
This is the **published version** of the bachelor thesis:

López González, Jesús; Padrós Reig, Carles. La industria cultural en Internet y las entidades gestoras de derechos de autor. 2009.

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/51712>

under the terms of the  license

La industria cultural en Internet y las entidades gestoras de derechos de autor

Jesús López González

Licenciado en Humanidades

Investigador en formación del Centre d'Estudis i Recerca d'Humanitats

Universitat Autònoma de Barcelona

Trabajo de investigación

Septiembre de 2009

Programa de Doctorado en Humanidades. Curso 2009-2010

Universidad Autònoma de Barcelona

Jesús López González

Licenciado en Humanidades

Investigador en formación del Centre d'Estudis i Recerca d'Humanitats (CERUM)

Universitat Autònoma de Barcelona

*Dirección:**Dr. Carlos Padrós Reig*

Profesor de universidad titular

Departamento de Derecho Público y de Ciencias Histórico-jurídicas. Área de Derecho Administrativo.

Universitat Autònoma de Barcelona

*Tribunal:**Dr. Jordi López-Sintas*

Profesor de universidad titular

Departamento de Economía de la Empresa

Área de Comercialización y de Investigación de Mercados

Universitat Autònoma de Barcelona

Dr. Joan Amenós Álamo

Profesor de universidad titular

Departamento de Derecho Público y de Ciencias Histórico-jurídicas. Área de Derecho Administrativo.

Universitat Autònoma de Barcelona

Sumario

1. Planteamiento...Págs. 4 y 6.
2. El sector cultural *online*. Modos de distribución...Págs. 7 a 44.
 - 2.1. Distribución intermediada...Págs. 13 a 40.
 - 2.1.1. Cine...Págs. 13 a 27.
 - 2.1.2. Música...Págs. 27 a 33.
 - 2.1.3. El libro en Internet...Págs. 33 a 40.
 - 2.2. Distribución directa...Págs. 41 a 44.
 - 2.2.1. Del autor al consumidor...Págs. 41 a 43.
 - 2.2.2. El marketing viral...Págs. 43 y 44.
3. Retos de la distribución *online*. Barreras al desarrollo...Págs. 45 a 76.
 - 3.1. Programas de intercambio: *Peer to peer*...Págs. 46 a 49.
 - 3.2. El caso *Napster*. Sistemas de primera generación...Págs. 50 a 54.
 - 3.3. El caso de *Grokster* y *Streamcast*. Sistemas de segunda generación...Págs. 54 a 63.
 - 3.4. Alternativas al desarrollo de las plataformas p2p...Págs. 63 a 76.
 - 3.4.1. La Ley de Propiedad Intelectual en la tecnología digital...Págs. 64 a 67.
 - 3.4.2. Ayudas a la distribución...Págs. 67 y 68.
 - 3.4.3. Límites conceptuales...Págs. 68 a 73.
 - 3.4.4. Acciones legales...Págs. 74 a 76.
4. Entidades de gestión...Págs. 77 a 106.
 - 4.1. SGAE: *monopolio de hecho*...Págs. 80 a 85.
 - 4.2. Puntos. SGAE y las otras entidades de gestión...Págs. 86 a 90.
 - 4.2.1. Diferencias...Págs. 86 y 87.
 - 4.2.2. Puntos en común...Págs. 87 a 90.
 - 4.3. El Canon. Regulación cultural en el entorno digital...Págs. 90 a 102.
 - 4.4. La potestad pública. Valoraciones de una competencia en desuso...Págs. 102 a 106.
5. Conclusiones...Págs. 107 a 110.
6. Bibliografía...Págs. 111 a 117.

1. Planteamiento

El mundo cultural está sufriendo una revolución notable. Actualmente, la cultura debe enfrentarse al reto de su adaptabilidad en las nuevas plataformas de difusión digital y cultural así como a la controversia suscitada a partir de la aprobación por parte del gobierno del nuevo canon digital.

La cultura vive un cambio emergente que está provocando la modificación de los hábitos de consumo y de percepción de la cultura. Consecuentemente, el contacto entre el vendedor y el consumidor a través del distribuidor esta variando significativamente. El patrón de consumo se esta articulando a partir de nuevas plataformas de difusión cultural que comienzan a emerger.

En el presente trabajo de investigación realizaremos un análisis sobre esta innovadora *revolución digital*¹. Mostraremos cual es el estado del actual mercado digital y reflejaremos como el Derecho español se adapta a las nuevas necesidades de la tecnología para garantizar la protección de la Propiedad Intelectual (PI). También indagaremos en cuales son las competencias de las entidades de gestión que se encargan de la gestión de los derechos de autor incluidos en la PI así como dentro de la aplicación conjunta que han consensuado a través del *canon digital*.

Nuestro objetivo general es desentrañar cuales son las particularidades del nuevo contexto cultural-digital, de manera que podamos esclarecer cual es el papel que cada uno de los actores implicados desarrolla, así como mostrar cual es el valor económico, legal y social que esta tendencia de consumo representa para el desarrollo cultural y tecnológico de nuestro territorio, el Estado español.

A nivel específico, centraremos nuestro discurso en el análisis pormenorizado de las realidades que acontecen dentro de este contexto. En el segundo apartado del presente texto, realizaremos un estudio descriptivo sobre los diferentes niveles de integración del consumo digital en cada uno de los sectores culturales más relevantes del país: la música, el cine y el libro. Para ello, nos ayudaremos de datos de mercado que refuten la tendencia de desarrollo de esta variable así como

¹ Casas Vallès, R. *La Ley de Propiedad Intelectual en España. Incidencia tecnológica en la utilización y explotación de las obras en AAVV* (2008). *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 20.

sus particularidades a nivel nacional e internacional.

Una vez acotado el marco descriptivo del análisis de mercado, el tercer apartado de nuestro estudio de investigación, y el más extenso, centra su contenido en proporcionar al lector la información completa sobre los parámetros legales y sociológicos que rigen el actual estado de la cuestión: las competencias del Estado, el nuevo concepto de la *cultura inmaterial*, la tendencia de las P2P, la reformulación de la propiedad intelectual y la democratización de la cultura. La profundización en estos elementos de debate se plasma en el estudio comparado sobre el análisis y la reflexión jurídica que contrastados intelectuales han llevado a cabo sobre estos conceptos en España, mostrando cual es el punto de desarrollo de la actual Ley 23/ 2006 de 7 julio, de PI y sus modificaciones conceptuales para adaptarse a las exigencias de la tecnología digital.

Finalmente, y como último apartado, dedicaremos nuestro estudio a mostrar cuál es la incidencia legal y social del nuevo *canon digital*, así como su método de gestión por parte de las principales entidades de gestión de derechos de autor y su incidencia real dentro de la gran audiencia de usuarios que se ven afectados por esta normativa. Profundizaremos en los elementos que integran esta aplicación así como cuales son los derechos de competencia real de las entidades de gestión de los derechos de autor y cuales son las iniciativas del Estado para controlar la actividad de las mismas.

La configuración de cada uno de los apartados nos proporcionará un completo diagnóstico de cual es la situación actual de la difusión de contenidos culturales a través de Internet, en relación a los parámetros legales que lo regulan, a los rendimientos económicos y al impacto social que atesora. Acotaremos un texto multidisciplinario que aportará un valor añadido y diferenciador a las líneas de investigación de la PI y las nuevas tecnologías, que hasta el momento han orientado el estudio hacía un campo de investigación sin interrelación entre las disciplinas que participan de esta realidad (economía, derecho y sociología). No obstante, obviaremos un estudio comparativo respecto a las realidades sociales y legales de otros países debido a la intención de consolidar las bases de un futuro

trabajo de investigación que profundice en estas inquietudes. Aportaremos nuevos argumentos que nutran el debate entorno a esta línea de investigación dentro de nuestro marco territorial, de imprescindible importancia para el contexto social y tecnológico actual así como para las nuevas formas de entender el desarrollo de las industrias y el consumo cultural en la esfera digital.

2. El sector cultural *online*. Modos de distribución²

El uso de la tecnología es un elemento de cambio social y cultural más que un indicador determinante de este cambio. Ha contribuido a la consolidación de una *sociedad en red*³, donde los mercados financieros y económicos globales se constituyen como una red de intercambios y de información organizados a partir de una red de ordenadores telecomunicados. La tecnología digital se enmarca como elemento social que nos anticipa las posibilidades del futuro próximo, así como las particularidades de una información organizada globalmente.

Según los argumentos presentados por Casas Vallès⁴ y Chadwick⁵, los cambios no sólo han sido técnicos sino que también han gozado de una dimensión económica, social y cultural. El cambio tecnológico ha permitido que la libertad de comunicación quede ampliada y que las opciones de los usuarios se multipliquen, así como las posibilidades de desarrollo de los profesionales del sector cultural y del entretenimiento.

Según los comentarios de Carcedo⁶, la era digital ha desarrollado parcialmente sus

² En relación a los nuevos modelos de distribución dentro de la esfera tecnológica y el mercado de cultura digital ver los argumentos de Michael A. Eihorn., P.D. Media (2004). *Technology and Copyright. Integrating Law and Economics*. Edward Elgar. EEUU. Págs. 12 a 46.

³ La aplicación del término *sociedad en red*, así como sus particularidades financieras, económicas y sociales dentro de una economía globalizada a partir de los argumentos presentados en AAVV (2002). *La societat xarxa a Catalunya*. Editorial UOC. Barcelona. Págs. 21 a 39 y 253, en referencia a la *interconexión* de contenidos que presenta el mundo digital y los cambios tanto sociales como culturales que ha provocado ver también las reflexiones que plantea Muñoz Machado en el primer capítulo, *La libertad y el poder en la gran telaraña mundial*, dentro de su obra en *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*. Taurus. Madrid. 2000. Págs. 11 a 61.

⁴ Consultar los argumentos en los que Casas Vallès comenta el evidente cambio tecnológico y cómo éste ha modificado la relación del marco jurídico respecto al soporte físico y al soporte inmaterial en Casas Vallès, R. (2005). *Propiedad Intelectual* en AAVV (2005). *Derecho y nuevas tecnologías*. Editorial UOC. Barcelona. Págs. 296 a 300.

⁵ Ver los argumentos de Chadwick en el apartado 2 de su obra, acerca de las políticas de relación social que Internet ha puesto en práctica para los ciudadanos a nivel institucional y en otras esferas (*e-democracy, e-mobilization, e-campaigning y e-government*), y más concretamente en el *Chapter 6: Interest Groups and Social Movements: E-mobilization*, donde hace referencia a la movilización social a través de Internet en Chadwick, A. (2006) *Internet Politics. Status, Citizens, and New Communication Technologies*. Oxford University Press. New York. Págs. 114 a 143. También a consultar dentro de la misma obra, los comentarios en relación a los niveles de acceso a Internet según las regiones del planeta en *Chapter 4: Acces, Inclusión, and the Digital Divide*, Págs. 55 y ss, y en donde destaca EEUU, Canada el Norte de Europa, Australia, Nueva Zelanda y Europa Mediterránea, como las regiones con un mayor nivel de penetración de Internet.

⁶ Siguiendo los argumentos expuestos por Diego Carcedo en su *Prólogo: La tecnología, al quite*, donde a modo de presentación, nos muestra las particularidades que envuelven a la

posibilidades, pero aún resta por configurar su desarrollo total. Las perspectivas de evolución son muchas y diversas, pero aún queda por especificar cuáles serán los patrones de funcionamiento de la tecnología dentro del ámbito cultural.

En su actual etapa de desarrollo, y siguiendo los argumentos de López Vidales⁷, la *Era digital* ha cambiado su orientación, deja de percibir únicamente los aspectos tecnológicos de la revolución digital para reavivar la necesidad de mantener experiencias culturales y compartidas en red. La cultura se establece dentro de este nuevo marco digital de consumo social. El producto intelectual y cultural se concibe como un elemento integrador de la persona y que es compartido por muchos sin la necesidad de perder su valor intrínseco. Resurge la función social de la cultura.⁸

El *entorno digital*⁹ está facilitando la aparición de una tipo de economía de la cultura. En relación con los argumentos de Rifkin¹⁰, la nueva economía abandona la idea básica de la vida económica moderna, la concepción de propiedad es substituida por el *control del acceso*¹¹. El bien intelectual y, por tanto, cultural es

tecnología y a su capacidad de desarrollo dentro del ámbito cultural y del entretenimiento en López Vidales, N. (ed.) (2008). *Medios de comunicación, tecnología y entretenimiento: Un futuro conectado*. Editorial Laertes. Barcelona. Págs. 15 y 16.

⁷ En la línea de lo argumentado por Sunstein, que expone sus reflexiones sobre la necesidad de un la información como bien público y además postula que la necesidad de la información pasa por la creación de experiencias compartidas entre los usuarios/ individuos dentro de la red; en Sunstein, Cass R. (2003). *República.com. Internet, democracia y libertad*. Paidós. Barcelona. Págs. 100 a 103.

⁸ Seguimos los argumentos de Casas Vallès en relación al un concepto de cultura social, compartida y relacionada a través de la red: “el valor de lo que leemos, oímos y vemos aumenta en la medida en que crece el número de personas con las que lo podemos compartir. Ésa es la función social de la cultura” en AAVV (2005). *Derecho y nuevas tecnologías*. Editorial UOC. Barcelona. Pág. 287 y 288. Ver también en relación al fenómeno de la sociedad de la información y a su calado social dentro del ámbito cultural las reflexiones ya primerizas dentro del estudio de la propiedad intelectual durante los años 90 en AAVV (1996). *El Derecho de Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías*. Ministerio de Cultura. Madrid. Págs. 13 a 20.

⁹ Garrote Fernández-Díez, I. (2001). *El derecho de autor en Internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Editorial Comares. Granada. Págs. 10 y 11.

¹⁰ Rifkin plantea en su estudio un pormenorizado análisis sobre las nuevas fronteras del capitalismo dentro de la red así como de la privatización de los bienes públicos e intelectuales. Sus argumentos se basan en describir cuales son los procesos de cambio que se han generado en relación a una nueva revolución económica a través de la red, cambiando los parámetros de relación entre los actores que intervienen en el mercado cultural, en Rifkin, J. (2000). *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*. Paidós. Barcelona. Págs. 13 a 27 y ss.

¹¹ Ver más en profundidad los comentarios de Rifkin en relación a un nuevo consumo cultural basado en el **control del acceso** como elemento de poder, en Rifkin, J. (2000). *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*. Paidós. Barcelona. Págs. 159 a 183.

el elemento central de la nueva economía, articulando la riqueza en relación a los valores de la imaginación y de la creatividad humana. La vertiginosa evolución de la tecnología precisa que la propiedad sea cada vez más inútil. Los vendedores y los compradores han sido sustituidos por proveedores y usuarios. La nueva economía se ve estructurada en una lucha entre la esfera cultural y comercial por tal de hacerse con la potestad de control de los contenidos intelectuales. Las prioridades actuales se orientan hacia la comercialización de las relaciones humanas y la venta de acceso a las experiencias culturales, de manera que todas las relaciones son económicas. Se articula un proceso de *mercantilización e inmaterialización de la cultura*.

El intercambio de bienes se realiza en el ciberespacio, pero sólo de aquellos bienes culturales que por las características de su mercado pueden ser intercambiados en la red.¹² La distribución digital implica nuevos cambios en el hábito de consumo cultural:

“Desde el punto de vista del derecho de autor la *digitalización* implica seis consecuencias que convierten a Internet en un entorno especialmente problemático. **1. la facilidad para elaborar reproducciones** [...] **2. la facilidad en la distribución de esas reproducciones.** [...] **3. la calidad de las reproducciones.** [...] **4. la equivalencia de las obras en formato digital.** [...] **5. la maleabilidad de las obras fijadas en formato digital** [...] Por último, al contrario que en el caso de ejemplares materiales, la digitalización hace posible transmitir una obra a personas y que éstas obtengan **una copia idéntica a la original** sin que el *transmisor* tenga que desprenderse de su ejemplar.”¹³

La distribución *online* es una industria incipiente que está empezando a configurar cual va a ser su plataforma de desarrollo durante los próximos años. Siguiendo a

¹² En este aspecto ver la reflexión que presentan López-Sintas y García Álvarez sobre la adecuación de algunos bienes culturales a ser compartidos por una gran audiencia debido a sus características intrínsecas como obra cultural y a los aspectos transnacionales de sus mercados potenciales (películas) y la no adecuación de otros a este perfil (teatro) a causa de un perfil de consumo más restringido en un espacio físico y su exclusividad en el acto de exhibición en García Álvarez, E. y López-Sintas, J. *Capítulo I. La cinematografía ante el reto audiovisual: Políticas para mejorar la eficiencia y reducir los fallos de comercialización* en Padrós Reig, C. y López Sintas, J. (dirs.). (2008). *Estudios sobre Derecho y Economía del cine. Adaptado a la Ley 55/2007 del cine*. Editorial Atelier. Barcelona. Págs 16 a 19.

¹³ Garrote Fernández- Díez, I. (2001). *El derecho de autor en Internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Editorial Comares. Granada. Págs. 10 y 11.

Benhamou¹⁴, este tipo de distribución estimula nuevas procedimientos de aprehensión a través de la codificación numérica de los productos culturales ya sea en imagen, sonido o texto. La oferta en red permite la eliminación del soporte físico y, por tanto, abarata los costes y reduce el proceso de comercialización. El soporte tradicional desaparece para dar lugar a un soporte inmaterial, caracterizado por nuevos valores: la *desmaterialización*, la *compresión* y la *interactividad*¹⁵. La distribución se simplifica, ya que no requiere del transporte ni del almacenamiento de las copias a comercializar. También se elimina el proceso de edición para la explotación en soporte físico, así como los costes destinados a su diseño y a su creación. El canal de explotación sufre una reformulación, destinando un mayor esfuerzo a la explotación de las obras culturales a través de las descargas en red. El rendimiento económico de la obra cultural pasa a evaluarse según el número de descargas realizadas y no según el número de copias vendidas. El reparto del beneficio se simplifica, de manera que el importe neto recibido por el productor es mayor, ya que no está obligado a destinar parte de los ingresos a otros intermediarios que participan del proceso de comercialización de la obra cultural.

En relación a los creadores, se amplían sus posibilidades para la promoción y la distribución directa de sus obras. La divulgación de la obra se incrementa

¹⁴ Benhamou se pronuncia en relación a la transformación de los procesos de intercambio y de distribución de los productos culturales en el entorno digital y su articulación a través de la codificación: “*Las nuevas tecnologías no dan sólo vida a nuevos productos; ellas revuelven los procesos y los contenidos. El sector editorial de los libros ha desarrollado sus primeras competencias. El mundo del cine y el de la televisión han añadido a los mismos productos la imagen de síntesis y de montaje informatizado, haciendo así variables los contenidos. Una vez codificadas, las imágenes pueden ser modificadas, manipuladas y transmitidas del mismo modo que cualquier otra información numérica, ya sea que se trate del principio de una imagen, de un sonido o de un texto.*” en Benhamou, F. (2004). *L'economia della cultura Capitolo quarto. Le industrie culturali. Libri, Dischi, Cinema*. Il Mulino. Pág. 116. Traducción del texto original del italiano.

¹⁵ “[...] desmaterializada, es decir, sin necesidad de operar ningún cambio físico o físico químico en un objeto material; [...] comprimidas, de suerte que no haya obstáculo a que un gran número de ellas — pertenecientes a los más variados géneros — sean almacenadas en un mismo soporte; y, [...] interactividad, es decir, un diálogo entre el usuario y el ordenador en el que las obras se encuentran reproducidas en representación digital.” consultar toda la reflexión y el texto citado en Delgado Porras, A. *La Propiedad Intelectual ante la tecnología digital: las obras multimedia*. Págs. 26 y ss. en AAVV (2008). *Los derechos de propiedad intelectual en la sociedad de la información. Perspectivas del derecho civil, procesal, penal e internacional privado*. Editorial Comares. Granada.

considerablemente, ya que el número de los usuarios es muy extenso. Las posibilidades de comercialización de la pieza aumentan de forma notable.

Este modelo de explotación presenta una oportunidad de mercado evidente y su éxito estará condicionado según la configuración del servicio. Las distribuidoras deberán confeccionar un producto competitivo que aporte un valor añadido a la oferta que promueven las plataformas de descarga P2P (*peer-to-peer*). Hasta el momento, la oferta en Internet ha comenzado a diversificarse y se han consolidado diversas vías interactivas que han configurado un primer servicio en la red. En línea con Sábada¹⁶, los agentes económicos ya han comenzado a apropiarse de las innovaciones digitales para obtener el máximo de beneficio. Internet se está consolidando como un elemento de desarrollo para los grandes grupos de comunicación, que quieren traspasar su actual monopolio lucrativo del sector analógico al digital:

Cuadro 1. Clasificación de los grupos mundiales en 2000

(Por ventas totales y en las industrias culturales. Miles de millones de dólares)

<u>Grupo</u>	<u>Venta total</u>	<u>Venta industrias culturales</u>
AOL/Time Warner	32	32
Vivendi-Universal	55	24,3
Walt Disney	23,4	23,4
Bertelsmann	16,2	16,2
Newscorp	13,5	13,5
Viacom/CBS	12,86	12,86
Sony	56,6	11,3
ATT	62,4	9
Comcast	6,2	6,2
Gannett	5,8	5,8
NBC (Gen.Electric)	111,6	5,8

Fig. 1: Clasificación de los grupos mundiales en 2000 (A.A.V.V. *Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación. Las industrias culturales en la era digital*. Editorial Gedisa. Barcelona. 2003. Pág. 248.)

Los grandes productores: Sony (56,6), ATT (62,4), Vivendi-Universal (55) y NBC (Gen. Electric) (111,6); mantienen un nivel de ingresos acentuado respecto

¹⁶ Según los argumentos de Sábada, de esta forma se erige un tono discursivo por parte de los grandes medios de información que se basa en la concepción bautizada como “egoísmo antropológico”, como un modelo centrado en el provecho personal. La consolidación de un *Homo economicus*, centrado en un fin puramente monetario, en Sábada, Í. (2008). *Propiedad Intelectual. ¿Bienes Públicos o mercancías privadas?* Los Libros de la Catarata. Madrid. Págs. 111 a 115.

la totalidad de su actividad. En el ámbito cultural, AOL/Time Warner (32), Vivendi-Universal (24,3) y Walt Disney (23,4) demuestran una actividad cultural destacada. AOL/Time Warner es la productora que más beneficio recibe de su oferta cultural. Sus ventas en las industrias culturales representan el 100% de su beneficio, mientras que para Vivendi-Universal y Walt Disney también son un porcentaje elevado de sus ingresos.

La actividad cultural supone un beneficio representativo para estas productoras. La porción del mercado que ocupan es elevada, con lo cuál, la diversificación del mercado es mínima. En línea con los argumentos de Henry Jenkins¹⁷, estos medios de comunicación son los representantes de una tendencia clara del mercado actual y con intención de extrapolar al campo digital, la *concentración económica*.

Dentro de este contexto, podemos diferenciar dos tipos de distribución *en la red*:

1. La ***distribución directa*** que permite al autor/ creador presentar su obra ante el público y difundirla. El autor utiliza su medio de representación oficial a través de la red para contactar con su público potencial. Debido a la democratización en el uso de las nuevas tecnologías digitales y, principalmente, Internet, este recurso facilita la llegada a un tipo de público cada vez más numeroso. El autor consigue establecer un contacto directo con el consumidor.
2. La ***distribución intermediada*** se basa en la creación de plataformas digitales de gran difusión que se erigen como intermediarios para la difusión de la obra de los autores. Estas plataformas se encuentran especializadas en diferentes campos culturales: la música, el cine y el libro. No obstante, cada uno de ellos ha conseguido desarrollar varios grados de evolución que no son parejos. Entre ellos, la música destaca por

¹⁷ Los argumentos de Jenkins muestran la concentración económica como una realidad vigente: “se ha producido una alarmante concentración de la propiedad de los medios comerciales dominantes, con un puñado de conglomerados mediáticos multinacionales que dominan todos los sectores de la industria del entretenimiento” en Jenkins, H. (2008). *Convergence culture. La cultura de la convergencia en los medios de comunicación*. Paidós. Barcelona. Pág. 28.

ser el ámbito cultural que ha conseguido un mayor desarrollo en este campo.

2.1. Distribución intermediada

2.1.1. Cine¹⁸

El mundo de la cinematografía está sufriendo un cambio de paradigma en su consumo. Los hábitos de consumo cinematográfico están mutando y la industria debe hacer frente a nuevos retos para su desarrollo¹⁹. En la actualidad, el consumo cinematográfico se complementa en dos vías: 1.la asistencia a las salas de exhibición (circuito oficial y alternativo) y 2.el consumo en el hogar (DVD/Blue-Ray e Internet).

Las herramientas de Internet están permitiendo que el consumo individual a través de la red prolifere. Se está produciendo un importante crecimiento que da lugar a una incipiente industria digital en Internet. El consumo privado e individual crece gracias a nuevas vías de exhibición que comienzan a formular nuevos patrones de consumo.²⁰ Paralelamente, la producción digital ha evolucionado y los métodos de trabajo en esta esfera se están potenciando paulatinamente. Este hecho está provocando que el camino desde la producción a la distribución digital se acorte y sea más directo. Ciertos intermediarios desaparecen del canal de explotación de la

¹⁸ Siguiendo la descripción de las tendencias actuales del mercado cinematográfico que Álvarez Moncillo y López Villanueva presentan en AAVV (2007). *Alternativas de política cultural: las industrias culturales en las redes digitales (disco, cine, libro, derechos de autor)*. Barcelona. Gedisa. Madrid. Fundación Alternativas. Págs. 117 a 137. Ver también los argumentos que Smiers y Van Schijnndel presentan sobre el actual contexto del mundo cinematográfico, en relación al cambio en el proceso de comercialización de las películas y en los cambios en los modos de distribución debido a la implantación de la red en Smiers, J. y Van Schijnndel, M. (2008). *Imagine...No copyright*. Editorial Gedisa.. Barcelona. Págs. 201 a 207.

¹⁹ En relación al cambio experimentado por la industria del cine en los últimos años y debido al estancamiento del modelo *fordista* de las productoras de Hollywood, ver las reflexiones de Rifkin, J. (2000). *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*. Paidós. Barcelona. Págs. 40 a 47.

²⁰ Linares Palomar comenta la utilidad de Internet para la comercialización de las películas mediante la adecuación de medidas comerciales que descubren nuevos usos de la red a través de estrenos internacionales en Internet; *Piratas del Caribe 2: el cofre del hombre muerto* o la promoción de películas mediante *blogs*, en Linares Palomar, R. *La promoción de las películas internacionales y nacionales a través de Internet* en López Vidales, N. (ed.) (2008). *Medios de comunicación, tecnología y entretenimiento. Un futuro conectado*. Editorial Laertes. Barcelona. Págs. 141 a 153.

obra cinematográfica. No obstante, y según los argumentos de Benhamou²¹, las industrias culturales se mantienen reacias al cambio. El cine no es una excepción y sus industrias se mantienen al margen. Los beneficios que le reporta el actual sistema son notables, y aunque la evolución es inminente, mantienen su control sobre toda la cadena de explotación. Si es cierto que algunas de éstas **han comenzado a ceder parte de su catálogo a las nuevas distribuidoras *online* a cambio del pago de los derechos de explotación de la obra para su comercialización pero aún así, los intentos de modificar el actual sistema son tímidos y todavía no se pueden configurar como una iniciativa general.**

Además, los progresos que se realicen en este sector pueden carecer de éxito ya que existen las plataformas P2P que articulan un catálogo más abierto y gratuito. Las ventanas de explotación en la red pueden encontrar una dura competencia, que evidencian nuevas exigencias a este tipo de distribución.

La distribución *online* necesita de apoyos financieros y comerciales para estabilizar un sistema competitivo y respaldado por la industria. Es un servicio que debe basarse en aportar un valor añadido al consumidor y que debe ofertar un *plus* de calidad que diferencie al producto de todas aquellas descargas que se produzcan fuera de su ámbito de control. Debe buscar estrategias de mercado que permitan cubrir las necesidades culturales del espectador. Según afirma Benhamou²², estamos ante un momento fascinante, ya que el cambio producirá una verdadera mutación de los equilibrios actuales, configurando nuevas estrategias culturales.

Debido a la revolución tecnológica y digital, la cultura, y en este caso el cine, comienzan a captarse de una manera distinta y diferente. El cine debe saber

²¹ Según Benhamou las industrias culturales aún no han priorizado la tecnología como un elemento de aplicación dentro de su oferta cultural: *“Las industrias más importantes han adoptado estrategias más conservadoras y tienden a dejar la innovación al margen”* en Benhamou, F. (2004). *L'economia della cultura. Capitolo quarto. Le industrie culturali. Libri, Dischi, Cinema.* Il Mulino. Pág. 108. Traducción propia del original en italiano.

²² A partir de los argumentos de Benhamou, los nuevos soportes digitales han articulado nuevas estrategias de desarrollo: *“El desarrollo de los nuevos soportes y de las nuevas tecnologías transforma las estrategias industriales y modifica el equilibrio de las fuerzas entre los que entran en juego, y que llegan a unos horizontes siempre más diversos.”* en Benhamou, F. (2004). *L'economia... Op.cit.*, Pág. 117. Traducción propia del original en italiano.

interpretar las necesidades del espectador así como aprovechar las oportunidades que le brindan los nuevos medios tecnológicos. Las ventanas de explotación se diversifican para poder complementarse las unas con las otras o para sustituirse entre sí. Ante todo, la distribución debe seguir los designios de las prácticas culturales que se formulan actualmente y en el futuro.

El cine está siguiendo los pasos que la música ya instauró con antelación en su funcionamiento. La compra de música a través de soporte material ha descendido en favor de las descargas por la red y, del mismo modo, sucede con el cine. La descarga digital se presenta como el elemento de consumo más amplio y con más perspectiva de uso en los próximos años.

Según datos de la Unión Videográfica Española (UVE), se han producido cambios sustanciales en la circulación y el consumo de cine a través de Internet. En España y durante el 2007, la venta de DVD sigue creciendo considerablemente y lo hace en un 22%. A pesar de ello, la progresión es menor que la del 2006, con un -9% en ventas. Del mismo modo, el alquiler de DVD ha descendido y se ha editado un 16% menos de títulos que en el 2006.

Cuadro 2. Evolución del DVD: Unidades 2000-2007. España

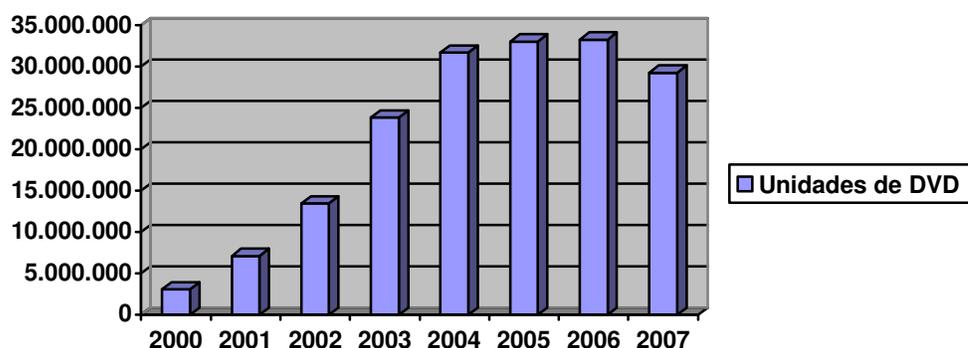


Fig. 2: Evolución del DVD: Unidades 2000-2007 (*Cahiers du Cinema. España*, nº 18. Centro de Investigación del Mercado, el Entretenimiento y la Cultura.2008)

El conjunto global del mercado en alquileres, ventas y promociones especiales ha caído, con un descenso del 14% en el número de títulos editados y de un 5% en los ingresos. Esta progresión negativa se ha acentuado en España desde el 2004

hasta el 2007, con un descenso aproximado del 31,8%.

Por otro lado, según datos del Centro de Investigación del Mercado, el Entretenimiento y la Cultura (CIMEC), el consumo exponencial de películas por medio de la red ha crecido en toda Europa. Las descargas en los sistemas P2P se han incrementado en un 97%, ha pasado de 129 millones en 2006 a 254 millones en 2007, lo cual supone un total de 695.890 descargas anuales:

Cuadro 3. Evolución del DVD. Ventas 2000-2007. Europa

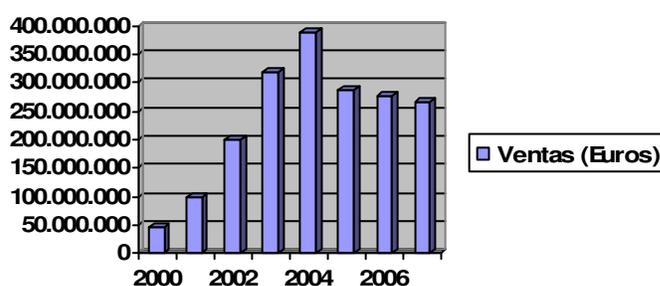


Fig.3: Evolución del DVD. Ventas 2000-2007 (*Cahiers du Cinema. España*, nº 18. Centro de Investigación del Mercado, el Entretenimiento y la Cultura. 2008)

Dentro del panorama de la distribución internacional se ha incrementado notablemente el peso del digital respecto al del DVD. Por esta razón, existen diversas plataformas que han comenzado a funcionar dentro de un rendimiento estable. Estas distribuidoras *online* actúan a nivel internacional y atraen a un tipo de público más general y variado.

A nivel español, la distribución en red se encuentra en un estado muy prematuro que debe hacer frente a un desarrollo inminente. Los intentos de gestar una industria en la red son tímidos. Pese a ello, se dispone de la tecnología necesaria para acaparar parte del mercado y comenzar a configurar una industria estable en este sistema de distribución.

*El mercado cinematográfico e internacional online*²³

Actualmente, en el ámbito cinematográfico existen plataformas de distribución *online* que han consolidado su funcionamiento en la red. La mayoría de éstas son tuteladas por multinacionales dedicadas al mundo de la informática y de la tecnología, pero aún representan a un número minoritario de distribuidores pero su capacidad económica puede garantizarles un desarrollo inminente. La oferta del mercado es reducida. El sector de la distribución *online* se encuentra representado por: iTunes e IMDB (*The Internet Movie Data Base*), principalmente. Estas plataformas destacan por desarrollar una actividad comercial a nivel internacional, que da servicios a un gran número de países. Sus posibilidades de desarrollo son infinitas y, además, su oferta se encuentra diversificada en productos complementarios a la distribución de películas *online* como: el acceso a un fondo bibliográfico y especializado en cine, la consulta de la actualidad cinematográfica y los estrenos cinematográficos. Estas plataformas adhieren la distribución de películas como uno más de los servicios que ofertan a los usuarios de todo el mundo. No obstante, el desarrollo que se ha llevado a cabo en esta área es notable. Están configurando un servicio diverso y competente respecto a los demás sistemas de distribución de obras cinematográficas.

IMDB (Internet Movie Data Base)²⁴ es una de las principales plataformas dedicadas al mundo de la cinematografía y es propiedad de Amazon. Destaca por ofrecer un importante fondo cinematográfico, basado en criterios de especialización y de calidad notables. También pone a disposición del consumidor un gran repertorio de obras. Goza de diferentes vías de acceso: restringido y registrado.

- El *acceso restringido* permite a cualquier usuario externo a la plataforma consultar toda la información bibliográfica y cinematográfica que posee la Web en su base de datos. No permite el acceso directo a otro tipo de

²³ Según los comentarios de Álvarez Monzoncillo y López Villanueva en relación a las nuevas tendencias del mercado cinematográfico en AAVV (2007). *Alternativas de política cultural: las industrias culturales en las redes digitales (disco, cine, libro, derechos de autor)*. Barcelona: Gedisa. Madrid. Fundación Alternativas. Págs. 107 a 113.

²⁴ A partir de los contenidos expuestos en el portal digital: www.imdb.com

servicios que el portal también oferta.

- El *acceso registrado* facilita la utilización de la totalidad de posibilidades que la plataforma oferta a sus usuarios. Este acceso requiere de un registro previo por parte del usuario y permite que éste opte a la descarga del material cinematográfico que la Web posee en su haber a cambio de un pago.

El repertorio de IMDB es muy amplio y, sobretodo, tiene concertados acuerdos de distribución con los estudios cinematográficos más importantes de los EEUU. La variedad de su oferta es notable, así como la de la calidad de su servicio. Pese a todas estas posibilidades, su adaptación a las exigencias culturales de otros territorios diferentes a Estados Unidos no se ha materializado. El contenido de la Web está exclusivamente en inglés, mientras que el idioma original de las descargas también está configurado en este idioma. Esto limita el acceso a un público con ciertas deficiencias culturales. Esta realidad distancia al portal de una nutrida audiencia de habla hispana así como de otros territorios que priorizan en su territorio el uso de otras lenguas distintas al inglés. IMDB tiene que perfilar ciertos elementos de su servicio que le permitan llegar a un público más amplio.

Ha empezado a ofrecer gratis los capítulos de series y de programas de NBC, de CBS y de Sony Pictures, así como de cientos de películas. La plataforma ha puesto en circulación unos seis mil episodios y películas auspiciadas por una gran campaña de patrocinio. El acceso a la descarga de este fondo se realiza a través del método *streaming*²⁵. Este método de descarga facilita el visionado de la pieza y garantiza la seguridad y la protección de los derechos de autor sobre la pieza distribuida. Parece ser un buen sistema para facilitar el acceso al repertorio de la Web dentro de los parámetros de la legalidad vigente.

No obstante, este servicio se encuentra en una fase de desarrollo inicial y resulta difícil realizar búsquedas dentro de su fondo. En breve se producirán cambios que

²⁵ Según los argumentos de Rogel Vide existen diferentes formas de acceder a la obra a través de Internet y sin necesidad de pasar por licencias de uso, entre ellas el *browsing* (se asimila al hecho de ojear un libro), el *download* (copia o descarga de un fichero electrónico y permanente en el ordenador) o *streaming* (la obra pasa como un flujo – *stream* – por el ordenador, se ve la obra según se va recibiendo, sin posibilidad de adquisición. Su visionado es temporal y no material); en Rogel Vide, C. (2006). *Estudios completos de Propiedad Intelectual. Volumen Segundo*. Editorial Reus. Aisge Asociación. Madrid. Págs. 137 y 138.

permitirán un desarrollo notable de la plataforma y, por tanto, ofertarán un servicio potente y de calidad para los usuarios de la red.

Es una vía óptima para poder desarrollar un servicio competitivo respecto a la competencia de otras plataformas P2P. Aún así, el repertorio y las facilidades que promueven los sistemas de intercambio se encuentran por encima de las posibilidades que IMDB puede ofrecer al usuario. A pesar de ello, la plataforma sigue desarrollando estos servicios para garantizar su oferta al usuario.

iTunes Movie²⁶, junto a IMDB, es otra de las grandes plataformas de distribución *online* a nivel internacional. iTunes es propiedad de la empresa Apple, dedicada al sector informático y tecnológico. Los servicios que iTunes oferta en la red también abarcan a otros sectores culturales, como la música y las nuevas tecnologías. Es uno de los portales en la red que más popularidad tiene entre los usuarios.

Sus servicios son muy completos. iTunesMovie se ha convertido en la filial de la plataforma dedicada a la distribución de contenidos cinematográficos *online*. Es una ventana de explotación óptima para la distribución de películas. No obstante, su grado de especialización dentro del sector cinematográfico y respecto a IMDB es menor.

iTunes es una plataforma emergente de distribución que tiene importantes posibilidades de desarrollo gracias a su apuesta por la aplicación de nuevas prácticas tecnológicas. Esta inversión repercutirá e forma positiva en los otros medios de explotación que regenta la plataforma.

Al igual que IMDB, iTunes ha conseguido cerrar acuerdos con los estudios cinematográficos y con sectores del cine independiente estadounidenses para la distribución *online* de las películas producidas por éstas:

*Cine independiente americano: Apple*²⁷ *y Sundance Film Festival*²⁸ han

²⁶ A partir de los contenidos expuestos dentro del mismo portal digital que Apple gestiona: www.apple.com

²⁷ En línea con los contenidos expuestos dentro del portal digital que Apple gestiona: www.apple.com

²⁸ Según la información presentada por el Festival de Cine de Sundance para su edición de 2009. www.festival.sundance.org/2009/

establecido un acuerdo por el cual la empresa informática puede descargar treinta y tres películas del festival a un precio de 1,4€ cada una. Estas películas también son exhibidas gratuitamente en Sundance, mientras dure el festival, que dio comienzo en su pasada edición, el 18 de enero de 2009.

Según se estipula, la repartición de lo ingresos recibidos por las descargas se cifra en los siguientes porcentajes: el 50% de las recaudaciones son para los productores de las películas y el 50% restante se reparte a partes iguales entre Apple, el Instituto Sundance y el canal de TV Sundance Channel.

El director del festival, el actor y director, Robert Redford, ha verificado que este acuerdo de prueba tan sólo afecta a los cortos que participen en competición y, de momento, los largometrajes no están puestos a disposición de la descarga. Este acuerdo puede formularse como una oportunidad emergente para los nuevos creadores cinematográficos que participen en Sundance.

Cine de estudios: Por otra parte, Apple²⁹ también ha cerrado un acuerdo con uno de los grandes estudios de Hollywood, 20th Century Fox. Ambos entes han llegado al acuerdo de ofrecer las películas de la productora a través de descargas por la red. La propuesta permitiría a los usuarios descargar los filmes durante un tiempo limitado a través de iTunes Movies.

20th Century Fox no es la única productora que ha cerrado acuerdos con iTunes, Walt Disney ya ponía a disposición de los usuarios de iTunes todas sus películas, pero tan sólo en venta y en alquiler. Del mismo modo, Paramount, Metro-Goldwyn-Mayer y Lionsgate sólo venden títulos antiguos y no recientes.

Por el momento, Apple sólo ha cerrado el acuerdo con 20th Century Fox, pero mantiene negociaciones intensas con Sony Pictures, Paramount y Warner Bros, por tal de ofrecer los estrenos de estas productoras tanto en alquiler como a la venta.

Estos acuerdos conllevarán a Apple la configuración de un repertorio muy potente y diverso de obras cinematográficas, lo cual le permitirá ofrecer servicios

²⁹ Según los contenidos del portal digital en titularidad de Apple: www.apple.com

competitivos y atractivos para el usuario en su Web. Además, la iniciativa alberga a sectores con intereses diferenciados en la industria cinematográfica.

Actualmente, iTunes desarrolla la mayoría de sus posibilidades dentro del marco territorial estadounidense. Es cuestión de tiempo que su oferta cinematográfica se adapte a otros territorios. Su perfil se plantea como una notable oportunidad para configurar un mercado cinematográfico *online*.

Particularidades del sistema internacional

iTunes e IMDB son las principales plataformas internacionales en red. Su oferta es diferente y complementaria, ya que sus objetivos así como su formato de presentación distan de ser parecidos. IMDB apuesta totalmente por ser un canal especializado en cine, mientras que iTunes mantiene un perfil multidisciplinario, que otorga importancia a la distribución mediante la descarga de diversos contenidos culturales. Ambas organizaciones están plantando los cimientos para la creación de un mercado cinematográfico y comercial en la Web. De momento, aún es temprano para extraer conclusiones. El tiempo marcará cual será el desarrollo de estos canales y como se configurará su oferta dentro de la red.

La realidad actual exige que estas plataformas confeccionen servicios seductores para el usuario y que garanticen el acceso a todos los usuarios. Deberán concretar servicios que aporten un valor añadido al usuario para ser realmente eficientes dentro del mercado.

El mercado internacional tiende a la *concentración comercial*. Se está configurando un oligopolio mundial que está facilitando la repartición de la distribución cinematográfica *online* entre muy pocos activos. Esta situación puede impedir la falta de oportunidades para nuevos entes que quieran sumarse a este nuevo canal de distribución. Debe garantizarse la pluralidad de oportunidades para aquellas empresas que quieran sumarse al mercado, garantizando una oferta diversa y de calidad para el consumidor.

Al mismo tiempo, estos portales tienen que complementarse y asumir servicios basados en la diversidad de contenidos, cubriendo las necesidades culturales de

todo tipo de clases sociales. Deben adaptar su oferta cultural a nuevas regiones que dispongan de los recursos necesarios para poder acceder a su consumo. Al igual que la imprenta supuso la democratización en el sector de los libros, Internet es el medio de divulgación que ha consolidado el acceso general al consumo cultural. Su acceso es libre y generalizado para todo tipo de usuarios. Es un lugar de interacción social y cultural entre las comunidades sociales del mundo. No obstante, algunas regiones no disponen de los recursos tecnológicos suficientes para tener acceso a la red. A pesar de ello, su índice de participación es extremadamente elevado. Internet es un medio actual y óptimo para invertir esfuerzos en nuevas vías de explotación.

Cuadro 4. Operadores internacionales. Cine

Operador	Titularidad	Sistema	Tarifa
Itunes Movie	Apple	Descarga	Pago por descarga.
IMDB	Amazon	Base de datos	Acceso restringido. Acceso registrado. (inscripción de datos personales)

Fig. 4: Operadores internacionales. Cine. (Elaboración propia)

El caso español. Filmotech y otros portales multimedia³⁰

En España, las iniciativas para consolidar un mercado dentro de la red nacional son tímidas e incipientes. El sector está a la expectativa del desarrollo de las plataformas internacionales y aún no ha planteado propuestas ni visibles ni viables para el sector. Existen algunos portales que funcionan a modo de videoclub: Filmotech, Filmin, La Central Digital, Accine, Cine.com, Yodecido.com, PixPox o Carrefour.

Filmotech es la iniciativa más longeva y reforzada por la presencia de EGEDA (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales). Su nacimiento data de marzo del 2007 y desde entonces el número de descargas y de socios que ha recibido ha sido de 720.000 y de 128.153, respectivamente. Su

³⁰ Según la información expuesta por Filmotech en su portal digital: www.filmotech.com

repertorio se extiende en: 726 largometrajes y 216 cortometrajes.

Este sistema mantiene el perfil de la plataforma IMDB. Oferta al usuario un servicio especializado en el sector cinematográfico. Ha creado una Web digital que oferta películas españolas, aunque está comenzando a introducir cine europeo y cine norteamericano. El precio medio por descarga es de 1,50 euros por película y en un tiempo de descarga de una o una hora y media, dependiendo de la velocidad de descarga.

Su formato es claro y esquemático. Ofrece servicios destinados a la compra de películas pero también permite la consulta de otros servicios orientados a la información y a la divulgación de la actualidad cinematográfica. Su finalidad es difundir la mayor cantidad posible de cine nacional, aunque en su programación también distribuye títulos extranjeros. Su acceso se desarrolla a través de dos vías: *restringido* y *registrado*. El acceso restringido tan sólo permite la consulta de aquellos servicios de la Web relacionados con la actualidad cinematográfica, mientras el acceso registrado permite consumir todos los servicios que la plataforma oferta, teniendo acceso a la descarga de películas. La obtención de las obras requiere de un pago por el hecho de realizarla.

Filmotech es un portal que se encuentra en período de cambio. En un futuro su servicio se modificará y, únicamente, ofrecerá películas para verse mediante el método *streaming*, permitiendo el visionado de tres películas en veinticuatro horas. Este cambio permitirá que el portal reciba nuevas y numerosas visitas.

Filmin es un proyecto iniciado en octubre del 2008 por Wanda Visión, Cameo Media, Alta Films, Continental Producciones, El Deseo, Tornasol Films, Vértigo, Golem, Demini Informática y ESCAC (Escola Superior de Cinema i Audiovisuals de Catalunya). Su oferta se basa en el método *streaming*. A diferencia de Filmotech, el visionado es inmediato y el precio es más elevado, entre 0,95€ y 2,95€. El portal mantiene un catálogo de doscientas piezas de *making off* y de ciento cincuenta obras.

Su valor añadido se basa en presentar un catálogo nutrido de títulos reconocidos a nivel nacional e internacional. Su actividad se inició con el estreno mediante el *streaming* de *Tiro en la cabeza*, de Jaime Rosales y simultáneo en salas,

consiguiendo un total de cuatrocientos espectadores. Los planes de futuro de Filmin pasan por ofrecer entre quince y veinte películas de estreno y estrenar películas directamente en el portal multimedia, sin pasar por las salas.

La Central Digital es gestionada por la SDAE (Sociedad Digital de Autores y Editores), filial digital de SGAE (Sociedad General de Autores y Editores). Administra tres portales cinematográficos que funcionan en la red: Accine, Cine.com y Yodecido.com (esta última en posesión de Filmax), que funcionan a través del método *streaming* y también por pago. Se benefician de un archivo audiovisual nutrido por los acuerdos establecidos entre La Central Digital y los principales operadores del mercado digital (Telefónica, France Telecom, Jazztel entre otros). También existen otras plataformas que funcionan activamente dentro de la red por medio de Telefónica, **PixBox**, y Carrefour, **Videoclubarrefour**³¹.

Cuadro 5. Operadores nacionales. Cine

Operador	Titularidad	Sistema	Tarifa
Filmotech	EGEDA	Descarga Base de datos	Pago por descarga
Filmin	Wanda Visión, Cameo Media, Alta Media, Continental Producciones, El Deseo, Tornasol Films, Vértigo, Golem, Demini Informática y ESCAC	Descarga	Pago por descarga
La Central Digital	SDAE (SGAE)	Descarga	Pago por descarga
Pix Box	Telefónica	Descarga	Pago por descarga
Videoclubarrefour	Carrefour	Descarga	Pago por descarga

Fig. 5: Operadores nacionales. Cine. (Elaboración propia)

³¹ Para más información consultar los portales digitales:

www.filmin.es,

www.lacentraldigital.com,

www.accine.com,

www.cine.com;

www.yodecido.com,

www.pixbox.com,

www.videoclub.Carrefour.com

Particularidades del sector nacional

Estas plataformas son iniciativas que sirven para graduar cual es el nivel de desarrollo que las distribuidoras pueden alcanzar en la red española. Puede ser una propuesta óptima para medir el grado de incidencia dentro del mercado nacional y del usuario. La oferta del sistema es buena, pero dista bastante de poder consolidarse como una ventana de explotación competente frente a las posibilidades de otras redes. **Los sistemas de intercambio de archivos son el ejemplo de desarrollo tecnológico y de pluralidad de contenidos culturales y de acceso democrático que deberían seguir.**

El problema que suscitan las plataformas españolas se centra en el repertorio que puede llegar a ofertar al público así como la restricción a su registro. Los entes españoles tan sólo podrán adquirir los derechos de explotación de las obras españolas o de co-producciones con otros países, ya que las obras estadounidenses son distribuidas por las filiales españolas en propiedad de las *majors*. Las obras que distribuyen estos estudios son las que alcanzan una mayor repercusión en la taquilla española y atraen a gran parte del público. Los estudios mantienen los derechos de estas películas y se los ceden a las grandes plataformas internacionales, como: IMDB y iTunes. El cine español, ofertado en las plataformas españolas, no goza del interés que puede llegar a tener los productos estadounidenses y, por esta razón, las descargas dentro de estos sistemas no son muy notables. A pesar de ello, las distribuidoras españolas deben buscar nuevas vías para su desarrollo *online*. Deben apostar por configurar un mercado real y diversificado que permita al usuario disfrutar de un óptimo servicio. Con la inversión para el desarrollo tecnológico y con el ímpetu por diversificar la distribución cinematográfica, se configurarán nuevas propuestas que mejoren las ya existentes.

La distribución española *online* es incipiente y todavía debe desarrollar un servicio competente que atraiga al usuario de la red. La evolución de otros canales de distribución permitirá generar nuevas ventanas de explotación para aumentar los ingresos y la rentabilidad económica y social de las producciones españolas y

extranjeras. Las productoras deberían invertir capital para consolidar becas de investigación destinadas al desarrollo tecnológico. Esta iniciativa permitiría promover nuevos mecanismos informáticos que ayudarían a potenciar servicios especializados y de calidad dentro de nuevas plataformas. La distribución conseguiría complementar su línea de explotación con otras vías de ingreso, mejorando su rentabilidad. Además, el impacto social se incrementaría notablemente entre el público real, el público potencial y el no público. La red se convertiría en un medio ideal para la promoción y la publicidad de los títulos cinematográficos albergados dentro de los repertorios de las plataformas de distribución.

Las posibilidades de futuro dentro de este canal de divulgación son muy numerosas. El mercado cinematográfico español debe consolidar esta vía de explotación, no como una más entre otras vías, sino como el eje central de su funcionamiento.

*Medidas de protección intelectual en el sector cinematográfico*³²

Estas tres plataformas consolidan el ejemplo de que la industria de distribución intermediada a través de Internet puede ser realidad en un intervalo de tiempo bastante breve. Tal como afirma Bercovitz Rodríguez-Cano, los recursos están disponibles pero la problemática se centra en articular los métodos óptimos para garantizar un marco legal adaptado a la difusión *online* del contenido cinematográfico:

“la implantación de la sociedad de la información exige una evolución paralela del Derecho de autor, del que se ha afirmado que <<su historia es un proceso de reacciones jurídicas a los retos que plantea la técnica>>. En este sentido, puede hablarse de la existencia de <<revoluciones tecnológicas>> que funcionan como motor de Derecho de autor, entre las que se deben citar: la invención de la imprenta, la implantación de la radiodifusión y todo el universo audiovisual, la

³² En relación con los datos y las reflexiones expuestas por Álvarez Monzoncillo y López Villanueva en AAVV (2007). *Alternativas de política cultural: las industrias culturales en las redes digitales (disco, cine, libro, derechos de autor)*. Barcelona: Gedisa. Madrid. Fundación Alternativas. Págs. 147 a 150

irrupción de la informática y, por último, el fenómeno multimedia en toda su dimensión — es decir, <<Internet>>, <<sociedad de la información>>...—. ³³

Frente a este reto, el registro se perfila como un método correcto para conseguir identificar al consumidor y asegurar unas estrategias seguras para la difusión. Es una opción pero cabe desarrollar otras vías que condicionen canales seguros y garanticen un acceso libre. El mercado *online* debe aprovechar las ventajas de los sistemas de intercambio P2P. Según Álvarez Monzoncillo y López Villanueva³⁴, los principales retos de la distribución cinematográfica comercial *online* pasan por saber aplicar estas virtudes en:

1. Desarrollar estrategias que permitan aprovechar los mecanismos de divulgación de redes sociales consolidadas.
2. Impulsar la creación de infraestructuras e innovación reguladas y competentes así como de plataformas para la distribución de películas.
3. Fomentar un entorno legal adaptado a las nuevas alternativas digitales.
4. Potenciar formas de pago diversas.
5. Fijar medidas que frenen la concentración industrial de la red.

Estos son los retos que la inminente distribución comercial *online* debe afrontar para convertirse en un sector competitivo. En los próximos años, veremos como el sector privado y el público aplicará los recursos necesarios para su formulación. La reticencia al cambio debe desaparecer para emprender nuevas iniciativas en la red.

2.1.2. Música³⁵

³³ González de Alaiz Cardona, J. J. (2008). *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Editorial Comares. Granada. Pág. 31

³⁴ Según los argumentos expuestos por Álvarez Monzoncillo y López Villanueva en AAVV (2007). *Alternativas de política cultural...Op. Cit.* Págs. 147 a 150.

³⁵ Seguimos los datos y las reflexiones planteadas sobre el panorama actual de la industria musical por Calvi en AAVV (2007). *Alternativas de política cultural: las industrias culturales en las redes digitales (disco, cine, libro, derechos de autor)*. Barcelona. Gedisa. Madrid. Fundación Alternativas. Págs. 28 a 44. Ver también las reflexiones entorno a las nuevas potencialidades del sector de la música, entre ellos, la descripción del caso *Radiohead*, y la reformulación de los patrones de funcionamiento de la comercialización musical en Smiers, J. y Van Schijndel, M. (2008). *Imagine...No copyright*. Editorial Gedisa. Págs. 193 a 201.

La música vive una etapa de desarrollo posterior a la de la cinematografía. El sector musical ya ha atravesado su período inicial de crisis en la venta tradicional y en soporte físico de sus productos. La música ha mantenido un nivel de evolución diferente, en el cual sus canales de explotación han sufrido ciertas modificaciones.

La industria musical ha promocionado nuevas plataformas de desarrollo *online* que han conseguido diversificar el sector, aunque la reticencia de las distribuidoras por el cambio aún se mantiene. La infraestructura para la distribución de la música en soporte físico ha evolucionado notablemente y, en la actualidad, **se ha consolidado como el canal predominante de explotación**. Los operadores que participan de los ingresos económicos y de la actividad laboral que genera este sector son numerosos. La industria ha observado como esta realidad ha cambiado y han aparecido nuevas vías de explotación comercial. Los hábitos de consumo musical por parte de los usuarios han aportado otros sistemas de consumo en red. Las descargas se han multiplicado y la adquisición de las obras musicales, en formato *mp3*, *avi* o *win*, son las más utilizadas. La evolución tecnológica ha permitido que la red garantice un servicio competitivo y apto para el usuario. La oferta cada vez es más sofisticada y diversa, permitiendo que los consumidores elijan dentro de una amplia gama de repertorios musicales.

Actualmente, y debido a la caída de ventas en bienes tangibles, las productoras y distribuidoras del panorama internacional y musical están orientando su actividad hacia la difusión de una oferta especializada dentro de la red. Este canal de explotación se ha reforzado y las líneas de inversión para su desarrollo se han incrementado. Las distribuidoras comerciales *online* han configurado una oferta complementaria a la venta física. Ambas ventanas de explotación se complementan y han erigido una explotación diversificada que brinda diferentes opciones de consumo para el consumidor musical.

El sector aún debe invertir más esfuerzos en poder nutrir esta vía de comercialización. La aportación económica respecto a esta parcela del sector debe incrementarse, provocando un aumento de sus posibilidades tecnológicas y

perfilando innovadores y mejores servicios para el consumidor. El crecimiento del medio en la red ampliará la oferta musical.

La música es un sector cultural amoldado a la distribución *online*. Su industria se encuentra mejor articulada y diversificada, de manera que el grado de evolución es mayor al de los otros sectores culturales. Existen plataformas con un recorrido más ostensible y en donde multinacionales dedicadas al sector informático y a las nuevas tecnologías han realizado una labor de inversión notable: Apple, Microsoft, Telefónica y MTV. La calidad de sus descargas es eficaz, erigiéndose en una vía óptima para el consumo del usuario.

*Mercado musical e internacional en red*³⁶

iTunes Music³⁷ es el sistema líder en la descarga comercial de música y es propiedad de Apple. La empresa ha puesto parte de su empeño en el fomento de la distribución de música a través de la red. Con iTunes Music, ha conseguido situarse dentro del panorama de comercialización en Internet y se ha configurado como una plataforma de acceso a nivel internacional. Desde el 2003, Apple empieza a desarrollar su plataforma de comercialización, iTunes Musica Store, y de reproducción, iTunes Jukebox. Ambos mecanismos mantienen acuerdos de distribución y comercialización con grandes productoras del sector musical.

iTunes se extiende en todo el mercado internacional y alcanza a una veintena de países. Contiene un catálogo de dos millones de temas musicales, que representan al 70% del mercado de la música *online*. Desde su lanzamiento en 2003 y hasta el 2006, su volumen de facturación en EEUU es de más de 900 millones de dólares. Las grandes discográficas, Sony BMG, Universal y Wagner, copan la mayoría de los títulos más descargados por los usuarios en iTunes. A nivel contractual, estas compañías no pagan por distribuir su música en la plataforma y Apple no paga las licencias de distribución a éstas, pero ésta si que cede parte de sus beneficios a la

³⁶ A partir de la descripción del mercado musical que Calvi nos presenta en AAVV (2007). *Alternativas de política cultural: las industrias culturales en las redes digitales (disco, cine, libro, derechos de autor)*. Barcelona. Gedisa. Madrid. Fundación Alternativas. Págs. 61 a 66

³⁷ En línea con la información expuesta dentro del portal digital de Apple: www.apple.com

productora musical. Las tarifas que iTunes aplica a sus usuarios son las siguientes:

- 0,99 dólares USA por canción
- 7,99 dólares por álbum
- 9,99 dólares por servicio de suscripción mensual

La repartición de la recaudación que ambas partes reciben se cifra en:

- 35% por cada canción o álbum vendido para Apple
- 65% para la compañía discográfica

Del 65% recaudado por la compañía discográfica, ésta debe descontar el porcentaje que destina al autor de la obra, que esta cifrado en 8 y 14 céntimos de dólar por canción vendida de media. El sistema mantiene un orden compensatorio para todos los actores que participan del proceso de comercialización de la obra. Cada intermediario recibe una compensación. iTunes mantiene un funcionamiento estable que la erige en la principal representante de un monopolio imperante en la descarga de contenidos musicales. Es una de las plataformas de distribución y de comercialización más populares a nivel internacional. Su presencia en el mercado de distribución *online* es demasiado concentrada. Favorece la distribución del repertorio musical de las discográficas de gran formato y permite la difusión de la música a un módico precio pero no evidencia iniciativas que diversifiquen su poder sobre el mercado.

Napster³⁸ es otra de las grandes plataformas *online* para la comercialización de obras musicales. Anteriormente, era uno de los sistemas P2P más consolidados dentro de la red. Finalmente, y después de un largo proceso jurídico, terminó siendo comprado por Microsoft. Al igual que iTunes, Napster se erige como un sistema dedicado esencialmente al sector musical. Su oferta es muy parecida a la que oferta iTunes. Se basa en ofrecer al consumidor la posibilidad de *reproducir* y

³⁸ Según los contenidos expuestos dentro del portal digital de Napster: www.napster.com

descargar música en la red. Su repertorio de descarga es muy amplio y también mantiene acuerdos con productoras musicales de los Estados Unidos.

Pese a ello, su popularidad entre el público es menor que la de iTunes, y después de asumir su legalidad, perdió gran número de sus usuarios. Actualmente, se mantiene como un sistema que goza de pocas descargas en red. La existencia de Napster permite que el grado de diversidad en la oferta en red sea un poco mayor pero la oferta para el usuario aún no es diversa, mantiene restricciones culturales hacía algunos consumidores potenciales.

MTV³⁹ es otra de las plataformas de distribución musical e internacional que ha aplicado sus servicios a las necesidades culturales de algunas regiones del mundo, como es el caso de España. Pese a que la principal actividad de MTV es su canal de televisión dedicado íntegramente a la actualidad musical, también ha desarrollado su marca en otros medios de comunicación, como Internet. A partir de su plataforma en la red, MTV ha mantenido su público fiel televisivo y lo ha acercado a nuevas vías de comunicación a través de la red. También ha creado un mercado estable mediante su portal multimedia, lo cual ha contribuido a ampliar el panorama de la distribución musical *online*. Esta plataforma se sirve de la actualidad musical para poder configurar un servicio innovador a sus usuarios. Su repertorio musical no es tan completo pero aún así consigue atraer a un gran número de usuarios. El efecto televisivo de su canal repercute directamente en las visitas y en el impacto social que la Web produce.

Cuadro 6. Operadores internacionales. Música

Operador	Titularidad	Sistema	Tarifa
iTunes Music	Apple	Descarga	Pago por descarga
Napster	Microsoft	Descarga	Pago por descarga
MTV	MTV	Consulta información Descarga	Pago por descarga
<i>Spotify</i>	<i>Spotify</i>	<i>Reproducción</i>	<i>Gratuito</i>

Fig. 6: Operadores internacionales. Música. (Elaboración propia)

³⁹ A partir de la información expuesta en el portal digital de MTV: www.mtv.es

Mercado nacional en red. Los 40 principales⁴⁰

Los **40 principales**⁴¹ es el canal más importante de reproducción de música a nivel español. Es uno de los portales multimedia más populares entre los usuarios españoles. Sus servicios se centran, sobretodo, en aportar datos sobre la actualidad musical de los grupos musicales españoles y extranjeros que actúan en territorio español y en la reproducción instantánea de música.

La plataforma debería priorizar otros servicios que diversificarán su actividad y promovieran la distribución de contenido musical. La propuesta es insuficiente para poder acrecentar el nivel de diversidad en este sector. Sería interesante que otros canales musicales apostaran por su difusión en red, permitiendo que el éxito dentro del sector se compartiera con otras plataformas de explotación y aportando un reparto mayor del mercado.

Medidas de protección intelectual en el sector musical

La diversidad de las propuestas es mayor y la capacidad de elección por parte del consumidor se multiplica. Los métodos para la captación de consumidores son más sofisticados. El consumidor puede optar a diferentes servicios que pueden garantizar su contacto con la obra musical:

- Pago por descarga: se basa en el pago por la obtención de toda o parte de la composición del autor.
- Pago por suscripción: resulta del pago de una cuota mensual para tener acceso a la recepción de material musical sin derecho a la su descarga.
- Publicidad: modelo de promoción de sellos discográficos en la plataforma.
- *Webcasting*: recepción de la música a través de la programación de programas musicales.
- Venta por Internet: pago por la recepción del material musical en soporte físico.

⁴⁰ En línea con los contenidos aportados por el portal digital de Apple: www.apple.com

⁴¹ Según la información del portar digital de los 40 principales: www.los40.com

La industria musical *online* se encuentra consolidada y desarrollada. Pese a ello, la problemática del sector musical respecto a las plataformas P2P es mayor, ya que el método de descarga es más efectivo y rápido. El mercado de la música *online* debe afrontar otros retos que deben centrarse en consolidar un producto competitivo. Las productoras musicales deben reorientar su estrategia para adaptarse al cambio digital. La evidencia del desarrollo tecnológico y su uso demuestra que la música debe optimizar las nuevas vías de evolución de las redes P2P para llegar a nuevos canales de consumo.

Cuadro 7. Operadores nacionales. Música

Operador	Titularidad	Sistema	Tarifa
Los 40 principales	Los 40 principales (emisora de radio)	Consulta de información Descarga	Pago por descarga

Fig. 7: Operadores nacionales. Música (Elaboración propia)

2.1.3. El libro en Internet⁴²

La industria del libro es el único de los sectores culturales que estamos tratando que todavía no ha realizado el cambio paulatino de su estructura comercial física hacia una infraestructura digital consolidada. El estatus actual de su mercado responde a los siguientes parámetros, tanto a nivel mundial como español:

“En EEUU, cinco casas controlan el 80% de las ventas. En Francia, cinco grupos acumulan más de dos tercios del mercado y después de la compra de Havas por Hachette, un grupo controla el 70% de la distribución. En Alemania, tres grupos controlan el 80% del sector editorial. En España, seis grupos controlan el 70% del negocio editorial. Pero, dado el control de internacionalización de los procesos de concentración, el control se extiende al mercado mundial: por ejemplo, en Chile, el 80% del mercado va a parar a seis grupos, ninguno de ellos nacional.

Los protagonistas:

- Reed Elsevier, grupo anglohollandés con presencia en 21 países, con un

⁴² A partir de la descripción del mercado de libro que presenta Gómez-Escalorilla en AAVV (2007). *Alternativas de política cultural: las industrias culturales en las redes digitales (disco, cine, libro, derechos de autor)*. Barcelona. Gedisa. Madrid. Fundación Alternativas. Págs. 165 a 175. Ver también las reflexiones planteadas en torno a las perspectivas de desarrollo del mundo del libro en Smiers, J. y Van Schijndel, M. (2008) *Imagine...No Copyright*. Editorial Gedisa. Barcelona. Págs. 184 a 193.

control del mercado anglosajón a través de la casa matriz o su sello principal, Harcourt General.

- Vivendi Publishing, grupo originariamente canadiense que copa el segundo puesto del mercado anglosajón, a través del sello Houghton Mifflin, actualmente en proceso de venta.

- Grupo Hachette, el primero del mercado francófono tras la reciente compra a Vivendi de Havas, con presencia también en el mercado del español a través del Anaya y Salvat.

- Bertelsman, grupo originariamente alemán que compra la primera editorial estadounidense, Random&House, en 1992, con presencia en Inglaterra, Nueva Zelanda, Australia, Canadá, Sudáfrica y preparando su introducción en Asia. Detenta el control en Alemania, a través de la propia casa matriz, Bertelsman, y de Springer (del Grupo Kirch), pero tiene también fuerte presencia en el mercado italiano a través de Mondadori, y en España, a través de Plaza&Janes, además de actuar en el mercado latinoamericano, a través de los sellos españoles o italianos y de Sudamérica.

- Los otros grupos que controlan la edición mundial son: Wolters Kluwer, Simon&Shuster, Mc Graw-Hill, Pearson, Reader Digest, Kondansha Ltd., Thomson Learning y Harper Collins (Grupo Murdoch). Doce grupos financieros en total, que controlan más de la mitad del producto industrial bruto del mundo editorial del planeta”⁴³

Las iniciativas del mundo del libro pasan por desarrollar canales de venta de títulos a través de plataformas de compra y venta o la Casa del Libro⁴⁴. En relación a la venta de libros a través de la red Amazon⁴⁵ y B&N.com representan el 97% de la venta de libros en Estados Unidos. En Europa el dominio por el mercado del libro se encuentra más diversificado. En Francia, Amazon fr., Bol. France y FNAC son los principales competidores. Mientras en España, La Casa del Libro, Crisol y El Corte Inglés dominan el mercado. En Sudamérica es Submarino quien mantiene el control del mercado.

Dentro del sector y aparte de estas librerías en red, las editoras tradicionales (RandomHouse, Simon & Shuster, Vivendi y iPublish) son reacias al cambio y prefieren mantener su actual *status* de dominio dentro del mercado. La única iniciativa en soporte electrónico ha sido llevada a cabo mediante el *e-book*. Aunque los intentos han sido varios: Softbook Reader, Pocket ebook, Cybook y

⁴³ Zaragoza, J. *Francfort, el gran mercado persa* en *Delibros*. Pág. 137.

⁴⁴ Para más información consultar el portal oficial y digital de La Casa del libro: www.casadellibro.com

⁴⁵ Para ampliar contenidos consultar el portal oficial y digital de Amazon: www.amazon.com

l'Every book. Ninguno de ellos ha logrado funcionar en el mercado.⁴⁶ No obstante y según destaca Gloria Gómez-Escalonilla⁴⁷, el futuro de *e-book* no es pesimista, ya que tras su producción se encuentran las grandes multinacionales del sector.

El mercado del libro en red se basa en la compra *online* del bien tangible, que después llega al consumidor a través del proveedor.

Esta realidad está cambiando. La digitalización del libro provocará que los hábitos de consumo de éste se transformen radicalmente. El libro digital afectará al consumo del libro físico, o bien sustituyéndolo o complementándolo. La adquisición de las obras vía Internet se ampliará enormemente. Aún así, el sector del libro sigue apostando por el método tradicional de la compra-venta de obras. Las plataformas digitales basan su funcionamiento en la venta de la totalidad de su catálogo físico a través de la red. La mayoría de los portales todavía mantienen la infraestructura física para la venta física de libros. La red de librerías perdura ya que permite al consumidor el contacto directo con el bien tangible, así como con la diversidad y la disponibilidad de los títulos que son ofrecidos en catálogo. Las plataformas digitales siguen configurándose como un mecanismo complementario a la venta física de libros. Se articulan como un canal para la compra y para la consulta de los títulos disponibles físicamente en la librería.

Dentro del sector del libro, las bibliotecas son las únicas instituciones que han comenzado a integrar las posibilidades que permite la consulta de las obras a partir de su acceso *online*. Los recursos que se han implantado permiten al consumidor la búsqueda y la descarga directa de algunos títulos ya digitalizados. Este canal permite el abaratamiento de los costes y elimina el proceso de distribución físico de títulos. Los intermediarios desaparecen, dando lugar a la

⁴⁶ De acuerdo con la descripción del mercado del libro expuesta en AAVV (2003). *Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación. Las industrias culturales en la era digital*. Gedisa. Madrid. Fundación Alternativas. Págs. 48 y 49; donde se presentan cuales son los conglomerados editoriales más destacados dentro de la esfera del libro y como el desarrollo del libro está siguiendo nuevas formas orientadas hacia el formato digital, y en especial, el *e-book*.

⁴⁷ Gómez-Escalonilla afirma que *e-book* mantiene claras expectativas de configuración para que el libro digital sea una realidad: “el futuro del *e-book* no es pesimista, porque detrás de estas marcas están las grandes multinacionales del *software*, Microsoft, Adobe, Xeros que han apostado por el libro digital como una nueva línea de negocio” en Gómez-Escalonilla, G. *Capítulo 1. Libro y entorno digital: un encuentro de futuro*. en AAVV (2003). *Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación. Las industrias culturales en la era digital*. Gedisa. Madrid. Fundación Alternativas. Págs. 49

eliminación del almacenamiento y de la consulta física de los libros. No obstante, esta práctica aún es incipiente, ya que el volumen de títulos por digitalizar es muy abundante. El reto pasa por aplicar los medios suficientes para poder emprender esta tarea a todas las obras que actualmente se encuentran disponibles para la consulta pública en las bibliotecas.

Estas instituciones deberían optimizar un sistema de protección eficaz para el acceso a los archivos digitales en su potestad ya que, a diferencia del cine y de la música, el libro goza de cierta exclusividad. No es un bien cultural difícil de copiar. La reformulación de los parámetros de consumo del libro y su evolución tecnológica se planteará en pocos años, pero aún deberemos esperar cual es la respuesta de la sociedad a un posible cambio tecnológico. Hasta el momento y en relación con los argumentos de Corcuera Torres y Vicente Domingo⁴⁸, las propuestas para la mejora del sector pasan por desarrollar medidas legislativas que permitan fomentar el uso del libro físico y proteger el derecho de acceso del usuario respecto al mismo, garantizando un espacio económico diverso y accesible.

La desaparición del precio fijo del libro (Ley 9/1975, del 12 de marzo, del libro) no constata este hecho, ya que provocará el cierre de pequeñas librerías y perjudicará a los pequeños editores. La tendencia del sector se orientará hacia la concentración de las editoriales, de manera, que según los datos aportados en el estudio de Corcuera Torres y Vicente Domingo, el 4% de las editoriales en España facturará más del 70% del total del mercado. La desaparición de la figura del editor comportará que el libro pase de ser concebido como un bien cultural a ser una mercancía. La concentración de editores provocará la homogenización de los contenidos, haciendo casi imposible que las publicaciones especializadas o minoritarias encuentren un hueco en el mercado. Los *best-sellers* pasarán a

⁴⁸ Según los argumentos del estudio realizado por Corcuera Torres y Vicente Domingo, las necesidades del sector del libro pasan por garantizar el fomento del libro y su acceso a la cultura para todo individuo (según el art. 44.1 de la Constitución Española). Para ello, plantean medidas de acción: acciones de la Ley de Mecenazgo, aportaciones a entidades sin ánimo de lucro, convenios de colaboración, programas de apoyo a acontecimientos de interés público o la aplicación de ayudas directas (subvenciones) o indirectas (beneficios fiscales) en Corcuera Torres, A. y Vicente Domingo, E. (2006). *El futuro del libro: aspectos jurídicos*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 17/2006 2. Págs. 211 a 233.

engrosar el volumen de ventas.

Google ha sido el primer buscador informático que ha desarrollado diferentes propuestas que nos permiten confiar nuevos métodos de distribución que omitan la concentración empresarial en el sector del libro, aunque para ello tenga que abandonar el soporte físico.

*El caso Google, del soporte material a la digitalización*⁴⁹

*Google Book Search*⁵⁰ se establece como un sistema articulado para la búsqueda de sistemas de indexación y motores de búsqueda. El buscador facilita el encuentro de documentos digitalizados, ordenados según los criterios que especifiquemos y según la identificación dentro de un fondo específico y rico.

Este nuevo sistema permite que gocemos de la disponibilidad digital de la obra, sin necesidad de recurrir al soporte material. La finalidad de Google es garantizar el paso del bien tangible al digital de los libros publicados, facilitando su localización. El buscador ha conseguido poner a la disposición del usuario un número elevado de obras y en acuerdo con los titulares de los derechos sobre las obras. Por tanto, *Google Book Search*⁵¹ se divide en dos servicios: el *Google Publishers* y el *Google Libraries*.

El *Google Publishers* se basa en un acuerdo que Google determina con los editores para que estos acepten el escaneado de sus documentos para que posteriormente sean indexados en Google. De esta manera, los usuarios pueden consultar los documentos y localizarlos libremente. A partir de esta consulta, pueden adquirir el documento en formato físico o digital, pero siempre a través del editor, que en ningún momento ve peligrar su exclusividad en los derechos de

⁴⁹ Casas Vallès, R. *La Ley de Propiedad Intelectual en España. Incidencia tecnológica en la utilización y explotación de las obras en AAVV* (2008). *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Págs. 29 a 32

⁵⁰ En relación al proyecto *Google Book Search*, Rimmer plantea argumentos sobre su configuración, ya que afirma que el hecho de que Google esté socialmente aceptado oculta su tendencia de mercado hacia el monopolio y la infracción de los derechos de autor de las obras que difunde y no le son propios en Rimmer, M. (2007). *Digital Copyright and the Consumer Revolution. Hands off my iPod*. Edward Elgar. USA. Págs. 225 a 260.

⁵¹ Profundizar en la propuesta de mercado y de distribución de libros por parte de Google en: <http://www.google.es/books?hl=es>.

propiedad intelectual. Mediante este servicio, Google puede aumentar sus consultas y sus servicios y puede obtener ganancias por publicidad. Del mismo modo, los editores también exponen su catálogo y pueden llegar a aumentar sus ventas.

El *Google Libraries* es el segundo servicio que oferta Google. En este apartado el buscador cierra sus acuerdos con las grandes bibliotecas universitarias y públicas, a través de REBIUN⁵². El objetivo de esta iniciativa es la digitalización de todos los fondos en posesión de estas instituciones. En relación a las obras en dominio público, el buscador facilita al usuario la localización, la búsqueda y el acceso. Si la obra no está en dominio público, Google permite la búsqueda y la obtención de información, pero en este caso el usuario sólo tiene acceso a la portada y a unas pocas frases de la publicación.

El buscador aporta información sobre las obras, no potencia la explotación de la obra, sino su uso. El usuario se nutre de la lectura y de la comunicación a terceros de ideas, datos, etc. extraídos de la obra y no que no se producen en el dominio de la propiedad intelectual. El acto del uso (la lectura, el visionado y la escucha) difiere del acto de reproducción, ya que no requiere de posesión por parte del usuario.

Esta doble vertiente ha permitido nuevos usos que han acarreado la reformulación en el contacto con la obra literaria. Se han creado nuevos usos y nuevos conceptos dentro del entorno digital. Según palabras de Ramón Casas Vallès, el concepto de reproducción ha experimentado una gran ampliación, que abarca cualquier fijación, ya sea provisional o efímera:

“2.3. Creo pues que ha sido muy correcta la forma en que ha procedido la Ley 23/2006, llevando las precisiones relativas a la noción de reproducción — los adjetivos — al art. 18 TRLPI y el *límite de copia técnica* al art. 31.1 TRLPI. El primero, *art. 18 TRLPI redefine (aclara) el acto de reproducción*: “Fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o parte de ella, que permita su comunicación y la obtención de copias”. Escanear, digitalizar, reproducir en un servidor, reproducir temporalmente en memoria RAM, guardar en memoria caché...son actos

⁵² Red de Bibliotecas Universitarias Españolas.

de reproducción; y, como tales, quedan *sujetos al derecho exclusivo.*”⁵³

No obstante, parece razonable que el acto de usar y el de reproducir pueden acarrear diferentes interpretaciones sobre la utilización de la obra. El acto de usar abarca la lectura y la consulta de la obra y no requiere de su posesión. El acto de reproducción se basa en la descarga y en el almacenamiento de la obra en la memoria del ordenador por parte del usuario y, por tanto, este acto acarrea la posesión de obra. La diferencia entre ambos procesos es clara, lo cual permite reseñar que el acto del uso no repercute en la significación económica de la obra mientras que el acto de reproducción sí.

La digitalización del libro ha cambiado la concepción de su apropiación. En el entorno digital, el soporte material ha sido relegado y **el acto se ha convertido en el elemento esencial para el control y para el acceso del usuario al contenido de la obra.** Google está redefiniendo el contexto del libro y el de su usuario dentro del entorno digital. El libro está cambiando su paradigma de consumo, aunque su evolución tecnológica respecto a la música y el cine sigue siendo menor.

Las bibliotecas digitales⁵⁴ se han consolidado como el nuevo medio de manifestación y de regulación de las obras en formato digital, lo cual las erige como el ejemplo de las líneas de desarrollo a seguir en el campo del libro. De momento, las bibliotecas son consideradas como la excepción contenida en el artículo 37.1, de la Ley 23/2006 de 7 de julio, en PI y en referencia al derecho de

⁵³ Casas Vallès, R. *La Ley de Propiedad Intelectual en España. Incidencia tecnológica en la utilización y explotación de las obras.* Págs. 26 y 27 en AAVV (2008). *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales.* Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. En relación al derecho al acceso y el derecho a leer, dirigirse a los argumentos que presentamos en el siguiente apartado 3.4.3. *Límites conceptuales*, Págs. 67 a 73, donde ampliamos información de la reformulación del concepto de reproducción por la LPI.

⁵⁴ Según la definición presentada por Díaz de Olartem, las bibliotecas digitales se conciben como: “colecciones organizadas de contenidos digitales que se ponen a disposición del público. Pueden contener materiales digitalizados, tales como ejemplares digitales de libros y otro material documental procedente de bibliotecas archivos y museos, o basarse en información producida directamente en formato digital”, en Díaz de Olartem, J. *Perspectivas jurídicas de las bibliotecas digitales* en AAVV (2008) *Nuevos retos para la propiedad intelectual: II Jornadas sobre la propiedad intelectual y el derecho de autor/a: (A Coruña, 22 e 23 de marzo del 2007).* Cursos, congresos y simposios; 97. A Coruña: Universidade da Coruña. Servizo de Publicacións. Págs. 37 y 38.

reproducción:

“Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice excluidamente para fines de investigación.

(...) Así el nuevo artículo 37.3 del TRLPI señala que:

No necesitará autorización del autor la comunicación de obras o su puesta a disposición de personas concretas del público a efectos de investigación cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto en los locales de establecimiento citados en el anterior apartado y siempre que tales obras figuren en las colecciones del propio establecimiento y no sean objeto de condiciones de adquisición o licencia. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir una remuneración equitativa”.⁵⁵

Estos principios legales rigen el desarrollo de las bibliotecas digitales, así como posiblemente el de la totalidad de los bienes culturales. La consolidación del efecto Google también marca los parámetros por los cuales el futuro del libro debe articularse a través de la red. La interrelación entre estas dos realidades se percibe como el método general a implantar en un futuro, facilitando al usuario un catálogo muy extenso de títulos a su disposición.

2.2. Distribución directa

Internet se ha convertido en un el eje para el cambio del sistema de distribución tradicional. Se establece un punto de inflexión, entre los productores comerciales, que ven Internet como un peligro para sus ingresos y los canales de distribución alternativos, donde se permite la puesta a disposición del usuario de mayor contenido cultural y a la vez se garantiza el contacto directo entre autor y consumidor.⁵⁶ En esta línea se pronuncia Garrote Fernández-Díez, destacando parte de las ventajas que el sistema que promueve en relación a los valores de *diversidad y democracia cultural*:

⁵⁵ Según los argumentos de Díaz de Olartem en relación a la configuración de las bibliotecas digitales como la excepción a la reformulación del concepto de reproducción en Díaz de Olartem, J. (2008). *Perspectivas jurídicas...Op.Cit.* Págs. 35 y 36.

⁵⁶ Garrote Fernández-Díez, I. (2002). *Comercio electrónico y derechos fundamentales. Pe.i.* Revista de Propiedad Intelectual. Número 11. Mayo-Agosto 2002. Bercal, S.A. Madrid. Pág. 50

“(…) Por un lado Internet provoca una apertura del control de los canales de distribución sobre los intérpretes y ejecutantes, que gracias al nuevo medio, no dependen de las grandes casas discográficas para lanzar sus productos a un mercado competitivo. Por tanto los artistas, o al menos una parte de ellos, no sufren únicamente pérdidas con Internet. Es cierto que la piratería también afecta a sus ingresos, pero también lo es que gracias ella tienen poder de controlar sus creaciones hasta el consumidor final. Además, **Internet permite que artistas poco conocidos vean cómo sus trabajos salen a la luz sin pasar por el filtro de las discográficas, lo que permite mayor variedad y grado de experimentalidad en el mercado, al reducirse drásticamente los costos de distribución y marketing. (…).**”

Según lo estipulado, Internet ofrece ahorro en la consolidación de canales de distribución y de marketing. Permite a artistas con pocos recursos un espacio rápido y directo para dar a conocer sus obras. El contacto entre el autor y el usuario es directo, sin intermediarios que canalicen el proceso comercial. Se reformulan los criterios que plantean la división tradicional entre productores y consumidores. A partir de las nuevas tecnologías, las fronteras entre ambas posturas se diluyen, ofreciendo un canal de representación oficial dentro del entorno digital. Según Garrote Fernández-Díez⁵⁷, la explotación de la obra es directa de manera que el autor establece cuales son las medidas reguladoras que posibilitaran el acceso al consumo por parte del usuario. El autor conseguirá percibir un ingreso directo o, sino es el caso, podrá obtener una mayor divulgación de su obra artística. Esta vía para la distribución permite al creador mantener su grado de independencia respecto a las principales productoras y distribuidoras del sector musical. La distribución directa elimina a los intermediarios y permite que las ganancias sean más fructíferas para el autor.

2.2.1. Del autor al consumidor

Paradójicamente, la distribución directa *online* recupera uno de los valores

⁵⁷ Según los argumentos de Garrote Fernández-Díez, la tradicional división entre los productores y los consumidores se diluye, permitiendo que todo usuario sea productor y eliminando intermediarios de la cadena de distribución en Garrote Fernández-Díez, I. (2001). *El derecho de autor en Internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Editorial Comares. Págs. 7 y 8.

simbólicos dentro del proceso de divulgación de la obra artística: la cercanía del autor respecto al consumidor. La canalización de la obra cultural sigue unos criterios basados en la veracidad de la opinión del autor. El contacto directo elimina a los intermediarios que condicionan el proceso de gestación y explotación del productor y permite que el autor rinda cuentas gracias a una obra de forma libre e independiente.

La visión comercial del producto no condiciona el período creativo del autor sino que aparece una vez que la obra se ha concluido. La expresión y la moralidad artística del creador conserva todas sus particularidades iniciales. *Tiro en la cabeza* de Jaime Rosales es uno de los ejemplos más paradigmáticos de esta práctica. Las connotaciones artísticas del *film* dejan entrever un estilo complejo y abocado a un circuito de exhibición menor. No obstante, la película ha conseguido una mayor difusión gracias a las estrategias de explotación ofertadas en la red. La estrategia comercial se basó en el estreno simultáneo de la película en las salas de exhibición, la Web oficial del *film*⁵⁸ y en el Museo Reina Sofía de Madrid. Esta estrategia de comercialización es innovadora y se encuentra diversificada en diferentes canales de exhibición que se complementan en diferentes formatos y hábitos de consumo. *Tiro en la cabeza* es un ejemplo de cómo materializar una comercialización que cubra las necesidades culturales del usuario en todos sus espacios de consumo: público/privado e individual/colectivo. Esta vía consigue acaparar un impacto social notable aunque, dada su naturaleza, no permite generar unos ingresos económicos importantes. No obstante, esta vertiente podría desarrollarse a favor de productos culturales socialmente potenciales.

Sería recomendable promocionar esta estrategia de marketing entre todos los productos culturales, consiguiendo acaparar mayores ámbitos de consumo cultural. Con la aplicación de estos recursos, el impacto social de las obras aumentaría y conseguiría alcanzar a un número mayor de usuarios. Dado el incremento de la difusión social de la obra, la probabilidad de conseguir unos ingresos mayores aumentaría considerablemente. Este tipo de distribución es un elemento de divulgación *online* que debe desarrollarse de inmediato y de forma

⁵⁸ Para más información: www.tiroenlacabeza.com

complementaria con otros formatos de difusión. De esta manera, la adaptabilidad del sector a los nuevos medios de explotación económica y social se amoldaría a las necesidades del desarrollo tecnológico actual.

2.2.2. El marketing viral⁵⁹

Radiohead es uno de los grupos musicales que optó por este modo de distribución. Su último álbum, *In Rainbows* (2007)⁶⁰ salió al mercado mediante descarga por Internet en formato digital desde la página Web: **www.inrainbows.com**. El precio para la obtención del material musical era decidido por el comprador e incluso se permitía su descarga gratuita. Posteriormente a esta estrategia de marketing digital, se optó por el método de comercialización de su álbum a través del soporte tangible, ya fuese en CD o vinilo.

Las noticias entorno a la recaudación del grupo son confusas, ya que no se han hecho públicas y se mantienen en un especial secretismo. Pese a ello, el diario británico *The Times* publicó una estimación de los resultados recaudados facilitados por la empresa de medición del tráfico Web, *comScore*, y estableciendo que aproximadamente un 62% de los usuarios optó por la descarga del álbum. La equivalencia se traduce en que tres de cada cinco personas habrían llegado a descargar la versión virtual de *In Rainbows*.

El importe medio desembolsado por el consumidor se situaba entorno a los cuatro euros por descarga. La cifra puede parecer poco abultada en relación a los precios pagados por medio del canal convencional de venta pero cabe destacar que la recaudación obtenida por el grupo es neta. La particularidad de esta opción reside en que el grupo no tuvo que hacer frente a los gastos producidos por el proceso físico de la edición del trabajo y tan sólo dispuso del mismo en la red. Este proceso puede parecer ambiguo. Si estimamos el número de descargas a través de la Web y la posterior venta del álbum, podemos llegar a concluir que la

⁵⁹ Para más información: www.inrainbows.com o www.radiohead.com/deadairspace/

⁶⁰ También en esta línea se mantiene la descripción del caso de *Radiohead* por parte de Smiers y Van Schijndel dentro de Smiers, J. y Van Schijndel, M. (2008). *Imagine...No Copyright*. Editorial Gedisa. Barcelona. Pág. 197.

recaudación real del grupo es una incógnita pero su difusión es mayor, ya que las barreras económicas a las cuales tenían que hacer frente los usuarios para obtener el trabajo eran menores. No obstante, ambos procesos pueden ser compatibles ya que inciden en sectores de consumo cultural diferentes. Debemos hacer hincapié en el hecho de que este sistema de distribución se encuentra en una etapa de consolidación. Aunque sus posibilidades comerciales están por estimarse, su impacto social es muy notable.

3. Retos de la distribución *online*. Barreras al desarrollo

La configuración de las plataformas digitales debe hacer frente a los nuevos métodos de distribución y de comunicación. Actualmente, España es uno de los países con un índice más alto de consumo digital en todo el mundo y sus mecanismos de evolución a nivel nacional han llegado a unas cotas de sofisticación elevadas.

El índice de consumidores españoles en red es mayoritario. Según los datos estipulados por González de Alaiza Cardona en su estudio y extraídos del Centro de Investigación del Mercado Cultural (CIMEC), durante el año 2003 el volumen de obras descargadas en España a través de Internet llegó a los doscientos millones de obras musicales y los veinte millones de obras audiovisuales.⁶¹ Un mismo estudio de CIMEC para la SGAE durante las años 2005, 2006 y 2007 revela los siguientes datos en la descarga de canciones de plataformas consideradas no oficiales:

Cuadro 8. Descargas de canciones en España a través de las P2P. 2005 a 2007
(el 80% de las descargas tuvieron lugar a través de las redes P2P)

<i>Año</i>	<i>Descargas de canciones (millones)</i>
2005	500
2006	800
2007	1.200

Fig. 8: Cuadro de Descargas de canciones en España a través de las P2P. 2005-2007.

Elaboración propia; a partir de González Gozalo, A. (2008) *La propiedad intelectual y la protección de datos de carácter personal. Pe.i.* Revista de PI. N°28. Enero-Abril. Bercal, S.A. Pág. 15.; y www.sgae.es/recursos/boletines/marzo_2008/generalista/news3.htm

Además, del mismo modo, el volumen de descargas consideradas “ilícitas” de

⁶¹ Datos extraídos del estudio de González de Alaiza Cardona, J. J. (2004). *La lucha de los titulares contra las redes P2P. Pe.i.* Revista de Propiedad Intelectual. N°18. Septiembre-Diciembre 2004. Bercal, S.A. Págs. 26 y recuperados del Informe de Gestión y Actividades SGAE 2003.

películas cinematográficas ascendió en 2007 a 300 millones.⁶² Por otro lado, a nivel mundial, los datos aportados por la IFPI *representing recording industry worldwide*⁶³ en su Informe 2006 sobre piratería de la industria discográfica valoró que durante el 2005 se descargaron o intercambiaron de forma considerada ilícita y en todo el mundo casi 20.000 millones.

Por este motivo, las distribuidoras y productoras dedicadas a la distribución de música, de cine y de libros tienen un reto difícil para persuadir al consumidor dentro de este nuevo mercado de distribución. El grueso de la actividad de las P2P es destacado y, dada la porción que representa para el mercado, se perfila como el modelo de distribución cultural a seguir. En la línea de los argumentos de Carbajo Cascón⁶⁴, las *peer-to-peer* constituyen la redefinición conceptual del contacto entre los usuarios y la entelequia de la propiedad intelectual, permiten el contacto anónimo entre ellos y fomentan y difunden la cultura.

Por tanto, las nuevas redes P2P plantean un cambio de concepción respecto a la articulación de derechos que se encuentran en la misma esfera y que delimitan los unos con los otros. El equilibrio entre los derechos de los titulares de los derechos de autor y los derechos de los usuarios aún no se ha constatado. A continuación presentamos de forma detallada cuales son las características que hacen a las redes P2P un elemento particular e innovador dentro del mercado cultural y también presentaremos cuales son las claves del desequilibrio actual entre los actores que participan.

3.1. Programas de intercambio: *Peer to peer*⁶⁵

⁶² Datos extraídos del estudio de González Gozalo, A. (2008). *La propiedad intelectual y la protección de datos de carácter personal*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. N°28. Enero-Abril 2008. Bercal, S.A. Pág. 15. Ver también *El País* el 23 de abril de 2008. http://www.elpais.com/articulo/cultura/SGAE/gana/2007/pese/pirateia/elpepicul/20080423elpepicul_6/Tes

⁶³ Para más información : www.ifpi.org

⁶⁴ Según los comentarios de Carbajo Cascón, las P2P se erigen como un nuevo modelo de difusión y fomento de la cultura que aboga por un la consolidación de un nuevo paradigma, centrado en el contacto y el intercambio directo entre los usuarios en Carbajo Cascón, F. (2004). *El pulso entorno a la copia privada*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. N°16. Enero-Abril 2004. Bercal S.A. Pág. 46.

⁶⁵ También consultar la descripción por parte de Dutfield y Suthersanen sobre las redes P2P y del caso Napster, Grokster, Kazaa y Sharman en Dutfield, G. y Suthersanen, U. (2008). *Global Intellectual Property Law*. Edward Elgar. EEUU. Págs. 246 a 250.

Los sistemas P2P constituyen como uno de los puntos de inflexión a la hora de reformular la relación entre el desarrollo tecnológico actual y la PI. Los sistemas se articulan como una entelequia de conexión entre los usuarios a través de sus ordenadores, de manera que el intercambio de archivos y, por tanto, de obras culturales se produce de forma evidente y elevada. El equilibrio entre estos sistemas y la regulación de la PI es notable. Según los comentarios de Casas Vallès⁶⁶, la revolución digital, y en última instancia las redes P2P, han extremado la tensión entre desarrollo tecnológico y propiedad intelectual. Los sistemas de intercambio *peer to peer* son el método de uso social a seguir. Etimológicamente, se concibe como un proceso de comunicación social considerado de “igual a igual” para el intercambio de archivos entre privados. No obstante, y según Garrote Fernández-Díez⁶⁷, el intercambio no se articula tan sólo de igual a igual, sino que el sistema se concibe como una red digital, a un modo de intercambio de la información, en donde todos los ordenadores son a la vez emisores y receptores. Garrote Fernández-Díez⁶⁸ también argumenta que los P2P permiten a los usuarios intercambiar a través de la red archivos que contienen obras y prestaciones protegidas por el derecho de propiedad intelectual en cualquier formato y sin ánimo de lucro. Del mismo modo, también sirven para canjear obras en dominio público.

Este sistema facilita el contacto directo entre usuarios conectados a Internet desde diferentes puntos del mundo, manteniendo un enlace a través del libre acceso a los archivos que cada uno de los usuarios contiene dentro de sus computadoras locales. Existen sistemas P2P más evolucionados que permiten la publicidad de su marca y, por tanto, la atracción de un mayor número de usuarios a su página o a su sistema de descarga. A diferencia de estos valores añadidos, estos sistemas de intercambio mantienen ciertas características comunes. A continuación y en la

⁶⁶ Casas Vallés, R. (2005). *La lucha por el derecho en las redes peer-to-peer: el caso Glokster ante el Tribunal Supremo de los EEUU*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 14/2005. Editorial Aranzadi. Navarra. Pág. 530.

⁶⁷ Garrote Fernández-Díez articula su estudio entorno a la forma de proceder de los sistemas P2P, así como a la configuración del sistema entre usuarios en Garrote Fernández-Díez, I. (2005). *El intercambio de obras y prestaciones protegidas mediante programas “peer to peer”*. Pág. 217 en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. Comares, S.L. Granada.

⁶⁸ Garrote Fernández-Díez, I. (2005). *El intercambio...Op. Cit.* Págs. 219 y 220.

línea de argumentación de Garrote Fernández-Díez, las presentamos:

”A. Definición:

Desde un punto de vista meramente “informático” la tecnología de usuario a usuario permite crear redes descentralizadas de ordenadores personales que intercambian ficheros informáticos, siendo cada uno de los ordenadores de la red P2P a la vez emisor y receptor de ficheros.

B. Características:

Las redes de intercambio *peer to peer* tienen algunas características específicas que las hacen especialmente peligrosas desde el punto de vista de la protección de los derechos de propiedad intelectual. En primer lugar, poseen un **elevado grado de descentralización**, de modo que los usuarios pueden conectarse entre sí sin necesidad de utilizar un ordenador central o “servidor” que haga de intermediario. Esto hace posible que si un ordenador falla o se estropea, no afecte al rendimiento general del sistema. (...).

Como segunda característica es esencial en los programas de intercambio la llamada **“redundancia de la información”**, esto es, que la información está reproducida en múltiples ordenadores pertenecientes a la red *peer to peer*. Esto permite pues estará almacenado en muchos ordenadores simultáneamente (aunque no existe un repertorio central desde donde obtener el fichero con absoluta seguridad).

En tercer lugar, las redes de usuarios que crean los programas P2P tienen una **elevada capacidad de mantenerse en servicio por sí mismos**. Esto significa que la “caída” o el mal funcionamiento de un elemento o un ordenador en concreto no afecta a la totalidad del sistema, que puede seguir funcionando sin el elemento que falló. Por la redundancia antes comentada, los ficheros que guarda un ordenador que deja de funcionar estarán seguramente disponibles en otro miembro del sistema.

En cuarto lugar, y por comparación con un sistema de distribución centralizada de archivos⁶⁹, los sistemas descentralizados **permiten una**

⁶⁹ A partir de los argumentos de Garrote Fernández-Díez, su funcionamiento es el siguiente: el distribuidor elabora una base de datos electrónica a la que se puede acceder vía Internet, e incluye en ella un número indeterminado de lo que se denominan “objetos digitales”. Estos objetos digitales están formados por dos componentes fundamentales: en primer lugar, una prestación protegida (en nuestro caso, un fonograma en formato MP3) y, en segundo lugar, un “sobre digital”, que es un programa de ordenador en el que se contiene la información sobre las características del objeto digital y lo protege frente a accesos no autorizados por medio de un sistema de *encriptación*.

El siguiente paso es que el usuario que está navegando por Internet visite la página Web del distribuidor, con la intención de “descargar” una serie de ficheros en su ordenador personal. Para ello, una vez que se ha decidido qué ficheros quiere escuchar o grabarse, solicita al distribuidor la transmisión del objeto digital que contiene el fichero en formato MP3 o similar en el momento y en el lugar que él mismo decide. Una vez que ha recibido el objeto, el usuario ojea “sobre digital” que le muestra las condiciones en las que va a poder bajarse el archivo.

Si le convencen las condiciones que el distribuidor ha puesto (en especial el precio) el usuario abona la compensación económica y descarga el archivo. Todo el proceso puede sustanciarse en segundos. Como es obvio, dicha puesta a disposición del público necesita de la autorización previa de los productores de fonogramas, pues se está reproduciendo en el servidor

amplificación máxima en la distribución de los ficheros digitales, puesto que se está utilizando la capacidad de almacenamiento de los ordenadores personales de millones de usuarios, lo cual supera en mucho la capacidad de un único servidor central.(...)”

C. Clases⁷⁰

Desde un punto de vista económico existen **tres modelos ideales de sistemas de intercambio de ficheros digitales** en la modalidad “de usuario a usuario”. Los **sistemas centralizados** (cuyo ejemplo más típico sería *Napster*) son aquellos en los que existe un servidor que aunque no organiza el tráfico de ficheros ni almacena reproducciones temporales de los mismos sí que contiene un directorio de usuarios e información acerca de los ficheros. Su ventaja principal es que el servidor central ofrece un sistema estable para buscar ficheros y una lista de los mismos, de modo que aunque se pierda en un momento dado la conexión directa con otro usuario siempre se puede volver a buscar el fichero **mp3 o ^* MPEG** que nos interesa en el servidor central, y esta conexión es difícil que se “caiga”.

Los modelos de intercambio que podemos llamar “**descentralizados**”, (como Gnutella, Lime Wire, Morpheus, Grokster, Freenet, Groove, Emule⁷¹ o KaZaA) no tienen un servidor central, funcionando con un protocolo informático propio que permite que los ordenadores de los usuarios se conecten de forma sucesiva según un modelo de conexiones “en estrella”. No existe, al contrario que en los sistemas centralizados, un índice central. El programa busca el archivo en todos los ordenadores conectados en un momento dado hasta que lo encuentra, iniciándose entonces la transferencia de un usuario a otro. (...)

Por último, los modelos puramente **privados** consisten en el intercambio espontáneo de ficheros, por ejemplo mediante correo electrónico. No existe, como los casos anteriores, un sistema central organizador del intercambio ni un programa de ordenador específicamente diseñado para ello. El intercambio del fichero se produce de manera individual desde el ordenador A al ordenador B, utilizando un simple programa de correo electrónico, como *Eudora* o *Outlook*. No hay lista de usuarios, no hay varios usuarios interconectados, ni sitio *web* de descargas. Hay una comunicación directa entre usuarios individuales sin ninguna labor de intermediación.”⁷²

central cada uno de esos ficheros y se están comunicando al público desde ese mismo servidor central.

Ver con más extensión en Garrote Fernández-Díez, I. (2005). *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Editorial Comares. Granada. Págs. 221 y 222.

⁷⁰ Consultar también la descripción que realiza González de Alaiza Cardona en relación a las clases de sistemas P2P, sistemas centralizados y descentralizados en González de Alaiza Cardona, J. J.(2004). *La lucha de los titulares contra las redes P2P. Pe.i*. Revista de Propiedad intelectual. N°18. Septiembre-Diciembre 2004. Bercal, S.A. Págs. 29 a 38.

⁷¹ Para más información:

<http://www.emule-project.net/>

www.limewire.com,,

www.morpheus.com,

<http://freenet.sourceforge.net/>

www.groove.nnat

⁷² Garrote Fernández- Díez, I. (2005). *La reforma de la copia privada en la Ley de*

Según las características de los diferentes modelos de P2P, se nos hace difícil precisar cual es el tamaño de los usuarios de cada uno de los sistemas P2P, ya que en cada uno de los modelos crecen continuamente. Los datos oscilan en cientos de millones de usuarios por cada sistema P2P. Desde un punto de vista más cercano, **España se ha convertido en el primer país de Europa en porcentaje de internautas que utilizan este tipo de sistemas, cerca del 21%**. Actualmente, podrían existir unos tres millones de usuarios y un tráfico total de 66% del tráfico que se genera en la red corresponde a la descarga de archivos. Por tanto, el impacto en la explotación y en la difusión de las obras culturales ha sido enorme. El repertorio de obras es infinito.

El cierre de un P2P provoca que inmediatamente se configure otro sistema similar. La inmediatez en el surgimiento de este tipo de plataformas provoca que los elementos para hacer frente a las mismas acaben por ser inútiles. Por lo tanto, la estrategia a adoptar pasa por seguir criterios que permitan aprovechar las virtudes de estos sistemas.

3.2. El caso de Napster⁷³. Sistemas de primera generación.

Propiedad Intelectual. Editorial Comares. Págs. 221 a 224. Ver los comentarios sobre el caso *Napster* de Carbajo Cascón, F. (2004). *El pulso entorno a la copia privada*. *Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. Nº16. Enero-Abril 2004. Bercal S.A. Págs. 47 y 48. Respecto a la definición, las características, las clases de P2P y el funcionamiento entre los usuarios consultar también la explicación muy doctrinal y práctica de Martínez Ayuso en *Las redes P2P y la descarga ilegal de contenidos*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Editorial Aranzadi. Número 18/2006 3. 2006. Págs. 593 a 610.

⁷³ En relación a las particularidades del caso *Napster*, seguimos los argumentos de Garrote Fernández-Díez, I. (2005). *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. Comares, S.L. Granada. Págs. 235 a 240. También para consulta añadida sobre el caso el análisis descriptivo ver Michael A. Eihorn., P.D. Media (2004). *Technology and Copyright. Integrating Law and Economics*. Edward Elgar. EEUU. Págs. 79 a 99; González de Alaiza Cardona, J.J. (2000) <<*Napster: copias robadas, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el Derecho de Autor en Internet*>>. *Pe. i*. Revista de Propiedad Intelectual. Número 6. Septiembre-Diciembre 2000. Págs. 65 a 83; y Bouza, M.A. y Castro Marques, M. (2001). *El caso Napster en Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXI-2000, Santiago de Compostela. Departamento de Derecho Mercantil y del Trabajo. Marcial Pons. Madrid. Págs. 437 y ss. consultar también las particularidades del caso *Kazaa*, muy a colación y en similitud con los sistemas *Grokster* y *StreamCast* en Ruz, F. (2005). *Kazaa y el fin de la revolución. Comentario sobre la sentencia del Tribunal Federal de Australia de 5 de septiembre de 2005: Universal Music Australia Pty versus Sharman License Hoildings Ltd (2005) FCA 1242*>>. *Pe. i*. Revista de Propiedad Intelectual. Nº21. Septiembre-Diciembre 2005. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 143 a 165.

Con el nacimiento de las P2P *Napster* se consolidó como uno de los sistemas de mayor uso social. Fue uno de los sistemas de primera generación, centralizado, empleado por gran número de usuarios. El importante uso social de *Napster* no pasó desapercibido por el régimen legal estadounidense que abrió un largo proceso en contra del mismo:

“2. Casos de primera generación (*Peer to Peer* centralizados)

A. Napster

(...) Los servicios que proporcionaba la página Web de *Napster* a los usuarios (además de permitir la descarga del programa) eran básicamente tres. En primer lugar hacía posible para los usuarios del sistema la conversión de los ficheros musicales que residían en sus discos duros en ficheros intercambiables con otros usuarios del sistema. En segundo lugar, proporcionaba un sistema de búsqueda para hallar qué usuarios de *Napster* tenían un determinado fonograma (y si estaban dispuestos a permitir el intercambio). En tercer lugar, realizaba copias de seguridad de los fonogramas de los usuarios para facilitar el intercambio y suministrar una reproducción de cobertura si el usuario con el que se estaba conectando perdía la conexión durante el proceso de transmisión.

(...) El segundo asalto de la batalla entre la *RIAA* y *Napster* se resolvió mediante el auto de la Corte del Distrito Norte de California de 26 de julio de 2000. En esta ocasión la juez de instancia entra en el fondo de la demanda otorgando unas medidas cautelares que impedían que se causen daños irreparables a los productores de fonogramas, lo que incluye el cierre inmediato del sitio Web que proporcionaba el buscador de ficheros *mp3* en los discos duros de los usuarios. Respecto de la acción de indemnización, la juez Patel analiza los factores que definen la doctrina de uso lícito (*fair use*⁷⁴) de acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Betamax*. La juez rechaza la alegación de que concurre *fair use* en la actividad que realizaba *Napster* en primer lugar porque el intercambio de ficheros anónimos entre particulares mediante Internet no es un <<uso privado>> y, en segundo lugar, porque dicha actividad está causando un daño irreparable en el mercado potencial de los productores de fonogramas, que no pueden competir con sus propios

⁷⁴ Según los comentarios de Garrote Fernández-Díez, la doctrina del *fair use* (o *fair dealing*, en su formulación inglesa y australiana) es la excepción principal en el derecho anglosajón. Se encuentra, en el derecho de los Estados Unidos regulada en la 107 de la *Copyright Act*. Su juego depende de cuatro factores, que deben ser analizados caso por caso por el juez. Dichos factores son, de manera muy resumida el carácter del uso de la obra, con una especial consideración a si el uso es comercial o educativo; en el segundo lugar, la naturaleza de la obra protegida, siendo más difícil que la excepción juegue cuando en la obra existen grandes dosis de ficción; el tercer factor es la cantidad de la obra copiada y su carácter esencial en relación con el total de la misma. Finalmente, se ha de considerar el efecto del uso de la obra respecto de su mercado potencial. Este cuarto factor es el decisivo con frecuencia en la jurisprudencia.

sistemas de distribución *on line*.

En cuanto a si *Napster* ha incurrido en una infracción directa de los derechos de los productores de fonogramas (*direct infringement*⁷⁵) el auto se limita a afirmar que hay serias posibilidades de éxito, por cuanto **es evidente que *Napster* no sólo tiene conocimiento de los intercambios entre los usuarios sino que conscientemente los hace técnicamente posibles.** Respecto de la responsabilidad a título de *vicarious liability*⁷⁶, se considera que igualmente hay posibilidades de éxito, **puesto que *Napster* tiene la posibilidad de controlar y supervisar las actividades de los usuarios y además se está lucrando económicamente con el intercambio masivo de archivos.** Es importante señalar que en ningún caso se duda de los usuarios están infringiendo el derecho de distribución digital de fonogramas previsto por la *Digital Performance Right in Sound Recordings Act* de 1995, aunque, como es lógico, las compañías no se plantearan demandar a los usuarios individualmente considerados.

El tercer episodio relevante en la historia legal de *Napster* comienza dos días después del cierre de *Napster.com*. La compañía apela ante la *Corte de Apelación del Noveno Circuito*, que resuelve mediante sentencia de 12 de febrero de 2001 confirmando opinión de Juez de Distrito Patel y señalando que **los productores de fonogramas han mostrado indicios suficientes de que estamos ante un caso de violación de los derechos de propiedad intelectual y que en este caso no puede funcionar la doctrina del *fair use* (uso lícito) respecto de los fonogramas, puesto que se perjudica de**

⁷⁵ Según los comentarios de Garrote Fernández- Díez, Casas Vallès y González de Alaiza Cadona: el derecho norteamericano distingue entre diferentes grados de colaboración en que se puede tener en la infracción de derechos de propiedad intelectual. Los conceptos norteamericanos de *direct liability*, *contributory liability* y *vicarious liability* no tienen un equivalente exacto en nuestro Derecho, ya que son construcciones de la jurisprudencia de aquel país. A grandes rasgos, el *direct infringer* (responsable por *direct liability*) es la persona que tiene una participación activa y directa en la violación de los derechos de autor, o bajo cuyo control y responsabilidad se realizan las actividades ilícitas. La *contributory liability* no aparece en la *Copyright Act*, pero ha sido desarrollada en la jurisprudencia y supone una acción propia, que consiste en inducir, causar o proporcionar los medios adecuados para la comisión del ilícito a otra persona, con conocimiento de sus actividades (en nuestro derecho sería considerado un corresponsable); en Garrote Fernández-Díez, I. (2005). *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Editorial Comares. Granada. Págs. 235 a 238; Casas Vallès, R. (2005). *La lucha por el derecho en las redes peer-to-peer: el caso Grokster ante el Tribunal Supremo de las EEUU*. Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento. Deportes de Azar, Entretenimiento y Música. Número 15. 2005. Aranzadi. Navarra. Págs. 532 al 534; y González de Alaiza Cardona, J. J. (2004). *La lucha de los titulares contra las redes P2p. Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. N°18. Septiembre-Diciembre 2004. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 30 a 36.

⁷⁶ Del mismo modo se pronuncian Garrote Fernández-Díez y Casas Vallès manteniendo que la *vicarious liability* contempla supuestos de responsabilidad en los que responde por la falta de diligencia en el control de los hechos de otras personas, siempre que se tenga el derecho y la capacidad de supervisar las actividades del infractor (se trata, en líneas generales de una responsabilidad directa por hechos de otro por culpa *in vigilando* en una línea parecida a la del art. 1903 del Código Civil y además que tenga un interés económico directo en las actividades ilícitas); en Garrote Fernández-Díez, I. (2005). *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Editorial Comares. Granada. Págs. 235 a 238 y en Casas Vallès, R. (2005). *La lucha por el derecho en las redes peer-to-peer: el caso Grokster ante el Tribunal Supremo de las EEUU*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Deportes de Azar, Entretenimiento y Música. Número 15. 2005. Aranzadi. Navarra. Págs. 532 al 534.

manera evidente al mercado potencial de la prestación protegida.”⁷⁷

Según el seguimiento del caso por parte de Garrote Fernández-Díez, *Napster* incurre de forma ilegal en la prestación de un servicio al usuario, ya que es consciente de las actividades de los usuarios, las facilita técnicamente y se lucra económicamente de su servicio. Al ser un servicio primerizo y centralizado, el ente adquiriría entidad como tal y podía regular el tráfico entre sus usuarios por tanto, el seguimiento de la causa por parte del órgano legal es evidente.

A pesar de su éxito, el sistema requería de una estructura centralizada que desvelaba las identidades de los usuarios, así como la existencia de un ente formalizado al cuál poder dirigirse para demandar las acciones por parte del sistema judicial y en donde los usuarios satisfacían sus intereses y demandas dentro del sistema. Al final del proceso, el sistema llegó a un acuerdo con las productoras para convertirse en un sitio de pago que actualmente continua con la distribución *online* de archivos, previo pago de importe para su adquisición.

No obstante, según los comentarios de González de Alaiza Cardona, el sistema pudo demostrar varios argumentos sin demasiada refutación legal pero con cierta consistencia social, y que se articulan en las siguientes consideraciones:

“(…) se afirma que **una defensa a ultranza de los derechos de autor puede obstaculizar el desarrollo de las nuevas tecnologías**, lo que va en contra no sólo de los explotadores de éstas, sino del propio interés general. (…) **la defensa de Napster argumenta que la compañía se encuentra luchando frente a una situación de monopolio** — efectivamente, las licencias para la explotación de la mayoría de piezas musicales las concentran en pocas discográficas, que además se encuentran asociadas. (…) **la existencia de perjuicio económico para los titulares de derechos. La defensa entiende que el intercambio gratuito de canciones fomenta la compra de música.**”⁷⁸

Finalmente y aunque refutamos los argumentos de González de Alaiza Cardona en

⁷⁷ Garrote Fernández-Díez, I. (2005). *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Editorial Comares. Granada. Págs. 235 a 238 y ss.

⁷⁸ González de Alaiza Cardona, J. J. (2000). *Napster: <<copias robadas>>, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el Derecho de Autor en Internet*. Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual. N°6. Septiembre-Diciembre 2000. Bercal, S.A., Madrid. Pág. 81

relación a *Napster*, **la conversión del sistema en un medio controlado por las productoras fue ineludible**. No obstante, el cierre del sistema provocó el nacimiento de nuevos sistemas descentralizados y perfeccionados que se apoyan en los mismos argumentos: Grokster, StreamCast Networks, Inc., Gnutella, Freenet, Kazaa y Morpheus, que no tan sólo se centraban en el intercambio de archivos musicales, sino también en vídeos, películas, videojuegos, programas de ordenador y otros. Estos sistemas acogieron a los 38 millones de usuarios que *Napster* dejó de tener debido a su reconversión en un canal de pago.

3.3. El caso de *Grokster* y *Streamcast*⁷⁹. Sistemas de segunda generación.

La reconversión de *Napster* como sitio de pago permitió que fuera suplantado por sistemas *peer-to-peer* descentralizados y de segunda generación, más desarrollados tecnológicamente, como por ejemplo *Grokster* y *Streamcast*. A pesar de las diferencias entre ambos sistemas, las medidas judiciales en contra de estos sistemas más desarrollados no se hicieron esperar. No obstante, los argumentos dados por los demandantes, en este caso, los estudios y las productoras cinematográficas y fonográficas, difieren de los mencionados en el caso *Napster*, ya que la diferencia en la articulación del tráfico provoca argumentos diferentes en contra de los demandados:

“4. Qué son Grokster y Streamcast. Precisiones técnicas y jurídicas

Grokster Ltd. y *StreamCast Networks, Inc.* son empresas dedicadas a la distribución de *software* para el intercambio de archivos o ficheros *peer-to-peer*. Sus sistemas son similares en la medida en que, a diferencia de *Napster*, carecen de un índice centralizado en único servidor. Pero también presentan diferencias jurídicas y técnicas. (...) **“Aunque las demandas cerraran sus puertas y desactivaran todos los ordenadores bajo su control, los usuarios de sus productos podrían seguir compartiendo o intercambiando archivos”**.

⁷⁹ Para extender sobre la sentencia contra el caso Grokster ver los comentarios de González de Alaiza Cardona (2005). *La sentencia de la corte suprema estadounidense en el caso Grokster: La matizada condena a los operadores P2P. Pe.i.* Revista de Propiedad Intelectual. N°21. Septiembre-Diciembre 2005. Págs. 137 a 148. Ver cita n° 92.

5. Las sentencias de los tribunales de distrito y de su apelación

Como era de esperar, *Grokster* y *StreamCast* fueron demandadas por un grupo muy representativo de estudios cinematográficos y productores fonográficos que les acusaban de tener responsabilidad indirecta en la masiva violación de derechos por parte de los usuarios de sus programas⁸⁰. Ambas partes, demandantes y demandadas, coincidían en considerar que el problema no era tanto de hechos como de Derechos, razón por la cuál solicitaban un *Summary Judgement*⁸¹. Aunque las demandada pusieran en cuestión el volumen de tráfico ilegal alegado por las demandantes (MGM lo cifraba en un 90% del tráfico total), no se discutió seriamente la existencia de una masiva actividad infractora por parte de los usuarios. **La cuestión, como queda dicho, era sólo saber si podían exigirse por ello — responsabilidades a las empresas distribuidoras de *software*. En esta tesitura, las dos primeras sentencias constituyeron un claro triunfo para las demandadas, pues tanto la *District Court* (Tribunal de Distrito, TD) como la *Court of Appeals* (Tribunal de Apelación, TA) consideraron que no debían responder de los daños derivados del tráfico ilegal, remitiéndose en última instancia al legislador**,⁸²

Por tanto, queda claro que el nivel de descentralización de los sistemas de segunda generación, respecto a *Napster*, mantienen unas características diferentes y diversas que plantean ciertos problemas para el seguimiento del titular que ofrece este servicio a todos los usuarios que interactúan en el sistema de intercambio. Las acusaciones no se dirigen hacia un sistema centralizado desde el cuál los usuarios se benefician de estas prácticas, no existe una diferencia clara entre el hecho y el derecho o sobre la comprobación del hecho

⁸⁰ Según la descripción del caso por parte de Casas Vallès, la lista de demandantes incluía, entre otros estudios cinematográficos, a Metro-Goldwyn-Mayer (MGM), Columbia, Disney, Paramount, 20th Century Fox, Universal y Time Warner. Entre las casas discográficas figuraban Arista, Atlantic, Motown, BMG, Virgin y otras bien conocidas. Según sus propias manifestaciones, les pertenecería hasta un 70% del material objeto de tráfico no autorizado en las plataformas demandadas. Ver en Casas Vallès, R. (2005). *La lucha por el derecho en las redes peer-to-peer: El caso Grokser ante el Tribunal Supremo de las EEUU*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Núm. 15. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 531 y 532.

⁸¹ Según los argumentos de Casas Vallès, el *Summary Judgement* es un expediente destinado a obtener una resolución rápida y expeditiva en materias de Derecho, sin necesidad de *trial* o juicio (Black's Law Dictionary, 6th. Ed., 1991) ver en Casas Vallès, R. (2005). *La lucha por el derecho en las redes peer-to-peer: El caso Grokser ante el Tribunal Supremo de las EEUU*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Núm. 15. Editorial Aranzadi. Navarra. Pág. 532.

⁸² Casas Vallès, R. (2005). *La lucha por el derecho en las redes peer-to-peer: El caso Grokser ante el Tribunal Supremo de las EEUU*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Núm. 15. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 531 y 532.

realizado y la verificación de la infracción del derecho.

Glokster y *StreamCast* constituyen dos sistemas diversificados e inmateriales, a los cuales se les redime de la responsabilidad de las acusaciones realizadas debido a la dificultad por refutar tales demandas. Se plantea una clara problemática para interpretar la frontera existente entre la propiedad intelectual y el derecho a la innovación tecnológica. Se enfrentan dos conceptos que son la esencia para entender el entramado legislativo que se mueve entorno al legislativo español y que sientan las bases de parte del discurso que proponemos en nuestro estudio de investigación. A continuación, profundizaremos en los términos de la legislación estadounidense para poder desentrañar todos los elementos implícitos en el caso:

“5.1. Análisis de las infracciones alegadas: ausencia de responsabilidad de las demandadas

Las demandantes (...) lo que les imputaban era una infracción indirecta o secundaria (*secondary infringement*), por contribuir la infracción directa (*contributory infringement*) y, en cualquier caso, por no haber impedido o reducido ésta teniendo el derecho y la posibilidad de hacerlo (*vicarious infringement*).

a) Infracción directa (*direct infringement*)

La eventual responsabilidad de las demandas dependía de la existencia de actos de infracción directa por parte de los usuarios de sus programas. Sin embargo, nadie discutió su existencia. **El intercambio de material objeto de propiedad intelectual, en redes *peer-to-peer* y sin autorización, constituye sin duda un acto ilícito.**⁸³

b) Infracción indirecta o secundaria por contribución (*contributory infringement*)

De acuerdo con la jurisprudencia estadounidense, la responsabilidad por *contributory infringement* exige el conocimiento de la infracción directa y una contribución o cooperación material en ella.

b.1) Conocimiento

El infractor secundario ha de “conocer o tener razones para conocer” la infracción directa. En una primera aproximación directa cabría considerar que

⁸³ Sobre intercambio *peer-to-peer* y copia privada, consultar también a Carbajo Cascón, F. (2004). *El pulso en torno a la copia privada. Pe. i.* Revista de Propiedad Intelectual. Nº16. Enero-Abril 2004. Págs. 45 y ss.

en el caso *Grokster* tal condición se cumplía de manera obvia por tratarse de hechos de dominio público. Pero las cosas no son tan simples. Conforme a la doctrina del *caso Sony*, **el conocimiento de que un dispositivo puede usarse para cometer infracciones no es determinante si también se presta a aplicaciones lícitas “sustanciales” o “comercialmente significativas” (...)** Los Tribunales de Distrito y Apelación consideraron acreditado que lo mismo sucedía con los programas distribuidos por *Glokster* y *StreamCast*, en la medida en que también se utilizaban para compartir o intercambiar material no protegido o en el dominio público (con la inevitable cita de Shakespeare), así como obras cuyos titulares habían decidido difundir por este medio⁸⁴. Precisando más, ambas sentencias coincidieron en afirmar que **no basta el llamado *constructive knowledge*, consiste en conocer o deber conocer la actividad infractora.** (...) Se ha de demostrar que las demandadas tienen un “*conocimiento razonable de específicos actos de infracción*” y, además, que “*no hicieron nada para impedirlos*”. De nuevo a primera vista, cabría pensar que esas condiciones concurrían en el caso de *Grokster* y *StreamCast*. Sobre todo, habida cuenta de las numerosas notificaciones que les habían dirigido los demandantes, informando de actos concretos de intercambio no autorizado (...) La información debería haber llegado a las demandadas en un momento en el que pudieran usarla para detener la concreta infracción de que se trata. “*Las notificaciones relativas a actos de infracción son irrelevantes si llegan cuando las demandadas ya no están haciendo nada para facilitar, ni pueden impedir, la infracción denunciada*” (TD). Desde este punto de vista, **la posición de *Glokster* y *StreamCast* sería análoga a las del propietario que ha arrendado una finca en la que luego se desarrolla una actividad ilegal.** “**No se discute que las demandadas son conscientes de que muchos de los usuarios se sirven de su software para infringir obras protegidas (...). La cuestión es si el conocimiento de hecho sobre actos específicos de infracción llega en un momento en que el demandado contribuye a él materialmente y, por tanto, puede hacer algo al respecto**” (TD). *Glokster* y *StreamCast* sabían que sus programas se usaban para cometer infracciones. Pero cuando llegaban a conocerlas ya no podían hacer nada.

“b.2) Contribución material

El segundo requisito para incurrir en *contributory infringement* es la existencia de una cooperación material en la infracción directa, sea estimulándola o proporcionando algún tipo de ayuda para que pueda llevarse a cabo, sea no haciendo lo necesario y posible para impedirla. (...) **Sin embargo, *Glokster* ni**

⁸⁴ Según los comentarios de Casa Vallès, el Tribunal de Apelación se refiere a propósito al caso del grupo Wilco, cuya casa discográfica, había decidido no distribuir uno de sus trabajos alegando falta de interés comercial. Wilco lo readquirió y lo puso a la libre disposición de los usuarios. El éxito obtenido hizo que el grupo lograra un nuevo contrato. La misma idea anima a los autores noveles que recurren a las redes *peer-to-peer* para darse a conocer y promocionar su obra directamente entre el gran público, sea para lograr que las editoriales les abran las puertas o, simplemente, por la satisfacción de ser oídos, leídos o vistos; en Casas Vallès, R. (2005). *La lucha por el derecho en las redes peer-to-peer: El caso Grokser ante el Tribunal Supremo de las EEUU*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Núm. 15. Editorial Aranzadi. Navarra. Pág. 531 y 532. Ver también en materia de los parámetros que mantiene la doctrina estadounidense el estudio de Xalabarder Plantada, R.(2007). *Infracciones de propiedad intelectual y responsabilidad de los servidores en Internet (ISP)*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 21/3. Aranzadi. Navarra. Págs. 452 a 453.

***StreamCast* eran proveedores de acceso, por lo que no podían cancelar las cuentas de los usuarios infractores.** Tampoco mantenían índices o listados de los que pudieran borrar archivos protegidos que, en realidad, no se encontraban en sus propios ordenadores sino en los de los usuarios. **Es cierto que tanto *Glokster* como *StreamCast* desarrollaban alguna actividad incidente en relación a éstos. Pero, a juicio de los tribunales, sin suficiente entidad como para considerarse contribución material a los actos de infracción.**⁸⁵

Así pues, y según los argumentos anteriores, los sistemas de segunda generación se articulan como espacios para el desarrollo de las prácticas de diferentes usuarios. No obstante, la reflexión de Casas Vallès, sobre la que nos mostramos a favor, es clara, los sistemas descentralizados no eligen a sus usuarios y, por tanto, desconocen, a tiempo para poder salvaguardar su utilidad, las prácticas en las que incurren los usuarios de sus espacios. Al actuar como un mero servidor, la consciencia sobre los usos de algunos de sus usuarios es evidente, pero dada las características intrínsecas del sistema, descentralizado y de segunda generación, el impedimento de esta actividad por el servidor no puede llevarse a cabo, ya que éste no regula el tráfico desde un servidor central y no mantiene las competencias técnicas para poder hacerlo. Incluso, si pudiera, la evolución del intercambio estaría tan desarrollada, que el sistema P2P no requeriría de las medidas tecnológicas para poder detener el intercambio entre usuarios.

Del mismo modo también se pronuncia Garrote Fernández-Díez⁸⁶, de manera que para el grado de responsabilidad que los servidores mantienen, afirmando que efectivamente, no existen las pruebas suficientes para imputar legalmente al prestador de servicios, ya que ellos actúan como meros suministradores de una estructura tecnológica sin incidir en el tipo de práctica que realizan los usuarios a

⁸⁵ Casas Vallès, R. (2005). *La lucha por el derecho en las redes peer-to-peer: El caso Grokser ante el Tribunal Supremo de las EEUU*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Núm. 15. Editorial Aranzadi. Navarra. Pág. 533.

⁸⁶ Según los argumentos de Garrote Fernández-Díez, los prestadores de servicio actúan como simples intermediarios: “En realidad, los prestadores de alojamiento simplemente están proporcionando los medios técnicos para que otras personas — los usuarios — reproduzcan o comuniquen al público. En este sentido, son ellos los que infringen las facultades patrimoniales de los derechohabientes, aunque dichas infracciones tengan lugar por medio de sus ordenadores y sistemas.” en Garrote Fernández-Díez, I. (2000). *La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. N°6. Septiembre-Diciembre 2000. Págs. 58 y 59

través del sistema. En relación a la responsabilidad de los usuarios, Garrote Fernández-Díez mantiene argumentos que no compartimos y que no se encuentran en nuestra línea de argumentación, ya que declara que la infracción y la responsabilidad no están entre los sistemas de intercambio sino en los actos de los usuarios:

“(…) cuando dos usuarios de un programa P2P intercambian obras y prestaciones protegidas a través de Internet están llevando a cabo dos conductas que caen dentro del ámbito exclusivo de los titulares de los derechos de explotación protegidos por el TRLPI. Por un lado, el hecho de compartir un archivo que en principio es personal por medio de una plataforma P2P implica un acto de **reproducción** (art. 18 TRLPI), puesto que las obras se almacenan en la <<carpeta compartida>> de forma digital y permanente (...) en este caso la obra se comparte en un programa P2P con un número indeterminado de usuarios (...) la reproducción pierde el carácter de <<privada>>, siendo objeto de **utilización colectiva** y entrando de modo permanente e irreversible en la esfera pública”⁸⁷

A nuestro entender, y en contra de lo estipulado, **se extiende en exceso el concepto de reproducción, llegando a incorporar usos del disfrute del usuario que no le son propios, y que generalmente son libres**⁸⁸. Además, la facultad de la obra se restringe a un uso privado entre usuarios sin ánimo de lucro que según los argumentos de Garrote Fernández-Díez parece válido para el formato analógico y no para el digital. La expansión del término “esfera pública” conlleva una extensión recíproca con la finalidad de ampliar competencias y mantener control exhaustivo y sin sentido sobre un acto de proceder que a la larga sustrae ventajas para el mercado, ya que las características presentadas anteriormente son el eje de desarrollo de las P2P, aplicados a otros usos como la mensajería o el correo electrónico, y el futuro de la distribución. Así pues, los parámetros de seguimiento legislativo son libres de interpretación por parte del legislador. Según González Gozalo⁸⁹, la legislación constituye un elemento de interpretación que no

⁸⁷ Garrote Fernández-Díez, I. (2004). *Prestadores de servicios de intermediación y plataformas P2P*. *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*. N°16. Enero-Abril 2004. Bercal, S.A. Madrid. Págs 60 a 63.

⁸⁸ Seguimos la línea de la argumentación presentada por González de Alaiza Cardona (2004). *La lucha de los titulares contra las redes P2P*. *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*. N°18. Septiembre-Diciembre 2004. Madrid. Bercal, S.A. Pág. 53.

⁸⁹ Consultar los argumentos presentados por González Gozalo en relación a los derechos de los usuarios dentro de las plataformas P2P y en otras vertientes digitales, donde establece que es necesario un equilibrio entre los derechos de los usuarios y la tutela jurídica de la PI en González

puede llevarse más allá de su capacidad para enjuiciar circunstancias que se encuentran más allá de su alcance, éste debe encontrar un equilibrio entre el derecho de los usuarios y la tutela jurídica. La frontera legislativa existe y no debe extrapolarse más allá de lo que el texto regula.

Los sistemas de segunda generación demuestran que la responsabilidad de la actividad que realizan los usuarios respecto al sistema de intercambio de archivos, únicamente conviene al propio usuario, y como hemos podido justificar, ni tampoco eso. El sistema descentralizado no dispone de los elementos necesarios para controlar el volumen de su actividad, ni tampoco el número de usuarios que disponen de sus servicios. Además, según los argumentos de Carbajo Cascón⁹⁰, los actos de reproducción y transmisión en línea realizados en los entornos P2P se tornan imposibles de controlar, ya que el problema radica en encontrar al usuario. El desarrollo tecnológico ha dejado desfasado el texto legislativo español, haciendo inútil su actual aplicación a raíz del art. 139 de la Ley 23/2006, de 7 de julio, de PI⁹¹, en donde se hace explícito el seguimiento en contra de los usuarios como únicos responsables (datos IP) de las acciones llevadas a cabo en las redes P2P y eludiendo cualquier responsabilidad de los propios sistemas⁹². En línea con

Gozalo, A (2008). *La propiedad intelectual y la protección de datos de carácter personal*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. Número 28. Enero-Abril 2008. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 63 a 68. Amplía contenidos que no compartimos pero que sirven de utilidad para captar la esencia del problema, en González Gozalo, A. (2005). *La obligación de los prestadores de servicio en línea de revelar la identidad de los usuarios que infringen derechos de propiedad intelectual a través de redes P2P*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. N°21. Septiembre-Diciembre 2005. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 77 a 134.

⁹⁰ Carbajo Cascón se pronuncia en relación a la inutilidad y a la dificultad de realizar seguimiento legal de las redes P2P en Carbajo Cascón, F. (2004). *El pulso en torno a la copia privada*. Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual N°16. Enero-Abril 2004. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 52 y 53.

⁹¹ Ver en este sentido el análisis sobre las medidas cautelares en contra de los usuarios que realiza Armengol Vilaplana en relación a las diversas medidas recogidas en la Ley 23/2006, de 7 de julio, que refunda el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, en materia de PI y también a la ampliación de los medios de tutela de la propiedad intelectual e industrial en la Ley 19/2006, de 5 de junio en Armengot Vilaplana, A. (2006). *La tutela judicial civil de los derechos de propiedad intelectual tras las reformas introducidas por las Leyes 19/2006 y 23/2006*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 18/3. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 549 a 575.

⁹² Tal como la Ley 34/2002, de 11 julio de Servicios de la Información y Comercio Electrónico y analiza en profundidad dentro de su estudio Xalabarder Plantada, sobre los casos de P2P que eluden la responsabilidad legal en Xalabarder Plantada, R. (2007) *Infracciones de propiedad intelectual y responsabilidad de los servidores en Internet (ISP)*. Revista Jurídica de Deporte y del Entretenimiento. Número 21/3. Págs. 437 a 460. En este sentido se pronuncia la

los argumentos de Martínez Ayuso⁹³, ésta aplicación es errónea, ya que no articula los elementos de reflexión sobre el debate y la reformulación de conceptos que realmente planean en las redes P2P y que posteriormente acometeremos con más profundidad: **¿El uso entre diversos usuarios se considera un uso colectivo? ¿Los enlaces registrados en Web sobre obras culturales constituyen ánimo de lucro? o ¿La descarga o la subida de ficheros vulneran la copia privada?** Todas estas cuestiones plantean que cabe medir el equilibrio existente entre la Ley de 23/2006, de 7 julio de PI, el avance tecnológico y el derecho de acceso a la cultura por parte de los usuarios. En la actualidad, y a pesar de la aprobación del texto jurídico, esta frontera se mantiene un tanto difusa, permitiendo que el beneficio recaiga sobre la defensa del autor y, por tanto, de la propiedad intelectual, sin caer en la cuenta de lo imprescindible que son ciertos derechos de acceso para el individuo. Según Casas Vallès⁹⁴, La complejidad del cambio tecnológico requiere de un proceso de readaptación de todos los valores instaurados antes de la revolución, no obstante, el tiempo requiere de la búsqueda de un paulatino equilibrio. A priori, las redes P2P constituyen un elemento de prueba para la adaptación del instrumento de legislativo a las nuevas exigencias de la tecnología. Las P2P no constituyen un elemento perturbador, ya que la naturaleza legal de estos sistemas es neutral o de *doble uso*:

reflexión que plantean Bercovitz Rodríguez-Cano y Martín López sobre las exigencias que promueven Promusicae y FAP en relación a la exigencia de la responsabilidad de los prestadores de servicio en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Marín López, J.J. (2007). *Dictamen sobre el límite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 20/2. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 401 a 406. También se pronuncian en relación a la extensión del concepto de comunicación pública al ámbito privado en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Marín López, J.J. (2007). “*Dictamen sobre... Op. Cit.* Págs. 376 y 377.

⁹³ Ver con más extensión las reflexiones planteadas por Martínez Ayuso sobre los elementos reales que deben garantizar el debate sobre la PI en España en Martínez Ayuso, M.A. (2006). *Las redes P2P y la descarga ilegal de contenidos*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 18/ 3. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 606 a 610.

⁹⁴ Según Casas Vallès, el estado actual de la revolución digital requiere de una fase de transición hacia la adaptación que requiere un cambio de tal magnitud: “[...] La aparición de una nueva tecnología siempre es perturbadora para los viejos mercados y en particular para aquellos titulares que cuentan con consolidados cauces de distribución. Pero la historia demuestra que el tiempo y las fuerzas del mercado a menudo logran equilibrar los intereses en juego” en Casas Vallès, R. (2005). *La lucha por el derecho en las redes peer-to-peer: El caso Grokser ante el Tribunal Supremo de las EEUU*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 15. Editorial Aranzadi. Navarra. Pág. 535.

“(…) Puede usarse para el intercambio no autorizado de obras y prestaciones objeto de propiedad intelectual y cosas aún peores. Pero sus ventajas en términos de seguridad, costes y eficacia, también lo hacen muy útil para <<universidades, agencias gubernamentales, corporaciones y bibliotecas>> que facilitan la difusión de material no protegido o cuentan con la autorización correspondiente. **Liberar en el espacio digital un programa de intercambio no es por tanto lo mismo que liberar el virus de una enfermedad. Ambos se propagan sin ulterior control. Pero el primero produce efectos beneficiosos, susceptibles además de aumentar en el futuro.**⁹⁵

Las P2P representan los valores que actualmente rigen el consumo de cultura y que a la larga y hoy en día están siendo adaptados a sistemas integrados para el equilibrio de los derechos de todos los actores representados en la esfera digital de consumo cultural, así como el interacción social y cultural que ha provocado el intercambio de bienes culturales en la red. Actualmente y según Smiers⁹⁶, estamos ante un momento de creatividad que está al alcance de cualquiera.

Las P2P han sido el inicio de un movimiento social que ha permutado y ha iniciado un campo social de desarrollo cultural a través de otras plataformas de difusión y acceso cultural global — *YouTube*⁹⁷ o *MySpace*⁹⁸ —, que no basan su funcionamiento en el simple intercambio de bienes, sino que articulan una red social, con expresividad y capacidad artística propia. Según los datos aportados por Martínez Ayuso en su estudio, las P2P constituyen el 60% del uso del ancho de banda de todo el mundo y además en los últimos tiempos se han producido una serie de alianzas por tal de profundizar en el potencial de Internet, mediante la alianza entre Apple y Disney para iTunes (antes mencionado) o la adquisición del portal YouTube.com por parte de Google (también tratado con anterioridad). A la vez, otros elementos tecnológicos han reconvertido los beneficios culturales de las plataformas P2P para la configuración de nuevos servicios avanzados,

⁹⁵ Casas Vallès, R. (2005). *La lucha...Op. Cit.* Pág. 537.

⁹⁶ El estudio de Smiers y Van Schijndel centra parte de su reflexión en profundizar en los cambios que ha comportado la revolución digital, y que se erige en una etapa de abundante creatividad al alcance de cualquiera en Smiers, J. y Van Schijndel, M. (2008). *Imagine...No copyright*. Editorial Gedisa. Barcelona. Pág. 133.

⁹⁷ Para más extensión: www.youtube.com

⁹⁸ Más información en: www.myspace.com

como: www.spotify.com. Este sistema es un ejemplo de hacia donde debe regularse el mercado, readaptar los avances tecnológicos y democráticos de las P2P para ser integrados en una nueva forma de consumo digital, que consigue el equilibrio entre todos los actores implicados y los derechos que representan todas las partes. *Spotify* constituye una base de datos musical donde el usuario dispone de un repertorio muy amplio. Únicamente se permite la reproducción del mismo, sin opción a la adquisición. Aún así, el usuario dispone de un acceso libre a todo tipo de contenidos, gozando de una base de datos innovadora que oferta sin costes y mantiene su funcionamiento a través de la difusión entre los usuarios, así como de los anuncios publicitarios de las entidades que se promocionan en la plataforma. Este sistema constituye el equilibrio entre todos los derechos articulados en esta esfera, erigiéndose como un inicio para el desarrollo de las competencias dentro del sector.

3.4. Alternativas al desarrollo de plataformas P2P

Frente a este panorama, las distribuidoras comerciales no conforman una competencia solvente para poder rivalizar con las plataformas P2P. Los servicios que estas redes son más provechosos y a la vez se basan en la **total gratuidad respecto a sus usuarios**. Por este motivo, la distribución *online* debería reformular cuales son los parámetros que hacen de su servicio un valor añadido respecto a la competencia de las redes P2P. La solución pasaría por aumentar la participación de las productoras y de sus obras dentro de las posibilidades que sugieren estos sistemas. Estos mecanismos aumentarían el número de descargas de las obras, ya que el acceso para los usuarios se multiplicaría. Del mismo modo, los organismos deberían mantener un seguimiento de cuales son las principales plataformas en donde se producen las descargas de la obra cultural en propiedad de la distribuidora. Con este tipo de información, la adopción de las estrategias anteriores tendrá un resultado óptimo respecto a las descargas del producto. Acorde al desarrollo de estas alternativas, las distribuidoras deberían potenciar

otro tipo de vías innovadoras. Una opción sería asegurar el estreno simultáneo de la obra a través de las diferentes plataformas de exhibición, de manera que la exclusividad del estreno incentivara la posible adquisición de las obras por parte de sus consumidores potenciales. La disponibilidad dentro de las redes P2P, incrementaría el impacto social de la obra y su valor añadido sería muy atractivo para el consumidor. Las distribuidoras también deberían fomentar la publicidad de las productoras en sus plataformas, de manera que pudieran sustentar su actividad a través de estos ingresos. La cooperación con las productoras ayudaría a buscar nuevas propuestas que permitieran aportar un valor añadido para el consumidor. Por medio del **patrocinio publicitario**, las distribuidoras podrían reducir el coste en la venta de sus obras y el acceso para el usuario sería más atractivo. El número de descargas podría aumentar. Deberían garantizar la calidad en el visionado de sus obras con un *plus* respecto a la calidad de otras descargas. La mejora de la imagen y del sonido así como la opción del subtítulo y del cambio de idioma podrían ayudar a concebir una oferta más atractiva dentro de sus portales de difusión y de las redes de intercambio.

Los servicios prestados por las distribuidoras deberían basarse en asegurar la calidad de sus productos así como en la exclusividad artística de sus obras, incluyendo elementos añadidos a la obra en sí, como por ejemplo: entrevista a los creadores y a los actores, *making off*, escenas eliminadas, etc. Con la adopción de este conjunto de medidas, las distribuidoras optimizarían sus servicios podrían acceder a un mayor número de público.

3.4.1. La Ley de Propiedad Intelectual en la tecnología digital⁹⁹

⁹⁹ En relación a la aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual dentro del entorno digital vid. AAVV (1999). *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*. Madrid. Aisge Fundación, Reus. Págs. 179 a 220; Consultar también Casas Vallès, R. en AAVV (2005). *Derecho y Nuevas Tecnologías*. Editorial UOC. Barcelona. Págs. 287 a 336. Ver también en relación a la Ley de 23/2006, de 7 de julio, de Propiedad Intelectual, los estudios de Armengot Vilaplana, A. (2007). *La tutela cautelar de la propiedad intelectual tras las últimas reformas legislativas*. *Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. N°25. Enero-Abril 2007. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 45 a 80; González Gozalo, A. (2008) *El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes peer to peer*. *Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. N°28. Enero-Abril 2008. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 13 a 68; y en Garrote Fernández-Díez, I. (2007). *La suspensión cautelar o cesación definitiva de los servicios a los usuarios infractores de derechos de propiedad intelectual*. *Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. N°27. Septiembre- Diciembre 2007.

La revolución digital está provocando que el modo de llegar a la cultura se vea modificado. La relación del usuario respecto al producto cultural se ha transformado. Esta realidad está viviendo un período de cambio constante. Con la evolución de las nuevas tecnologías, la cultura ha modificado sus patrones de consumo. El bien cultural ha pasado de ser material a inmaterial. La relación del usuario respecto a esta realidad ha cambiado sustancialmente. La actitud del consumidor se ha materializado en un tipo de consumo más individual y privado y por lo tanto menos compartido y colectivo.

Siguiendo la línea de argumentación de Sábada¹⁰⁰, la inmaterialidad del bien provoca que éste no sea palpable y táctil y, por tanto, su protección se dificulta. El control sobre el bien es menor y la facilidad de su reproducción mecánica, que no requiere de soporte físico, permite esquivar cualquier tipo de protección legal sobre el mismo. Se han generado grandes cantidades de bienes inmateriales que no se acoplan a las leyes de la propiedad intelectual antiguas o a las normas jurídicas que se manifiestan sobre las propiedades materiales. Mediante la captación de lo inmaterial bajo nuevas premisas de la Propiedad Intelectual se está convirtiendo lo abundante en escaso.

Según Sádaba¹⁰¹, la Propiedad Intelectual se nos presenta como instrumento legal que regula la evolución tecnológica actuando sobre los cambios socio-técnicos que se manifiestan. La digitalización es un cambio socio-técnico de inmenso calado social que ha provocado que la PI esté limitada para poder regular las nuevas prácticas culturales. El ordenamiento jurídico deberá reformular sus competencias para poder abarcar las nuevas vías de consumo digital. Dentro de

Bercal, S.A. Madrid. Págs. 13 a 54.

¹⁰⁰ En relación a la aprehensión de la inmaterialidad como método que mantiene las características intrínsecas a la obra cultural y la adaptación de la PI a este cambio, ver también los estudios que se presentan en la misma línea de argumentación que Sábada, Lessig (2005). *Por una cultura libre. Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad*. Traficantes de Sueños. Madrid. Págs. 101 y 102.

¹⁰¹ Según Sábada, la legislación es el elemento que arbitra en la tendencia de cambio de la revolución tecnológica en Sábada, I. (2008). *Propiedad Intelectual. ¿Bienes Públicos o Mercancías Privadas?* Los libros de la Catarata. Madrid. Págs. 128. y 148 a 152.

este contexto y según Sábada¹⁰², tenemos que orientarnos hacia una sociología activa del derecho. El nuevo instrumento legislativo se ha convertido en el elemento articulado para regular y controlar el desarrollo tecnológico y se enfrenta a una problemática a la hora de colocar la separación entre lo socializable o aquello que pertenece a la esfera de lo privado.¹⁰³ En la línea de los comentarios de Padrós Reig¹⁰⁴, el derecho se presenta como el elemento que articula el mercado; pero a pesar de esta evidencia, la problemática actual acontece en establecer las barreras de un mercado aún no configurado como tal y en donde las fronteras de los actores que participan sean aún no están perfiladas como tales. Por esta razón, la LPI plantea problemas en sus primeras aplicaciones, ya que van en contra de la opinión del grueso social, ya que se considera como ilícito el hecho de compartir las obras con otros usuarios del mismo modo que se da la oportunidad al emisor de gozar del consumo de otras obras en el haber del receptor.

La represión de la distribución cultural a través de las plataformas P2P¹⁰⁵ supone un freno al desarrollo de nuevas alternativas tecnológicas de explotación. Se obstaculiza el intercambio no lucrativo de obras para su consumo privado dentro de sistemas con unas posibilidades tecnológicas a desarrollar. En este sentido Sábada¹⁰⁶ postula que las leyes destruyen el dominio público, provocando la mercantilización del conocimiento gracias a las leyes imperantes.

¹⁰² Consultar las reflexiones planteadas por Sábada dentro del marco de la movilización del derecho para proteger los bienes intelectual y su particular componente social dentro de Sábada, Í (2008). *Propiedad Intelectual..Op.Cit.* Págs. 125 a 156.

¹⁰³ En este aspecto seguir las reflexiones entorno a los nuevos retos de la LPI, que se plantea en la fricción entre los derechos de los titulares de los derechos de autor y los usuarios en AAVV (2003) *Tema 1. Introducción a la propiedad intelectual. Manual de Propiedad intelectual.* Tirant lo Blanch. Valencia. Págs. 49 a 51.

¹⁰⁴ En relación con la reflexión que realiza Padrós Reig en relación al debate entorno al mercado como forma de organización social y su delimitación por el instrumento jurídico en Padrós Reig, C. *Capítulo III. El mercado cinematográfico español ante las autoridades de defensa de la competencia* en Padrós Reig, C. y López-Sintas, J. (2008). *Estudios sobre Derecho y Economía del cine. Adaptado a la Ley 55/2007 del cine.* Editorial Atelier. Barcelona. Págs. 81 a 86.

¹⁰⁵ Consultar las características de las P2P expuestas con anterioridad. Apartado 3.1. Pág. 45 a 48.

¹⁰⁶ Ver los argumentos presentados por Sábada a colación de la función social del derecho así como el carácter el componente *mercantilizador* que algunas normas aplicables encierran para los bienes intelectuales. Sábada aboga por una **sociología del derecho** que de cuenta de los vicios legales a favor de la configuración de una competencia económica y privada de la cultura, en Sábada, Í (2008). *Propiedad Intelectual...* Págs. 125 a 156.

El derecho debería dar cuenta de que las transformaciones de la cultura, la técnica o la ciencia, asociadas al ámbito del imaginario social, público y diverso están cayendo en la privacidad económica debido a rutinas legales y procedimientos judiciales.

La diferencia entre lo público y lo privado no es clara. Existe una dualidad latente que se basa en la intención de generar las expectativas necesarias para proteger los derechos del autor y por otro lado garantizar la capacidad creadora e inventiva de la sociedad. Según Sábada¹⁰⁷, la lógica penal no permite el equilibrio entre ambas esferas se garantice, ya que la gramática del derecho presupone la posibilidad de abarcar acciones sociales (crear, inventar, descubrir, producir, etc.) y contextualizarlos en espacios sociales determinados por la lógica individual y propietaria del autor/inventor en manos de la ciencia y de la cultura. Estos parámetros de acción individual chocan con una sociología coherente y compartida del sistema legislativo, lo cual mantiene una posición beligerante en contra del concepto de cultura compartida y democratizada para los usuarios y de las redes P2P.

3.4.2. Ayudas a la distribución

Aunque existen tímidos intentos para fomentar la distribución en algunos de los sectores tratados, como por ejemplo las medidas de fomento e incentivos preferentes para las producciones independientes cinematográficas reguladas en el art. 28 de la Ley 55/2007 del cine¹⁰⁸, el fomento para el desarrollo de medidas de distribución *online* en los diferentes sectores culturales es muy precario.

¹⁰⁷ En relación, los comentarios de Sábada se manifiestan en contra de la existencia verdadera de una sociología compartida del derecho, a favor de un carácter marcadamente individualista, en sobreprotección del derecho de autor e individual en Sábada, Í. (2008). *Propiedad intelectual. ¿Bienes públicos y mercancías privadas?* Los Libros de la Catarata. Madrid. Págs. 137 y 138. Ver en la misma línea de argumentación el estudio de Boyle, J. (1996). *Shamans, software&spleens. Law and the construction of the information society*. Harvard University Press. Harvard.

¹⁰⁸ En relación a la reflexión entorno a la nueva Ley del Cine y la aplicación de ayudas a la distribución en producciones independientes dentro del sector cinematográfico seguir los comentarios de López González, J. (2008). *Ley del Cine 2007* en Padrós Reig, C. y López-Sintas, J. (dir.) (2008). *Estudios sobre Derecho y Economía del cine. Adaptado a la Ley 55/2007 del cine*. Editorial Atelier. Barcelona.

Si el Ministerio de Cultura desviara parte de las ayudas destinadas a la industria y a la producción hacía el fomento de la distribución, en línea con los argumentos de Smiers¹⁰⁹, deberían terminar los modos dominantes de distribución, **fomentando la diversidad de contenidos en frente de la integración vertical que promueve la concentración económica.** El incremento de las ayudas en esta porción del sector permitiría que las obras culturales se configuraran en relación a las fórmulas anteriores. La inversión en la producción puede ser notable pero si no se refuerzan los mecanismos que permiten su llegada al público la obra no consigue obtener la difusión deseada ni tampoco los ingresos estimados. Si se refuerza este canal, la rentabilidad de las obras incrementaría y también los ingresos de los productores y de los autores. Con la aportación de capital público, las distribuidoras culturales podrían invertir más ingresos en el desarrollo de nuevas mecanismos para la captación de nuevos usuarios. El índice de probabilidad de éxito crecería sustancialmente. La combinación de la inversión pública con la privada dotaría a la distribución *online* de los elementos necesarios para permitir su total evolución, así como el incremento en la calidad de los servicios que ofertan. Las distribuidoras deben adaptarse y modificar sus estrategias de acuerdo con los intereses del público. Sus obras conseguirían llegar a un público más extenso y responderían directamente a las inquietudes del público.

3.4.3. Límites conceptuales¹¹⁰

Dentro de la *revolución digital* debemos ser conscientes de que la propiedad intelectual no se convierta en un freno para aquellos agentes que ofrecen nuevos bienes y servicios. Según palabras de Casas Vallès, **los tribunales no deben**

¹⁰⁹ Smiers presenta argumentos y reflexiones para acabar con el control monopolista de los mercados culturales. Para ello, una de sus iniciativas pasa por acabar con el control de la distribución vertical del mercado por parte de los conglomerados mediáticos que representan la concentración del mercado en Smiers, J. y Van Schijndel, M. (2008). *Imagine...No Copyright*. Editorial Gedisa. Págs. 152 a 159.

¹¹⁰ Seguimos los comentarios de Casas Vallès dentro de su estudio en Casas Vallès, R. *La Ley de Propiedad Intelectual en España. Incidencia tecnológica en la utilización y explotación de las obras en AAVV* (2008). *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Págs. 24 a 48.

decidir qué se debe hacer y qué no, sino que el legislativo debe erigirse como el centro social de debate adecuado para negociar y discutir las soluciones pertinentes.

En el entorno digital las obras culturales se intercambian y son usadas dentro del lenguaje informático. Una obra puede ser copiada perfectamente y difundida con total facilidad al menor coste dentro de páginas electrónicas y de las redes P2P.

No obstante, existe la posibilidad de aplicar a los bienes inmateriales todos los matices de posesión de los bienes físicos. El panorama actual abre un gran abanico en la diversificación de modalidades de explotación que a la vez refuerza la idea de poder concebir nuevos modelos de negocio. La diversidad de servicios se percibe como el elemento característico de la nueva conceptualización de modelos económicos y sociales dentro del mercado. El servicio será diversificado: oír, copiar fragmentos, capítulos u obras enteras, leer, ver, entre otros. Las experiencias son numerosas y su problema reside en cómo darles cobertura jurídicamente. El objeto de derecho deja de ser la propiedad de la obra para centrarse en el **acto de consumo**. El concepto a cubrir, la experiencia, no requiere de bien material ni de posesión. Por ello, la interpretación de la propiedad intelectual se ha modificado y ha caído en un sinsentido.

Han surgido instituciones que se intentan adaptar a esta nueva concepción: el *Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC (1994)*, la *Directiva de la Sociedad de la Información (DSI)* o el *Convenio de Berna*, a nivel internacional, y la Ley 23/2006, de 7 de julio, a nivel nacional. Ciertos conceptos ligados a la Propiedad Intelectual han desarrollado un cambio en su concepción:

La *reproducción*. Como hemos apuntado anteriormente, el derecho de reproducción ha pasado a concebir una diversidad de actos más amplia, la obtención (descarga) y el uso (lectura). Como hemos podido ver ambos actos difieren, ya que implican diferentes conceptos: la adquisición de la obra o sólo su disfrute, condicionando el **derecho de acceso**.¹¹¹ Del mismo modo, y con la

¹¹¹ Garrote Fernández-Díez, I. (2002). *Comercio electrónico y derechos fundamentales*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. Nº11. Mayo-Agosto 2002. Bercal, S.A. Madrid. Pág. 58.

reformulación significativa del concepto las grandes discográficas afianzan su oligopolio y dictaminan la división del mercado, tal como ejemplifica Garrote Fernández-Díez:

“(...) el acceso al servicio condiciona también el acceso a la obra o prestación, produciendo una yuxtaposición y acumulación de la protección legal (...)

(...) la conclusión final es que los derecho habitantes pueden controlar el uso de sus obras y prestaciones en la Red, autorizando el acceso o denegándolo (...) van a acudir a cláusulas contractuales en las cuales, o bien se impide dicha copia, o bien se exige abonar una nueva compensación económica, creando la llamada <<privatización>> del derecho de propiedad intelectual.

(...) A mi juicio, el modelo del pago por uso tiene grandes desventajas para el interés general, aunque obviamente resulta muy beneficioso para los titulares de derechos de explotación (...). De manera fundamental, **permite a las grandes compañías discográficas y cinematográficas consolidar su oligopolio**, que ya están de hecho trasladando al entorno en línea una vez que han acabado con iniciativas como las de *Napster* y *Mp3.com*. El resultado parece ser una Red dividida en dos grandes sectores, uno de pago, donde se encontrarán las obras de autores conocidos (no necesariamente de mejor calidad) y otro *undeground*, que reunirá a creadores y consumidores alternativos y noveles.”¹¹²

A nuestro entender, las desventajas de esta reformulación son claras. Con el **derecho de acceso** se está coaccionando el derecho de uso o <<el derecho a leer>>, de manera que, según Garrote Fernández-Díez¹¹³, esta acción se incrementa la situación de oligopolio y atenta contra uno de los derechos primordiales para el individuo y regulado por el art. 44.1 de la Constitución Española, el **acceso a la cultura**.

¹¹² Garrote Fernández-Díez, I. (2002). *Comercio electrónico y derechos fundamentales*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. Nº11. Mayo-Agosto 2002. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 58, 59, 64.

¹¹³ Según los argumentos de Garrote Fernández-Díez, la restricción o violación del art. 44.1 impide el acceso de los ciudadanos a la cultura y, por tanto, tan sólo podrán acceder a esta aquellos que puedan costeárselo en Garrote Fernández-Díez, I. (2002). *Comercio electrónico y derechos fundamentales*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. Nº11. Mayo-Agosto 2002. Bercal, S.A. Madrid. Pág. 65. Ver también los argumentos sobre las reformas establecidas por la Ley 23/2006, de 7 de julio de PI, en relación al “derecho de acceso” y a la aplicación de medidas cautelares por infracción en Armengol Vilaplana, A. (2007). *La tutela cautelar de la propiedad intelectual tras las últimas reformas*. Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual. Nº25. Enero-Abril 2007. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 47 a 49. y Garrote Fernández-Díez, I. (2007) *La suspensión cautelar o cesación definitiva de los servicios a los usuarios infractores de derechos de propiedad intelectual*. Pe.i. Revista de Propiedad intelectual. Nº27. Septiembre-Diciembre 2007. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 13 a 30.

No obstante, Garrote Fernández-Díez recalca que a su entender la DDASI es respetuosa con el artículo 44.1 CE, ya que postula que el hecho de que la Constitución de 1978 reconozca el derecho de acceso a la cultura, no quiere decir que éste deba ser gratuito, sino que los poderes públicos deben garantizar que todos los ciudadanos españoles tengan a su disposición los medios adecuados para poder acceder a las obras y prestaciones protegidas a precios reducidos y gratuitamente. No obstante, y en línea con el estudio de Sánchez Aristi, afirmamos que la consolidación del **derecho de acceso**, configura un uso restrictivo y doblemente copado para el usuario, sin garantizar un acceso razonable ni acorde con las posibilidades de acceso al mismo. Se acaparan derechos plenos del usuario, de su propio uso o disfrute, en favor de la posición beligerante y extrema de los titulares:

“(…) leer, ver, oír, incluso reproducir para goce o aplicación privados han sido consideradas actividades que venían a caer fuera de la órbita de la exclusiva de los titulares. ¿Por qué habría ahora que incluirlas dentro del haz de actividades que los titulares de derechos de autor y afines deben autorizar o prohibir? ¿Sólo porque <<es materialmente posible>> controlarlas? En mi opinión, desde luego, no es éste un argumento bastante. (...) **Lo importante pues es que alguien explote, no que meramente reproduzca o distribuya:** puede haber actividades que en teoría encajen — mejor o peor — en la definición de reproducción o en la de distribución, pero el punto no es ése.”¹¹⁴

En los argumentos que compartimos con Sánchez Aristi, **es evidente que el concepto de reproducción ha sufrido una dilatación en exceso y que, por tanto, quiere hacerse entender que abarca actividades que están fuera de la explotación o el ánimo de lucro.** Con su aplicación, se ha atentado contra los derechos del usuario. El derecho de autor ha pasado de ser regulado por el autor a hacerlo por otras entidades, que han creído oportuno ampliar sus competencias en relación a los derechos de autor que gestionan. Entre estas nuevas competencias han presionado a favor de ampliar las facultades anteriores en los términos que ellos regulan. Tal como constata Sánchez Aristi, los usos de la implementación de

¹¹⁴ Sánchez Aristi, R. (2003). *La copia privada digital. Pe. i.* Revista de Propiedad Intelectual. N°134. Mayo-Agosto 2003. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 17 y 18.

un concepto demasiado abstracto y excesivo de reproducción, *derecho de acceso* o *derecho a leer*, responden a una finalidad lucrativa de los intermediarios que gestionan los derechos de autor, incidiendo directamente en el uso privado.

La *comunicación pública*¹¹⁵. La noción de público se ha modificado. El público conectado a la red es el único que puede hacerse con los servicios de la obra, ya que contiene los recursos informáticos necesarios para acceder a ella. Por ejemplo, los sistemas P2P se caracterizan porque todos los usuarios ponen a disposición sus documentos tan sólo en el momento que están conectados a la red.

Los patrones de consumo se han modificado, ya que el usuario tiene la exclusividad de poder escoger el lugar y el tiempo de disfrute de la obra. Puede acceder a la obra cultural de manera asincrónica. El usuario decide cuando quiere realizar de su disfrute o adquisición de la obra cultural. No obstante, no queda clara la atribución al concepto de “comunicación pública”, que soslaya algunos interrogantes en relación a la realidad de intercambio en las redes P2P. Según el criterio especificado por Pascual de Quinto Santos-Suárez¹¹⁶, parece que el criterio de comunicación pública se extiende al ámbito doméstico y privado del usuario, ya sea por ejemplo en la exhibición de material audiovisual en la televisión de la habitación de un hotel o en el intercambio entre privados dentro de una red P2P. El concepto de audiencia pública se extiende en exceso, adulterando completamente el campo de lo privado y mercantilizando su espacio como elemento de captación de tarifas por parte de las entidades de gestión que a la par

¹¹⁵ Según los argumentos de Bercovitz Rodríguez-Cano y Martín López, J.J. que se extiende el concepto de comunicación y se limita el concepto de uso privado, afirmando explícitamente respecto al usuario en “su uso privado”, lo cual queda relegado al ámbito familiar y de sus allegados en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Marín López, J.J. (2007). *Dictamen sobre el límite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 20/2. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 376 y 377. En relación al concepto de comunicación pública y la frontera del intercambio entre privados como una realidad socialmente integrada extender en los argumentos que presenta Guell L.Lacruz, que afirma que no existe ánimo de lucro entre privados ni tampoco un acto de comunicación pública en el proceder de ambos en Guell L.Lacruz, M (2001). *Aventuras de la propiedad intelectual en el país de Internet*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Número 11. Febrero 2001. Págs. 8 a 11. También disponible en consulta electrónica: <http://vlex.com/vid/192620>

¹¹⁶ Seguir las reflexiones sobre el concepto de “comunicación pública” y su aplicación en la exhibición de obras audiovisuales en ámbitos domésticos como las habitaciones de hoteles, al respecto Pascual de Quinto Santos-Suárez (2007). *¿Comunicación pública en mi habitación de hotel?* Revista Jurídica del Deporte. Número 21/2007 3. Págs. 487 y 488.

gestionan los derechos de los autores en las obras que se exhiben o transfieren en dichos ámbitos.

La *distribución*. La revolución digital afecta directamente a los límites de la red, dentro y fuera de ella. Existe el riesgo de que el sistema quede desequilibrado y, por ello, la DSI (Directiva de la Sociedad de la Información) optó por presentar una lista concreta de aquellas cláusulas que quedarían encerradas dentro de los derechos de producción y de comunicación pública que se extienden sobre el derecho de distribución. El art. 5.4. DSI extiende el derecho de distribución, abarcando el uso que se realice en otros casos de importancia menor, en que se prevea las excepciones y las limitaciones del derecho nacional, siempre que se refieran a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y de servicios.

La *copia privada*¹¹⁷. Con el entorno digital se ha reformulado el concepto de copia privada. La copia se establece como copia para “uso privado del copista” o copia realizada “por una persona para su uso privado”. Se matiza que la copia realizada debe haberse realizado a partir de obras a las que se haya accedido legalmente. El concepto regulado de la *copia privada* sigue sin aclarar que un tercero pueda hacer una copia sin carácter comercial para el uso personal de otra persona. Otros países han agrupado esta idea dentro de sus instrumentos jurídicos y han facilitado el reconocimiento de este acto como “no lucrativo”. Según el *Convenio de Berna*, las limitaciones y las excepciones se aplican en aquellos casos en que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra y no perjudiquen injustificadamente

¹¹⁷ El límite de la copia privada está regulado por el art. 31.2 de la Ley 23/2006, de julio, de Propiedad Intelectual. En relación a la reformulación de los criterios conceptuales seguidos por la actual Ley 23/2006, de 7 julio de PI nos sustentamos en los argumentos de Casas Vallès en *La Ley de Propiedad Intelectual en España. Incidencia tecnológica en la utilización y explotación de las obras* en AAVV (2008). *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Págs. 24 a 48, pero ver también al respecto de la reformulación de los contenidos conceptuales de la nueva Ley la reflexión incorporada por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Marín López, J.J. y que indaga en el concepto de copia privada como límite y no como derecho del usuario en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Marín López, J.J. (2007). *Dictamen sobre el límite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 20/2. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 365 a 406.

los intereses legítimos del titular de la obra.

La protección de las medidas tecnológicas y de la información para la gestión de derechos no debe materializarse como un impedimento en el desarrollo tecnológico de la red. Las vallas tecnológicas impiden el acceso a los usuarios. Según la DSI, los Estados toman las medidas pertinentes para que ciertos beneficiarios privilegiados disfruten y otros titulares faciliten los medios adecuados para dicha experiencia se inserte dentro del marco reconocido como “legal”. Los organismos públicos se erigen como los encargados de adoptar las medidas necesarias a favor de los beneficiarios del límite de la copia privada, siempre y cuando tengan la titularidad del límite, mantengan su aplicación y no se impida usar medidas para controlar el número de copias.

3.4.4. Acciones legales¹¹⁸

El orden legal debe seguir vías que le permitan optimizar sus esfuerzos. Actualmente, y siguiendo en parte los argumentos de González de Alaiza Cardona, se presume la criminalización del usuario, lo cual conlleva a un error terminológico de juzgar las conductas de los usuarios:

“(…) la transmisión de archivos protegidos por el Derecho de autor a través de las redes P2P no es algo que esté censurado por la conciencia social. **Al contrario, son los intentos por controlar esta actividad lo que es visto como una actuación injusta y egoísta.** La única forma de combatir dicho estado de opinión es a través de la educación cívica.¹¹⁹ En esta línea, tanto el Ministerio de Cultura español como el Ministerio de Justicia alemán han lanzado recientemente sendas campañas de información bajo lemas <<Ahora la ley actúa>> y <<Kopien brauchen Originale>>¹²⁰. Naturalmente, este método requiere algún tiempo para dar resultados, aunque si se pretende que estos sean duraderos debería apostarse por la información y la concienciación social, que no pasa necesariamente por la

¹¹⁸ Consultar la reflexión entorno a la aplicación de medidas legales en red en García Sanz, R. M. (2005). *El Derecho de autor en Internet*. Colex. Madrid. Págs. 180 a 215.

¹¹⁹ También los comentarios relacionados a esta realidad en Carbajo Cascón, F. (2004). *El pulso en torno a la copia privada*. *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*. N°16. Enero-Abril. 2004. Pág. 54.

¹²⁰ Según traducción en el texto de González de Alaiza Cardona: <<Las copias precisan de originales>>. Fuente directa: <http://www.kopien-brauchen-originale.de/>. en González de Alaiza Cardona. *La lucha de los titulares contra las redes P2P en Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*. N°18. Septiembre-Diciembre 2004. Madrid. Bercal, S.A. Pág. 66.

criminalización de los ciudadanos (falsa, en buena medida), con frases del tipo: << la difusión de contenidos ilegales en Internet es un delito castigado incluso con la cárcel>> o la imputación a las redes P2P de que están fomentando la pornografía infantil (no en mayor medida que las cámaras fotográficas, por cierto)”¹²¹

Según González de Alaiza Cardona¹²², la particularidad de la ofensiva legal pasa por reformular los parámetros de la misma. La culpabilidad del usuario no constituye un elemento válido para fomentar una visión social aceptable respecto a las campañas difundidas. Existe un error de concepción inicial en frente de una realidad que ha mutado con otros parámetros. Además, las medidas legales contra los editores y los distribuidores de las plataformas de intercambio P2P no serían muy óptimas, debido al grado de proliferación de éstas. La aplicación de las medidas tecnológicas de protección en relación a la reproducción o la puesta a disposición del público encierran muchas debilidades en sí mismas. Se establecerían como medidas simbólicas y activas contra los usuarios que desarrollen estas actitudes pero también se vulnerarían los derechos y las libertades de los usuarios y se pondrían trabas al desarrollo tecnológico, ganando también una reticencia social al respecto. Estas medidas serían elementos favorables para realizar una presión más modélica que efectiva, entrando en un debate que arrojaría dudas sobre el respecto a las libertades de los usuarios y a su derecho a actuar y a acceder a los contenidos culturales.

Las plataformas P2P sean convertido en un fenómeno social contrastado. Las sistemas P2P son plataformas independientes que se rigen por un funcionamiento distanciado y diferente respecto a las redes comerciales, condicionadas por los intereses promocionales y publicitarios de algunos productores o distribuidores. El sistema jurídico puede establecer algunas alternativas que pueden equilibrar la situación para todos los sectores que participan del circuito:

¹²¹ Los argumentos de González de Alaiza Cardona afirman que las medidas legales a través de Internet se erigen como un mecanismo deficiente y inútil en González de Alaiza Cardona (2004). *La lucha de los titulares contra las redes P2P. Pe.i.* Revista de Propiedad Intelectual. N°18. Septiembre-Diciembre 2004. Madrid. Bercal, S.A. Pág. 66.

¹²² González de Alaiza Cardona (2004). *La lucha...Op.Cit.* Pág. 67.

1. *Pago al autor*: el funcionamiento de las plataformas podría producirse por medio del pago de una cuota al creador a cambio de que disponga de su obra para que sea difundida. La tarifa podría regularse por medio de un registro de descargas que permita pagar al autor según las descargas que se hayan producido de su obra dentro de la plataforma. Esta alternativa lograría regular el pago justo al creador en función del rendimiento verídico de sus obras.

2. *Ingreso por publicidad*: otra posible alternativa podría basarse en la amortización de las descargas del usuario a través del pago por uso publicitario dentro de la red P2P, como sucede en los portales de edición digital de los periódicos. Tal como especifica Ferrero Muñoz, la incorporación del *product placement*¹²³ podría ser una de las soluciones a plantear dentro del desarrollo de las nuevas técnicas de marketing, y que ya son utilizadas en medios como la cinematografía o la televisión.

Estas medidas conseguirían corregir la situación actual pero atentarían contra la libertad cultural que sustenta estas plataformas y que es uno de sus valores principales. Estas iniciativas modificarían el tipo de acceso a estos sistemas y se modificarían sus patrones de consumo. Sin embargo, la reglamentación jurídica está centrando su atención en la persecución del intercambio de obras entre usuarios sin ánimo de lucro y pierde esfuerzos que debería destinar a las redes de piratería que persiguen el beneficio económico y que operan en España.

¹²³ Tal como afirma Ferrero Muñoz: “El *product placement* consiste en el emplazamiento de marcas en obras cinematográficas o televisivas, en lugares, visibles al espectador, a cambio de un precio o de una colaboración de esas obras o programas. Se trata e una práctica muy común en producciones televisivas y películas cinematográficas, sin que sus efectos estén regulados específicamente por las normas nacionales o comunitarias aplicables (...)”; en Ferrero Muñoz, J. (2007). *La UE aprueba la nueva Directiva de televisión sin fronteras*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Núm. 19/2007. Pág. 459.

4. Entidades de gestión¹²⁴

Las obras culturales y artísticas contienen intrínsecamente un valor universal que debe ser protegido allá donde circule. Con la *revolución digital* es tal el alcance simultáneo de las obras culturales que para el autor es una empresa tremendamente difícil poder limitar el espacio y el tiempo para coordinar la protección de sus obras. Bajo esta posibilidad las entidades de gestión se establecen como los organismos aptos para paliar esta carencia. Estos entes gestionan el “*derecho de autor*”, que según palabras de Joost Smiers¹²⁵, se ha convertido en uno de los productos comerciales más valiosos del siglo XXI. Las entidades de gestión velan por la autorización y por la remuneración de la explotación de la obra de que es objeto. Controlan la compensación recibida por la titularidad intelectual del autor sobre las obras. Por tanto, los derechos sobre la propiedad intelectual se consolidan como un negocio¹²⁶ que responde a los intereses lucrativos de las entidades de gestión¹²⁷

La Administración Pública se encarga de establecer un marco mínimo para la seguridad jurídica y la regulación de las autorizaciones para el uso de las obras. El Ministerio de Cultura configura unas “*licencias legales*”, una autorización del uso

¹²⁴ En relación a las entidades de gestión, su configuración, su tutela, sus derechos así como la plasmación de sus obligaciones ver los comentarios de Rodríguez, C. *Las consecuencias negativas de la existencia de monopolios de hecho y de derecho en manos de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual* en Muñoz Machado, S (Dir.) (1997). *Derecho Europeo del Audiovisual*. Escuela Libre Editorial. Madrid. Págs. 1503 a 1512;

También seguimos los argumentos de Alonso Palma, Á. (2006). *Propiedad Intelectual y derecho de autor. Capítulo 6. El derecho audiovisual (3). Financiación de la obra audiovisual. Distribución de la obra audiovisual. Papel de las entidades de gestión*. Centro de Estudios Financieros. Págs. 239 a 242.; Montero Roca, J. *Las entidades de gestión y su legitimación colectiva* en AAVV (1998). *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*. Editorial Comares. Granada. Págs. 61 a 110; y AAVV (2003). *Tema 13. Las Entidades de Gestión. Manual de Propiedad Intelectual*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Págs. 243 a 260.

¹²⁵ Smiers, J. (2006). *Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*. Editorial Gedisa. Barcelona. Pág. 95.

¹²⁶ Smiers, J. (2006). *Un mundo...Op.cit.* Pág. 317.

¹²⁷ Delgado Porras refleja que las entidades de gestión han articulado un proceso de gestión en torno al beneficio propio y han abandonado la idea de constituir una estructura de gestión de los derechos de autor diversa y competente en Delgado Porras, A. *El rol de la gestión colectiva de los derechos de los autores en el entorno digital*. Págs. 365 en Delgado Porras, A. (2007). *Derecho de autor y Derechos afines al de autor: recopilación de artículos. Volumen 2*. Madrid. Instituto de Derecho de Autor.

de las obras a partir de una retribución económica sin tener que pasar por el titular de las obras. Ésta tan sólo es aplicable en caso de remuneración por copia privada o en caso de libertad de información. Como alternativa a la licencia legal existe la *gestión colectiva*, que permite a los autores el control de todas las actividades llevadas por terceros sobre su obra gracias a una entidad de gestión. Estos entes son organismos necesarios para la representación del autor y la gestión de sus derechos, no tienen ánimo de lucro pero gestionan la atribución percibida según el uso de la obra del autor por terceros y el número de utilizaciones de la misma.

En España, la gestión colectiva de los derechos de autor fue establecida por la Ley de 24 de junio de 1941. Esta ley cedía el monopolio de esta actividad a la Sociedad General de Autores de España (SGAE), actualmente, Sociedad General de Autores y Editores. A partir del siguiente instrumento legislativo formulado en 1987, se eliminó este monopolio para ceder este derecho a otras entidades. Las entidades legalmente constituidas concebían la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual¹²⁸. Desde ese momento, las gestoras que lo requieren disponen de la aceptación por parte de Ministerio de Cultura¹²⁹ y además adquieren la competencia de hacerse con el control administrativo¹³⁰ así como con la potestad de revocar la autorización extendida por el Ministerio¹³¹.

Los órganos tienen cubiertas sus competencias de forma legal y además requieren de unos requisitos que deben cumplir. Las organizaciones deben presentar unas finalidades mínimas en los Estatutos de su entidad y deben mostrarse capaces de cubrir las exigencias administrativas en la gestión de los derechos de autor dentro del territorio español. Además deben demostrar, a través de sus estatutos, que su actividad es favorable a los intereses de la protección de la propiedad intelectual¹³².

La entidad de gestión adquiere la legitimación para actuar en nombre de sus

¹²⁸ Ley 22/1987, de 11 de noviembre y Ley 23/2006, de 7 de julio, según se establece en sus artículos del 142 al 152.

¹²⁹ Artículo 143 de la Ley 23/2006, de 7 de julio.

¹³⁰ Artículo 154 de la Ley 23/2006, de 7 de julio.

¹³¹ Artículo 144 de la Ley, 23/2006, de 7 de julio.

¹³² Artículo 145 de la Ley, 23/2006, de 7 de julio.

asociados y muestra cual es el vínculo que la une a las personas que representan¹³³. En la misma línea, el Consejo de Estado añade que debe reflejarse el pago jurídico del representado, la percepción de los ingresos por el uso de la obra y la ejemplificación del sistema de repartición establecido. Los organismos se establecen como “representantes universales” de los autores. En particular, la SGAE (Sociedad General de Autores y Editores) se declara representante de todos los autores del mundo y establece sus tarifas generales en relación a los ingresos de la entidad autorizada y no por la utilización real del repertorio referido. Así pues, y en línea con lo establecido por Marín López¹³⁴, las entidades de gestión reclaman derechos que no le habían sido confiados, de manera que atenta contra la prohibición de ánimo de lucro y, por tanto, estaría actuando en beneficio propio. La intención de los órganos gestores es establecer un *monopolio de derecho*, en el cual cada entidad participa de una porción del mercado y tiene exclusividad sobre la misma. No obstante, las entidades de gestión están autorizadas y legitimadas a cubrir tan sólo las competencias que se reflejen en los estatutos de la misma. Estos entes están legitimados a defender la titularidad de los derechos de sus asociados y no a la “representación universal de todos los autores”, como declaran.

“En España, la SGAE recaudó en el año 2000 algo más de 40.000 millones de pesetas. En 1998, la recaudación de las entidades miembros de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores — CISAC — ascendió a 5.258.000.000 euros. No obstante, su presencia en el mercado empresarial tiene un límite importante: el actual art. 147.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI) señala que las entidades de gestión **<no podrán tener ánimo de lucro>**”¹³⁵

¹³³ Artículo 135, de la Ley, 23/2006, de 7 de julio.

¹³⁴ Marín López en Comentarios a la LPI, Pág. 1993 establece que las entidades de gestión no cumplen la prohibición de ánimo de lucro que les ciernen, dentro de Camara Águila, Ma del Pilar.(2001). *El ánimo de lucro en las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. Pe. i.* Revista de Propiedad Intelectual. Nº9. Septiembre-Diciembre 2001. Bercal, S.A. 2001. Pág. 23.

¹³⁵ Camara Águila, Ma del Pilar. (2001). *El ánimo de lucro en las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. Pe. i.* Revista de Propiedad Intelectual. Nº9. Septiembre-Diciembre 2001. Bercal, S.A. 2001. Pág. 9. Ver también datos originarios del portal multimedia de SGAE: www.sgae.es

Las entidades de gestión están autorizadas y obligadas a cubrir los derechos de sus abonados y de los autores que se mueven en el tipo de cobertura del cual están especializados¹³⁶. El ente cubre a los titulares de la obra en un período de tiempo limitado, cinco años como máximo¹³⁷, y adquiere la compensación económica por el uso de las obras de los autores a los cuales la entidad protege¹³⁸.

En España, desde la aprobación de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, existe un número nutrido de entidades de gestión que se basan en estos parámetros de funcionamiento y que rompieron el monopolio que ostentaba la SGAE para crear un *monopolio de derecho* en cada sector de acción. Según Delgado Porras¹³⁹, debería existir cierta flexibilización en la gestión de los derechos de autor y que la SGAE no legitima.

4.1. La SGAE (Sociedad General de Autores y Editores): *monopolio de hecho*¹⁴⁰

La SGAE se encuentra autorizada por el Ministerio de Cultura desde el 1 de junio

¹³⁶ Artículo 147, 148 y 149 de la Ley, 23/2006, de 7 de julio.

¹³⁷ Artículo 148, de la Ley, 23/2006, de 7 de julio.

¹³⁸ Artículo 149, de la Ley 23/2006, de 7 de julio.

¹³⁹ Delgado Porras propone que deberían existir pautas flexibles en la administración de derechos, como por ejemplo que la gestión de los derechos se desprenda de la solicitud y el interés a ceder por parte del usuario en Delgado Porras, A. *El rol de la gestión colectiva de los derechos de los autores en el entorno digital*. Pág. 377 en Delgado Porras, A. (2007). *Derecho de autor y Derechos afines al de autor: recopilación de artículos. Volumen 2*. Madrid. Instituto de Derecho de Autor.

¹⁴⁰ www.sgae.es

Rodríguez, C. *Las consecuencias negativas de la existencia de monopolios de hecho y de derecho en manos de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual* en Muñoz Machado, S (Dir.) (1997). *Derecho Europeo del Audiovisual*. Escuela Libre Editorial. Madrid. Págs. 1512 a 1513. Consultar también en relación a la constitución de SGAE y la consolidación de su monopolio como única entidad garantizada para gestionar los derechos de autor LaCruz Mantecón, Miguel L (1999). *Legitimación y entidades de gestión Examen y justificaciones del problema*. Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual. Nº3. Septiembre-Diciembre 1999. Bercal, S.A. Madrid. Pág. 102 a 112. También en línea con los comentarios de Fernández-Albor Baltar en relación a la vulnerabilidad de SGAE del derecho a la “libre competencia” según estipula el art. 90.2. del Tratado de Roma en Fernández-Albor Baltar. *Abuso de posición de dominio y legitimación activa de la SGAE para recabar derechos de autor. Sección: Comentarios de jurisprudencia española. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XIV (1991-92) (Enero 1993)* (<http://vlex.com/vid/262438>)

de 1988, pero su existencia data del 1941¹⁴¹, Ley de 24 de junio de 1941, donde SGAE asume la titularidad única en la representación y gestión de los derechos de autor. Por tanto, la SGAE es una entidad de gestión colectiva que se dedica a la defensa y a la gestión de los derechos de propiedad de sus más de sesenta y seis mil socios. Su repertorio abarca obras de diferentes estilos y sectores culturales.

Los autores declaran a la SGAE sus creaciones y automáticamente éstas pasan a formar parte del repertorio oficial de la misma. La entidad de gestión emite licencias a los usuarios de las obras incluidas en el repertorio y coordina los derechos generados por éstas en su explotación comercial. Gestiona estos derechos y los reparte entre los autores y los editores de sus obras.

Actualmente, la SGAE goza de un total de 91.200 asociados en 2007, de los cuales también se integran editores musicales y herederos de los derechos de un autor fallecido.

Cuadro 9. Progresión de socios de la SGAE 2003-2007

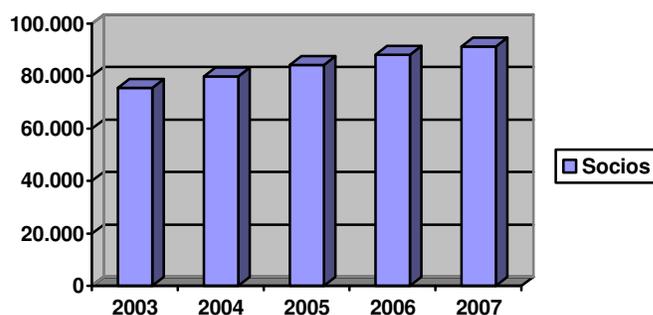


Fig. 9: Cuadro de Progresión de socios de la SGAE. 2003-2007 (Memoria de la SGAE 2007:

http://www.sgae.es/recursos/informes/memoria_2007/index.html

El registro de obras de SGAE asciende a 6.475.000 entre creaciones musicales y audiovisuales, el reparto de derechos y las liquidaciones pertinentes responden a los siguientes datos reflejados por la SGAE en su memoria anual:

¹⁴¹Según los comentarios de Benítez de Luego, el antecedente en la Sociedad de Autores Españoles data de 1899, el origen de la SGAE se encuentra, como es sabido, en toda una serie de sociedades civiles que se constituyeron el 4 de marzo de 1932. Todas estas sociedades quedaron disueltas por la Ley de 1941; en Benítez de Luego (1988). *Entidades de gestión de propiedad intelectual*, en RDP. 1988. Págs. 779 y ss.

Cuadro 10. Reparto de derechos. Usos de repertorio. 2000-2007

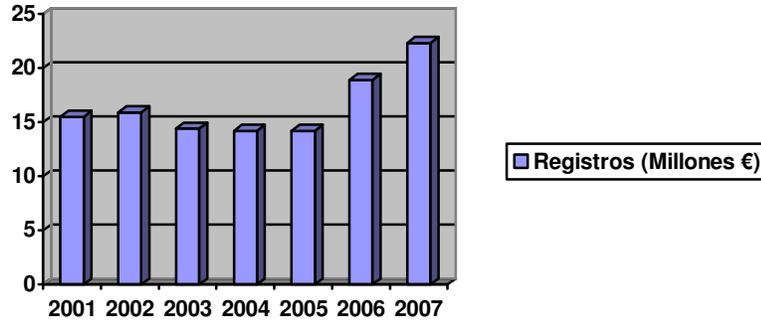


Fig. 10: Cuadro de Reparto de derechos. Usos de repertorio. 2000-2007 (Memoria SGAE 2007: http://www.sgae.es/recursos/informes/memoria_2007/index.html)

Cuadro 11. Liquidaciones. 2001-2007

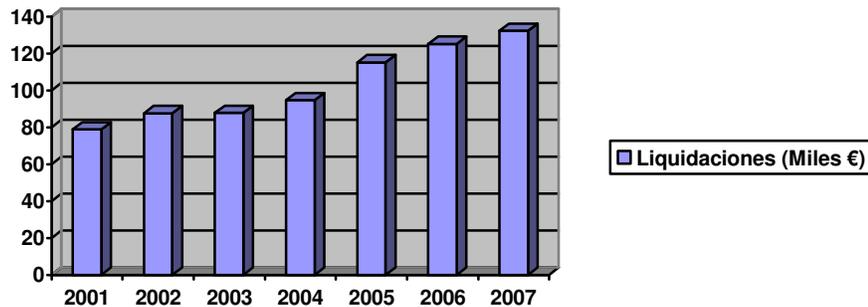


Fig. 11. Cuadro Liquidaciones. 2001-2007 (Memoria SGAE 2007: http://www.sgae.es/recursos/informes/memoria_2007/index.html)

Los autores tienen el derecho de percibir una remuneración por la explotación comercial de las obras y éste concede a la SGAE el ejercicio de la gestión de los derechos respecto a su obra. A cambio, la gestora mantiene un seguimiento de todos aquellos usuarios licenciados que hacen uso de las obras de los socios integrados en la SGAE: cadenas de televisión, salas de cine, teatros, auditorios, entre muchos otros espacios de difusión. El ente gestiona diversos tipos de derechos:

1. Los derechos por *comunicación pública* de las obras. Estos derechos se generan cuando la obra es difundida públicamente por ejemplo: las proyecciones cinematográficas, los conciertos, las emisiones por radio o TV y su difusión por Internet.

2. Los derechos por *reproducción mecánica*. Estos derechos se basan en la venta, el alquiler o el préstamo al público de los soportes en los que se reproduce la obra.

3. Los derechos de *remuneración por copia privada*. Es el derecho que pagan a los autores los fabricantes de Cd's, vídeos, casetes vírgenes y aparatos reproductores para compensar la grabación doméstica que hace el público de las diferentes obras artísticas.

Según la SGAE, los ingresos percibidos por los autores de las obras se pagan a los autores y editores de forma trimestral, en el caso de las obras musicales y audiovisuales, y de manera mensual, para las obras dramáticas. De éstos, la SGAE no adquiere ningún beneficio directo pero sí compensatorio por los trámites realizados, que según establecen, alcanza el **15,6% de los ingresos percibidos por el autor**¹⁴². Según datos de la entidad de gestión, el reparto de los derechos gestionados por el ente se dota de diferentes mecanismos que asignan a los socios las cantidades que le corresponden según la utilización de sus obras. El ente no aclara cuáles son los procedimientos ni los criterios a seguir para llevar a cabo esta evaluación así como su posterior repartición entre todos los socios activos vinculados a la entidad.

A su vez, ésta proclama su seguimiento estricto de las tarifas reguladas por ley en relación a la *Compensación equitativa por copia privada* pero no pública cuáles son los ingresos totales que percibe a partir de su tarea administrativa de gestión de los derechos de autor de los autores respecto a más de tres millones de obras dentro de su repertorio. Hasta el momento, la sociedad autorregula los derechos

¹⁴² Según información extraída de: www.sgae.es

según sus propios criterios. Según datos de la memoria presentada por la entidad en 2007, los ingresos sociales de la SGAE ascendieron a **377,2 millones de euros** sobre un total de 682.327 obras de 31.626 autores y con un reparto de lo recaudado entre los asociados que ascendió a 368 millones. Los ingresos percibidos por el ente tuvieron una progresión respecto al 2006 del 10,1%.¹⁴³:

Cuadro 12. Ingresos sociales SGAE 2003-2007

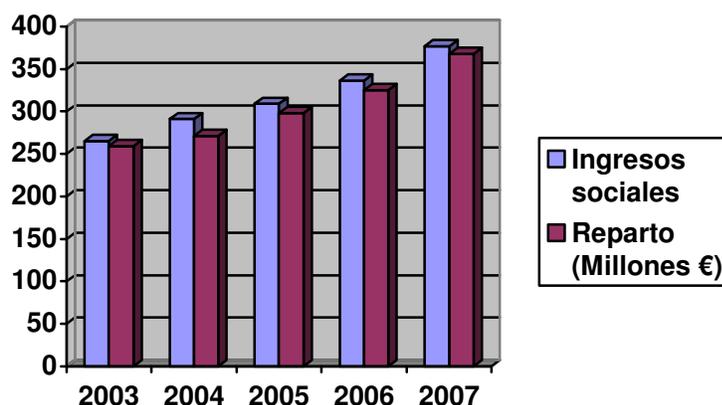


Fig. 12: Cuadro ingresos sociales SGAE 2003-2007 (Memoria SGAE 2007:

http://www.sgae.es/recursos/informes/memoria_2007/index.html)

Cuadro 13. Ingresos por actividad 2003-2007

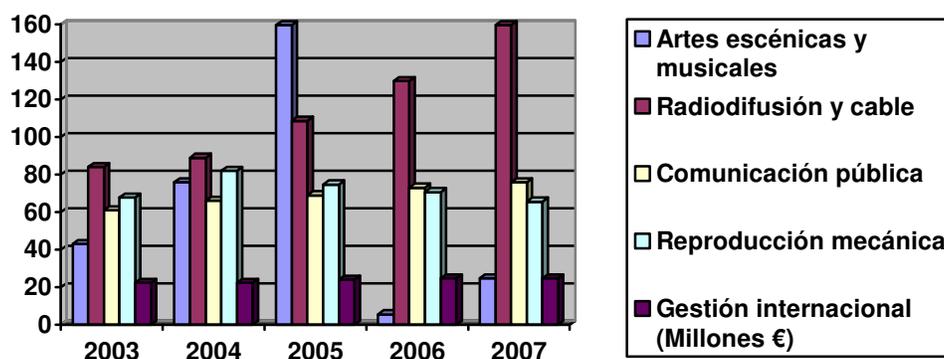


Fig. 13. Cuadro Ingresos por actividad. 2003-2007 (memoria SGAE 2007:

http://www.sgae.es/recursos/informes/memoria_2007/index.html)

¹⁴³ Datos extraídos de la Memoria SGAE 2007: http://www.sgae.es/recursos/informes/memoria_2007/index.html

SGAE presenta el desglose de los ingresos sociales percibidos según actividad, pero no especifica cual es el porcentaje de los ingresos que percibe cada uno de los socios-autores y cual es el método para realizarlo. Tampoco especifica cual es la utilidad dada a los 9,2 millones de euros que resultan de la diferencia entre el total de lo percibido y de lo repartido. Los datos reflejan notables imparcialidades. En los últimos años y a partir de la Ley 22/1987, de 11 de Noviembre, de Propiedad Intelectual, SGAE ha perdido la condición de monopolio legal, pero pese a ello, durante todo este tiempo y en la actualidad ha realizado prácticas monopolísticas que le han otorgado la competencia exclusiva en la regulación de los derechos de autor, sin necesidad de ser cuestionada por las autoridades en relación si actuaban en nombre propio o ajeno.

Según los argumentos de LaCruz Mantecón¹⁴⁴, a partir del 1987, la adaptación del concepto de legitimación formal y material por parte de la entidad. La SGAE se ampara en la “representación universal” y en la obligatoriedad de un contrato de adhesión de su abonado respecto a la entidad, que no le vienen cedidos por Ley¹⁴⁵ y afianzan su posesión dentro del sector. Además, aunque según la LPI y en línea con la argumentación de Cámara Águila, pese a que existe la obligatoriedad de rendir cuentas de los gastos y las actividades realizados en un ejercicio económico, sería positivo que también se hubiera previsto las aplicaciones sobre las aplicaciones que se darán a los beneficios.¹⁴⁶

Han nacido nuevas entidades de gestión que han permitido la creación de otros monopolios según campos de especialización en España. A pesar de ello, la posición de dominio de la SGAE se mantiene. A continuación, presentamos las diferencias y las similitudes que guarda con el resto de entidades de gestión.

¹⁴⁴ En relación a la aplicación de la legitimación material y formal por parte de las entidades de gestión para la representación de los derechos de autor en LaCruz Mantecón, M. (1999). *Legitimación y entidades de gestión. Examen y justificaciones del problema. Pe. i.* Revista de Propiedad Intelectual. Nº3. Septiembre-Diciembre 1999. Pág. 133.

¹⁴⁵ No contemplados en el Artículo 145 de la Ley, 23/2006, de 7 de junio, en los argumentos expuestos por Montero Aroca, J. *Las entidades de gestión y su legitimación colectiva en AAVV* (1998). *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado.* Editorial Comares. Granada. Pág. 62.

¹⁴⁶ Según en la línea de lo estipulado por Cámara Águila, Ma Pilar. (2001). *El ánimo de lucro en las entidades de gestión. Pe.i.* Revista de Propiedad Intelectual. Nº9. Septiembre-Diciembre 2001. Bercal, S.A. Madrid. Pág. 22.

4.2. Puntos. SGAE y otras entidades de gestión

4.2.1. Diferencias

A partir de la Ley del 1987, de 11 de Noviembre, de Propiedad Intelectual, se extendió la pluralidad de entidades de gestión dentro del ámbito de la gestión de los derechos de autor. Se autorizó a otras entidades de gestión¹⁴⁷ a ejercer la representación de los derechos de autor en relación a diferentes campos de especialización: el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO), la Visual Entidad de Gestión de Autores Plásticos (VEGAP), Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA), Artistas, Intérpretes y Ejecutantes (AIE), Actores e Intérpretes Sociedad de Gestión (AISGE), Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA)¹⁴⁸. Aunque con la entrada en vigor de estas nuevas entidades se disolvió el monopolio instaurado por la SGAE, ésta sigue manteniendo ciertos privilegios sobre sus homólogas.

De facto, se especifica que existen diferencias de creación entre entidades. Así como las entidades anteriores fueron creadas a *posteriori* del 1987 como entidades privadas, la SGAE se configuró en 1941 como una entidad pública y a partir del 1987 fue privada. La concepción de la SGAE como un ente casi-público le permite mantener cierto privilegio sobre la competencia. Esta entidad controla la totalidad de derechos que cree que son de su titularidad, mientras el resto de

¹⁴⁷ En relación a la aparición de las nuevas entidades de gestión a partir de la Ley de 1987, según los comentarios de Pina Sánchez, C. y Gutiérrez Ortega (2007). *La legitimación activa de las entidades de gestión. Breve comentario de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Ciudad Real*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 20/2007 2. Pág. 462.

¹⁴⁸ Para más información ver:

www.cedro.es

www.vegap.es

www.damautor.es

www.aie.es

www.aisge.es

www.agedi.es

www.egeda.es

entidades deben dedicar su atención a una parte especializada de socios. Así pues, su gestión de derechos es mayoritaria y solapa sus competencias con las de otras entidades. Según lo regulado por Ley, un derecho de autor no puede ser cubierto por dos entidades de gestión diferentes, sino que tan sólo puede hacerse cargo del mismo una de ellas. En este caso, la SGAE incumple esta realidad, debido a que su ámbito de actuación es tan amplio, algunos de los derechos que regula ya están gestionados por otras entidades de gestión. Existe un mercado de derechos de autor.

4.2.2. Puntos en común¹⁴⁹

Como hemos podido comprobar en el anterior apartado, las entidades de gestión mantienen puntos en común en su forma de proceder. A continuación, detallaremos cuales son las similitudes que estas entidades mantienen entre sí:

1. Naturaleza jurídica

Las entidades de gestión mantienen un aspecto difuso en cuanto a la constitución como asociaciones que regulan intereses colectivos sin ánimo de lucro, lo cual según los datos estipulados anteriormente en relación a la SGAE, cae por su propio peso según la veracidad de las cifras presentadas en sus anales:

“A. Naturaleza jurídica.

(...) **Lo único claro es que LPI concibe a las entidades como asociaciones, en su sentido más general¹⁵⁰, que no pueden tener ánimo de lucro**, por lo que no podrían adoptar la forma de sociedad, ni civil ni

¹⁴⁹ Rodríguez, C. *Las consecuencias negativas de la existencia de monopolios de hecho y de derecho en manos de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual* en Muñoz Machado, S (Dir.). (1997). *Derecho Europeo del Audiovisual*. Escuela Libre Editorial. Madrid. Págs. 1520 a 1525.

¹⁵⁰ Según el estudio de Montero Aroca, en el sentido que el artículo 22 de la CE reconoce el derecho de asociación, esto es, el derecho de todos los ciudadanos individualmente considerados a unirse entre ellos para conseguir fines comunes, dando lugar a un ente que tenga personalidad jurídica, en cuanto pueda ser titular de derechos y de obligaciones distintos de los ciudadanos; en Montero Aroca, Juan. *Las entidades de gestión y su legitimación colectiva* en AAVV (1998). *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*. Editorial Comares. Granada. Pág. 83.

mercantil, dado que una de las notas caracterizadoras de toda sociedad es la finalidad de obtener ganancias¹⁵¹ y que no pueden dedicar actividad fuera del ámbito de protección de los derechos de propiedad intelectual. Hasta ahora las entidades existentes han acudido a constituirse como asociaciones en sentido estricto.”¹⁵²

Por tanto, llama un poco la atención esta dualidad existente en los principios legales que atesoran estas entidades y la repercusión real de sus actividades. No existe una línea de actuación económica clara respecto a la configuración legal, como asociaciones, de estos entes.

2.Monopolio de derecho

Todas ellas practican un “*monopolio de hecho*” para cada sector del cual se encuentran especializadas. Permiten que sus usuarios cedan el disfrute de sus derechos individuales con la excusa del carácter obligatorio de la cesión colectiva. Cada una de las entidades se encuentra especializada en un sector, de manera que mantienen las competencias exclusivas en cada área. En la línea de los argumentos de LaCruz Mantecón, con la disolución del monopolio exclusivo de la SGAE se ha establecido un <<monopolio limitado o diversificado>>, que supone la actuación de cada entidad en un sector de explotación delimitado.¹⁵³ Según los comentarios de Fernández-Albor Baltar¹⁵⁴, las entidades de gestión son

¹⁵¹ La exclusión de la forma de sociedad fue ya puesta de manifiesto por Delgado Porras, *La regulación española*, cit. Pág. 644. Debe recordarse que según el artículo 1.665 del CC el “ánimo de repartir las ganancias” hace a la esencia de la sociedad civil, y que el derogado artículo 116 del Cdc se refería a “obtener lucro”; en Montero Aroca, J. *Las entidades de gestión y su legitimación colectiva* en AAVV (1998). *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*. Editorial Comares. Granada. Pág. 83.

¹⁵² Y así puede verse el artículo 1 de los Estatutos de la SGAE y el también artículo 1 de CEDRO, por poner dos ejemplos. En los dos casos a la hora de establecer las normas por las que se rigen las entidades se efectúa una remisión a los artículos 142 a 154 de la LPI y a la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones; en Montero Aroca, J. (1998). *Las entidades...* *Op.Cit. p.83*.

¹⁵³ Los comentarios al respecto de la consolidación de un monopolio de derecho por parte de LaCruz Mantecón. (1999). *Legitimación y entidades de gestión. Examen y justificaciones del problema*. *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*. Nº3. Septiembre-Diciembre 1999. Pág. 111.

¹⁵⁴ Según los argumentos de Fernández-Albor Baltar, las entidades de gestión ocupan un espacio de privilegio dentro del mercado de la gestión de los derechos de gestión, ejercitan una posición de dominio en Fernández-Albor Baltar, Á. *Abuso de posición y dominio y legitimación activa de la SGAE para recabar derechos de autor. Sección. Comentarios de jurisprudencia española. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XIV (1991-92) (Enero 1993)*. (<http://vlex.com/vid/262438>). Pág. 9 de 13.

consideradas empresas que mantienen una posición en el mercado, regulan **derechos de carácter monopolístico.**”

3. Competencias

Todas las entidades de gestión que antes hemos citado han sido reconocidas por el Ministerio de Cultura. Su actividad es legítima y reconocida legalmente. Estos entes privados desarrollan funciones públicas en titularidad de la Administración ya que ésta no tiene los recursos necesarios para poder hacer frente a este volumen de actividad.¹⁵⁵

4. Ingresos

Según hemos remarcado anteriormente, las entidades no declaran de forma pormenorizada cuales son los flujos económicos que revierten en su actividad. Hacen mención de datos generales y poco específicos, los cuales no reflejan realmente los movimientos económicos de las instituciones.

5. Fines sociales¹⁵⁶

Los entes de gestión especifican las actividades en las cuales realizan su inversión pero no ilustran cual es el porcentaje de la recaudación que éstos invierten en las actividades sociales correspondientes. Deberían mostrar cuales son sus porcentajes de participación en cada una de las actividades de fomento cultural en

¹⁵⁵ Consultar los argumentos de LaCruz Mantecón, desde presenta que en efecto el art.132 de la Ley de 1987, actualmente art.147 del T.R., en cabeza el Título IV y señala: Las Entidades de gestión de los derechos reconocidos en la Ley en LaCruz Mantecón. *Legitimación y entidades de gestión*. Examen y justificaciones del problema. *Pe.i.* Revista de Propiedad Intelectual. Nº3. Septiembre-Diciembre 1999. Bercal, S.A., Madrid. Pág. 97. También consultar los comentarios en relación a la legitimación de las entidades de gestión y de sus actividades a través de la configuración y exposición de dichos derechos en sus estatutos o actas fundacionales, para su posterior ejercicio en Pina Sánchez, y Gutiérrez Ortega, D. *La legitimación activa de las entidades de gestión. Breve comentario de la Sentencia del Juzgado de Primera instancia e Instrucción número 4 de Ciudad Real*. Págs. 463 y 464. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento Número 19/2007 2. Consultar también los comentarios sobre la legitimación de las entidades de gestión a partir de su inclusión dentro del contrato de gestión firmado entre ambas partes en AAVV (2003). *Tema 13. Entidades de gestión. Manual de Propiedad Intelectual*. Tirant lo Blanch. Valencia. Págs. 251 a 253.

¹⁵⁶ En relación a la función social de las entidades de gestión y la documentación contable de las mismas ver AAVV (2003). *Tema 13. Las entidades...Op.Cit.* Pág. 257.

las cuales participan.

6. Memorias anuales

Las entidades de gestión son entes privados que desarrollan competencias públicas. Debido a que son instituciones privadas que llevan acabo competencias propias del ámbito público, éstas entidades de gestión deberían mostrar un balance anual que ejemplifique cual es la recaudación que estiman de sus obras y cual es el criterio específico que llevan acabo para la distribución de los ingresos entre sus socios. De esta manera, la gestión sería más transparente y el Ministerio de Cultura mantendría un seguimiento real de cuales son las prácticas económicas que estas entidades llevan acabo con su consentimiento.

4.3. El Canon. Regulación cultural en el entorno digital¹⁵⁷

El 1 de septiembre de 2003 y tras un proceso de negociación entre las entidades colectivas de gestión se planteó la posible aplicación del canon. Según la descripción de Carbajo Cascón¹⁵⁸, el acuerdo se produjo entre ASIMELEC (Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones) que integra al 80% de los fabricantes, y cinco entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (AIE, AISGE, EGEDA, SGAE, DAMA). Según los comentarios de Martín Villarejo¹⁵⁹ Basaban un consenso para la atribución de un canon en concepto de compensación por *copia privada* en los

¹⁵⁷ Vivant, M. *La restricción de las excepciones a derecho de autor por medio de contratos o medidas tecnológicas de protección. ¿Posibles contrapesos?* Págs. 496 a 517 en Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor (2008). *Derecho de autor y libertad de expresión. Actas de las Jornadas de Estudio ALAI. 2006.* ALAI, ALADDA. Huygens.

¹⁵⁸ Según la descripción de Carbajo Cascón, el acuerdo entre ASIMELEC y cinco entidades de gestión (AIE, AISGE, EGEDA, SGAE, DAMA) consistía en la imposición de una serie de tarifas por remuneración equitativa tanto en soporte analógico y digital. El consenso concurre en un control del mercado así como en la sobreprotección del concepto de *copia privada* en Carbajo Cascón, F. (2004). *El pulso en torno a la copia privada. Pe. i.* Revista de Propiedad Intelectual. Número 16. Enero-Abril 2004. Bercal, S.A. Madrid. Pág. 40.

¹⁵⁹ Martín Villarejo muestra las claves de la aplicación del *canon digital* y además presenta reflexiones en relación al sistema de tarifas que el mismo impone en Martín Villarejo, A. *Reflexiones sobre el denominado <<canon por copia privada>>. Análisis jurídico y aclaraciones de aspectos esenciales en La Ley.* 2006. AÑO II. Número 4.)

soportes compactos de grabación digital incluyendo, no sólo audio y vídeo sino también soportes de grabación de datos (CD-Data).

El canon se mantiene como un sistema de tarifas que grava diferentes soportes, tanto en el ámbito analógico como en el digital. Es un acuerdo para la regulación del mercado entre todos los actores implicados dentro de la gestión de los derechos de autor. Se consolida como un sistema diferencial respecto a Europa, ya que España es el cuarto país de Europa que más ha recaudado por copia privada. Por este motivo no se entiende cuales son las motivaciones para la puesta en marcha de esta propuesta. Las entidades de gestión ya mantienen una posición dominante que les reporta una cantidad considerable de ingresos que no declaran netamente. En España, entre los años 2002 y 2004, las entidades de gestión por copia privada han incrementado su recaudación, han pasado de 31 a 114 millones de euros.

El cobro del canon está obligado a gestionarse por un ente colectivo de gestión de derechos de autor. El creador debe de estar afiliado a alguna de estas entidades de gestión para optar al beneficio que se genera de su aplicación. La entidad gestiona la recaudación generada por las tarifas fijadas en la compra y el uso de los soportes susceptibles de realizar copias privadas. Posteriormente, ésta reparte los beneficios reportados entre los autores afiliados a la misma. Las entidades también administran los usos y los derechos de las obras que forman su repertorio (la reproducción, la comunicación pública y la distribución de las obras) y que le son cedidos previamente por los autores. Se materializa un sistema de doble vía de recaudación.

Por tanto, y según los comentarios de Carbajo Cascón¹⁶⁰, las tarifas del canon producirán ingresos desmesurados, perjudicando a la utilización de repertorios pero también a empresas de la información que utilizan gran cantidad de soportes para la reproducción. La base para su recaudación es dudosa. El sistema de recaudación no permite entrever con claridad cuales son los criterios que se

¹⁶⁰ Según Carbajo Cascón, el canon repercutirá directamente en las entidades de gestión, provocando un aumento notable de sus ingresos y además contribuyendo a un perjuicio evidente respecto a los usuarios y a las empresas de la información que hacen uso de los soportes grabados en Carbajo Cascón, F. (2004). *El pulso en torno a la copia privada. Pe.i.* Revista de Propiedad Intelectual. Número 16. Enero-Abril 2004. Bercal, S.A. Madrid. Pág. 41.

seguirán para captar los ingresos y para repartirlos entre los creadores de las obras. Por tanto, el canon nace del impulso de las entidades de gestión, que pretenden incrementar su control sobre la administración de los derechos de autor. Es una iniciativa privada de diversas entidades que respaldan el proyecto para reafirmar sus *monopolios de derecho*. Es una realidad ilícita que no se puede materializar, ya que cualquier acuerdo entre empresas de un mercado para legitimar precios sobre el mismo es ilegal.

Si la base para la formulación de este modelo de protección es dudosa, su aplicación puede no ser la más correcta, ya que afectaría a otros sectores de la era de la información que participan de la distribución *online* de la cultura. La legislación propuesta no contribuye a estabilizar el panorama entre los actores que participan de la gestión de los derechos de autor. Se percibe como un nuevo fin lucrativo para las entidades de gestión.

El canon y su aplicación

Este instrumento consiste en el pago por parte del usuario de la compra o el uso de soportes analógicos y digitales que contengan los recursos técnicos necesarios para materializar la copia privada de una obra cultural (aparatos reproductores de fonogramas o audiovisuales, CD-R Audio/Data o DVD). Se establece como una medida compensatoria en relación a este posible uso por parte del usuario.

Este mecanismo también incluye otros procesos considerados ilícitos (copias de seguridad de datos, fotografías y archivos privados). Los equipos informáticos que permitan la reproducción automática de obras culturales serán gravados. Los soportes afectados serán todos aquellos que puedan generar copias del producto cultural. Quedan excluidos de esta regulación los programas de ordenador, las bases de datos electrónicas, las líneas ADSL y los discos duros de ordenador. A continuación, presentamos el sistema de tarifas vigente en España y en otros países, en relación al ámbito analógico y digital:

Cuadro 14. Tarifas en canon por copia privada analógica y digital.**España y otros países**

ESTADO	ESPAÑA (6)	FRANCIA	ALEMANIA	ITALIA	CANADÁ	EE. UU.
TARIFAS ANALÓGICAS						
VHS0	30 €/hora	0,43 €/hora	0,10 €/hora	5% precio venta 0,17 €/40 min		NO
Casete Audio	0,18 €/hora	0,29 €/hora	0,15 €/hora	10% precio venta	0,17 €/40 min	NO
Aparato Reproductor Fonogramas	0,61 €/unidad	NO	0,58 €	3% precio venta	NO	NO
Aparato Reproductor Audiovisual	6,61 €/unidad	NO	5,83 €	NO	NO	NO
TARIFAS DIGITALES						
CD-R Audio	0,18 €/ hora/650MB	0,46 € 650MB	0,088 € 650MB	0,36 € 74 min	0,45 €	2% precio venta
CD-R o CD-RW Data	0,35 € hora/ 50MB-74 min	0,33 € 650MB	0,088 € 650MB	0,23 € 650MB	0,12 €	2% precio venta
DVD-R o DVD RW Vídeo	1,75 € 4,7GB/	2,5 horas	3,59 € 4,7GB	0,174 € 120 min	0,87 € 4,7GB	NO
DVD-R o DVD RW Data	0,60 € 4,7 GB/2 horas	3,77 € 4,7 GB	0,174 € 120 min	0,87 € 4,7 GB	NO	
Mini Discs	0,18 € hora	0,33 € 650MB	0,088 € 74 min	0,36 € 74min	0,45 €	2% precio venta

Fig. 10. Cuadro de tarifas por copia privada (Martín Villarejo, A.(2006) *Reflexiones sobre el denominado <<canon por copia privada>>. Análisis jurídico y aclaraciones de aspectos esenciales.* Revista *La Ley*.

AÑO II. Número 4.)

Algunos mecanismos potencialmente utilizados para prácticas ilícitas se encuentran gravados, otros que pueden fomentar la misma actividad no lo están (iPhone, móviles, mp3 o ADSL). No existe un criterio consensuado para gravar

unos mecanismos tecnológicos u otros. Los productos tecnológicamente adaptados a nuestra vida cotidiana y con posibilidad de reproducir obras culturales no se encuentran regulados por el canon. Del mismo modo, y según presenta Tato Plaza¹⁶¹, este tipo de equipamientos también son utilizados por algunos consumidores como elementos útiles para su actividad profesional y no como vehículos para potenciar las actividades consideradas “ilícitas”. Este sistema es imperfecto, ya que obliga a todos los usuarios, independientemente del uso que hagan de los equipos informáticos, a pagar el canon. Según los comentarios de Carbajo Cascón¹⁶², el sistema del canon por copia privada es claramente imperfecto, ya que perjudica indebidamente a usuarios que utilizan los soportes para reproducir información no protegida. La regulación presenta ciertos puntos inconexos que no garantizan un sistema fiable y transparente. La inclusión de estos usos ha provocado que se genere gran polémica, ya que dentro del mundo digital ya existen sistemas que permiten la protección de las obras (TPMs y DRMs) y, por tanto, de los derechos de autor de las obras situadas dentro de la red. Según Carbajo Cascón¹⁶³, existe una lucha prolongada entre diferentes sectores implicados en la esfera digital entre ellos, los grupos y las asociaciones de consumidores y usuarios defienden la existencia de un “*derecho de los consumidores*” y califican al *canon digital* como un sistema injusto. Presentamos las claves del conflicto en diferentes hechos que han sido objeto de polémica recientemente y que algunos de ellos hemos podido tratar con antelación:

“-La generalización progresiva de máquinas de copia automática de CDs en lugares públicos, permitiendo incluso la adquisición en la misma máquina

¹⁶¹ Los argumentos de Tato Plaza constatan que los equipos y los soportes no siempre son utilizados para la grabación y la reproducción de obras protegidas, lo cual difiere del sentido de aplicación de esta medida en Tato Plaza, A. *La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y los límites al derecho de autor: Copia privada, canon digital y press clipping* en AAVV (2008). *Nuevos retos para la propiedad intelectual. II Jornadas sobre la propiedad intelectual y el derecho de autor/a. Cursos_congresos_simposios*. Universidade da Coruña. A Coruña. 2008. Pág. 22.

¹⁶² Según la descripción del conflicto por parte de Carbajo Cascón, las asociaciones de consumidores se han alzado en contra de esta medida, considerándola totalmente injusta, ver con más extensión en Carbajo Cascón, F. (2004). *El pulso en torno a la copia privada. Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. Enero-Abril 2004. Bercal, S.A. Madrid. Pág. 42.

¹⁶³ Carbajo Cascón, F. (2004) *El pulso...Op.Cit.* Pág. 9.

de CDs vírgenes para la grabación.¹⁶⁴

-La progresiva generalización de medidas anticopia en CD's y DVD's para frenar la copia en iguales y diferentes formatos que el original y, *a fortiori*, la posterior transmisión en cadena de contenidos entre usuarios a través de la Red.

-El acuerdo entre la principal asociación de fabricantes (ASIMELEC) y cinco entidades de gestión para fijar un canon remuneratorio o equitativo por los CD-R y DVD-R Data que sirven, en principio, para grabar programas de ordenador (donde está expresamente prohibida la copia privada, salvo la copia de seguridad) y datos (archivos informáticos) en general excluidos de la propiedad intelectual, aunque sean idóneos también para reproducir todo tipo de información protegida (música, vídeo, etc).

-El factor más polémico y más difícil de resolver: el uso masivo de programas y redes de intercambio libre de archivos entre usuarios particulares, conocidos como sistemas *peer to peer* (P2P).

Dentro de los hechos expuestos con anterioridad, los elementos que han conllevado mayor fricción entre las partes integrantes han sido los últimos dos puntos, centrados en las redes P2P y en el acuerdo entre ASIMELEC y las entidades de gestión para fijar un canon remuneratorio o equitativo. A continuación, analizamos con mayor detenimiento estas dos causas.

*El canon como barrera cultural*¹⁶⁵

La tasa de crecimiento del canon es mayor que la del propio mercado, el 90% de los ingresos por su aplicación se genera por CD y DVD. Si se mantienen los ingresos actuales por venta de productos culturales, el canon podría tener un

¹⁶⁴ Carbajo Cascón, F. (2004) *El pulso...Op.Cit.* Pág. 10. También en este sentido seguir los comentarios de Martín Villarejo, que analiza las causas de la polémica entorno al canon digital: en Martín Villarejo, A. (2006). *Reflexiones sobre el denominado <<canón de copia privada>>. Análisis jurídico y aclaraciones de aspectos esenciales.* Revista *La Ley* Año II. Número 4. Jueves, 14 de diciembre de 2006.

¹⁶⁵ Ver en la línea de los argumentos expuestos por la plataforma en contra del canon: <http://www.todoscontraelcanon.es> y en el *Dictamen de la Comisión Asesora sobre la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria sobre canon. Evaluación crítica de la propuesta del Derecho a Compensación por copia privada (Canon) en el marco del proyecto de reforma e la Ley de Propiedad Intelectual. 16 de mayo de 2006.* En relación a las medidas legales adoptadas para la protección de los derechos de autor y la recaptación de compensación equitativas en Carrasco Perera, Á. *Acciones civiles para la protección de la propiedad intelectual.* en AAVV (1998). *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información.* Editorial Comares. Granada. Págs. 47 a 60.

incremento proporcional del 6% anual, que al cabo de los años podrá cifrarse en un 25% de la venta de cada producto. En breve, la tarifa pagada por el canon se convertirá en la fuente principal de ingresos para el autor, dejando que los incentivos por venta sean menores. Su margen de recaudación es demasiado elevado. Existe un desequilibrio patente entre la realidad comercial y los fundamentos aplicados por el nuevo canon. El incremento del pago y los obstáculos tecnológicos se traduce en una barrera para el acceso a la cultura:

“...estos *nuevos cerrojos* — se refiere a las medidas tecnológicas de protección —, que según el informe mexicano pueden convertirse en obstáculos tanto para la libertad de información como para el acceso a la cultura y la aplicación de excepciones que reconoce el derecho de autor y, más ampliamente, estas libertades a las que acabo de aludir citando el informe mexicano.

El informe alemán identifica bien *la dificultad* cuando observa que se percibe el sistema existente de limitaciones como garante de una relación equilibrada entre los legítimos intereses de los titulares de derechos y del público en el mundo analógico, pero que en el universo digital, existe un *riesgo* real que la aplicación de las medidas tecnológicas asegure una *protección excesiva* sin que se asegure eficazmente el beneficio de las excepciones”¹⁶⁶.

Se infringe el derecho del individuo a acceder y tener **derecho a la cultura**. Este derecho democrático se coacciona. El usuario no puede tener acceso libre a las obras culturales sino que tendrá que hacer un pago obligatorio para poder acceder a ella. La cultura es un derecho fundamental del hombre:

“2.2. La Cultura como derecho fundamental¹⁶⁷: declaraciones de Derechos humanos y constitucionalización de los Derechos culturales

Si atendemos a un criterio cronológico, el primer tratado que hace referencia a cultura como Derecho fundamental es la *Declaración Universal de Derechos*

¹⁶⁶ Vivant, M. *La restricción de las excepciones a derecho de autor por medio de contratos o medidas tecnológicas de protección. ¿Posibles contrapesos?* Pág. 508 en AAVV (2008). *Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor. Derecho de autor y libertad de expresión. Actas de las Jornadas de Estudio ALAI*. 2006. ALAI, ALADDA. Huygens.

¹⁶⁷ En relación a los comentarios realizados por Alonso Ibáñez y recogidos por Anguita Villanva: “Cualquier forma de progreso político, económico y social exige como requisito indispensable la difusión de la Cultura” *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultura*, edit. Civitas, Madrid, 1992, Pág. 53 referenciados en Anguita Villanva, L. II. *Derechos fundamentales y propiedad intelectual: El acceso a la cultura* en Iglesias Rebollo, C. (Coord.) (2005). *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Intelectual. Colección de Propiedad Intelectual. Estudios*. Editorial Reus. Madrid. Pág. 58.

Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948. Sin duda alguna, este es el texto con mayor influjo en el ámbito de los Derechos Humanos del siglo XX e incluye en su seno una importante alusión a los Derechos culturales (art. 27), refiriéndonos a éstos como aquellos que posibilitan el acceso a la cultura por parte del hombre:

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”

A lo prescrito en el art. 27 se ha de añadir una serie de preceptos que completan y complementan el sistema de acceso a la cultura a través de instrumentalizaciones a favor de la formación humana. Dentro de ellos estarían:

- a) El derecho a la educación, artículo 26, en cuyo apartado 2 precisa que la educación tiene por objeto “el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales (...), es el medio que nos permite alcanzar la cultura”.
- b) El gozar de la cultura que le es propia a través de las manifestaciones que le rodean (art 27.1) y,
- c) el derecho de protección, y por tanto reconocimiento, de los derechos de autor a todo creador (art. 27.2).

Es el art. 27 el que consagra la cultura como derecho fundamental, comprendiendo éste dos manifestaciones que podemos clasificar, por un lado, en la facultad de todo hombre de gozar de aquello que es el fruto de la generación colectiva heredada, y que podíamos llamar el derecho a la cultura colectiva y, por otro, los derechos de propiedad intelectual que, incluso, los define atendiendo a su doble contenido moral y patrimonial y que goza por ello de la mayor protección jurídica internacional.¹⁶⁸

Además, la defensa del derecho al acceso a la cultura en contra de los principios contra los cuales atenta el canon digital también está regulado por otros tratados internacionales como: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, realizado dentro de las Naciones Unidas, o el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles; así como los tratados

¹⁶⁸ Anguita Villaveva, L. II. *Derechos fundamentales y Propiedades intelectuales: el acceso a la cultura* en Iglesias Rebollo, César (Coord.) (2005). *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*. Editorial Reus. Madrid. Págs. 58 a 66.

nacionales de la envergadura de nuestra Constitución española del 1978¹⁶⁹:

“2.3. La Constitución española de 1978: acceso a la cultura y propiedad intelectual

Nuestra Constitución se muestra deudora de estos acuerdos internacionales, teniendo la mayor muestra de su influencia en el art. 10.2 de la misma (...). En nuestra Constitución se cita la palabra cultura dos veces en el Preámbulo, en los artículos 3.3, 9.2, 25.2, 44, 46, 48, 50, 143, 148.1.16 y 17, 149.1.28 y 149.2. Siendo el art. 44 el referente a la hora de imponer a los poderes públicos la obligación de permitir a las personas — **Artículo 44. 1.** Los poderes públicos promoverán y tutelarán el **acceso a la cultura**, a la que **todos tienen derecho**. — poder acceder “los medios necesarios para el conocimiento y asimilación de los valores culturales inherentes a la sociedad “. Mientas, los dos artículos claves para la doctrina en torno al estudio de los derechos de la propiedad intelectual son el art. 20.1. b), relativo a la libertad de creación y el art. 33, referente al derecho a la propiedad.”¹⁷⁰

Así pues la barrera que separa el acceso a la cultura y la protección de los derechos de aquellos que fomentan la creación y contribuyen a la formación y desarrollo de la cultura es difusa dentro de las plataformas digitales. No obstante, y según lo estipulado en los textos de referencia es evidente que la protección de los derechos del autor ya de por sí, y a través de las entidades de gestión, se encuentran claramente definidos, representados y remunerados. Por tanto, el canon digital se erige como una aplicación legal que no mantiene el equilibrio entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura por todo individuo, sino que mantiene una posición de sobreprotección del derecho de autor sobre el derecho constitucional de acceso a la cultura. Constituye una intromisión al uso privado del usuario, alegando la “infracción” del usuario, aunque ésta no mantenga un carácter comercial. La potestad de las entidades de gestión, al

¹⁶⁹ La Constitución española de 1978.

¹⁷⁰ Anguita Villanueva, L. II. *Derechos fundamentales y Propiedad intelectual: el acceso a la cultura* en Iglesias Rebollo, César (Coord.). (2005). *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*. Editorial Reus. Madrid. Págs. 64 a 66. Ver también la citación y la reflexión aportada por Pérez González en relación a la constatación de la defensa de la diversidad cultural y del fomento de la cultura a partir del Tratado de Maastricht del 1992 y del Tratado de la Comunidad Europea en Pérez González, C. (2007). *El tratamiento de <<lo cultural>> en el Derecho de la Unión Europea*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Núm. 19/1. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 295 a 297.

amparo del canon digital y de la LEC (art. 25.21 TRLPI)¹⁷¹, crece a nuevos ámbitos de consumo que no le eran propios y lo hace declarando competencias cautelares y de embargo. Según Sánchez Arísti¹⁷², la razón de esta aplicación no descansa en actos comerciales que los sujetos puedan realizar sobre las obras, sino en el uso privado que hagan de las mismas.

A lo largo del estudio de Armengol Vilaplana¹⁷³ se ejemplifica la ampliación de las medidas cautelares y competenciales que establece la Ley 23/2006, de 7 de julio, en el TRLPI y también la capacidad de las entidades de gestión de proceder al embargo de bienes físicos (soportes materiales y técnicos) como medida compensatoria por el daño ocasionado por el usuario. El estudio de Armengol Vilaplana, y también el de De Torres Fueyo¹⁷⁴, González Gozalo¹⁷⁵ y de Garrote Fernández-Díez¹⁷⁶ hacen referencia a todas aquellas medidas cautelares que se establecen como *medidas de temor* a la intención y, por tanto, a un supuesto caso de infracción o a la misma infracción¹⁷⁷. Concretamente, De Torres Fueyo hace especial al *abuso de posición de dominio*¹⁷⁸ que normalmente incurren las entidades de gestión y que con el canon se ven claramente agravada. A través de las nuevas medidas implementadas y con el canon digital se proponen conflictos *a priori* poco dados en el campo analógico y que subyacen propios del campo

¹⁷¹ Armengol Vilaplana (2007). *La tutela cautelar de la propiedad intelectual tras las últimas reformas. Pe. i.* Revista de Propiedad Intelectual. Nº25. Enero-Abril 2007. Bercal, S.A. Madrid. Pág. 76.

¹⁷² Sánchez Arísti muestra que la aplicación de las medidas cautelares constituye una lesión de los derechos del uso privado del usuario y se extiende irracionalmente hacia parámetros que no son comerciales dentro de la Ley 19/2006 del 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industria en Sánchez Arísti, R. (2003). *La copia privada digital. Pe.i.* Revista de Propiedad Intelectual. Nº14. Mayo-Agosto 2003. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 24.

¹⁷³ Armengol Vilaplana, A. (2007). *La tutela cautelar...Op.Cit.* págs. 45 a 80.

¹⁷⁴ Torres Fueyo, J. (2007). *Medidas cautelares en Propiedad Intelectual: Requisitos, cuestiones procesales y particulares en la gestión colectiva. Pe. i.* Revista de Propiedad Intelectual. Nº25. Enero-Abril 2007. Bercal, S.A. Madrid. Págs.81 a 121.

¹⁷⁵ González Gozalo, A. (2008). *La propiedad propiedad intelectual y la protección de datos de carácter personal. Pe.i.* Revista de Propiedad Intelectual. Nº28. Enero-Abril 2008. Bercal, S.A. 2008. Págs. 13 a 65.

¹⁷⁶ Garrote Fernández-Díez. (2007). *Suspensión o cesación de los servicios a usuarios infractores de propiedad intelectual.. Pe.i.* Revista de Propiedad Intelectual. Nº27. Septiembre-Diciembre 2007. Págs. 13 a 54.

¹⁷⁷ Armengol Vilaplana, A. (2007). *La tutela cautelar de la propiedad intelectual tras las últimas reformas. Pe. i.* Revista de Propiedad Intelectual. Nº25. Enero-Abril 2007. Bercal, S.A. Madrid. Pág. 69.

¹⁷⁸ Torres Fueyo, J. (2007). *Medidas cautelares...Op. Cit.* Pág. 98.

digital. Según esta medida y los comentarios de Carbajo Cascón¹⁷⁹, la copia privada se erige como límite para la conservación de la integridad del derecho de autor, del art. 27.2 y antes mencionado.

La sobreprotección del “derecho de autor” es la causa de la polémica que la reciente reforma de Ley de Propiedad intelectual ha provocado en el seno social. A la práctica, consiste en la extensión de la obligación de pago de la compensación por copia privada a los equipos, aparatos o soportes de reproducción digital, creando así el que se ha dado en denominar “el canon digital”, una de las medidas que sin duda ha generado mayor polémica. El canon exprime económicamente a la cultura, sobreponiendo derechos ya regulados y compensados al autor. La inutilidad de esta regulación parece clara. Por tanto, no es de extrañar toda la polémica que suscita en su proceder.

El canon propone un concepto de cultura selectivo, que daña la libertad del individuo para acceder a uno de los rasgos que configura su identidad y la de la comunidad a la cuál pertenece:

“el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan una sociedad o un grupo social. Ello engloba, además de las artes y de las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores”¹⁸⁰. *Preámbulo de la Declaración adoptada por la Conferencia Mundial de Políticas Culturales* hecha en México D.F. en 1982.

Según los argumentos por Sánchez Aristi¹⁸¹, las *creative commons*, originadas por

¹⁷⁹ Tato Plaza, A. *La reforma de la ley de propiedad intelectual y los límites al derecho de autor: copia privada, canon digital y press clipping* en AAVV (2008). *Nuevos retos para la propiedad intelectual. II Jornadas sobre la propiedad intelectual y el derecho de autor/a. Cursos_comgresos_simposios*. Universidade da Coruña. A Coruña. Pág. 18.

¹⁸⁰ Anguita Villanova, L. II. *Derechos fundamentales y propiedad intelectual: El acceso a la cultura* en Iglesias Rebollo, César (Coord.) (2005). *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Intelectual. Colección de Propiedad Intelectual. Estudios*. Editorial Reus.Madrid. Pág. 57.

¹⁸¹ Consultar el estudio pormenorizado que Sánchez Aristi propone sobre las *creative commons*, planteando sus diferencias respecto al canon equitativo por copia privada y erigiéndolo como un método alternativo y factible de equilibrio entre los derechos del autor y los derechos del usuario en Sánchez Aristi, R. (2007). *Las licencias creative commons: un análisis crítico desde el derecho español*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 19/1. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 417 a 445. En relación a las particularidades y al sistema de acceso libre ver también los comentarios que nos proporciona Foncillas Miralbes, L. (2009). *Les llicències*

el derecho anglosajón, se perfilan como una alternativa y un modelo diferente y a seguir en la gestión de la potestad del derecho de autor tal como se concibe en España y en favor del usuario. Las *creative commons*¹⁸² se originan dentro del movimiento de *conocimiento libre*, que se basa en modelos de licencias creadas y difundidas por una organización sin ánimo de lucro, afincada en EEUU, y expresadas a través de un lenguaje icónico (Commons Deed), en otro escrito y de carácter técnico (Legal Code) y en un tercero legible por ordenadores (Digital Code). Su finalidad es lograr que los autores no abusen de su potestad sobre las obras y deleguen ciertos derechos al mercado, de manera que tan sólo se reserven ciertas competencias. La medida va destinada a muchos destinatarios y todos ellos se perfilan como *licenciatarios*, obteniendo la potestad de explotar la obra cultural en relación a los derechos cedidos por el autor en la licencia.

Debido a este perfil conceptual las *creative commons* pueden plantear diferentes problemas en su adaptación al Derecho español, ya que plantea una renuncia parcial a los derechos de autor y de explotación, a cambio de una contraprestación económica e indirecta al ceder su disfrute mundial y gratuito por parte de los *licenciatarios*. En relación con la posible aplicación de un derecho cosmopolita.¹⁸³

“Creative Commons”. *Casos jurisprudenciales nacionales*. Món Jurídic: butlletí del col·legi d’advocats de Barcelona. Núm. 238. Barcelona. Págs. 24 a 27.

¹⁸² Según la información que Sánchez Aristi referencia sobre la adaptabilidad de las licencias al derecho español, las *creative commons* son un instrumento creado por los intelectuales estadounidenses, liderado Lawrence Lessig, y gestionado por una organización sin ánimo de lucro y con sede en San Francisco. Su funcionamiento se articula en relación al conocimiento libre o al acceso abierto al conocimiento, eludiendo barreras de acceso al mismo. Su versión informática se articula en software abierto, el *copyleft*, donde el disfrute de los usuarios es abierto y gratuito respecto a programas informáticos y otras utilidades intelectuales consultar para más extensión en Sánchez Aristi, R. (2007). *Las licencias creative commons: un análisis crítico desde el derecho español*. Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento. Número 19/2007 1. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 417 a 445. En relación al funcionamiento de las *Creative Commons* y sus características, así como su articulación como alternativa al derecho de autor y al copyright. Ver también los estudios realizados por Xalabader Plantada, R. (2006). *Las Licencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright?* UOCpapers. Revista sobre la sociedad del conocimiento. Número 2. Barcelona. ISSN 1885-1541. Artículo también disponible en línea: <http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf>. Sobre el nuevo paradigma del conocimiento libre que plantean las *creative commons* y desde el punto de vista de la doctrina estadounidense, en los comentarios de Rimmer en su estudio, Rimmer, M. (2008). *Digital Copyright and the Consumer Revolution. Hands off my iPod*. Edward Elgar. EEUU. Págs. 261 a 295.

¹⁸³ Muñoz Machado identifica la necesidad de articular un Derecho cosmopolita en base a la teoría del cosmopolitismo jurídico así como la posibilidad de la consolidación de un Derecho mundial en materia de PI que configure un marco legislativo internacional, ver los comentarios de

Según Sánchez Arísti, las *creative commons* se definen como una alternativa a la posesión directa del autor de la competencia total y directa de los derechos de autor sobre la obra. Las licencias estadounidenses no renuncian al derecho de autor sino que se sustentan en el mismo, haciéndolo más flexible ante su articulación en el mercado. La percepción del derecho de autor español sobreprotege al autor y descuida al usuario. Las *creative commons* interpretan con mayor fidelidad el equilibrio entre los actores que participan de la PI. Sin embargo, con la aplicación del *canon digital* dentro de nuestro ordenamiento jurídico, nuestra visión de la cultura es totalmente contraria, convirtiéndose en un elemento que segrega el acceso a la cultura y favorece el interés monopolístico de las entidades de gestión por mantener el orden de la red.¹⁸⁴

A partir de esta medida, la oferta pública es la única vía de consumo cultural para aquellos individuos que sufren de restricciones económicas y no tienen la capacidad de seleccionar los contenidos que quieren consumir. La oferta de carácter más privado será una más de las vías para el consumo de cultura de aquellos sectores sociales que gocen de una posición económica más elevada. Su acceso a la cultura será más selectivo y la variedad de los contenidos que adquieran serán más plurales y diversos. Los sectores sociales con menos poder adquisitivo tendrán que basar su consumo en la oferta cultural confeccionada por la Administración Pública y por las plataformas privadas de emisión pública. Sus posibilidades se verán claramente limitadas y abocadas a la diferenciación respecto a los patrones de consumo cultural de otros sectores sociales. El incremento de las barreras para el consumo de cultura incentivará la búsqueda de otras formas para consumirla sin tener que pasar por los medios comerciales. Si el acceso a los canales digitales y a los soportes físicos se hace más restringido, los

Muñoz Machado nos presenta en el segundo capítulo de su obra, *La globalización jurídica e Internet*, en *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*. Taurus. Madrid. 2000. Págs. 82 a 106.

¹⁸⁴ En este sentido seguir los argumentos que plantea Wall desde la perspectiva estadounidense y en donde hace referencia a que la necesidad de un orden y de un control legal sobreprotegido responde a los intereses de los grandes grupos de comunicación por afianzar sus áreas de control monopolístico y, por tanto, económico, en Wall. D.S. (2001). *Crime and the Internet*. London. Routledge. Reedición 2004. Págs. 169 a 173. En la misma línea de argumentación se pronuncia Ghidini en Ghidini, G. (2006). *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexos*. Edward Elgar. Cheltenham. Págs. 71 a 74.

consumidores que actualmente hacen uso del mismo buscarán otras alternativas para poder consumirlos. Se potenciarán nuevas prácticas ilegales.

El canon se presenta como una vía destinada a crear polémica así como a mostrar carencias importantes en su aplicación. Constituye un elemento de segregación cultural y una alternativa nacida del pacto entre entes de gestión privada para la regulación de un mercado. Las medidas adoptadas deben respetar a los actores que participan del sector. No deben crear situaciones de extorsión. Sobretudo, la regulación que se adopte debe garantizar el acceso de los ciudadanos a la cultura. Este es un derecho constitucional que no tiene que infringirse. La cultura es un derecho del individuo y por esta razón deberíamos rescatar la esencia fundadora de las *creative commons* y adaptarla a nuestro marco legislativo: el conocimiento libre o el acceso libre al conocimiento.

4.4. La potestad pública. Valoraciones de una competencia en desuso¹⁸⁵

El Ministerio de Cultura es el ente responsable de la óptima gestión de las instituciones culturales vinculadas a la Administración Pública. Corresponde a la autoridad pública regular el mercado cultural. Para su desarrollo, el órgano ministerial cede sus competencias a entidades públicas o a instituciones privadas que llevan acabo competencias públicas.

1. *Entidades públicas*: son aquellas instituciones que dependen directamente de la Administración Pública y, por tanto, sus competencias y sus rendimientos económicos son controlados por parte del Ministerio de Cultura.
2. *Entidades privadas de gestión pública*: son los organismos que no dependen directamente de la Administración Pública pero que desarrollan sus competencias en relación a las exigencias de ésta. Son instituciones privadas

¹⁸⁵ En relación a la valoración de las competencias de las entidades públicas en relación a la gestión de los derechos de autor y su seguimiento, en Smiers, J. (2006). *Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*. Editorial Gedisa. Barcelona. Págs. 95 y de 266 a 270.

que prestan un servicio público, debido a que el Ministerio de Cultura no abarca los mecanismos necesarios para poder hacer frente a la gestión de sus competencias. Normalmente, el ente público realiza un seguimiento anual sobre la actividad económica llevada a cabo por estos órganos.

El problema reside en que la entidad pública no ha sabido mantener el control de las entidades de gestión de los derechos de autor y, por tanto, no ha sabido mantener un control de la actividad económica de éstas. La potestad del ente público es simbólica¹⁸⁶ y carece de poder tener algún tipo de relevancia respecto a la gestión de los derechos de autor por parte de las entidades de gestión. La transparencia de estas entidades se encuentra en entredicho ya que la administración pública no impone su potestad para rendir cuentas sobre la actividad desarrollada por las entidades de gestión.

El Ministerio de Cultura debería establecer un control pormenorizado sobre los ingresos que los organismos de gestión perciben por su labor de tramitación y mantener el control anual de los ingresos de las entidades. Según Benhamou, es obligación de las entidades públicas desprestigiar la mercantilización del bien cultural del bien y proteger su carácter cultural.¹⁸⁷

Del mismo modo, las entidades de gestión también deberían declarar cuáles son los mecanismos que llevan a cabo para proceder a la distribución de los ingresos entre los socios de sus entidades. Este sistema dejaría entrever si la repartición de los ingresos entre los socios es equitativa o, por el contrario, se producen anomalías que permiten que unos socios perciban más ingresos que otros. Las entidades de gestión también podrían declarar cuál es la contribución económica

¹⁸⁶ Consultar los argumentos establecidos sobre la potestad de la administración pública en relación a las entidades de gestión y que se articulan en: la aprobación de los estatutos de las entidades, la obligación por parte de las entidades de notificar extremos y la posibilidad de tener un representante con voz pero sin voto en los órganos colegiados de la entidad, en AAVV (2003). *Tema 13. Las entidades de gestión. Manual de Propiedad Intelectual*. Tirant lo Blanch. Valencia. Págs. 258, 259 y 260.

¹⁸⁷ Ver los argumentos de Benhamou en relación al proceso de mercantilización y a la obligación de vela por los derechos del bien cultural en sí, en Benhamou, F. (2004). *L'economia della cultura. Capitolo quarto. Le industrie culturali. Libri, Dischi, Cinema*. Il Mulino. Pág. 117. Texto original traducido del italiano.

que estos organismos realizan al llevar a cabo su labor social. A partir de estas iniciativas, se conseguiría mantener la transparencia económica en las competencias públicas desarrolladas y compartidas por estos organismos privados. El control sobre sus inversiones y sus ingresos sería el correspondiente.

La Administración Pública ejercería su potestad correspondiente sobre los organismos privados que desarrollan sus competencias públicas. La situación se normalizaría dotando al sistema de protección de derechos de autor de un perfil más fiable y contrastado. La difusión de las balanzas económicas facilitaría la consulta pública y, por tanto, la comprensión del funcionamiento y de la necesidad de la existencia de estas plataformas gestoras, así como del derecho de autor sobre su obra. La competencia pública podría actuar como un órgano activo que se encargaría de la resolución de las competencias y como una institución encargada de mediar en los conflictos provocados entre los creadores y las entidades de gestión que regulan los derechos de estos.

El ente público también podría actuar como el órgano encargado del control de las competencias de estas entidades de gestión, regulando sus acciones y asegurando la correcta disposición de los ingresos percibidos a los autores de las obras que estas entidades gestionan. Podría regular el criterio seguido por las gestoras para la repartición de los ingresos que perciben entre los creadores, verificando que cada creador recibe el porcentaje de ingresos correcto en función del rendimiento de sus obras entre los usuarios. El control de esta actividad podría llevarse a cabo mediante el registro de los usos realizados por los clientes de las gestoras.

Los usuarios también podrían ejercer su derecho a contratar el servicio de la entidad de gestión de derechos de autor que más se adapte a su voluntad, distanciándose de la obligatoriedad de contratar a un ente en concreto y específico. Este recurso garantizaría la libertad del consumidor para poder contratar a la entidad que se perfila como la mejor opción para gestionar los derechos sobre su obra.

Esta decisión serviría para hacer prevalecer la libertad de elección del usuario y respaldar sus preferencias para la gestión de sus derechos. Pese a la potenciación de este tipo de medidas provisionales, la solución real pasa por crear un órgano

público que se encargue de cubrir las competencias que actualmente desarrollan estos entes privados. La Administración debe asumir sus responsabilidades y habilitar toda una infraestructura física y digital que coordine todos los entresijos que distinguen a la gestión de derechos de autor. Esta propuesta conllevaría una regulación de carácter público que a la vez se sustentaría en valores básicos como la transparencia y la neutralidad. El Ministerio de Cultura articularía sus competencias siguiendo estos parámetros y manteniendo la equidad entre los creadores que podrían beneficiarse de sus servicios.

La Administración Pública desarrollaría sus competencias y no las cedería a otros órganos secundarios, que no garantizarían los criterios de valoración antes reflejados. El ente público podría ocupar la posición que actualmente ocupan las entidades de gestión que antes hemos citado e incluso podría desarrollar departamentos organizados según las especialidades de los creadores. El organismo público se desarrollaría como una entidad especializada en el trato de la Propiedad Intelectual, de manera que se facilitasen todos los recursos para la óptima dinámica de desarrollo en esta esfera. El creador gozaría de los servicios de un ente competente y desligado de cualquier tipo de arbitrariedad y de favoritismos a terceros.

Actualmente, esta empresa es difícil de estructurar ya que el poder que en la actualidad atesoran las entidades de gestión es notable. Estos organismos han divulgado su marca y los servicios que prestan atraen a gran parte de los creadores de este país. Su función atrae a los clientes y los vincula obligatoriamente a sus servicios. Es una estructura que reúne los recursos necesarios para poder hacer frente al seguimiento periódico del uso que se realiza de las obras de los autores en todo el territorio español y parte del extranjero. Los autores necesitan de este intermediario para poder afrontar la gestión de sus derechos con garantías de fiabilidad y de obtención de la información de todos los usos de su obra cultural. Esta necesidad conlleva que las entidades de gestión se beneficien de una posición dominante que incrementa su control sobre el creador.

5. Conclusiones

A modo de conclusión y como hemos podido comprobar, el mercado cultural de las industrias y de las productoras culturales se encuentra en una etapa de desarrollo muy incipiente y por detrás de las posibilidades tecnológicas que ofrece la tecnología digital.

1. La realidad tecnológica ha provocado la reconversión de ciertos parámetros para el consumo cultural e intelectual. La *inmaterialidad* de la obra ha ocasionado nuevos usos sociales y nuevas formas de proceder ante el desarrollo de las tecnologías. Ha reformulado los patrones de consumo y los principios de protección sobre la obra cultural.

2. La Ley 23/ 2006, de 7 de julio, debe hacer frente a esta realidad. El marco legal tiene la necesidad de regular de forma positiva y sin entrar en conflicto: el desarrollo tecnológico y las libertades de los usuarios. Hasta el momento, el Derecho español no ha sabido concretar un equilibrio entre ambas realidades, lo cuál destaca que debería modificar la base conceptual de sus iniciativas, integrando elementos del instrumento legislativo estadounidense, las *creative commons*, que se articulan como un ejemplo de equilibrio legal y social.

El marco legislativo ha centrado su interés en emprender iniciativas legales en contra de los sistemas de intercambio entre usuarios (P2P), interpretadas socialmente como un atentado a las libertades de los usuarios. En la actualidad, estos sistemas se erigen como elementos representativos de la nueva concepción de entender y de aprehender la cultura. Son el elemento integrador de nuevos valores culturales así como de innovadoras vías de explotación tecnológica. Su etapa de desarrollo se encuentra a la par de la tecnología, lo cual les garantiza una ventaja comparativa respecto a la economía oficial de mercado.

Los intentos de persecución de estos sistemas provocan el retraso en la evolución tecnológica y, por tanto, obstruyen el desarrollo de futuras aplicaciones que la

esfera comercial podría aplicar dentro de su sistema de expansión. Al mismo tiempo, se han modificado los parámetros de protección de los derechos de autor y se ha ampliado directamente sobre el **derecho de acceso** del usuario, lo cual conlleva que para caer en una infracción no es necesaria la posesión de la obra cultural protegida, sino tan sólo el acto de disfrute de la misma. En contra del derecho de los usuarios, la ampliación terminológica y excesiva de algunos conceptos dentro del nuevo texto garantiza la total protección del **derecho del autor**, manifestando una cobertura taxativa de éste y un desequilibrio evidente entre las partes implicadas. Las entidades de gestión, mediante el *canon digital*, también se convierten en garantes de velar por la sobreprotección del derecho de autor y además dilatan sus competencias, adquiriendo más potestades de las que realmente les son cedidas por el autor.

La legislación actual no atiende de lleno los ejes del debate que suscitan las P2P y que sientan las bases de la acción y de la reflexión que la potestad legislativa de nuestro país debería emprender:

- ¿Se considera uso colectivo el compartir archivos a diversos usuarios?
- ¿Vulnera la copia privada la descarga o la subida de ficheros?
- ¿Qué criterio se debe aplicar cuando lo compartido son fragmentos de archivos?
- ¿Es lucro el hecho de obtener películas protegidas a coste cero?

Nuestro marco legislativo debería abarcar estas cuestiones, que se erigen como elemento fundamental para conllevar el equilibrio entre todos los actores que participan del sector cultural digital y de la PI. Centrar el debate en estas cuestiones y buscar soluciones acordes con todos los criterios sería un inicio para encontrar el equilibrio entre todas las partes integrantes de esta realidad.

3. Los distribuidores también deberían integrar las obras de su repertorio a la iniciativa de las P2P, ganando parte de los incentivos conseguidos a través del pago al creador o el pago realizado por el usuario. Los proveedores que facilitan el

servicio podrían distribuir parte de la cuota pagada por el usuario a aquellas distribuidoras que facilitasen sus títulos en las plataformas P2P.

La integración de las distribuidoras dentro de estas redes permitiría crear un nuevo canal para la promoción y la publicidad de estrenos y de futuras obras dentro de la red. Las distribuidoras verían en esta práctica una vía que les reportaría unos ingresos estables, modificando sus métodos de explotación para dar paso a un cambio digital inminente e inevitable.

Con la adaptación a los nuevos formatos, el grueso de sus usuarios se vería ampliado considerablemente y facilitaría la evolución de las redes P2P. A cambio de la integración en esta nueva ventana de explotación, los intermediarios deberían respetar los criterios de funcionamiento de la red, sin intentar manipular su dinámica sino tan sólo aportando más obras que nutran el repertorio cultural.

La profesionalización de los sistemas P2P generaría expectativas para su desarrollo y para su especialización por campos. Se podrían confeccionar redes especializadas en diferentes sectores culturales, lo cual facilitaría la oferta de un servicio más especializado y completo. Las distribuidoras dedicadas a los diferentes sectores culturales podrían participar de la red.

4. En este contexto, la Administración Pública debe incrementar su ayuda al fomento de la investigación en el campo tecnológico para conseguir materializar nuevas vías de desarrollo que permitan prestar servicios con un valor añadido para el usuario y que tiendan a un equilibrio entre las partes implicadas.

La aplicación de estas medidas así como la implantación de algunas estrategias de desarrollo, antes planteadas, podría generar una dinámica positiva y estable que beneficiaría a cada uno de los integrantes del circuito de distribución *online*. Estas propuestas garantizarían un uso democrático y extenso del usuario y una protección estable de los derechos del autor sobre su obra. La red se convertiría en una ventana de explotación válida y protegida para la difusión de todo tipo de obras culturales en relación a los valores de la PI. Se consolidaría un nuevo ámbito de enriquecimiento cultural pero sobretodo de *diversidad cultural*.

6. Bibliografía

- AAVV (1996). *El Derecho de Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías*. Ministerio de Cultura. Madrid.
- AAVV (1999). *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*. Editorial Reus. Madrid. Aisge Asociación.
- AAVV (2002). *La societat xarxa a Catalunya*. Editorial UOC. Barcelona.
- AAVV (2003). *Hacia un nuevo sistema de comunicación. Las industrias culturales en la era digital*. Gedisa. Barcelona. 2003.
- AAVV (2005). *Manual de Propiedad Intelectual*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- AAVV (2005). *Derecho y nuevas tecnologías*. Editorial UOC. Barcelona.
- AAVV (2007). *Alternativas de política cultural: las industrias culturales en las redes digitales (disco, cine, libro, derechos de autor)*. Barcelona. Gedisa. Fundación Alternativas. Madrid.
- AAVV (2008). *Alternativas en los medios de comunicación digitales. Televisión, radio, prensa, revistas culturales y calidad de la democracia*. Editorial Gedisa. Barcelona.
- AAVV (2008). *Nuevos retos para la propiedad intelectual: II Jornadas sobre la propiedad intelectual y el derecho de autor/a: (A Coruña, 22 e 23 de marzo del 2007)*. Cursos, congresos y simposios; 97. A Coruña: Universidade da Coruña. Servizo de Publicacións.
- AAVV (2008). *Estudios sobre derecho y economía del cine: (adaptado a la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del cine)*. Editorial Atelier. Barcelona.
- AAVV (2008). *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales*. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial.
- AAVV (2008). *Los derechos de propiedad intelectual en la sociedad de la información. Perspectivas del derecho civil, procesal, penal e internacional privado*. Editorial Comares. Granada.
- Alonso Palma, Á. (2006). *Propiedad Intelectual y derecho de autor*. Centro de Estudios Financieros.
- Armengot Vilaplana, A. (2006). *La tutela judicial civil de los derechos de propiedad intelectual tras las reformas introducidas por las Leyes 19/2006 y 23/2006*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 18/2006 3. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 535 a 575.
- Armengot Vilaplana, A. (2007). *La tutela cautelar de la propiedad intelectual tras las últimas reformas legislativas. Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. N°25. Enero-Abril 2007. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 45 a 80.

- Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor. (2008). *Derecho de autor y libertad de expresión. Actas de las Jornadas de Estudio ALAI. 2006*. ALAI, ALADDA. Editorial Huygens.
- Benhamou, F. (2001). *L'economia della cultura*. Bologna. Società editrice il Mulino.
- Benítez de Luego (1988). *Entidades de gestión de propiedad intelectual*, en RDP, 1988.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1997). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord R. Bercovitz), 2ª ed. Tecnos. Madrid.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Marín López, J.J. (2007). *Dictamen sobre el límite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 20/2007 2. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 365 a 406.
- Cámara Águila, Mª Pilar (2001). *El ánimo de lucro en las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. Nº9. Septiembre-Diciembre 2001. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 9 a 28.
- Carbajo Cascón, F. (2004). *El pulso en torno a la copia privada. Pe.i*. Revista de Propiedad. Nº16. Enero-Abril 2004. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 9 a 54.
- Casas Vallés, R. (2005). *La lucha por el derecho en las redes peer-to-peer: el caso Glokster ante el Tribunal Supremo de los EEUU*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 14/2005. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 527 a 544.
- Chadwick, A. (2006). *Internet Politics. Status, Citizens, and New Communication Technologies*. Oxford University Press. New York.
- CIMEC (Centro de Investigación del Mercado, el Entretenimiento y la Cultura) (2008) en *Cahiers du Cinema. España*, nº18, Diciembre.
- Corcuera Torres, A. y Vicente Domingo, E. (2006). *El futuro del libro: aspectos jurídicos*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 17/2006 2. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 211 a 233.
- Delgado Porras, A. (2007). *Derecho de autor y Derechos afines al de autor: recopilación de artículos*. Madrid. Instituto de Derecho de Autor.
- Dictamen de la Comisión Asesora sobre la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria sobre canon* (2006). Evaluación crítica de la propuesta del Derecho a Compensación por copia privada (Canon) en el marco del proyecto de reforma e la Ley de Propiedad Intelectual. 16 de mayo de 2006.
- Dutfield, G. y Suthersanen, U. (2008). *Global Intellectual Property Law*. Edward Elgar. EEUU.
- Fernández-Albor Baltar, Á. (1993). *Abuso de posición de dominio y legitimación activa de la SGAE para recabar derechos de autor*. Sección: Comentarios de jurisprudencia española. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XIV (1991-92) (Enero 1993). Disponible en consulta electrónica: <http://vlex.com/vid/262438> .Págs. 1 a 13.

- Ferrero Muñoz, J. (2007). *La UE aprueba la nueva Directiva de televisión sin fronteras*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 20/2007 2. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 459.
- Foncillas Miralbes, L. (2009). *Les llicències “Creative Commons”. Casos jurisprudencials nacionals*. Mòn Jurídic: butlletí del col·legi d’advocats de Barcelona. Núm. 238. Barcelona. Págs. 24 a 27.
- García Sanz, Rosa María (2005). *El derecho de autor en Internet*. Colex. Madrid.
- Garrote Fernández – Díez, I. (2000). *La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. Nº6. Septiembre-Diciembre 2000. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 9 a 64.
- Garrote Fernández-Díez, I. (2001). *El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Granada. Comares.
- Garrote Fernández-Díez, I. (2002). *Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. Nº11. Mayo – Agosto 2002. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 43 a 70.
- Garrote Fernández-Díez, I. (2004). *Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P. Su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Intelectual*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. Nº16. Enero-Abril 2004. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 55 a 104.
- Garrote Fernández Díez, I. (2005). *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. Comares, S.L. Granada.
- Garrote Fernández-Díez, I. (2007). *La suspensión cautelar o cesación definitiva de los servicios a los usuarios infractores de derechos de propiedad intelectual*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. Nº27. Septiembre-Diciembre 2007. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 13 a 55.
- Ghidini, G. (2006). *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexus*. Edward Elgar. Cheltenham.
- González de Alaiza Cardona, J. J. (2000). *Napster: <<copias robadas>>, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el Derecho de Autor en Internet>>*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. Nº6. Septiembre-Diciembre 2000. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 65 a 102.
- González de Alaiza Cardona, J. J. (2004). *La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes <<peer to peer>> (P2P)*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. Nº 18. Septiembre-Diciembre 2004. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 25 a 68.
- González de Alaiza Cardona, J. (2005). *La sentencia de la Corte Suprema estadounidense en el caso de Glokster: la matizada condena a los operadores P2P*. Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual. Nº20. Mayo-Agosto 2005. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 137 a 148.

- González de Alaiz Cardona, J. J. (2008). *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*. Editorial Comares. Granada.
- González Gozalo, A. (2003). *La Propuesta de Directiva relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual*. *Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. Nº14. Mayo- Agosto 2003. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 41 a 89.
- González Gozalo, A. (2005). *La obligación de los prestadores de servicios en línea de revelar la identidad de los usuarios que infringen derechos de propiedad intelectual a través de redes P2P*. *Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. Nº20. Mayo-Agosto 2005. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 77 a 134.
- González Gozalo, A. (2008). *El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes peer to peer*. *Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. Nº 28. Enero-Abril 2008. Bercal, S.A. Madrid. 2008. Págs. 13 a 68.
- Guell L.La Cruz, M. (2001). *Aventuras de la propiedad intelectual en el país de Internet*. *Revista General de legislación y Jurisprudencia*. Nº. 11, Febrero 2001. Disponible en consulta electrónica: <http://vlex.com/vid/192620> .Págs. 1 a 22.
- Iglesias Rebollo, C. (Coord.) (2005). *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Intelectual*. Colección de Propiedad Intelectual. Estudios. Editorial Reus.
- IFPI (2006). *Informe 2006 sobre piratería de la industria discográfica*.
- Jenkins, H. (2008). *Convergence culture. La cultura de la convergencia en los medios de comunicación*. Paidós. Barcelona.
- Lacruz Mantecón, M. (1999). *Legitimación y entidades de gestión. Examen y justificaciones del problema*. *Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. Nº3. Septiembre-Diciembre 1999. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 95 a 134.
- López Vidales, N. (ed.) (2008). *Medios de comunicación, tecnología y entretenimiento: Un futuro conectado*. Editorial Laertes. Barcelona.
- Martínez Ayuso, M.A. (2006). *Las redes P2P y la descarga ilegal de contenidos*. *Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento*. Editorial Aranzadi. Número 18/2006 3. Págs. 593 a 610.
- Martín Villarejo, A. (2006). Abogado. Director General de AISGE. Profesor Asociado Dpto. Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid en *Reflexiones sobre el denominado <<canon por copia privada>>*. *Análisis jurídico y aclaraciones de aspectos esenciales en La Ley*. AÑO II. Número 4. Jueves, 14 de diciembre de 2006.
- Michael A. Eihorn., P.D. Media (2004). *Technology and Copyright. Integrating Law and Economics*. Edward Elgar. EEUU.

- Muñoz Machado, S. (Dir.) (1997). *Derecho Europeo del Audiovisual*. Escuela Libre Editorial. Madrid.
- Muñoz Machado, S. (2000). *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*. Taurus. Madrid.
- Observatorio Europeo del Audiovisual (Statistical Yearbook, Strasboug, 2000)
- Pascual de Juan Núñez, I. (2005). *Cambios que se avecinan para la industria del ocio al pasar a vender cosas a vender información*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 15/2005. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 489 a 497.
- Pascual de Quinto Santos-Suárez. (2007). *¿Comunicación pública en mi habitación de hotel?* Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 19/2007 1. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 487 y 488.
- Rimmer, M. (2007). *Digital Copyright and the Consumer Revolution. Hands off my iPod*. Edward Elgar. EEUU.
- Rifkin, J. (2000). *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*. Paidós. Barcelona.
- Rogel Vide, C. (2006). *Estudios completos de Propiedad Intelectual. Volumen Segundo*. Editorial Reus. Madrid.
- Ruz, F. (2005). *Kazaa y el fin de la revolución. Comentario sobre la sentencia del Tribunal Federal de Australia de 5 de septiembre de 2005: Universal Music Australia Pty versus Sharman License Holdings Ltd (2005) FCA 124. Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. Nº 21. Septiembre-Diciembre 2005. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 143 a 166.
- Pérez González, C. (2007). *El tratamiento de <<lo cultural>> en el Derecho de la Unión Europea*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 20/2007 2. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 295 a 301.
- Pina Sánchez, C. y Gutiérrez Ortega, D. (2007). *La legitimación activa de las entidades de gestión. Breve comentario de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Ciudad Real*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 20/2007 2. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 461 a 464.
- Sábada, Í. (2008). *Propiedad Intelectual. ¿Bienes Públicos o mercancías privadas?* Los Libros de la Catarata. Madrid.
- Sánchez Aristi, R. (2003). *La copia privada digital. Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. Nº 14. Mayo-Agosto 2003. Bercal, S.A. Madrid. Págs. 9 a 39.
- Sánchez Aristi, R. (2007). *Las licencias creative commons: un análisis crítico desde el derecho español*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 19/2007 1. Editorial Aranzadi. Navarra. Págs. 417 a 445.
- Smiers, J. (2006). *Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*. Editorial Gedisa. Barcelona.

- Smiers, J. y Van Schijndel, M. (2008). *Imagine...No copyright*. Editorial Gedisa.. Barcelona.
- Sunstein, Cass R. (2003). *República.com. Internet, democracia y libertad*. Paidós. Barcelona.
- Torres Fueyo, J. de (2007). *Medidas cautelares en propiedad intelectual: requisitos, cuestiones procesales y particularidades en la gestión colectiva*. *Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. Nº25. Enero-Abril 2007. Bercal, S.A. Págs. 45 a 121.
- Zaragoza, J. *Francfort, el gran mercado persa*. En *Delibros*. Pág. 137.
- Xalabader Plantada,, R. (2006). *Las Licencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright?* UOCpapers. Revista sobre la sociedad del conocimiento. Número 2. Barcelona. ISSN 1885-1541. Artículo también disponible en línea: <http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf>
- Xalabarder Plantada, R. (2007). *Infracciones de propiedad intelectual y responsabilidad de los servidores en Internet (ISP)*. Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento. Número 21/2007 3. Págs. 437 a 460.
- Wall. D.S. (2001). *Crime and the Internet*. London. Routledge. Reedición 2004.

Figuras

- Fig. 1: Clasificación de los grupos mundiales en 2000 (A.A.V.V. *Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación. Las industrias culturales en la era digital*. Editorial Gedisa. Barcelona. 2003. Pág. 248.)
- Fig. 2: Evolución del DVD. Unidades 2000-2007 (*Cahiers du Cinema. España*, nº 18. Centro de Investigación del Mercado, el Entretenimiento y la Cultura.2008)
- Fig. 3: Evolución del DVD. Ventas 2000-2007 (*Cahiers du Cinema. España*, nº 18.Centro de Investigación del Mercado, el Entretenimiento y la Cultura. 2008)
- Fig. 4: Operadores internacionales. Cine (Elaboración propia)
- Fig. 5: Operadores nacionales. Cine (Elaboración propia)
- Fig. 6: Operadores internacionales. Música (Elaboración propia)
- Fig. 7: Operadores nacionales. Música (Elaboración propia)
- Fig. 8: Cuadro de Descargas de canciones en España a través de las P2P. 2005-2007. Fuente: Elaboración propia (a partir de González Gozalo, A. (2008) *La propiedad intelectual y la protección de datos de carácter personal*. *Pe.i*. Revista de Propiedad Intelectual. Nº28. Enero-Abril 2008. Bercal ,S.A. Pág.15; y www.sgae.es/recursos/boletines/marzo_2008/generalista/news3.htm)

-Fig. 9: Cuadro de Progresión de socios de la SGAE. 2003-2007 (Memoria de la SGAE 2007): http://www.sgae.es/recursos/informes/memoria_2007/index.html)

-Fig. 10: Cuadro de Reparto de derechos. Usos de repertorio. 2000-2007 (Memoria SGAE 2007): http://www.sgae.es/recursos/informes/memoria_2007/index.html)

-Fig. 11: Cuadro Liquidaciones. 2001-2007 (Memoria SGAE 2007 (Memoria SGAE 2007): http://www.sgae.es/recursos/informes/memoria_2007/index.html)

-Fig. 12: Cuadro ingresos sociales SGAE 2003-2007 (Memoria SGAE 2007: http://www.sgae.es/recursos/informes/memoria_2007/index.html)

-Fig. 13: Cuadro Ingresos por actividad. 2003-2007 (Memoria SGAE 2007: http://www.sgae.es/recursos/informes/memoria_2007/index.html)

-Fig. 14: Cuadro de tarifas por copia privada (Martín Villarejo, A.(2006). *Reflexiones sobre el denominado <<canon por copia privada>>. Análisis jurídico y aclaraciones de aspectos esenciales*. Revista *La Ley*. AÑO II. Número 4.)

Webgrafía

www.OMPI.org (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual)
www.WTO.org (Acuerdo sobre los ADPIC - *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* - , Marrakech, 1994)
www.napster.com
www.mcu.es/libro
www.mcu.es/música
www.mcu.es/cine
www.imdb.com
www.apple.com
www.festival.sundance.org/2009/
www.filmotech.com
www.google.es
www.los40.com
www.inrainbows.com
www.amazon.com
www.casadellibro.com
www.radiohead.com/deadairspace/
www.tiroenlacabeza.com
www.mtv.es
www.sgae.es
www.damautor.es
www.egeda.es
www.aisge.es
www.cedro.org

www.aie.es
www.vegap.es/ES
www.promusicae.org
www.todoscontraelcanon.es
www.caimanediciones.com
www.filmin.es
www.lacentraldigital.com
www.ifpi.org
www.accine.com
www.cine.com
www.yodecido.com
www.pixbox.com
www.videoclub.Carrefour.com
<http://www.google.es/books?hl=es>
www.limewire.com
www.morpheus.com
<http://freenet.sourceforge.net/>
www.groove.nnat
<http://www.emule-project.net/>
<http://www.riaa.com/PDF/Court512aRuling.pdf>
www.youtube.com
www.myspace.com
www.spotify.com

Memorias

http://www.sgae.es/recursos/informes/memoria_2007/index.html
www.sgae.es/recursos/boletines/marzo_2008/generalista/news3.htm

Artículos periodísticos

El País el 23 de abril de 2008

(http://www.elpais.com/articulo/cultura/SGAE/gana/2007/pese/pirateia/elpepicul/20080423elpepicul_6/Tes)