ministerio-Cultura_6_242235801.html> (último acceso abril de 2014).

C

- CABRERA BLÁZQUEZ, F.J., «Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P», en *Ciberrevista sobre propiedad intelectual*, nº.4, 2006. - CABRERA, J., «El intercambio de archivos P2P no es lo que era», en *El Huffington Post*, 3 de mayo de 2014. Disponible en: <http://www.huffingtonpost.es/juan-cabrera/el-intercambio-de-archivos-p2p_b_5226621.html?utm_hp_ref=spain> (último acceso mayo 2014).- COMISIÓN EUROPEA, «Civil enforcement of intellectual property rights: public consultation on the efficiency of proceedings and accessibility of measures», en *Web de la Comisión Europea*, julio de 2013. Disponible en:

<http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/intellectual-property-rights/summary-of-responses_en.pdf> (último acceso febrero 2014).

- Comunicado del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte sobre el Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo, de 9 de abril de 2014. Disponible en: <https://www.facebook.com/MinisterioDeEducacionCulturaYDeporte/posts/272180562951634?stream_ref=5> (último acceso abril 2014).

D

- DECKER, U., «Urheberpersönlichkeitsrecht im Internet», en *Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*, Hoeren et al. (dir.), 28ª edic., C.H. Beck, München, 2011.

- DELCLÓS, T., «El uso del P2P crece en Europa tras el cierre de Megaupload», en *El País*, 26 de enero de 2012. Disponible en:

<http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/01/26/actualidad/1327564710_986496.html> (último acceso diciembre 2013).

- DELGADO, A., «El laberinto judicial de las páginas P2P», en *Soitu.es*, 25 de septiembre de 2009. Disponible en:

<http://www.soitu.es/soitu/2009/09/25/vidadigital/1253881155_337836.html?id=38765940fe49903a12289ed4124af768&tm=1253961667> (último acceso febrero 2014).

- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de internet*, 4ª edic., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- Dictamen del Consejo de Estado, de 28 de noviembre de 2013, sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Número de expediente 1064/2013. Documento CE-D-2013-1064.

- DÍEZ ALFONSO, A., «SOPA vs. Sinde», en *INSTITUTO AUTOR.ORG*, 13 de febrero de 2012.

E

- Estudio de Internet 2008/2009, documento PDF disponible en <<http://www.internetobservatory.net/en/resources/internet-studies>> (último acceso noviembre de 2013).

- EUROPA PRESS, «Un juez ordena cortar internet a un usuario de P2P por infringir derechos de autor», en *eldiario.es*, 21 de enero de 2014. Disponible en: <http://www.eldiario.es/turing/propiedad_intelectual/operadora-internet-P2P-infringir-derechos_0_220478045.html> (último acceso febrero 2014).

F

- FERNÁNDEZ MATEOS, M.T. Y RIPOLL, F., «Reforma de los delitos contra la propiedad intelectual: Penalización de las webs de enlace», en el apartado de publicaciones del área de Propiedad Industrial e Intelectual de la página web del despacho de abogados Garrigues, 20 de octubre de 2013. Disponible en: <<http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Articulos/Paginas/Reforma-de-los-delitos-contra-la-propiedad-intelectual-Penalizacion-de-las-webs-de-enlace.aspx>> (último acceso febrero de 2014).

G

- GARRIGUES (despacho de abogados), «Las descargas por internet sin la “Ley Sinde”», en el apartado de publicaciones del área de Propiedad Industrial e Intelectual de la página web del despacho de abogados Garrigues, 25 de diciembre de 2010. Disponible en: <<http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Articulos/Paginas/Las-descargas-por-internet-sin-la-Ley-Sinde.aspx>> (último acceso febrero de 2014).
- GIL GIL, A. Y MARTÍN FERNÁNDEZ, C., «Sobre la tipicidad de la conducta de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud», en *Revista InDret*, nº. 2, 2009.
- GÓMEZ LANZ, J., «Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes “peer-to-peer”: algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios», en *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº. 51, 2002, pp. 34-63.
- GÓMEZ SEGADE, J.A. «Respuestas de los sistemas de propiedad intelectual al reto tecnológico. El Derecho europeo continental y el Derecho anglosajón del Copyright»,

en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1996, pp. 131-152.

H

- HERALDO, «Hollywood gana la batalla al servidor de descargas Hotfile», en *Heraldo de Aragón*, 4 de diciembre de 2013. Disponible en:

<http://www.heraldo.es/noticias/ocio_cultura/cultura/2013/12/04/hollywood_gana_batala_servidor_descargas_hotfile_259404_308.html> (último acceso febrero 2014).

I

- Informe de la CNC de gestión colectiva de 19 de enero de 2010. Disponible en: <<http://www.cncompetencia.es/>> (último acceso noviembre 2013).

- Informe del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 4 de septiembre 2013 relativo al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil de 2013 (IPN 102/13). Disponible en:

<<http://www.cncompetencia.es/Inicio/ResultadosdeLaBusqueda/tabid/37/Default.aspx?xsq=IPN+98%2F13&xsp=100>> (último acceso noviembre de 2013).

- Informe del Consejo General del Poder Judicial de 25 de julio de 2013 relativo al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_de_modificacion_del_Texto_Refundido_de_la_Ley_de_Propiedad_Intelectual__aprobado_por_Real_d

Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril y de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil>(último acceso noviembre de 2013).

- Informe del Parlamento Europeo con una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre el refuerzo de la seguridad y de las libertades fundamentales en Internet (conocido como Informe Lambrinidis), 25 de febrero de 2009. Disponible en:

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2009-0103&language=ES#top>> (último acceso febrero 2014).

- Informe 2013 sobre la Sociedad de la Información en España de la Fundación Telefónica. Disponible en:

<http://www.fundacion.telefonica.com/es/arte_cultura/publicaciones/detalle/258> (último acceso febrero 2014).

- IPOQUE, página web de la compañía: <<http://www.internetobservatory.net/en>> (último acceso noviembre de 2013).

J

- JIMÉNEZ CANO, R., «¿Quién sube las películas al BitTorrent? », en *El País*, 26 de enero de 2011. Disponible en:

<http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2011/01/26/actualidad/1296036063_850215.html> (último acceso diciembre 2013).

K

- KOCH, T. Y MARCOS, A., «España se salva de volver a la lista negra de la piratería de EE UU», en *El País*, 1 de mayo de 2013. Disponible en:

<http://cultura.elpais.com/cultura/2013/04/24/actualidad/1366815605_846713.html>

L

- Lista 301 del Departamento de Comercio de los EEUU:

- Versión de 2011 disponible en <<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/reports-and-publications/2011/2011-special-301-report>>.
- Versión de 2013 disponible en <<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/reports-and-publications/2013/2013-special-301-report>>.

- LOEWENHEIM, *Die Privatkopie*, p.8.

- LÓPEZ PALACIOS, I., «El 84% de todos los contenidos culturales adquiridos en España es pirata», en *El País*, 9 de abril de 2014. Disponible en: <http://cultura.elpais.com/cultura/2014/04/09/actualidad/1397039187_622486.html> (último acceso abril 2014).

M

- MARCELO, J.F. y MARTÍN, E., *Exprime P2P*, 1ª edic., Anaya Multimedia, Madrid, 2009.

- MARTÍN BARBERO, S. Y DOMENICO SANDULLI, F., «El usuario y el proveedor digital: el “reparto musical” en las redes p2p», en *Revista de estudios de comunicación / Komunikazio ikasketen aldizkaria*, nº. 18, 2005, p. 121.

- MINERO ALEJANDRE, G., «El futuro incierto de la regulación española de la compensación equitativa por copia privada», en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 22, 2010, pp.171-195.

- MORENO, J.A., «Violación de los derechos de autor a través de redes p2p: ¿responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información o de los miembros de las redes?», en *Revista la propiedad inmaterial*, nº. 12, 2010, pp. 261-276.

- MORENO, V., «Ver en “streaming” contenidos pirata no es delito en Alemania», en *Expansión*, 15 de enero de 2014.

- MUÑOZ, R., «El día en que el FBI resucitó el p2p», en *El País*, 30 de enero de 2012. Disponible en:

<http://cultura.elpais.com/cultura/2012/01/30/actualidad/1327956914_458890.html>

(último acceso noviembre 2013).

- MÜLLER, C.C., «Warum wir den Abmahnanwalt anzeigen», en *Frankfurter Allgemeine*, 6 de enero de 2014. Disponible en:

<<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/interview-zu-redtube-abmahnungen-warum-wir-den-abmahnanwalt-anzeigen-12739418.html>> (último acceso febrero de 2014).

- MÜLLER, U., «Verwertungsgesellschaften im digitalen Umfeld», en *Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*, Hoeren et al. (dir.), 28ª edic., C.H. Beck, München.

O

- Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales de 2012 elaborado por la Federación para la protección de la Propiedad Intelectual. Disponible en: <<http://www.fap.org.es/documentacion/cifras>> (último acceso febrero 2014).

- Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales de 2013 elaborado por La Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos. Disponible en: <<http://lacoalicion.es/wp-content/uploads/Observatorio-pirater%C3%ADa-2013-Ejecutivo.9-abril-2014.pdf>> (último acceso abril de 2014).

- Observatorio Mundial de la Lucha contra la piratería de la UNESCO. Disponible en: <http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=39397&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> (último acceso mayo 2014).

P

- PACHALI, D., «Urheberrechtskörbchen: Wikimedia und Börsenverein mit Stellungnahmen (Update)», en iRIGHTS Info, 6 de marzo de 2013, disponible en: <<http://irights.info/webschau/urheberrechtskorbchen-wikimedia-veroeffentlicht-stellungnahme/12138>> (último acceso marzo 2014).

- PEINADO GRACIA, J.I., «La propiedad intelectual: Derechos de Autor y derechos afínes», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Menéndez et al. (dir.), vol. I, 11ª edic., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.

- PEÑA, C., «Actualización: FireChat, la app de mensajería sin conexión a internet llega a Android», en *paréntesis.com*, 4 de abril de 2014. Disponible en: <http://www.parentesis.com/noticias/software_aplicaciones/FireChat_la_nueva_app_de_mensajería_que_no_necesita_conexion_a_internet_ni_senal_de_telefono> (último acceso abril 2014).

- PÉREZ, F.J., «El fiscal pide cárcel a un directivo de la SGAE por cargar a la entidad 40.000 euros en clubes de alterne», en *El País*, 10 de diciembre de 2013. Disponible en: <http://cultura.elpais.com/cultura/2013/12/10/actualidad/1386696308_642978.html> (último acceso marzo 2014).

- PLAZA PENADÉS, J., *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

- PLAZAS PENADÉS, J., «Propiedad intelectual y tecnologías de la información y la comunicación», en *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Plaza (dir.), 1ª edic., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

- PRIETO, D., «Reprimenda del Consejo de Estado a la Ley de Propiedad Intelectual», en *El Mundo*, 5 de diciembre de 2013. Disponible en: <<http://www.elmundo.es/cultura/2013/12/05/529fd04863fd3d96058b4594.html>> (último acceso febrero 2014).

R

- RAMÍREZ SILVA, P., «Webs de enlaces y propiedad intelectual», en *Revista InDret*, nº.2, 2012.
- RAMÓN CALVI, J.C., Tesis doctoral «Los sistemas de intercambio de usuario a usuario (P2P) en Internet. Análisis de una lógica de distribución, intercambio y reproducción de productos culturales», García Matilla (dir.), Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- RAUEL, P. UND HEGEMANN, J., «Uhrheberrechtliche Schranken bei Online-Produkten», en *Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*, Hoeren et al. (dir.), 28ª edic., C.H. Beck, München, 2011.
- «Reforma parcial de la LPI», en *Newsletter Consejo de Ministros*, 14 de febrero de 2014.
- RODRÍGUEZ MORO, L., «Las redes de intercambio de archivos P2P y las páginas con enlaces a ellas. Legalidad y valoración tras una década de siglo XXI», en *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº.14, 2010, pp. 931-938.
- ROMERO, P., «La Justicia impide a la Comisión Sinde cerrar un sitio web por falta de proporcionalidad» en *El Mundo*, 28 de marzo de 2014. Disponible en: <<http://www.elmundo.es/tecnologia/2014/03/28/5335175d268e3eb5408b456a.html>> (último acceso abril de 2014).
- ROMERO, P., «Una sentencia obliga al operador R a cortar el acceso de un usuario de P2P por infringir derechos de autor», en *El Mundo*, 20 de enero de 2014. Disponible en: <<http://www.elmundo.es/tecnologia/2014/01/20/52dcfc3cca4741ce548b4577.html>> (último acceso febrero 2014).

S

- SÁNCHEZ ALMEIDA, C., «Descargarse archivos por P2P, ¿es delito? », 22 de enero de 2008. Disponible en: <<http://www.bufetalmeida.com/229/descargarse-archivos-por-p2p-es-delito.html>> (último acceso febrero 2014).

- SÁNCHEZ ARISTI, R., *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer to peer*, Madrid, pp.180-196.
- SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Civitas, Madrid, 2000.

V

- VEGAP, «Aprobada la Directiva europea de gestión colectiva», 6 de febrero de 2014, disponible en: <<http://www.vegap.es/noticias/detalle/aprobaci%C3%B3n-directiva-europea>> (último acceso marzo 2014).
- VERDÚ, D., «EEUU rebaja la presión a España por la piratería», en *El País*, 3 de mayo de 2011. Disponible en:
<http://www.elpais.com/diario/2011/05/03/cultura/1304373604_850215.html> (último acceso noviembre 2013).
- VILLASEÑOR RODRÍGUEZ, I. y GÓMEZ GARCÍA, J.A., *Investigación y Documentación Jurídicas*, 2ª edición, Dykinson, Madrid.

2. Jurisprudencia

- Auto de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª), núm.201/2009, de 16 septiembre (JUR 2009\406651).
- Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª), núm.630/2010, de 26 octubre (ARP 2011\257).
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de marzo de 2014 (caso Goeat).¹¹⁴
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 29 de enero de 2008 (asunto C-275/06).

¹¹⁴ No disponible más información acerca de esta resolución judicial a fecha de abril de 2014.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de octubre de 2010 (asunto C-467/08).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de julio de 2011 (asunto C-324/09).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de junio de 2013 (asunto C-457/11 a C-460/11, VG Wort contra Kyocera).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm.773/2009, de 9 de diciembre de 2009 (RJ\2010\131).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm.316/2010, de 18 mayo (RJ\2010\2319).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm.72/2011, de 10 febrero (RJ\2011\313).
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), núm.704/2008, de 22 de marzo (JT\2011\202).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª), núm.40/2008, de 18 febrero (ARP\2008\262).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª), núm.187/2009, de 10 de marzo (AC\2009\225).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), núm.89/2011, de 2 marzo (JUR\2011\68191).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1ª), núm.530/2011, de 27 septiembre (ARP 2011\1213).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), núm.470/2013, de 18 de diciembre (JUR 2014\19853).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm.11/2014, de 14 de enero (JUR\2014\36900).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm.103/2014, de 31 de marzo de 2014 (JUR 2014\108766).