

Presentación el 31 de octubre de 2015 en el **#FCForum15**

<http://2015.fcforum.net/>

Informe de Xnet sobre la reforma a la Ley de Propiedad Intelectual



comisionado a la Abogada especializada en Propiedad Intelectual

CARMENCHU BUGANZA GONZALEZ

Informe sobre la reforma a la Ley de Propiedad Intelectual

I. Introducción.

El presente informe tiene por objeto analizar los cambios introducidos en la normativa de Propiedad Intelectual por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Y en particular, interesa analizar las disposiciones que puedan producir un impacto negativo en los derechos y libertades fundamentales, que supongan una reducción o limitación del ejercicio de estos derechos y, en su caso, proponer medidas o acciones legales a adoptar para paliar los efectos negativos de la nueva normativa.

II. Análisis de las disposiciones.

o Art. 25. Compensación equitativa por copia privada

Una vez más, la compensación equitativa es objeto de controversia, en esta ocasión el problema se plantea debido al sistema de recaudación que se ha previsto con cargo a los presupuestos del Estado. Si bien, este extremo no es una novedad por cuanto fue adoptado por el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, el sistema se consolida con la reforma.

Este sistema de recaudación fue impuesto debido a la Sentencia Padawan, que declaró que la compensación equitativa prevista en la LPI española era contraria al derecho comunitario, porque se aplicaba de forma indiscriminada y a sujetos que no eran beneficiarios de la excepción de copia privada. Sin embargo, la solución adoptada no satisface a las entidades de gestión ni a los titulares del derecho. A los primeros porque prácticamente anula su intervención y a los segundos porque les reduce considerablemente los importes a percibir. Extremo que también afecta a las entidades de gestión puesto que ven mermadas sus comisiones.

Es importante mencionar que la disposición que introdujo este sistema de compensación por copia privada ha sido objeto de un Recurso Contencioso Administrativo ante el Tribunal Supremo (Nº 34/2013), cuyo procedimiento ha sido suspendido para plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), las siguientes cuestiones prejudiciales:

“¿Es conforme al art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 un sistema de compensación equitativa por copia privada que, tomando como base de estimación el perjuicio efectivamente causado, se sufraga con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación sea soportado por los usuarios de copias privadas?.

Si la anterior cuestión recibiese una respuesta afirmativa, ¿es conforme al art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 que la cantidad total destinada por los Presupuestos Generales del Estado a la compensación equitativa por copia privada, aun siendo calculada con base en el perjuicio efectivamente causado, deba fijarse dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio?.”

En suma, el sistema que fija la compensación equitativa con cargo a los presupuestos generales del Estado no deja de ser un sistema que se aplica de forma indiscriminada, pero que a diferencia del anterior, las cantidades a recaudar tienen un límite establecido en la partida presupuestaria.

La nueva regulación del Art. 25 LPI ha nacido afectada y su vigencia dependerá del pronunciamiento del TJUE. No obstante, hay un aspecto que es importante destacar, la introducción del concepto perjuicio causado y de la excepción contenida en el párrafo 5, según la cual, en determinados supuestos en los que el perjuicio causado haya sido mínimo no darán lugar a la compensación equitativa y que serán determinados reglamentariamente.

Resumiendo, el problema que esta disposición plantea es que el sistema de remuneración compensatoria con cargo a los presupuestos generales del Estado, no deja de ser una carga que tienen que soportar todas las personas, copien o no y en el contexto actual, en el que prácticamente ha desaparecido la copia privada.

o Art. 31.2 Copia privada.

La definición de copia privada ha sido restringida, considerándose únicamente copia privada aquella cuyo acceso sea por compraventa mercantil o por actos de comunicación pública autorizados. Por consiguiente, prácticamente desaparece el concepto de copia privada, ya que siguiendo el tenor literal de la ley sólo se podrá copiar aquello que se compre o que se adquiriera por comunicación pública autorizada. Definición absurda, ya que resulta inútil duplicar algo que ya se tiene.

Por otra parte, esta disposición es absurda también desde la perspectiva de control, ya que será imposible vigilar los supuestos infractores y en caso de que se considere la improcedencia de la copia privada, ¿qué puede ocurrir? ¿Procederá interponer una demanda por uso no autorizado?

Y así llegamos al siguiente problema, ya que dependiendo del uso (copia privada o no) habría que valorar si dicha copia ha ocasionado un perjuicio. El análisis de los parámetros de la copia privada y del concepto en sí mismo que nos propone la LPI no es el mismo que el previsto en la Directiva 2001/29/CE, puesto que no impone los mismos requisitos.

Lo relevante a los efectos de nuestro análisis, es que la eliminación del límite de copia privada puede suponer una disminución de los derechos de las personas, por cuanto puede afectar el acceso a la información, a la cultura o limitar el derecho a leer, estudiar o formarse. Otro aspecto que es importante considerar, es si la eliminación de la copia privada sería conforme con el derecho comunitario.

En cualquier caso, la eliminación de uno de los supuestos de libre utilización de las obras o límite al derecho de autor, es una cuestión que debe analizarse con detenimiento por cuanto supone una limitación a los derechos de las personas y rompe con el equilibrio que el sistema de límites impone al monopolio del autor.

o Art. 32 Citas y reseñas e ilustración con fines educativos o de investigación científica.

El artículo 32 ha sufrido importantes cambios. Por un lado, se introduce un nuevo derecho compensatorio, establecido en favor de los titulares de sitios Web de noticias y con cargo a los prestadores

de servicio de agregación de contenidos, conocidos como motores de búsqueda. Y por otro lado, se establece un nuevo derecho compensatorio, en favor de los titulares de obras literarias susceptibles de ser utilizadas en la ilustración de la enseñanza y que se establece a cargo de los centros de enseñanza.

La tasa impuesta a los prestadores de servicio de agregación de contenidos, presenta una gran problemática ya que cualquier titular de un sitio Web podría, siempre que reúna los requisitos, reclamar dicha compensación ya que se ha establecido con carácter irrenunciable.

Otro aspecto delicado que esta norma plantea, es que encarga a las entidades de gestión la tarea de hacer efectivo este derecho, lo que genera grandes incógnitas: ¿cómo evitar un trato discriminatorio a los no socios para cobrar el derecho irrenunciable? ¿Quién decidirá sobre su procedencia?

Es bien sabido que este canon pretendía hacer pagar a Google por el uso de los titulares de los diarios, pero como el servicio Google News fue suspendido en España, la pregunta que ahora se nos plantea es ¿Cuál es la finalidad de esta disposición?

Debemos preguntar que podría ocurrir, si todos los gestores de sitios Web de actualización de contenidos reclaman su derecho irrenunciable. Esta situación podría suponer un recorte de los servicios de la sociedad de la información. Si esto se produce, ¿no estaría la LPI imponiendo un obstáculo al desarrollo técnico, contrario con la normativa comunitaria?

La tasa Google ha sido un fracaso porque su principal destinatario ha sabido escapar de su aplicación dejando vacía de contenido esta norma, pero el nuevo derecho ha sido creado y ahí está, esperando a ver qué consecuencias se producirán.

Por lo que respecta al canon impuesto a la ilustración de la enseñanza, que también se ha configurado como derecho irrenunciable, se observa el inconveniente de que su única finalidad es gravar doblemente la copia o reproducción. Es decir, aquello que no ha sido recuperado por copia privada, se hará efectivo con este nuevo peaje. Nótese que exclusivamente este nuevo canon se impone a las publicaciones o similares, lo que equivale a decir que no es la ilustración de la enseñanza de lo que estamos hablando sino del uso de materiales o textos para realizar determinadas lecturas.

Esta disposición es más que desafortunada porque la ilustración para la enseñanza no prevé ningún tipo de pago de derechos o compensación en la Directiva 2001/29/CE, simplemente se contempla como una excepción al derecho de autor, de la misma manera que lo hace el Convenio de Berna.

Hemos visto que por un lado, prácticamente se elimina el concepto de copia privada impidiendo a las personas hacer uso de esta prerrogativa, pero por otra parte, se crea un nuevo derecho de copia, limitado a la enseñanza, que ni sirve para ilustrar ni tampoco se puede decir que sea útil para los estudiantes.

El recorte de los límites al derecho de autor afecta a los derechos fundamentales y sin embargo, la nueva LPI ni justifica las nuevas cargas que impone, ni tampoco otorga nada a cambio. Simplemente se ha decidido favorecer los intereses de la industria editorial en detrimento del progreso, la educación y el avance tecnológico.

o Artículo 158 ter. Función de salvaguarda de los derechos en el entorno digital

La ley 21/2014 ha aprovechado también la reforma para incorporar, nuevamente, el polémico reconocimiento implícito que se le otorga a la retirada voluntaria del servicio o de los contenidos, que ya había sido declarado nulo y no conforme a Derecho por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª de 31 de mayo de 2013.

En esta ocasión, la ley salva el obstáculo e introduce en el último párrafo del apartado 4, el reconocimiento implícito de la infracción:

“La interrupción de la prestación del servicio o la retirada voluntaria de las obras y prestaciones no autorizadas tendrán valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración de derechos de propiedad intelectual y pondrá fin al procedimiento.”

Debemos decir que la consideración de reconocimiento implícito de la infracción a la retirada voluntaria es excesivo y además, podría vulnerar el principio de presunción de inocencia y los más básicos derechos fundamentales que garantizan la tutela efectiva, como el de “no declarar contra sí mismo” y “no confesarse culpable”; derechos fundamentales reconocidos en el Art. 24 de la Constitución Española

y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Otro aspecto que debemos destacar del procedimiento de salvaguarda de los derechos en el entorno digital, es que parte de la premisa de que todo acto de comunicación pública que se realiza a través de enlaces vulnera los derechos de propiedad intelectual. Es decir, prácticamente está decidido o prejuzgado el fondo del asunto. Sin embargo, debemos tener en consideración que no todos los enlaces vulneran los derechos de propiedad intelectual y así se ha pronunciado el TJUE en dos recientes Sentencias (C-466/12 Svensson y C-348/13 BestWater International GmbH), llegando a considerar que no se vulneran derechos de propiedad intelectual cuando las obras protegidas se encuentran disponibles libremente en Internet, ya que el enlace no tienen el efecto de una comunicación pública en el sentido del Art. 3 párrafo 1 de la Directiva 2001/29/CE , en la medida en que la obra no se trasmite a un público nuevo ni se comunica siguiendo una técnica específica distinta de aquella de la comunicación de origen.

Si realmente lo que pretende la LPI es elevar el nivel de protección de los titulares de derechos, podría implementar medidas disuasorias con respuestas graduales. Por ejemplo, considerar a la retirada voluntaria como un precedente, de esta manera, en caso de reincidencia los antecedentes o indicios se utilizarían como prueba del ánimo infractor. Pero sin otorgar ninguna otra opción, resulta un castigo excesivo y punitivo, que a una persona se la pueda considerar infractor de derechos, sólo por recibir un requerimiento, sin que sea necesario realizar ningún análisis o valoración sobre el fondo del asunto, es decir, sin llegar a establecer si los enlaces vulneran o no derechos de propiedad intelectual.

Por las razones expuestas, considerar como reconocimiento implícito de la infracción a la retirada voluntaria del servicio o de los contenidos, resulta una medida excesiva que atenta contra los derechos fundamentales.

A mayor abundamiento, debemos decir, que esta disposición es contraria al derecho comunitario, por cuanto establece una sanción excesiva y punitiva, en lugar de objetiva y relacionada con el daño ocasionado como exige el artículo 13 de la Directiva 2004/48/CE, ya que el artículo 158 ter, no requiere que sea acreditada ni la infracción, ni el daño ocasionado para que se declare la vulneración de derechos.

III. Acciones propuestas

Las referidas normas son susceptibles de revisión por órganos judiciales que determinen si se adecuan a la Constitución y al Derecho comunitario. No obstante, se ha descartado la opción de presentar recurso ante los órganos comunitarios, por dos razones: la primera, debido al plazo, ya que al solicitarse el presente estudio estaba prácticamente vencido; y la segunda, porque consideramos que someter a revisión una norma nacional podría ser una intromisión excesiva en el ámbito o competencias del Estado miembro. Por ello, resulta más adecuado que sea analizado por nuestros propios órganos judiciales y, en su caso, que dichos órganos si consideran oportuno, eleven la consulta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En consecuencia, se propuso promover una acción de inconstitucionalidad, no obstante, la gran dificultad que presenta esta opción es conseguir los apoyos necesarios para su promoción. Lo que nos lleva a considerar que la única opción viable es defender caso a caso, las demandas que se interpongan en base a estas nuevas disposiciones y alegar la cuestión de inconstitucionalidad ante el Juez y la vulneración de derechos fundamentales, o bien, proponiendo cuestiones prejudiciales para determinar la compatibilidad con la normativa comunitaria, según sea el caso.

Los aspectos que consideramos más sensibles son los siguientes:

o La ilustración de la enseñanza.

Porque introduce un límite que afecta a la libertad de expresión y concretamente a la libertad de cátedra. También afecta al derecho fundamental de la enseñanza, el establecimiento de un peaje o canon a la educación, que deberán soportar los centros educativos y de enseñanza.

El objeto de este nuevo canon son básicamente las publicaciones o similares, por lo tanto, estamos hablando de una redundancia, es decir, de obras que ya perciben una compensación equitativa por copia privada y a las que ahora se les añade una más. Es una compensación que no tiene ninguna justificación, ya que no se puede considerar como ilustración de la enseñanza el uso de materiales de lectura prescritos por los profesores, a los cuales los estudiantes acceden sin necesidad de efectuar ningún tipo de reproducción por parte del profesor o del centro de enseñanza.

Por otra parte, el derecho irrenunciable se otorga únicamente a los autores y editores de publicaciones editadas o similares, lo cual supone una discriminación en relación con otras obras literarias, que se utilizan como recursos docentes y que justamente se crean como material de estudio o para ilustrar la enseñanza. Esta categoría de autores, que son los profesores quedan eliminados o no incluidos como beneficiarios, a pesar de que sus obras son las que realmente ilustran la enseñanza.

o La configuración del derecho como irrenunciable y la obligación de gestión a cargo de las entidades de gestión colectiva.

Otro aspecto que puede sugerir problemas es la configuración de los nuevos derechos compensatorios con carácter irrenunciable, ya que en algunos casos los beneficiarios podrían no ser socios de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. En este caso, la ley no asegura un mecanismo que permita el acceso de los beneficiarios al reparto del derecho, ya que queda a cargo de las entidades de gestión la forma de hacer efectivo el derecho.

El problema se podría plantear, entre los beneficiarios que no son socios de las entidades de gestión y que no deseen serlo. Esto último es importante puesto que la libertad de asociación es un derecho fundamental y no puede obligarse, directa o indirectamente, a pertenecer a una entidad de gestión sólo para participar de la recaudación del derecho.

Por otra parte, el establecimiento de la obligación de gestionar estos derechos a cargo de las entidades de gestión crea un monopolio de facto, que dados los antecedentes con los que contamos no resulta muy fiable. Por esta razón, se debería efectuar un control y seguimiento exhaustivo para evitar fraudes y abusos. Finalmente, habría que estar atento a la forma como se realiza la gestión de los derechos y si se respeta la normativa de competencia y, en particular, evitar que se produzca abuso de posición de dominio.

o La consideración de infracción a la retirada voluntaria del servicio o contenidos.

Finalmente, la parte que consideramos más delicada y que realmente supone una reducción de los derechos fundamentales, por cuanto

vulnera al principio de presunción de inocencia, es la disposición del art. 158 ter, que debería ser objeto de análisis para comprobar su adecuación con la Constitución y la normativa comunitaria.

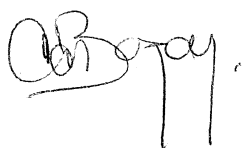
IV. La cita.

Por último, debemos decir que se ha analizado el concepto de cita de la LPI, a pesar de que en esta ocasión no ha sido objeto de la reforma. La razón por la cual se ha procedido a realizar un estudio sobre el concepto de la cita en la normativa española, ha sido en relación con el memorándum preparado por el profesor Martin Senftleben, de la Universidad de Amsterdam.

La cita en España es prácticamente inexistente, ya que únicamente se permite el uso de la cita en relación con la educación y enseñanza, lo cual no es conforme ni con la normativa comunitaria ni con el Convenio de Berna.

Esta cuestión ha sido ampliamente discutida, sin embargo, no ha sido corregida aprovechando la reforma. La redacción actual del texto de la LPI, no ofrece ninguna garantía en cuanto a su aplicación, ya que en caso de que una persona sea acusada de infracción al derecho de autor por citar un fragmento que no se no adecue a los parámetros de la LPI, podría solicitar la aplicación directa del Convenio de Berna o, en su caso una cuestión prejudicial para saber si el derecho español es conforme a la normativa comunitaria.

En Barcelona, a 17 de febrero de 2015.



Carmenchu Buganza

Informe solicitado a través de la Asociación Cultural Conservas, que recibe financiación del Ayuntamiento de Barcelona.