

LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 32 DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. LA CITA (Y EN ESPECIAL LAS RECOPIACIONES PERIÓDICAS) Y LA ILUSTRACIÓN DE LA ENSEÑANZA

por Nerea SANJUÁN RODRÍQUEZ
Abogado
Cableuropa, S.A.U. (ONO)

RESUMEN:

El artículo 32 del TRLPI ha sido ampliamente modificado por la Ley 23/2006, con el objeto de transponer la Directiva 2001/29/CE y también de resolver algunos conflictos surgidos a nivel nacional en torno a la aplicación práctica de las excepciones reguladas en dicho precepto. En cuanto a la excepción de cita, recogida en el artículo 32.1 del TRLPI, se crea un régimen jurídico específico para la actividad de recopilación de artículos periodísticos, de acuerdo con el cual se otorga a los autores de esas obras una facultad de oposición expresa a su uso en dicho contexto y, en caso de no oponerse, se les otorga un derecho a una remuneración equitativa. Por otra parte, se añade un nuevo apartado 2 al artículo 32 del TRLPI para incluir la nueva excepción de ilustración para la enseñanza, a su vez prevista en el artículo 5.3.a) de la Directiva 2001/29/CE. La redacción de esta nueva excepción permite —de forma bastante más restrictiva que la propuesta por el legislador comunitario— la realización de determinados actos de explotación de pequeños fragmentos de obras ajenas (u obras plásticas o fotográficas aisladas) por profesorado de educación reglada y en las aulas, en condiciones muy restringidas. Tanto el nuevo régimen aplicable a las recopilaciones periódicas como la nueva excepción de ilustración de la enseñanza plantean importantes conflictos interpretativos. En concreto, respecto de la primera, el principal problema se centra en la determinación de quienes están legitimados para ejercer la facultad de oposición o recibir la remuneración equitativa que prevé el artículo 32.1. En cuanto a la segunda excepción, los problemas se centran en la interpretación de su lenguaje poco preciso, respecto del que una aplicación muy estricta podría vaciar de contenido la misma.

PALABRAS CLAVE:

Cita, recopilaciones periódicas, reseña, revista de prensa, *press clipping*, mera reproducción, oposición expresa, remuneración equitativa, ilustración de la enseñanza, educación reglada, obras aisladas, regla de los tres pasos.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO LEGISLATIVO COMUNITARIO Y NACIONAL. 1. NORMATIVA COMUNITARIA: EL ARTÍCULO 5.3 DE LA DIRECTIVA 2001/29/CE. 2. DERECHO ESPAÑOL: EL NUEVO ARTÍCULO 32 DEL TRLPI. III. CITA, ANÁLISIS, COMENTARIO O JUICIO CRÍTICO. IV. RECOPIACIONES PERIÓDICAS. 1. ANTECEDENTES DE LA NUEVA REGULACIÓN. 1.1. *Cuestión previa: definiciones*. 1.2. *Antecedentes legislativos*. 1.3. *Caso Gedeprensa*. 1.4. *Antecedentes jurisprudenciales*. 2. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO. 2.1. *Mera reproducción*. 2.2. *Finalidad comercial*. 2.3. *Oposición expresa del autor*. 2.4. *Remuneración equitativa*. V. ILUSTRACIÓN DE LA ENSEÑANZA. 1. ORÍGENES DE ESTA NUEVA EXCEPCIÓN. 2. CARACTERÍSTICAS GENERALES. 2.1. *Beneficiarios de la excepción*. 2.2. *Objeto de la excepción: derechos y obras afectados*. 2.3. *Finalidad de ilustración*. 2.4. *Otros requisitos*. VI. CONCLUSIONES.

TITLE: THE NEW WORDING OF ARTICLE 32 OF THE INTELLECTUAL PROPERTY ACT. QUOTATIONS (IN PARTICULAR, PERIODICAL COMPILATIONS) AND ILLUSTRATION FOR TEACHING.

ABSTRACT: Article 32 of the TRLPI has been extensively modified by Act 23/2006, with the purpose of implementing Directive 2001/29/CE and also with the intention of solving some conflicts emerged at national level in respect to the practical application of the exceptions ruled in that article. As far as the exception of quotations is concerned, article 32.1 of the TRLPI develops a specific legal regime for the activity of compilation of press articles. According to this regime, authors of those articles are allowed to expressly oppose to the use of their works for that specific purpose and, in case such opposition is not exercised, they shall receive an equitable remuneration. On the other hand, a new section 2 is added to article 32 of the TRLPI in order to include a new exception related to illustration for teaching, as also provided in article 5.3.a) of the Directive 2001/29/CE. The drafting of this new exception allows —more restrictively than as proposed by the European legislator— certain acts of exploitation of small extracts of third party works (or isolated visual or photographic works) by teachers of official education and in the classrooms, in very specific conditions. Both the new regime for periodical compilations and the new exception of illustration for teaching create some important interpretation issues. In particular, regarding the former, the main problem concentrates on identifying the individuals or entities that are legitimated to oppose or, alternatively, to receive an equitable remuneration, as set out in article 32.1. As

far as the second exception is concerned, the problems focus on the interpretation of its vague language. If that interpretation is very strict, this exception could be emptied of content.

KEYWORDS: Quotation, periodical compilations, review, press magazine, press clipping, mere reproduction, express opposition, equitable remuneration, illustration for teaching, official education, isolated works, three-steps rule.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. COMMUNITARIAN AND NATIONAL LEGISLATIVE FRAMEWORK. 1. EUROPEAN UNION NORMS: ARTICLE 5.3 OF DIRECTIVE 2001/29/CE. 2. SPANISH LAW: NEW ARTICLE 32 OF THE TRLPI. III. QUOTATIONS, ANALYSIS, COMMENT OR CRITICAL JUDGEMENT. IV. PERIODICAL COMPILATIONS. 1. PRECEDENTS OF NEW RULING. 1.1. *Preliminary issue: definitions.* 1.2. *Legal precedents.* 1.3. *Gedeprensa Case.* 1.4. *Judicial precedents.* 2. NEW LEGAL REGIME. 2.1. *Mere reproduction.* 2.2. *Commercial purpose.* 2.3. *Express opposition of the author.* 2.4. *Equitable remuneration.* V. ILLUSTRATION FOR TEACHING. 1. ORIGINS OF THIS NEW EXCEPTION. 2. GENERAL CHARACTERISTICS. 2.1. *Beneficiary of this exception.* 2.2. *Scope of the exception: rights and works affected.* 2.3. *Purpose of illustration.* 2.4. *Other requirements.* VI. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las importantes novedades introducidas en el régimen jurídico español de propiedad intelectual por la *Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril* («Ley 23/2006») destacan especialmente las modificaciones al **artículo 32 («Citas y Reseñas»)** de dicho texto refundido («TRLPI»).

El objetivo primordial del conjunto de la Ley 23/2006 es transponer al Derecho español la *Directiva 2001/29/CE/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información* («Directiva 2001/29/CE»), cuya finalidad —como su propio título indica— es armonizar los derechos de autor y afines en el marco de los retos que plantean las nuevas tecnologías de la información a los regímenes jurídicos de propiedad intelectual en los distintos Estados Miembros. En particular, el nuevo artículo 32 del TRLPI pretende llevar a cabo esa armonización con respecto a las excepciones y limitaciones al ejercicio de los derechos de autor y afines en materia docente, de investigación y enseñanza, que la Directiva 2001/29/CE regula en su artículo 5.3.

No obstante, existe otra importante motivación que ha incitado la modificación del artículo 32 del TRLPI. A raíz fundamentalmente de la presión ejercida por los medios de comunicación, el legislador español ha modificado la regulación de la actividad de recopilación periódica de artículos periodísticos, también llamada *press clipping*, que el artículo 32.1 del TRLPI incluía e incluye en la excepción de cita.

El presente trabajo pretende analizar tanto el tenor literal de esas modificaciones al artículo 32 del TRLPI, como los antecedentes legales y de otra naturaleza de las mismas, y todo ello de forma comparada con la propuesta de redacción del legislador comunitario para este tipo de excepciones, recogida en el artículo 5.3 de la Directiva 2001/29/CE, y que, como se constatará a lo largo de las próximas páginas, difiere de forma sustancial del régimen jurídico español. Asimismo, se analizan los problemas interpretativos y de aplicación práctica que plantea esta nueva normativa, y ello desde una perspectiva general, es decir, sin adentrarnos en el ámbito específico del entorno digital, cuyo análisis exhaustivo requeriría un estudio dedicado específicamente a esta cuestión.

II. MARCO LEGISLATIVO COMUNITARIO Y NACIONAL

1. NORMATIVA COMUNITARIA: EL ARTÍCULO 5.3 DE LA DIRECTIVA 2001/29/CE

El artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE regula el conjunto de excepciones y limitaciones a los derechos de autor y afines que el legislador propone a los Estados Miembros, con el objeto de armonizar el régimen jurídico aplicable a las mismas a nivel comunitario. En concreto, el apartado 3 de dicho artículo 5 establece una lista exhaustiva de quince excepciones y limitaciones al ejercicio de los derechos de reproducción y comunicación pública y, en la medida que le sea aplicable, al derecho de distribución, cuya transposición a Derecho nacional —de forma total o parcial— es optativa para los Estados Miembros, lo cual ya es problemático en sí mismo a los efectos de su armonización, como se constata a continuación.

Entre las excepciones y limitaciones enumeradas en el artículo 5.3 de la Directiva se incluyen las relativas a la docencia, investigación y enseñanza, las cuales también regula el nuevo artículo 32 del TRLPI. En particular, el artículo 5.3.a) de la Directiva regula la excepción de ilustración con fines educativos y de investigación científica (nuevo artículo 32.2 del TRLPI). El apartado c) de ese mismo artículo 5.3 regula la excepción relativa a la publicación de artículos periodísticos sobre temas de actualidad (actual artículo 32.1.2.º del TRLPI), que el legislador comunitario trata conjuntamente con el uso de informaciones sobre acontecimientos de actualidad (aunque en Derecho español, por el contrario, está recogida en el artículo 33 del TRLPI). Por último, en su apartado

d), el artículo 5.3 prevé la excepción de cita con fines de crítica o reseña (artículo 32.1.1.º y primera parte del artículo 32.1.2.º del TRLPI)¹.

Tal y como expone el legislador comunitario en los Considerando 31 y Considerando 32 de la Directiva, el objetivo de este artículo 5 y, en particular, de sus apartados 2 y 3, es homogeneizar el régimen de las excepciones y limitaciones al derecho de autor y derechos afines a nivel comunitario, respetando en la medida de lo posible la tradición jurídica —profundamente arraigada— de los distintos Estados Miembros. De ahí que la transposición de dicho régimen, de forma total o parcial, es opcional para éstos.

Con todo, el legislador comunitario afirma que **la normativa comunitaria en materia de excepciones y limitaciones a los derechos de autor y afines pretende garantizar el justo equilibrio entre el ejercicio exclusivo de tales derechos por sus titulares y los intereses de los beneficiarios de dichas excepciones y limitaciones**, el cual —apunta L. GUIBAULT²— está actualmente más en peligro que nunca, debido a la facilidad y rapidez con que la tecnología digital permite acceder y utilizar todo tipo de información y contenidos relativos a obras protegidas por derechos de autor y afines. Es por ello que el legislador comunitario también ha realizado un importante esfuerzo por adaptar esta regulación a los importantes retos que plantean las nuevas tecnologías digitales en cuanto al ejercicio y protección de los derechos de propiedad intelectual.

En lo que se refiere a ese equilibrio entre derechos e intereses *a priori* opuestos, es importante tener presente que concretamente en el sistema jurídico español, así como en gran parte de los países comunitarios, ese equilibrio es esen-

¹ «...

a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida;

[...]

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

...d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido;

...».

² GUIBAULT L., *Naturaleza y alcance de las limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital*. e.Boletín de derecho de autor, octubre-diciembre 2003. Pág. 1.

cial en la medida en que tanto los primeros como la mayor parte de los segundos están protegidos constitucionalmente. En España, los derechos de autor y afines están protegidos en el marco de los derechos fundamentales a la propiedad y a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica [artículos 17 y 20.1.b) de la Constitución Española de 1978]. Por su parte, los intereses de los beneficiarios de esas excepciones y limitaciones, al menos en lo que se refiere al artículo 32, están en gran parte protegidos en el ámbito de la libertad de expresión, el derecho a la información y, principalmente, el derecho a la educación y el principio de acceso a la cultura [artículos 20.1.a), 20.1.d), 27 y 44 de la Constitución Española de 1978].

A pesar de las buenas intenciones del legislador comunitario, la Directiva no ha conseguido alcanzar su objetivo armonizador. El motivo principal está en que, como ya se ha indicado, se permite a los Estados Miembros optar por la transposición de todas, algunas o ninguna de las excepciones y limitaciones previstas en los artículos 5.2 y 5.3 de la Directiva, y además se les otorga libertad para decidir los términos en que se llevará a cabo esa transposición. Teniendo en cuenta que la redacción de esos artículos 5.2 y 5.3 es muy amplia, esa transposición podrá diferir y de hecho ha variado entre un Estado Miembro y otro. En la práctica, aunque en algunos casos se ha optado por incorporar a los regímenes nacionales excepciones previstas en la Directiva y que no existían previamente en dichos países, la mayoría de los Estados Miembros ha preferido modificar en lo mínimo imprescindible el régimen de excepciones y limitaciones que ya contemplaban sus respectivos sistemas jurídicos, con el único objetivo —en la mayoría de los casos— de adaptarlo a las necesidades de la sociedad de la información, en los términos planteados por la Directiva. Así lo constata el Informe Final elaborado por L. GUIBAULT, G. WESTKAMP y otros autores para la Comisión Europea sobre la transposición de la Directiva 2001/29/CE³.

En España, al igual que en la mayoría de los países comunitarios, se ha conservado en gran medida el régimen de limitaciones y excepciones a los derechos de autor y afines⁴ que ya existía con anterioridad a la aprobación de la Directiva,

³ L. GUIBAULT, G. WESTKAMP, T. RIEBER-MOHN, P.B. HUGENHOLTZ, (et al.), *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, Informe para la Comisión Europea, DG Mercado Interior, Febrero 2007. Instituto del Derecho de Información. Universidad de Ámsterdam (Holanda). Pág. 39 y siguientes.

⁴ Es importante señalar que aunque los límites a los derechos de propiedad intelectual, incluido el artículo 32 objeto de este estudio, estén regulados en el Libro I del TRLPI, relativo sólo a los derechos de autor, esos límites son asimismo aplicables a los derechos afines (salvo en lo que se refiere al límite previsto en el artículo 37), tal como prevé el artículo 132 del TRLPI, contenido en el Libro II del TRLPI, que regula los «[...] otros derechos de propiedad intelectual y la protección *sui generis* de las bases de datos», si bien esa aplicación lo es con carácter subsidiario y en lo que sea pertinente en cada caso. Por ello, cualquier referencia en este estudio a los límites a los derechos de autor deberá entenderse en el sentido de ser también aplicable a los derechos afines, en la medida en que les sea aplicable conforme con su naturaleza específica.

aunque con algunas modificaciones, como ocurre respecto del artículo 32 del TRLPI. Es más, en relación a este artículo 32, y como ya se ha apuntado, el legislador español se ha servido de esta modificación al TRLPI no tanto para transponer el tenor de la Directiva sino para —por su propia iniciativa y sin mandato comunitario— resolver problemas específicos planteados a nivel nacional, como el relativo a la regulación de las recopilaciones periódicas, antes mencionado, respecto del que se restringe la aplicación de la excepción de cita, en los términos y por los motivos que se exponen a lo largo del presente estudio.

2. DERECHO ESPAÑOL: EL NUEVO ARTÍCULO 32 DEL TRLPI

En cuanto a la nueva redacción del artículo 32 del TRLPI, en primer lugar, en lo que se refiere estrictamente a la **excepción o limitación de cita** —también llamada «derecho de cita»⁵—, su regulación continúa ubicada en el artículo 32.1 del TRLPI y en términos casi idénticos a los previstos con anterioridad a la aprobación de la Ley 23/2006. En consecuencia, la regulación a nivel nacional de esta excepción difiere en gran medida del régimen propuesto por el legislador comunitario en el artículo 5.3.d) de la Directiva 2001/29/CE, además de ser bastante más restrictivo.

Dado que la excepción de cita sólo ha sido ligeramente modificada por la Ley 23/2006, no nos detendremos a analizar la misma en profundidad, sino que en el siguiente Capítulo III sólo se hará referencia a esos aspectos concretos que la nueva Ley ha modificado. En definitiva, los problemas que plantean la aplicación e interpretación jurídica de esta excepción son prácticamente idénticos a los que existían con anterioridad a la entrada en vigor de esa nueva Ley, cuyo análisis no será objeto de este trabajo.

⁵ Al respecto de la naturaleza de estas limitaciones y excepciones y aunque su análisis no es objeto de este estudio, es importante aclarar que aunque las mismas, o al menos algunas de ellas, se suelen denominar comúnmente «derechos», sobre todo la cita, no se pueden considerar «derechos» en el sentido de los derechos patrimoniales y/o morales de autor previstos en el TRLPI, como no lo son ninguna de las prerrogativas referidas en el Capítulo II del Título III del Libro I del TRLPI. Este Capítulo II regula —como su propio título indica— «Límites» a los derechos de autor, es decir, restricciones al ejercicio de los mismos. En lo que se refiere a la terminología utilizada a la hora de identificar esos «Límites», doctrina y jurisprudencia utilizan tanto ese término como los términos «limitaciones» y/o «excepciones» indistintamente, por estar todos ellos recogidos en la propia legislación. A la hora de establecer una distinción entre unos y otros, J.F. ORTEGA DIAZ afirma, citando a R. CASAS VALLÉS, que se podría considerar como criterio diferenciador el que las excepciones no dan lugar a contraprestación económica, mientras que las limitaciones sí darían lugar a prestaciones económicas compensatorias. J.F. ORTEGA DÍAZ, *Las excepciones de cita e ilustración en el entorno judicial y digital: a propósito de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la adaptación de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. En *Pe.i: Revista de propiedad intelectual*, n.º 19, 2005. Págs. 71-98. Vid. R. CASAS VALLÉS, *Nota a la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, núm. 21 de Madrid, de 27 de Noviembre de 2003 (Caso «Aquellos Años»)*. Warner Chappell Music Spain y otros C. Unidad Editorial, S.A. En *Pe.i: Revista de propiedad intelectual*. n.º 15. 2003. Págs. 87-94.

Respecto de las **recopilaciones periódicas** en forma de reseñas o revistas de prensa, el segundo párrafo del artículo 32.1 del TRLPI mantiene inicialmente la regulación anterior a la entrada en vigor de la Ley 23/2006, en el sentido de asimilar este tipo de recopilaciones a la excepción de cita. No obstante, la segunda parte de ese mismo párrafo introduce una importante alteración al régimen aplicable a estas recopilaciones, concretamente en los supuestos en que las mismas se refieran a artículos periodísticos y se lleven a cabo con fines comerciales. En esos casos, el nuevo artículo 32.1.2.º del TRLPI establece una facultad de oposición expresa a favor de los autores, así como obliga a los creadores de esas recopilaciones a pagar una remuneración equitativa a aquellos autores que no se hubieran opuesto a ese uso de sus obras.

Esta nueva regulación de las recopilaciones periódicas de artículos periodísticos coincide en cierta medida con la prevista en el artículo 5.3.c) de la Directiva, aunque es bastante más restrictiva que esta última. No obstante, la Directiva la ubica en un ámbito totalmente distinto al TRLPI. Mientras en la primera, esta excepción se regula junto con los trabajos e informaciones de actualidad, en el TRLPI se articula en el ámbito de la cita⁶. La razón de esta diferente sistematización está en que, para el legislador español, esta excepción está vinculada a la actividad docente y de investigación, protegida en el marco del derecho a la educación y el principio de acceso a la cultura antes citados. Por el contrario, para el legislador comunitario, esta actividad estaría más bien vinculada a la actividad informativa, protegida en el ámbito de la libertad de expresión y el derecho a la información. Esta diferenciación podría tener implicaciones a la hora de la aplicación práctica de esta excepción, en función del peso que se dé a ambos tipos de derechos por los sistemas jurídicos nacionales.

Eso sí, en lo que se refiere a la creación de un régimen remuneratorio aplicable a la actividad de recopilaciones periódicas de artículos periodísticos, la normativa española se atiene a lo previsto en la Directiva 2001/29/CE, concretamente en sus Considerando 35 y Considerando 36, en los que se sugiere esta fórmula de compensación.

Todo ello, tanto los orígenes jurídicos como políticos y socio-económicos de este nuevo régimen jurídico, como los términos concretos del mismo, se analiza en detalle en el Capítulo IV siguiente.

Por último, el artículo 32.2 del TRLPI introduce como novedad en el sistema jurídico español la excepción de **ilustración para la enseñanza**, también pre-

⁶ Por su parte, en Derecho español, la excepción relativa a trabajos e informaciones de actualidad se regula en un artículo distinto al relativo a la cita, el artículo 33 del TRLPI. La redacción del TRLPI a este respecto tiene su origen en el Convenio de Berna de 19 de septiembre de 1886, y sucesivas modificaciones («Convenio de Berna») y, concretamente, en el artículo 10 bis del mismo, del cual no se hizo eco el legislador comunitario.

vista en el artículo 5.3.a) de la Directiva, pero de nuevo en términos más restrictivos que los propuestos por el legislador español. Esta nueva excepción a los derechos de autor y afines plantea igualmente problemas interpretativos y de aplicación práctica, entre otros motivos, debido al lenguaje jurídicamente impreciso utilizado en su redacción. Esta nueva categoría de excepción también se analiza en profundidad en el Capítulo V del presente estudio, debido a su carácter totalmente novedoso en el sistema jurídico español.

III. CITA, ANÁLISIS, COMENTARIO O JUICIO CRÍTICO

El «nuevo» artículo 32.1.1.º del TRLPI prevé:

«Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.»

Como ya se ha indicado en el presente análisis y como se deduce de la propia lectura del artículo 32.1.1.º, su redacción no introduce ninguna modificación sustancial a la regulación de la **excepción de cita** (es decir, la cita, el análisis y el comentario o juicio crítico).

La regulación de esta excepción está muy arraigada en la legislación española, puesto que proviene de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual («LPI de 1987»), la cual tiene a su vez sus antecedentes en el artículo 7.1 de la Ley de 10 de enero de 1879 de Propiedad Intelectual («LPI de 1879»). A nivel internacional, el origen de esta excepción estaba ya en el Convenio de Berna, concretamente en los apartados 1 y 3 de su artículo 10⁷.

Por ello, en este Capítulo III no se aborda el análisis de la excepción de cita en su conjunto, sino que únicamente se hace referencia a los mínimos cambios introducidos por la Ley 23/2006 en el artículo 32.1 del TRLPI, y se compara —en términos generales— el régimen jurídico español aplicable a dicha excepción de cita con la redacción propuesta por el artículo 5.3 d) de la Directiva 2001/29/CE.

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

«...3) Las citas y utilidades a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.»

En realidad, la única novedad introducida por la Ley 23/2006 al artículo 32.1.1.º del TRLPI consiste en **la eliminación del término «análogo»** al respecto de la enumeración del tipo de obras plásticas y fotográficas figurativas que pueden ser objeto de esta excepción. No se entiende la motivación de esta modificación, teniendo en cuenta que el artículo 5.3.d) de la Directiva 2001/29/CE ni tan siquiera distingue entre los tipos de obras que pueden ser objeto de cita, sino que únicamente se requiere que sea una «...obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público...».

En consecuencia, esta pequeña modificación introducida por la Ley 23/2006 sólo sirve para restringir aún más las categorías de obras que pueden ser objeto de la excepción de cita en el marco del artículo 32.1.1.º del TRLPI, puesto que ese término «análogo» parecía abrir la puerta cuanto menos a otro tipo de creaciones artísticas cercanas a las obras plásticas y fotográficas pero no automáticamente susceptibles de ser catalogadas como tales, y ello puede ser importante teniendo en cuenta la utilización cada vez mayor de nuevos soportes y formatos, incluidos los digitales, en la creación artística, tanto en el ámbito de obras plásticas como en la fotografía.

En definitiva, la regulación de la excepción de cita en la legislación española continua siendo mucho más restrictiva que la propuesta en el artículo 5.3.d) de la Directiva 2001/29/CE.

Así, como ya se ha mencionado, mientras que el régimen español enumera el tipo de obras que pueden ser objeto de cita (las obras escritas, sonoras, audiovisuales, plásticas y fotográficas figurativas), la regulación comunitaria no lleva a cabo una enumeración, sino que únicamente exige que las obras citadas hayan sido ya puestas a disposición del público.

Asimismo, el legislador español sólo permite la inclusión en la obra propia de fragmentos de esas obras ajenas y, en el caso específico de obras plásticas o fotográficas, sólo de obras aisladas. Por el contrario, la Directiva no restringe la «cantidad» de obra que puede ser utilizada en el contexto de la cita o si su uso debe referirse a «obras aisladas».

Por otra parte, el legislador comunitario no reduce el ámbito de la aplicación de la excepción de cita al «docente o de investigación», como hace el legislador español, sino que hace una referencia general a que la cita ha de tener fines de «crítica y reseña», que son conceptos mucho más amplios que la actividad docente y de investigación.

Por último, una vez más a diferencia del régimen jurídico español, el legislador comunitario permite que no se mencionen la fuente y nombre del autor cuando «resulte imposible» llevarlo a cabo. En este sentido, el legislador comunitario es consciente de las dificultades que en algunos casos supone la verifi-

cación de esos datos, principalmente al respecto de obras accedidas a través de Internet.

No obstante lo anterior, es importante señalar que la jurisprudencia española ha moderado, en cierta medida, el carácter tan restrictivo de la regulación de la excepción de cita, entre otros y principalmente, en lo que se refiere a la cita de obras plásticas o fotográficas en libros de texto. A este respecto, a lo largo de los últimos años se han sucedido varias decisiones judiciales, concretamente en el ámbito de las varias demandas interpuestas por VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN DE ARTISTAS PLÁSTICOS («VEGAP») contra diversas editoriales de libros de texto, por la inclusión en éstos de ese tipo de obras visuales. En todas las reclamaciones planteadas, los tribunales decidieron que la utilización de obras plásticas o fotográficas en libros de texto era lícita, independientemente del número y tipo de obras utilizadas, puesto que se realizaba en el marco de la excepción de cita del artículo 32.1 del TRLPI, y ello sin entrar a valorar la cantidad o modalidad de utilización de obras llevada a cabo⁸. En relación a otros tipos de obras, como son las obras musicales, la jurisprudencia española también ha cuestionado el carácter restrictivo de la excepción de cita⁹.

En este contexto y, en general, en lo que se refiere a la aplicación del conjunto de excepciones y limitaciones a los derechos de autor y afines previstas en el TRLPI, no se debe olvidar que el artículo 40 bis del TRLPI prevé una regla de interpretación de la aplicación de las mismas. Esta regla, lla-

⁸ La decisión más reciente a este respecto es la Sentencia núm. 108/2007, de 26 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª) relativa a un supuesto de reproducción de fragmentos de obras plásticas en una enciclopedia y en libros de texto. En este caso, VEGAP demandó a la editorial GRUPO ANAYA, S.A. por la utilización fragmentaria de obras de su repertorio en enciclopedias y libros de texto. El tribunal consideró que ese uso estaba amparado por la excepción de cita. En cuanto a la referencia a la cita de obras plásticas «aisladas», el tribunal entiende que la misma debe entenderse en el sentido de «algo suelto, individual, desprendido de un conjunto», lo cual no excluye la fragmentación. Otras decisiones judiciales en el mismo sentido son la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 31 de octubre de 2002 (VEGAP c. Editorial Barcanova, S.A.) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, núm. 26/2003, de 23 de diciembre (VEGAP c. Ediciones S.M. Fundación Santa María).

⁹ Así ocurre en el caso que enfrentó a determinadas editoras musicales (Warner Chappell Music Spain, S.A., Universal Music Publishing S.A. y otras) contra Unidad Editorial, S.A., en relación a la publicación por esta última de letras de canciones cuyos derechos de propiedad intelectual eran titularidad de las primeras (Caso «Aquellos Años»). En Sentencia de 27 de noviembre de 2003, el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid declaró, interpretando de una forma quizás demasiado laxa del artículo 32.1 del TRLPI (que además relaciona con el artículo 35 de esa misma Ley, con el que poco tiene que ver), que dado que la reproducción por la demandada se refiere a fragmentos de obras ajenas (se considera que la sola reproducción de la letra — sin la música— de obras musicales es una reproducción de «fragmentos» de éstas) y que dicha reproducción no había causado ningún perjuicio económico a los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre esas obras, su publicación por la demandada estaba protegida por la excepción de cita.

mada «**regla de los tres pasos**» (*three step rule*), también prevista en el artículo 5.5 de la Directiva y cuyo antecedente está en el artículo 9.2 del Convenio de Berna¹⁰, como explica R. CASAS VALLÉS¹¹, prevé que esa aplicación de las excepciones o limitaciones a los derechos de autor y afines no ha de suponer «...un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor...» ni podrán ir «...en detrimento de la explotación normal de las obras a las que se refieran».

Esta regla de los tres pasos, que debiera inspirar toda interpretación de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor y afines a cada caso concreto, sobre todo en los supuestos en que la redacción de la Ley utiliza conceptos ambiguos —como ocurre con el artículo 32.1.1.º— no ha estado muy presente en la jurisprudencia española, en particular en lo que se refiere a la aplicación e interpretación del artículo 32 del TRLPI. Ésta puede ser la razón de que el legislador español haya decidido mantener e incluso reforzar una regulación tan estricta de la excepción de cita, reiterando y redundando en lo establecido en ese artículo 40 bis¹².

Lo cierto es que, independientemente de las decisiones judiciales en la materia y de la aplicación o no de la regla de los tres pasos, de la lectura literal del artículo 32.1.1.º del TRLPI —tal como ligeramente modificado por la Ley 23/2006— se puede concluir que el régimen jurídico previsto en el mismo para la excepción de cita es incluso más restrictivo que el previsto por la normativa anterior a la entrada en vigor de dicha Ley y, en todo caso, mucho más rígido que el propuesto por el legislador comunitario en el artículo 5.3.d) de la Directiva 2001/29/CE, y ello a pesar de la existencia de la regla de los tres pasos y de los esfuerzos de flexibilización realizados por la jurisprudencia española en la materia, que el legislador nacional no ha tenido en cuenta.

¹⁰ «Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras [literarias y artísticas] en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor».

¹¹ Vid. Sup. R. CASAS VALLÉS. En *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...* Madrid 2007. Pág. 674.

¹² A pesar de los buenos propósitos del legislador, es importante señalar que ese reforzamiento legislativo puede llegar ser peligroso, puesto que llevado al extremo podría llegar a imposibilitar la aplicación práctica de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor y afines, o al menos de algunas de ellas. No se debe olvidar que el origen último de las excepciones a los derechos de autor y afines es equilibrar el carácter exclusivo del ejercicio de los derechos de autor y afines, protegidos constitucionalmente, con respecto del ejercicio de otros derechos y libertades constitucionales, los cuales no pueden quedar totalmente desprotegidos.

IV. RECOPIACIONES PERIÓDICAS

El nuevo artículo 32.1.2.º del TRLPI establece:

«Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseña o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite.»

Como ya se ha indicado en capítulos anteriores, *a priori* la regulación de la excepción relativa a **recopilaciones periódicas** en la forma de reseñas o revistas de prensa (contenida en el nuevo artículo 32.1.2.º del TRLPI) asimila inicialmente éstas a la excepción de cita, como ya hiciera la legislación anterior a la Ley 23/2006. No obstante, esta Ley introduce una importante modificación al régimen jurídico aplicable a las recopilaciones periódicas. Así, cuando esas recopilaciones periódicas cumplan determinados requisitos, es decir, (i) recopilen artículos periodísticos, (ii) esa recopilación consista básicamente en la mera reproducción de esos artículos y (iii) tenga fines comerciales; dichas recopilaciones no podrán asimilarse a la cita, sino que estarán sujetas a un régimen jurídico especial o *sui generis*, conforme al cual esa actividad de recopilación sólo se podrá llevar a cabo si no hubiera oposición expresa de los autores de los artículos reproducidos y, en caso de no haber oposición, mediando el pago de una remuneración equitativa a los autores de las obras recopiladas que la reclamen.

La introducción de este régimen jurídico especial en el artículo 32.1.2.º del TRLPI no sólo tiene su origen en la Directiva 2001/29/CE, sino también en la presión ejercida por las empresas editoriales y medios de comunicación que comercializan artículos periodísticos.

La realidad es que esta actividad, conocida comúnmente como *press clipping*¹³ en terminología anglosajona, y, en general, la labor de realización de recopilaciones periódicas de todo tipo de contenidos, se han visto enormemente facilitadas por el uso de los medios digitales y de Internet, como apunta S. CAPARRÓS DE OLMEDO¹⁴. Estos nuevos medios permiten acceder de forma

¹³ La actividad de *press clipping* consiste, esencialmente, en la elaboración de recopilaciones de noticias de prensa publicadas previamente por otros medios de comunicación, con base en criterios temáticos predeterminados. Vid. A. JIMÉNEZ, *Acceso a información periodística a través de servicios de press clipping*. En *Hipertext .net*, núm. 1, 2003. www.hipertext.net.

¹⁴ S. CAPARRÓS DE OLMEDO, *El Derecho de Cita y el Press Clipping*. En *Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual*. N. GINÉS CASTELLET Y C. BUGANZA. J.M. Bosch Editor, 2007. Pág. 89.

casi inmediata a un número ingente de contenidos, así como copiarlos y organizarlos con una gran rapidez, y al antojo de quien accede a los mismos, y todo ello casi en tiempo real. De este modo, se ha creado un «mercado secundario» de artículos periodísticos contenidos en publicaciones periódicas, que sus propios autores —o más bien las empresas editoriales y medios de comunicación— parecían no poder controlar ni tampoco obtener ningún beneficio al respecto, al menos hasta la aprobación de la Ley 23/2006, por estar dicha actividad amparada en su totalidad en la excepción de cita, salvo en la medida en que se considerase limitada por el artículo 40 bis del TRLPI. De ahí esa fuerte presión por regular este fenómeno desde la perspectiva de la legislación de propiedad intelectual.

1. ANTECEDENTES DE LA NUEVA REGULACIÓN

1.1. *Cuestión previa: definiciones*

La regulación de la actividad de **recopilación periódica** en el marco de la excepción de cita del artículo 32 del TRLPI proviene de la LPI de 1987. A su vez, esta regulación tiene su origen en el propio Convenio de Berna, concretamente el apartado 1 de su artículo 10, el cual en sí mismo ya plantea problemas interpretativos, tal y como apunta S. RICKETSON¹⁵.

Tanto la norma española como la internacional asimilan las recopilaciones periódicas a la cita, con la diferencia de que esa actividad recopilatoria no está sujeta *a priori* a las restricciones exigidas legalmente para la aplicación de la excepción de cita, en concreto, en lo que se refiere a que no se exige que su finalidad sea docente o de investigación, así como que se utilicen dichas recopilaciones sólo en la medida justificada para el fin al que se destinan. De hecho, los únicos requisitos exigidos a las recopilaciones periódicas para ser equiparadas a la «cita», salvo en el caso de recopilaciones de artículos periodísticos, son la periodicidad en su elaboración, y que el formato de recopilación sea a modo de «reseñas» o «revistas de prensa».

La interpretación de estos conceptos ha planteado y continúa planteando problemas, puesto que ni el término «reseña» ni la expresión «revista de prensa» aparecen definidos en el texto legal que las regula, ni tampoco existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial respecto a su significado, sobre todo en cuanto a la segunda categoría aunque, como veremos, existen decisiones judiciales recientes que comienzan a aportar algo más de luz a esta cuestión.

¹⁵ S. RICKETSON, *Estudio OMPI sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital*. Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos el entorno digital. 9.ª Sesión. Ginebra, 23-27 junio 2003. <http://www.wipo.int>.

En cuanto a las «reseñas», desde un punto de vista estrictamente lingüístico, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española (Vigésima Edición) de la Real Academia Española («RAE»)¹⁶ y a los efectos del artículo 32, se puede definir como «Noticia y examen de una obra literaria o científica». A nivel doctrinal, J.M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMAN¹⁷ consideran que las reseñas consisten en escritos que dan noticia de algo, incluyendo algún tipo de crítica o comentario, y que son difundidos en publicaciones periódicas. Por su parte, C. PÉREZ DE ONTIVEROS¹⁸ afirma que «[N]ormalmente la reseñas aparecen a título informativo al final de determinadas publicaciones, ofreciendo un resumen a efectos de dar noticia de lo consignado en otra revista o periódico», y siempre respecto de obras aparecidas con anterioridad. Por tanto, se puede concluir que la doctrina considera que la actividad de crear reseñas conlleva una labor creativa de análisis y/o resumen de lo ya publicado. Debido a esa labor creativa adicional que requieren las reseñas, su regulación en el marco de la excepción de cita no ha planteado mayores problemas.

Por el contrario, sí ha planteado problemas la regulación de las «revistas de prensa», hasta el punto de que ha dado lugar al régimen jurídico *sui generis* del artículo 32.1.2.º, en lo que se refiere a la recopilación de artículos periodísticos. De hecho, ni la RAE ni la legislación en la materia definen lo que ha de entenderse por «revistas de prensa». Por el contrario, la doctrina sí que ha realizado un esfuerzo importante por definir este término, como apunta B. RIBERA BLANES¹⁹, quien se decanta por la definición de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, según la cual las «revistas de prensa» consisten en «...la publicación de extractos, resúmenes o, en su caso, partes relevantes de artículos ya publicados en otros periódicos y revistas...»²⁰, concluyendo además que este concepto debe ser entendido en todo caso de forma más amplia que el de la «reseña».

La jurisprudencia se ha visto también obligada a analizar este concepto en varias ocasiones. Destaca la **Sentencia de 12 de junio de 2006** del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid emitida en el caso que enfrentó a las empresas Unidad Editorial, S.A. y Mundos Interactivos, S.A., responsables del periódico «El Mundo», con la entidad Periodista Digital, S.L. en relación a la página web

¹⁶ www.rae.es.

¹⁷ J.M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMAN, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual: (Texto refundido, R.D. Leg. 1/1996, de 12 de abril)*. Edit. Civitas. Madrid 1997. Pág. 173.

¹⁸ Vid. Sup. C. PÉREZ DE ONTIVEROS. En *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...* Madrid 2007. Pág. 594.

¹⁹ B. RIBERA BLANES, *Recopilaciones periódicas, reseñas, revistas de prensa y press clipping*. En *Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías: incidencias por la ley 23/2006, de 7 de julio*. Coord. J. A. MORENO MARTINEZ. Edit. Dykinson, 2008 [Págs. 437-481]. Pág. 444.

²⁰ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch. 2003. Pág. 103.

de la demandada www.periodistadigital.com («Caso periodistadigital»), aunque fue revocada parcialmente en segunda instancia²¹.

En dicha sentencia, el tribunal pone de manifiesto que para poder aplicar correctamente la excepción de cita a las revistas de prensa es preciso, en primer lugar, definir claramente el concepto de «revista de prensa». A este respecto, el Juzgado de lo Mercantil también recurre a la definición doctrinal propuesta por C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO²², de acuerdo con la cual esas revistas consisten en «...la publicación por un periódico de artículos ya publicados en otro, los cuales pueden ser incluidos en su integridad mediante la realización de una selección de éstos». Añade el tribunal una característica adicional a esta definición, en el sentido de afirmar que esas recopilaciones han de estar constituidas en su mayoría o en su totalidad por artículos ajenos, como constata también R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO²³.

Más recientemente y en un entorno algo distinto, destaca el conocido caso —por su repercusión mediática— que enfrentó a Gestevisión Telecinco, S.A. contra La Sexta, S.A. («Caso *Sé lo que hicisteis*»), el cual ha aportado algo de luz a la cuestión en lo que se refiere a identificar aquellos contenidos que pueden ser considerados objeto de recopilación periódica en el marco de las «revistas de prensa». En concreto, en este caso se solicitaba al tribunal que determinara si el uso de imágenes de programas de televisión de Telecinco por La Sexta en sus programas de *zapping* y *magazines* y, principalmente, en los programas «*Sé lo que hicisteis*» y «*El intermedio*»²⁴ infringía los derechos de propiedad intelectual de la demandada, o bien esa utilización estaba amparada en las excepciones al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual previstas en los artículos 32, 33 y 35 del TRLPI.

En **Sentencia de 15 de septiembre de 2008**, el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona estimó parcialmente la demanda, concluyendo que la actuación de La Sexta no se puede subsumir en ninguna de las excepciones alegadas por la demandada. En concreto, en cuanto a la aplicación de la excepción de cita, el tribunal entiende que no es admisible, puesto que los fragmentos de programas de la demandante utilizados por La Sexta difícilmente pueden equipararse a «artículos periodísticos» y, en consecuencia, los programas de televisión de la demandada objeto de conflicto no pueden ser asimilados.

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), de 6 de julio de 2007.

²² Vid. Sup. C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO. En *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*... Madrid 2007. Pág. 616.

²³ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de Propiedad Intelectual*... Vid. Sup. Pág. 103.

²⁴ Este programa, consiste, como tantos otros que existen actualmente en los distintos canales de televisión española, y llamados comúnmente programas de «zapping» o «magazines», en emitir fragmentos de programas ajenos con el objetivo de criticar o comentar el contenido de los mismos.

lables a las recopilaciones periódicas de artículos de prensa (artículo 32.1 del TRLPI)²⁵.

A su vez, en **Sentencia de 3 de mayo de 2010**, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la decisión de primera instancia²⁶. En cuanto a la aplicación de la excepción de cita, el tribunal afirma que **los fragmentos de programas de televisión, por su propia naturaleza «audiovisual», deben quedar fuera del ámbito del artículo 32.1.2.^o**, pues no son equiparables a los artículos periodísticos objeto del mismo. En este sentido, entiende el tribunal que se debe descartar una interpretación amplia del artículo 32.1.2.^o del TRLPI, por tratarse de un supuesto excepcional dentro a su vez de una excepción al ejercicio de derechos exclusivos²⁷.

De este modo, la jurisprudencia en el Caso *Sé lo que hicisteis* parece dejar fuera de la actividad de revista de prensa los contenidos periodísticos audiovisuales, como son los fragmentos de telediarios o programas de actualidad. Esta interpretación podría resultar demasiado restrictiva, pero lo cierto es que este razonamiento también parece subyacer en la decisión del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid en **Sentencia de 13 de abril de 2009**, en el caso que ha enfrentado a un gran número parte de las publicaciones periódicas españolas nacionales y locales, así como a editoriales y grupos de comunicación²⁸, con una empresa de *press clip-*

²⁵ Además, en cuanto a la excepción de cita, el Juzgado de lo Mercantil afirma que tampoco es aplicable puesto que la finalidad de la actuación de la demandada no es el «juicio o comentario crítico», como requiere el artículo 32.1 del TRLPI, ni tiene como fin último una «finalidad docente o de investigación», incluso si estos conceptos se interpretaran en sentido amplio, como propone La Sexta, incluyendo «fines educativos, culturales, investigadores e informativos». Por el contrario, el tribunal declara que el uso dado por La Sexta a esas obras ajenas tiene la clara finalidad de entretener y, en último término, de obtener un provecho comercial, lo cual difiere totalmente de la finalidad protegida por el artículo 32 del TRLPI.

²⁶ La Audiencia rechaza igualmente la aplicación a favor de La Sexta de la doctrina de los «actos propios» esgrimida por la demandada, y basada en que la propia Telecinco produce también programas de televisión en los que se insertan fragmentos de programas de otras cadenas. El tribunal considera que esa actuación no puede crear en sí misma un estado jurídico inalterable. De hecho, afirma que esa actividad podría llegar a estar amparada en alguna de las excepciones a los derechos de autor citadas, en la medida en que se lleve a cabo dentro de los límites legales establecidos por éstas, no habiéndose dado el caso.

²⁷ En cuanto a la finalidad del uso de esas imágenes, la Audiencia Provincial también confirma la interpretación de primera instancia, reiterando que el fin último de ese uso de imágenes ajenas no coincide con el protegido por la excepción de cita, que ha de ser siempre un fin docente o de investigación. En este sentido, la Audiencia Provincial considera que la restricción a que la finalidad de la cita sea docente o de investigación constituye una «medida lícita de la misma, conforme a una regla de proporcionalidad que expresamente establece el artículo 32, puesto en relación con el artículo 40.bis del TRLPI, el artículo 5.3 de la Directiva 2001/29/CE y con el artículo 10.1 del Convenio de Berna». De ahí su importancia y la dificultad de interpretarla de forma amplia.

²⁸ Entre las demandantes se encuentran La Vanguardia Ediciones, S.L., El Mundo Deportivo, S.A., Diario El País, S.L., Editorial Prensa Ibérica, S.A., Recoletos Grupo de Comunicación, S.A. y muchas otras, así como dos asociaciones de medios, cuya legitimación activa no se llegó a admitir.

ping, Documentación de Medios, S.A. («Caso Documentación de Medios»), y que se analiza posteriormente en este Capítulo IV.

En conclusión, la jurisprudencia nacional en la materia ha acotado el ámbito de la actividad de recopilación periódica, al restringir que tipo de obras puede ser objeto de la misma y, en consecuencia, de la excepción de cita en el marco de la «reseña» y la «revista de prensa» y, dentro de esta última, la que es susceptible de estar sometida al régimen especial vinculado a los artículos periodísticos, previsto en el artículo 32.1.2.º, cuyos términos se analizan en detalle seguidamente.

1.2. Antecedentes legislativos

En cuanto a los antecedentes legislativos de este nuevo régimen jurídico *sui generis* aplicable a las recopilaciones periódicas, los antecedentes inmediatos se encuentran en el artículo 5.3.c) de la Directiva 2001/29/CE²⁹. Asimismo, el legislador español ha tenido en cuenta la Directiva en lo que respecta a la posibilidad de remuneración equitativa a los autores, que la norma comunitaria prevé en sus **Considerando 35** y **Considerando 36** para algunos supuestos de excepciones o limitaciones al derecho de autor facultativas, como son las previstas en el mencionado artículo 5.3³⁰.

No obstante, como ya se ha mencionado en varias ocasiones, existe unanimidad doctrinal a la hora de considerar que, a pesar de la propuesta comunitaria, la razón principal por la que la Ley 23/2006 prevé este nuevo régimen *sui generis* respecto de las recopilaciones periódicas de artículos periodísticos está

²⁹ No obstante, como ya se ha apuntado en el Capítulo I, el legislador comunitario —a diferencia del español— reúne en esta disposición la excepción de recopilaciones periódicas con la excepción de trabajos de actualidad, y las aparta de la excepción de cita. Por su parte, en Derecho español estas dos excepciones se han mantenido y se mantienen reguladas en disposiciones distintas (artículos 32 y 33 del TRLPI, respectivamente) en línea con el Convenio de Berna.

³⁰ «...

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

(36) Los Estados miembros pueden prever una compensación equitativa a los titulares de los derechos también cuando apliquen las disposiciones facultativas relativas a las excepciones o limitaciones que no requieren dicha compensación.

...»

más bien en la fuerte presión ejercida por las empresas periodísticas y los medios de comunicación, en general, respecto de una actividad como la de elaboración de recopilaciones periódicas (*press clipping*) que es cada vez más importante desde un punto de vista económico, en gran medida por la utilización cada vez mayor de las nuevas tecnologías de la información en su elaboración. De otro modo no se explicaría por qué el nuevo régimen *sui generis* creado por el artículo 32.1.2.º sólo se refiere a recopilaciones de artículos periodísticos, y no a otro tipo de contenidos de prensa o de medios de comunicación.

La presión ejercida por esas empresas y medios de comunicación se ha materializado tanto en sucesivas reclamaciones judiciales y administrativas contra los usuarios de sus contenidos en el formato de recopilaciones periódicas, como a través de una tentativa de creación de una entidad de gestión y cobro de remuneraciones por esas utilidades, como se explica en el siguiente apartado.

1.3. Caso Gedeprensa

La iniciativa de las empresas y medios de comunicación españoles de creación de una entidad de gestión de las remuneraciones derivadas de la actividad de *press clipping* llevada a cabo por terceros, con la preceptiva autorización de la autoridad de la competencia, ha sido uno de los mecanismos más efectivos utilizado por dichas empresas para llamar la atención sobre la problemática de ese «mercado secundario» surgido entorno a la explotación de artículos periodísticos.

El 25 de octubre de 2002, las principales empresas del sector periodístico español³¹ presentaron ante el Servicio de Defensa de la Competencia una *Solicitud de declaración de no inclusión entre las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* («LDC»), Ley actualmente derogada, y, subsidiariamente, una *Solicitud de Autorización Singular*, de acuerdo con el artículo 4 de esa misma LDC, respecto de un «Contrato Marco relativo a la creación de una Entidad Gestora de Derechos de Propiedad Intelectual para la elaboración de Resúmenes de Prensa» («Acuerdo Marco»), denominada Gestora de Derechos de Prensa, S.A. («Gedeprensa»), celebrado por dichas empresas con el objetivo de crear una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, encargada de administrar las remuneraciones recibidas de terceros usuarios, principalmente empresas de *press clipping*, por la elaboración y explotación de resúmenes de prensa que incluyeran contenidos publicados por esas empresas («Caso Gedeprensa»).

Por su parte, la Dirección General de Defensa de la Competencia consultó al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte al respecto de si la constitución de

³¹ Corporación de Medios de Nuevas Tecnologías, SLU, Unión Editorial, S.A., Prisacom, S.A., Recoletos Grupo de Comunicación, S.A. y Grupo Godó de Comunicación, S.A.

una entidad gestora de esa naturaleza debería someterse a los requisitos de constitución previstos por el artículo 147 del TRLPI para las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual reguladas en dicha Ley. El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte informó que en la medida en que esa entidad no pretendía gestionar derechos de gestión y/o remuneración colectiva obligatoria, que el TRLPI exige se realice a través de ese tipo especial de entidades de gestión, su constitución no debía someterse a esos requisitos legales. No obstante, al no poder ser considerada «entidad de gestión» de acuerdo con el TRLPI, la referida entidad no podría utilizar esa denominación.

Excluida la aplicación del artículo 147 del TRLPI, y tras considerar que la propuesta de determinación de tarifas y demás conceptos de remuneración a gestionar por esa nueva entidad, que planteaban las solicitantes, podrían ser considerados lícitos desde la perspectiva de la legislación de competencia, el Servicio de Defensa de la Competencia («SDC») emitió un Informe concluyendo que la solicitud de autorización singular realizada respecto de ese Acuerdo Marco «...podría ser considerada como una cooperación lícita desde el punto de vista de la legislación de competencia, al amparo del artículo 3.1 de la Ley 16/1989...».

Por el contrario, el Tribunal de Defensa de la Competencia («TDC») decidió no autorizar el Acuerdo Marco mediante Resolución de 10 de mayo de 2004. Desde la perspectiva de la defensa de competencia, el Tribunal consideró, en primer lugar, que el referido Acuerdo Marco «...deriva en un conjunto de conductas prohibidas a la luz del art. 1 de la LCD...». En segundo lugar, declaró que esa conducta prohibida no puede ser autorizada de forma singular en el marco de las excepciones previstas en el artículo 3 de esa misma Ley, puesto que las empresas solicitantes no han probado que la constitución de esa entidad aporte mejoras o ventajas al sector que justifiquen su autorización, por lo que su aprobación supondría un detrimento a la libre competencia.

En materia de propiedad intelectual, el TDC entendió que, a pesar de la indefinición legal del término «resúmenes de prensa» utilizado en el ámbito del Acuerdo Marco (constatada también por la doctrina y la jurisprudencia, como ya se ha referido), se puede entender que éstos son equiparables a las «revistas de prensa» que, de acuerdo con el anterior artículo 32 del TRLPI, se equiparan a su vez al derecho de cita. En consecuencia, el TDC consideró que ese tipo de actividad debe considerarse incluida en la excepción de cita, por lo que no se justifica la creación de una entidad de gestión de una remuneración por un concepto, los resúmenes de prensa, cuya utilización es libre de acuerdo con el TRLPI.

La Resolución del TDC fue a su vez objeto de recurso contencioso-administrativo³² ante la Audiencia Nacional («AN»). En **Sentencia de 8 de febrero de 2008**, la AN estimó parcialmente dicho recurso, anulando la decisión del TDC por ser

³² Recurso contencioso-administrativo núm. 312/2004.

contraria a derecho. En su decisión, la AN confirma el contenido del Informe del SDC, al entender que la creación de Gedeprensa no sólo no es perjudicial, sino que podría ser ventajosa para el sector, puesto que supondría mejorar y optimizar la comercialización de los resúmenes de prensa en el marco de las tecnologías de la información. En conclusión, la AN entendió que el Acuerdo Marco cumplía los requisitos del artículo 3 de la LDC para obtener la autorización singular prevista en el mismo. No obstante, la AN tuvo que declarar la solicitud de autorización caducada, y ello en aplicación de la nueva Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, que había revocado la anterior LDC³³.

En materia de propiedad intelectual, la AN no se pronunció sobre las cuestiones de fondo que planteaba la aprobación del Acuerdo Marco, sino que simplemente se limitó a afirmar que la creación de una entidad de gestión de un derecho de autor —como es el vinculado a la reproducción de artículos de prensa— no encuentra impedimentos en el TRLPI, de acuerdo con el cual el ejercicio de derechos de autor puede ser llevado a cabo bien de forma individual o bien a través de una entidad de gestión colectiva, sin que ésta tenga que ser una de las «entidades de gestión» referidas en el artículo 147 del TRLPI, las cuales requieren autorización del Ministerio de Cultura y están sujetas al régimen jurídico especial establecido específicamente para ellas por el TRLPI.

Lo cierto es que actualmente no cabe duda de que, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 32.1.2.º del TRLPI, sí sería posible constituir una entidad de gestión «de las del artículo 147 del TRLPI» para gestionar las remuneraciones derivadas de la comercialización de recopilaciones de artículos de prensa (siempre que esa entidad cumpla los requisitos establecidos en dicha Ley para obtener la preceptiva autorización), puesto que esta nueva norma prevé un régimen específico de remuneración equitativa a tal efecto. No obstante, la constitución de una entidad de gestión con esa finalidad sólo será posible en la medida en que se aclare, entre otros, el conflicto legal relativo a quienes son los legítimos titulares de ese derecho de remuneración, si los propios periodistas autores de los artículos reproducidos o las empresas periodísticas que lo editan. Respecto de esta cuestión existe actualmente un claro conflicto, que se constata tanto a nivel judicial como político y social, tal y como se expondrá en el presente Capítulo.

1.4. Antecedentes jurisprudenciales

La jurisprudencia inmediatamente anterior a la aprobación de la Ley 23/2006, «provocada» en gran medida por las empresas periodísticas y medios de comu-

³³ La Disposición Transitoria 1.ª de la nueva Ley 15/2007 establece que «...se entenderán caducadas las solicitudes presentadas en aplicación del artículo 4 de la Ley 16/1989...», entre las que se encuentra la relativa al Acuerdo Marco, puesto que se sustituye el régimen de autorizaciones singulares previsto en dicha norma por un régimen de autoevaluación por las empresas del encaje legal de los propios acuerdos, y ello como indica el Preámbulo de esa misma norma.

nicación, también ha influido en la nueva redacción del artículo 32.1.2.º del TRLPI, puesto que deja constancia de la necesidad de delimitar claramente los términos de la aplicación de la excepción de cita respecto de cualquier tipo de actividad de resúmenes o revistas de prensa, sobre todo en la medida en que esta actividad no está debidamente definida.

En primer lugar y a nivel nacional, destaca el Caso periodistadigital antes citado³⁴, pues en el marco del mismo se analiza en detalle la aplicación de la excepción de cita a las revistas de prensa. En este supuesto, las demandantes reclamaban contra la demandada que la publicación reiterada y sistemática de los contenidos de sus publicaciones por esta última en su página web www.periodistadigital.com constituía una infracción de sus derechos de propiedad intelectual sobre esos contenidos, no siendo posible que esa actividad pudiera quedar integrada en la excepción de cita del artículo 32.1.2.º del TRLPI (antes, artículo 32.2.º).

En su Sentencia de 12 de junio de 2006, el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid absolvió a la demandada, al estimar que la actividad llevada a cabo por la misma sí estaba protegida por la excepción de cita³⁵. Por el contrario, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a), en **Sentencia de 6 de julio de 2007**, revocó parcialmente la decisión de primera instancia, declarando que la actividad de la demandada vulneraba los derechos de propiedad intelectual de las demandantes. El tribunal de segunda instancia argumenta que la publicación digital de la demandada no es una «revista de prensa», sino que se identifica más con un diario electrónico que, en un porcentaje elevado, se nutre del contenido de las publicaciones de sus competidores, y ello prácticamente a tiempo real. En consecuencia, esa utilización de contenidos ajenos, que no sólo incluían artículos periodísticos, sino otro tipo de contenidos como fotografías, entrevistas, viñetas, dibujos y similares, no puede considerarse protegida por la excepción de cita prevista en el artículo 32.1 del TRLPI.

El tribunal de apelación afirma además que, incluso si se pudiera considerar que la publicación de la demandada es una «revista de prensa», se debería concluir que la elaboración de esa publicación en los términos en que se lleva a cabo por la demandada infringe el artículo 40 bis del TRLPI, es decir, la regla de los tres pasos antes comentada, en uno de los no demasiados casos en que es citada por la jurisprudencia. Ello es así puesto que ese comportamiento perjudica los intereses legítimos de las demandantes, una vez que la demandada reproduce un número significativo de artículos (y otros contenidos) de las mismas y esa reproducción se hace casi de forma inmediata con respecto al mo-

³⁴ Caso que enfrentaba al periódico «El Mundo» con la entidad Periodista Digital, S.L. en relación a la página web de la demandada www.periodistadigital.com.

³⁵ El Juzgado aclara, a este respecto que, a pesar de ser actividades diferentes, la legislación en esta materia asimila jurídicamente —y de forma ficticia— las revistas de prensa a las citas.

mento en que esos contenidos aparecen por primera vez en las publicaciones de las demandantes, siendo su acceso gratuito y universal, además de tener una finalidad lucrativa. Por tanto, esa actividad constituye un uso injusto y excesivo de un derecho ajeno y, como tal, ilícito³⁶.

A nivel europeo, destaca especialmente la Sentencia de 9 de septiembre de 2006 dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas en el caso **Copiepresse, Société Coopérative à Responsabilité Limitée contra Google Inc.** («Caso Copiepresse»). Esta decisión cambió el panorama de la jurisprudencia europea al respecto de las actividades de *press clipping* en el entorno digital³⁷, al poner en evidencia la problemática que plantea esta actividad, sobre todo cuando es llevada a cabo por una de las mayores multinacionales de Internet, como es Google Inc. («Google»), cuyos modelos de negocio son copiados por la mayoría de las empresas de Internet del mundo.

En este litigio, la demandante («Copiepresse»), que es la entidad que gestiona los derechos de autor de las agencias de prensa en Bélgica, inició un procedimiento judicial contra Google respecto del nuevo servicio de prensa «Google News» ofrecido por esta empresa a sus usuarios, entre otros, desde su sitio web belga, www.google.be.

Con la intención de analizar las particularidades de esta actividad, desde la perspectiva del derecho de autor, el Tribunal nombró un experto en la materia (Luc Golvers), quien en su informe sobre la cuestión de fondo, concluía, en primer lugar, que la página web de Google desde la que se presta el servicio Google News es un «portal de información» y no un «motor de búsqueda», como comúnmente se conoce la actividad de Google. Este aspecto es esencial a la hora de analizar las implicaciones legales de esa actividad, puesto que, como portal de información, la misma puede ser catalogada como «revista de prensa». Por el contrario, no sería así en el caso de que ese servicio fuera considerado un mero motor de búsqueda. Una vez más, como ocurrió también en el Caso pe-

³⁶ La Sentencia en aprecio también se pronuncia sobre la procedencia o no de aplicar el artículo 33 del TRLPI a la actividad del demandado. El tribunal constata que las actividades descritas por el artículo 32.1.2.º y el artículo 33 del TRLPI son semejantes en muchos aspectos pero, principalmente, en que el objeto de ambas es la utilización de artículos de prensa. Además, en ambos casos, esas creaciones deben haber sido previamente difundidas, y al utilizarlas ha de incluirse la fuente y nombre del autor. No obstante, como indica el propio tribunal, hay dos elementos claves que diferencian estas dos actividades. Uno de ellos es que el artículo 33 sólo se refiere a contenidos de actualidad, mientras que las revistas de prensa no necesariamente han de incluir artículos periodísticos actuales (por ejemplo, pueden elaborarse por temas). Por otra parte, el artículo 32.1.2.º exige que las revistas de prensa sean periódicas, para poder beneficiarse de la excepción. Por su parte, los trabajos y artículos de actualidad objeto del artículo 33 pueden ser de carácter ocasional o esporádico. En lo que se refiere a la actividad de la demandada, el tribunal considera que es su periodicidad el elemento diferenciador que lleva a considerar que la misma ha de ser analizada a la luz del artículo 32.1 y no del artículo 33 del TRLPI.

³⁷ Vid. Sup. L. GUIBAULT, G. WESTKAMP, RIEBER-MOHN, P.B. HUGENHOLTZ, (et al.), *Study on the Implementation and Effect*. Pág. 55 y siguientes.

riodistadigital, antes mencionado, se constata la importancia de aclarar los conceptos en cuanto a lo que son las «revistas de prensa», sobre todo en el entorno digital, para poder determinar si es de aplicación la excepción de cita a la actividad que en cada caso esté en cuestión.

En segundo lugar, Golvers advierte que ese portal de información se nutre de contenidos obtenidos de distintos sitios web de periódicos belgas. El mecanismo que utiliza Google para obtener esa información es a través de la creación de *hyperlinks* profundos a esa información, los cuales mantiene en *caché*. De este modo, esa información permanece accesible al público a través del servicio de Google, incluso con posterioridad a haber sido eliminada de los sitios web de origen, lo cual puede tener consecuencias jurídicas también para esos sitios web de origen.

Con base en dicho informe, el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas condenó a Google por infracción de la legislación belga de derechos de autor y derechos conexos (concretamente, el artículo 87 de la Ley de 30 de junio de 1994), y por infracción de la legislación belga de bases de datos (Ley de 31 de agosto de 1998), y ello en relación, por un lado, con la reproducción de noticias objeto de derechos de autor en el servicio de noticias sin haber obtenido las debidas autorizaciones de los titulares de derechos sobre ellas y, por otro lado y principalmente, en relación al hecho de que Google mantenía esos contenidos en *caché*, sin informar a sus titulares de la utilización de sus obras, y ocultando tanto la publicidad contenida en las mismas como las referencias a las fuentes de las que procedían. De este modo, esos titulares de derechos no sólo perdían el control sobre el contenido de sus publicaciones, sino que además dejaban de recibir los ingresos de la publicidad que en sus propios sitios web relacionan a esos contenidos. A pesar de que Google presentó oposición contra esa decisión, pero ésta fue confirmada por el mismo tribunal en **Sentencia de 24 de noviembre de 2006**.

De hecho, ante esta situación y ante la incertidumbre de verse involucrados en procedimientos judiciales similares en otras jurisdicciones, Google optó por negociar a acuerdos globales de utilización de noticias publicadas por los diversos medios de comunicación y agencias de noticias en el marco de su servicio Google News, como probablemente será la estrategia a seguir por la mayor parte de las empresas del sector del *press clipping*, a pesar de que sus legislaciones nacionales no establezcan expresamente esta obligación³⁸.

³⁸ A este respecto, es importante subrayar que en el momento en que se inició este procedimiento judicial en Bélgica, Google ya había sido demandada en Estados Unidos por la agencia de noticias Agence France Press por infracción de los derechos de autor sobre sus noticias, en concreto, por haber excedido la limitación legal de «fair use» existente en la legislación norteamericana de *copyright*. Este procedimiento se resolvió finalmente con un acuerdo extrajudicial entre Google y la agencia demandante, en el marco del cual Agence France Press permite a Google la distribución de contenidos de dicha agencia de forma global a cambio de una remuneración económica. De hecho, Google ha firmado sucesivos acuerdos de esta misma naturaleza con otras agencias de noticias y medios de comunicación, como la norteamericana Associated Press.

En definitiva, se puede considerar que tanto la jurisprudencia nacional como la europea en esta materia ha allanado el camino para la introducción en la legislación española de un régimen específico respecto de la utilización de artículos periodísticos en revistas de prensa, ya apuntado en la Directiva 2001/29/CE, al constatarse que existe un potencial uso abusivo de las obras periodísticas ajenas, facilitado en gran medida por el uso de las tecnologías digitales, como se constata tanto en el Caso periodistadigital como en el Caso Google.

2. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO

Efectivamente, el nuevo régimen jurídico *sui generis* creado por el artículo 32.1.2.º del TRLPI para regular la actividad de recopilación periódica de artículos periodísticos plantea importantes incógnitas, desde el punto de vista de su interpretación jurídica y aplicación práctica.

2.1. Mera reproducción

La primera cuestión que plantea la redacción del artículo 32.1.2.º del TRLPI se refiere a la propia actividad recopilatoria, puesto que sólo si la misma se restringe a la «mera reproducción» de artículos periodísticos, le será aplicable este nuevo régimen jurídico especial. Por el contrario, si esa actividad no fuera de mera reproducción, se vería incluida automáticamente en la excepción de cita, regulada en el apartado anterior de ese mismo artículo 32.1 del TRLPI.

La doctrina está dividida con respecto a la interpretación del concepto de «mera reproducción». Por un lado, se considera que este concepto hace referencia a la copia de la «integridad» o «totalidad» de cada uno de los artículos de prensa recopilados. En este sentido se manifiesta S. CAPARRÓS DE OLMEDO³⁹, quien entiende que el artículo 32.1.2.º del TRLPI no permite en ningún caso la reproducción completa de artículos periodísticos, y ello atendiendo, entre otros, al propio espíritu de la reforma introducida en el TRLPI por la Ley 23/2006, que en último término pretende proteger los intereses de las empresas periodísticas en el entorno digital⁴⁰.

Por el contrario, otros autores interpretan este término en el sentido de que habrá «mera reproducción» sólo en la medida en que se copie el contenido de artículos de prensa —ya sea de la totalidad o de una parte— de forma literal, es

³⁹ Vid. Sup. S. CAPARRÓS DE OLMEDO, *El Derecho de Cita...* Pág. 112.

⁴⁰ Además, esta autora afirma que esa interpretación es acorde con la redacción de los proyectos de ley que antecedieron a la Ley 23/2006 y, concretamente, con el Anteproyecto de Ley de Reforma del TRLPI, de 23 de enero de 2003.

decir, sin llevar a cabo ningún tipo de aportación creativa (como sería, por ejemplo, un resumen de su contenido, independientemente de las cuestiones en materia de derechos morales que ello pudiera generar). Esta es la opinión, entre otros, de C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO⁴¹. Afirma esta autora que lo que se pretende con esta disposición es evitar la copia literal, es decir, sin que se complemente la actividad recopiladora con alguna aportación creativa⁴².

Dado que la mayoría de las empresas de *press clipping* se limitan a reproducir el texto de los artículos que recopilan, y no a resumirlos o comentarlos, como conllevaría una «aportación creativa» a la labor de recopilación, esas empresas estarán mayoritariamente sujetas al régimen especial del artículo 32.1.2.º.

A nivel jurisprudencial, destaca el reciente Caso Documentación de Medios, antes citado⁴³, en el cual, en primer lugar, el tribunal de primera instancia establece que los criterios para determinar cuándo una recopilación de artículos periodísticos debe estar sujeta al nuevo régimen jurídico del artículo 32.1.2.º del TRLPI son los siguientes: (i) la recopilación lo sea de artículos periodísticos incorporados en una obra colectiva de prensa escrita o digital, (ii) que las respectivas aportaciones individuales y obra colectiva en la que se incluyan se hayan publicado con fines comerciales, (iii) que la recopilación se realice mediante la reproducción básica de esos artículos, (iv) y que esa recopilación tenga una finalidad comercial.

En relación al penúltimo requisito, sin entrar a determinar qué cantidad de obra reproducida debe considerarse mera reproducción, el tribunal afirma que en la medida en que esa actividad sea de simple copia, sin que el recopilador aporte ningún elemento o esfuerzo creativo que «...otorgue al resultado un valor distinto y superior que el mera recopilación...», esa actividad estará sometida al régimen de oposición y pago de remuneración del artículo 32.1.2.º. De este modo, esta decisión se alinea con la interpretación defendida por C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, y antes expuesta, según la cual **el elemento diferenciador a la hora de determinar si hay mera reproducción es la aportación creativa del recopilador** a la actividad de recopilación, y no la cantidad de texto copiado.

2.2. Finalidad comercial

Otro de los requisitos previstos en el artículo 32.1.2.º del TRLPI para que el nuevo régimen jurídico *sui generis*, de oposición expresa y remuneración equi-

⁴¹ Vid. Sup. C. PEREZ DE ONTIVEROS VAQUERO. En *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...* Madrid 2007. Pág. 594.

⁴² En este mismo sentido se pronuncia también B. RIBERA BLANES, *Recopilaciones periódicas...* Págs. 471-472. Vid. Sup.

⁴³ Vid. Sup. Pág. 18.

tativa, sea aplicable a la actividad de recopilación de artículos de prensa es el relativo a que esa labor tenga una «finalidad comercial». Este concepto, aunque en menor medida que el anterior, también podría generar cierta ambigüedad.

La mayor parte de la doctrina interpreta el término «finalidad comercial» en sentido amplio, de manera que se considera que abarca toda actividad que tenga una vertiente empresarial y/o reporte un beneficio, ya sea directo o indirecto, a quien la lleve a cabo.

Esta interpretación amplia lleva a considerar que toda creación de revistas de prensa a nivel interno por empresas privadas, y su difusión dentro de las mismas, sea considerada un «uso comercial», al igual que se ha determinado en relación a otras excepciones, como —por ejemplo— en lo que se refiere a la aplicación de la excepción de copia privada, regulada en el artículo 31.2 del TRLPI y, en concreto, en lo que se refiere al análisis del concepto de «utilización lucrativa» contenido en el mismo⁴⁴. No obstante, no se considerará como tal esa misma actividad, si es llevada a cabo en el seno de las administraciones públicas o en el ámbito de las entidades sin ánimo de lucro. Éste es el entendimiento de R. BERCOVITZ y otros autores⁴⁵, y de S. CAPARRÓS DE OLMEDO⁴⁶. En concreto, esta última apunta, además, que se han de entender incluidos también en los fines comerciales las recopilaciones periodísticas que aunque se difundan de forma gratuita, se financien indirectamente, por ejemplo, a través de la publicidad, como ocurre frecuentemente en el ámbito de Internet.

En relación a la finalidad comercial, destaca asimismo el Caso Documentación de Medios, en el que el tribunal sorprendentemente exige que para que se aplique el régimen especial del artículo 32.1.2.º, la previa publicación de los artículos periodísticos recopilados debe haberse llevado a cabo también con fines comerciales. En consecuencia, en el caso de artículos que sean publicados con fines no lucrativos, quienes los utilicen en formato de revista de prensa podrán hacerlo en el marco de la excepción de cita. No obstante, no parece que el legislador haya pretendido restringir de este modo el tipo de artículos periodísticos objeto de esta regulación especial, al menos ello no se deduce de una lectura literal de la norma. Lo que parece claro es que la mera reproducción de artículos periodísticos llevada a cabo «sin fines comerciales» estará en todo caso amparada por la excepción de cita, no es-

⁴⁴ A este respecto, I. GARROTE afirma que se ha de considerar que lo «lucrativo» engloba lo directa e indirectamente comercial. Vid. *Sup. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...* Madrid 2007. Pág. 562.

⁴⁵ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ; A. GONZÁLEZ GOZALO Y R. SÁNCHEZ ARISTI, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. Pág. 55.

⁴⁶ Vid. *Sup. S. CAPARRÓS DE OLMEDO, El Derecho de Cita...* Pág. 112 y siguientes.

tando sujeta al régimen jurídico del artículo 32.1.2.º del TRLPI, como indica J.J. MARÍN LÓPEZ⁴⁷.

2.3. *Oposición expresa del autor*

De acuerdo con la nueva redacción del artículo 32.1.2.º del TRLPI, si concurren los requisitos antes mencionados, es decir, si se lleva a cabo una actividad de mera reproducción de artículos periodísticos con fines comerciales, esa actividad será lícita —aunque sujeta potencialmente a remuneración— sólo en la medida en que los autores de esos artículos no se hayan opuesto expresamente a su inclusión en recopilaciones periódicas.

La aplicación de esta facultad plantea dos tipos de interrogantes. En primer lugar, es necesario determinar **qué se entiende por «autor» en el ámbito de las publicaciones periodísticas**. Por otro lado, es preciso analizar **cuándo y en que forma se podrá ejercer o se deberá entender ejercida, en su caso, la facultad de «oposición expresa» del autor**.

En cuanto al **concepto de «autor» de artículos periodísticos**, existe un problema conceptual importante en cuanto a determinar si, desde la perspectiva de la legislación de propiedad intelectual, se ha de entender que los autores de esos artículos son los periodistas que los redactan, o bien la persona o entidad que incluye esos artículos en su publicación periódica, en la medida en que las publicaciones en las que se incluyen esos artículos sean consideradas «obras colectivas» en el marco de lo previsto en el artículo 8 del TRLPI, en cuyo caso los editores de esas obras son considerados los titulares de derechos sobre las mismas.

La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia consideran que las publicaciones periódicas, es decir, los periódicos y revistas en los que se incluyen artículos periodísticos son un caso paradigmático de «obras colectivas», de acuerdo con el artículo 8 del TRLPI, y ello salvo excepciones. A este respecto, el artículo 8 prevé que será titular de los derechos de autor sobre una obra colectiva la persona natural o jurídica que «la edita y divulga bajo su nombre», es decir, en lo que se refiere a publicaciones periódicas, a los propietarios de los correspondientes periódicos o revistas, y no a cada uno de sus autores individuales (ya sean artículos periodísticos, fotografías, dibujos o similares).

En consecuencia, de una primera lectura conjunta del artículo 32.1.2.º y del artículo 8 del TRLPI se podría deducir que la referencia a la facultad de «oposición expresa del autor» contenida en el artículo 32.1.2.º del TRLPI se otorga al

⁴⁷ J.J. MARÍN LÓPEZ, *Derecho de autor, revistas de prensa y press clipping*. RIDA n.º 215. Enero 2008. Pág. 55.

editor de las publicaciones periódicas de las que se extraigan contenidos para incluirlos en recopilaciones periódicas, en la medida en que esas publicaciones se consideren obras colectivas, siendo su editor el titular de los derechos sobre las mismas.

No obstante, en contra de esta interpretación se puede argumentar que cuando el artículo 8 del TRLPI se refiere a la «titularidad de la obra colectiva», como podría ser una publicación periódica, no utiliza el término «autor», sino que utiliza el término «titular» de los derechos de propiedad intelectual sobre la misma para identificar a ese editor que publica y difunde esa obra bajo su nombre (por el contrario, el artículo 32.2 habla de «autor», no de «titular»). Además, en lo que se refiere a la actividad periodística propiamente dicha, el artículo 52 del TRLPI prevé que «...salvo estipulación en contrario, los autores de obras reproducidas en publicaciones periódicas conservan su derecho a explotarlas en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se hayan insertado...». De este modo, la propia Ley establece *a priori* una reserva de derechos a favor de esos autores (personas físicas) de artículos periodísticos, que no sean los necesarios para que la publicación se lleve a cabo.

De este modo, la lectura conjunta del artículo 32.1.2.º junto con el artículo 8 y, además, con el artículo 52 del TRLPI, permite defender que esa oposición expresa le corresponde precisamente a cada una de las personas físicas cuyas obras se incluyen en publicaciones periódicas, como «autores» en sentido estricto de las mismas y, en consecuencia, titulares de todos los derechos de propiedad intelectual sobre sus creaciones que no sean los necesarios para llevar a cabo la publicación, los cuales (los necesarios) sí pertenecerán a la empresa que edita y difunde esa publicación. No obstante, ello se ha de entender sin perjuicio de que ese autor hubiera podido ceder esa facultad de oposición a un tercero, incluida la propia empresa propietaria de la publicación en la que se hayan reproducido sus artículos, y ello en la medida en que se entienda que este derecho de oposición expresa es alienable, como se expone a continuación.

A este respecto, es importante distinguir además aquellos supuestos en los que exista una relación laboral entre los autores y los propietarios de las publicaciones, en cuyo caso se aplicaría el artículo 51.2 del TRLPI, que establece que «...a falta de pacto escrito, se entenderá que los derechos de explotación (del trabajador asalariado) han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario (al empresario) para el ejercicio de la actividad habitual del empresario...». Por tanto, en relación a ese tipo de autores asalariados, podrá entenderse que esta facultad de oposición se cede al propietario de la publicación en la medida en que exista una relación laboral, y salvo que se haya pactado en contrario. Por su parte, aquellos autores que no sean asalariados (*freelance*) podrán disponer libremente de esa facultad, en el marco de lo previsto en el artículo 52 del TRLPI, salvo que —como se ha indicado previamente— se la hayan cedido a un tercero de forma expresa en el marco de un contrato mercantil, in-

cluido el propio propietario de la publicación en que se haya difundido en primer lugar.

Ésta es la interpretación doctrinal mayoritaria, apuntada entre otros por R. BERCOVITZ y otros autores⁴⁸, B. RIBERA BLANES⁴⁹ y J.J. MARÍN LÓPEZ⁵⁰. Este último apunta además que ese reconocimiento de la facultad de oposición a favor del periodista no es incompatible con la consideración de la publicación periódica que lo integra como obra colectiva. El editor de esta última debe ser considerado titular de todos los derechos de explotación del conjunto de la publicación, pero no sobre los derechos específicos que puedan existir sobre cada una de las aportaciones singulares a la misma que no sean necesarios para la explotación de la anterior, como es esta facultad de oposición expresa⁵¹, en los términos previstos por el artículo 52 del TRLPI antes mencionado.

No obstante, la jurisprudencia no parece estar siguiendo esa corriente doctrinal mayoritaria, al menos en los pocos casos planteados hasta la fecha. Existen únicamente dos decisiones en España, ambas dictadas en primera instancia, que analizan esta cuestión, y ambas declaran que se ha de considerar facultado para ejercer el derecho de oposición al empresario que edita y divulga las publicaciones periódicas bajo su nombre. En concreto, en el Caso Documentación de Medios antes referido⁵², el Juzgado de lo Mercantil afirma que el régimen jurídico especial del artículo 32.1.2.º pretende que se entienda que la **facultad de oposición corresponde al editor y titular de derechos de propiedad intelectual sobre la publicación que, como obra colectiva, recoge las aportaciones individuales de diversos autores.**

El tribunal afirma que en el marco de la creación de obras colectivas, como las publicaciones periódicas, no sólo ha de considerarse que el editor es el titular de derechos de propiedad intelectual sobre las mismas, sino que además se debe presumir que los autores individuales del contenido de esas publicaciones han cedido al editor sus derechos sobre esas obras individuales para su inclusión en la obra colectiva en cuestión, de forma que el editor es titular de derechos «a modo originario» no sólo sobre la obra colectiva en su totalidad, sino también sobre los aspectos parciales de la misma como parte de ese todo⁵³. En

⁴⁸ Vid. Sup. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ; A. GONZÁLEZ GOZALO Y R. SÁNCHEZ ARISTI, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual...* Págs. 58-60.

⁴⁹ Vid. Sup. B. RIBERA BLANES, *Recopilaciones periódicas...* Págs. 474-475.

⁵⁰ Vid. Sup. J.J. MARÍN LÓPEZ, *Derecho de autor...* Pág. 55.

⁵¹ Vid. Sup. J.J. MARÍN LÓPEZ, *Derecho de autor...* Pág. 61-63.

⁵² La segunda decisión es la emitida por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid, mediante **Sentencia de 25 de junio de 2010**, contra la empresa Rodalca, S.L.-RGR (Seguimiento de Prensa, Radio y TV) («Caso RGR»). El tribunal condena a esta empresa a cesar la actividad de *press clipping* que estaba llevando a cabo, por considerar que infringe los derechos de propiedad intelectual sobre las obras recopiladas, cuya titularidad corresponde a los editores de las publicaciones en las que esas obras se publican periódicamente, las cuales han de ser consideradas «obras colectivas».

⁵³ Cita el tribunal una Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 13 de mayo de 2002.

consecuencia, y siempre según la argumentación de ese tribunal, corresponderá al editor la facultad de oposición prevista en el artículo 32.1.2.º del TRLPI, pues las extracciones o reproducciones que lleve a cabo el recopilador provienen de esa obra colectiva, dotada de unicidad y autonomía con respecto a cada aportación individual.

En definitiva, el Juzgado de lo Mercantil de Madrid entiende que la oposición a la recopilación de artículos periodísticos con fines comerciales se integra en la esfera patrimonial de las publicaciones en las que se integran, como obra colectiva, y, como tal, su titular original es el editor, que es además quien decide la configuración, divulgación y edición de esa obra colectiva. Añade el tribunal que esta interpretación es acorde con lo previsto en el artículo 5.3.d) de la Directiva 2001/29/CE, que a la hora de prever la posibilidad de establecer compensaciones equitativas en el marco de la aplicación de excepciones al derecho de autor, se refiere a que las mismas corresponderán a los titulares de derechos afectados, y no a los autores.

Será necesario esperar a que se consolide la jurisprudencia en esta materia, para poder confirmar esa interpretación amplia del concepto de «autor» realizada por el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, que no sólo afectaría a la aplicación del artículo 32.1.2.º del TRLPI, sino en definitiva también al artículo 8 y a los artículos 51 y 52 del TRLPI, en lo que se refiere a los principios generales establecidos en el TRLPI con respecto a la autoría y titularidad de derechos sobre obras colectivas.

En cuanto al **ejercicio de la facultad de oposición**, por parte del autor o titular de derechos de propiedad intelectual, también se plantean algunas interrogantes. De acuerdo con el tenor de la norma, **el ejercicio de esta facultad de oposición podría llevarse a cabo en cualquier momento**, es decir, no ha de ser necesariamente expresada en origen, entendiéndose por tal el momento de la primera publicación de los artículos de prensa en cuestión.

Esta posibilidad de oposición *a posteriori* genera una gran incertidumbre a la hora de que las empresas de *press clipping* y cualesquiera otros terceros que pretendan recopilar artículos periodísticos puedan valorar que contenidos se pueden utilizar. No se entiende por qué el legislador español no ha utilizado una fórmula similar a la ya prevista en el artículo 33.1 del TRLPI con respecto a la reserva de derechos de los autores de trabajos de actualidad, que es mucho más clara. Dicho régimen establece para una situación análoga —como es la relativa al uso de trabajos de actualidad en obras de terceros— que la oposición a ese uso sólo se podrá ejercer mediante la reserva de derechos «en origen», es decir, en el momento de la primera publicación. En cualquier caso, en la práctica, la mayoría de las publicaciones periódicas ejercitan esa facultad de oposición en origen, puesto que esa negativa a la utilización de sus contenidos en revistas de prensa aparece en todos sus ejemplares, ya sean analógicos o digitales.

Por otra parte, **esa oposición ha de ser expresa**, lo cual no implica que deba ser por escrito, sino que se pueden utilizar otras vías para expresar esa oposición, siempre en la medida en que de ellas se deduzca claramente la intención del autor. Un ejemplo sería la incorporación de una medida tecnológica que impidiera la reproducción, como apunta S. MARTÍN SALAMANCA⁵⁴. No obstante, esta posibilidad de utilizar otros mecanismos de oposición expresa podría dificultar todavía más la verificación de la disponibilidad o no de artículos periodísticos para su uso en recopilaciones periódicas. A este respecto, una vez más, hubiera sido más adecuado optar por una redacción similar a la prevista en el nuevo artículo 33.1 del TRLPI respecto de la utilización de trabajos de temas de actualidad, en lo que se refiere a que la reserva de derechos debe realizarse «en origen», es decir, en el momento de la primera publicación. En este contexto, el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid en el Caso Documentación de Medios únicamente constata que la expresa oposición a la reproducción incluida en las propias publicaciones debe considerarse como una forma clara de ejercicio de esa facultad de oposición expresa.

En cuanto a **la naturaleza jurídica de esta facultad de oposición**, la misma no puede considerarse un «derecho» en los términos en que se definen los derechos de explotación de propiedad intelectual, puesto que esta posibilidad de oposición surge precisamente en el marco de la aplicación de un límite al ejercicio de esos derechos de explotación, como afirma B. RIBERA BLANES⁵⁵. De hecho, el ejercicio de esa facultad de oposición por su titular, siempre que se realice de forma expresa, «paraliza» la aplicación del mencionado límite a los derechos de propiedad intelectual. Debido a esta naturaleza ambigua de la facultad de oposición es por lo que a lo largo de este estudio se ha identificado al régimen jurídico creado por el artículo 32.1.2.º como un régimen jurídico *sui generis*.

Además, como mera facultad que es, aunque derivada de un derecho de explotación, **la doctrina considera que esta posibilidad de oposición es transmisibile y renunciabile**, entre otros, puesto que el propio TRLPI no establece que la misma tenga carácter irrenunciabile, como ocurre en otros supuestos de regulación de facultades derivadas de la aplicación de limitaciones a los derechos de propiedad intelectual, como, por ejemplo, al respecto de la remuneración por copia privada previsto en el artículo 25 del TRLPI⁵⁶. Siendo así, y en aplicación de las reglas generales de Derecho civil, esta facultad ha de ser considerada transferible, como apunta J.J. MARÍN LÓPEZ⁵⁷.

⁵⁴ S. MARTÍN SALAMANCA, *Límites a los derechos de explotación (I)*. En *Propiedad Intelectual (Doctrina, Jurisprudencia, Esquemas y Formularios)*. Coord. M. A. ESTEVE PARDO. Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 2009.

⁵⁵ Vid. Sup. B. RIBERA BLANES, *Recopilaciones periódicas...* Págs. 473-474.

⁵⁶ Otros ejemplos se encuentran en el artículo 24.3 y el artículo 90 del TRLPI.

⁵⁷ Vid. Sup. J.J. MARÍN LÓPEZ, *Derecho de autor...* Pág. 67.

En definitiva, de acuerdo con este régimen jurídico *sui generis* y en lo que se refiere al ejercicio de la facultad de oposición, las empresas de *press clipping* deben, al menos en teoría, verificar respecto de cada artículo periodístico que pretendan reproducir si su autor (sea la persona física que lo ha redactado o el editor que lo publica) se ha opuesto expresamente a esa utilización y, de no haberlo hecho, si asume el riesgo de que esa oposición se produzca en el momento de la utilización de ese artículo por el recopilador en una recopilación periódica.

No obstante, en la práctica parece que los diversos actores involucrados en este régimen jurídico (las propias empresas periodísticas, los periodistas y las empresas de *press clipping*) están intentando organizar el ejercicio de esta facultad, si bien existe un importante conflicto entre los sectores afectados, en la medida en que desde el momento de la entrada en vigor de la Ley 23/2006, las empresas editoras han considerado que son ellas las titulares de la facultad de oposición regulada en el artículo 32.1.2.º del TRLPI. En consecuencia, las empresas periodísticas incluyen sistemáticamente en todas sus publicaciones un aviso de oposición a la recopilación periódica. Con base en ese aviso, como ejercicio de la facultad de oposición, se inició el procedimiento en el Caso Documentación de Medios. Es más, la mayoría de estas empresas, que a su vez pertenecen a grupos de medios de comunicación, han comenzado a desarrollar sus propios negocios de *press clipping*.

Por su parte, los autores —personas físicas— también han dado algunos pasos como beneficiarios de esa facultad de oposición. Así, la Federación de Asociaciones de Periodistas de España (FAPE) y la Asociación de Seguimiento de Información y Publicidad (AESIP) celebraron a un acuerdo sectorial al respecto, según el cual las empresas de *press clipping* se comprometen a pagar a FAPE la correspondiente remuneración derivada del artículo 32.1.2.º⁵⁸. No obstante, también existe conflicto interno entre esas empresas de *press clipping*, puesto que a raíz de la sentencia en el Caso Documentación de Medios⁵⁹, algunas de estas empresas han decidido escindirse de AESIP para formar la Asociación Federativa de Empresas de *Clipping* (AFEC), la cual ha consignado una cantidad en concepto de remuneración equitativa en el marco del artículo 32.1.2.º.

Por tanto, se constata que el sector todavía no se ha organizado con respecto a la gestión de esta nueva facultad vinculada a los derechos de autor, fundamentalmente por la disputa aún abierta entre periodistas y empresas editoras de publicaciones periódicas.

⁵⁸ Se pactó el pago de cuatro céntimos de euro por cada noticia reproducida.

⁵⁹ En el Caso RGR, la demandada alega en su defensa que paga remuneraciones a FAPE desde enero de 2007 por la reproducción de artículos periodísticos. El tribunal no admite esta argumentación, en la medida en que considera que esos pagos deben hacerse a los editores y no a los periodistas, como ya se ha explicado.

2.4. Remuneración equitativa

En cualquier caso, respecto de los supuestos en que no haya oposición expresa a la elaboración de recopilaciones periódicas, el nuevo régimen jurídico del artículo 32.1.2.º del TRLPI prevé que será necesario pagar a los beneficiarios de esa facultad de oposición, sean los autores de los artículos periodísticos o los editores que los publican, una remuneración equitativa, que podrá ser o no reclamada por los mismos, tal y como establece el artículo 32.1.2.º del TRLPI, siguiendo las indicaciones del propio legislador comunitario en los Considerandos 35 y 36 de la Directiva 2001/29/CE.

En cuanto a **la naturaleza jurídica de esta remuneración**, como ya se ha mencionado, la doctrina considera que —de acuerdo con la propia redacción del artículo 32.1.2.º— **este derecho de remuneración es transmisible y renunciabile**, al igual que la facultad de oposición a la que va unido. Por tanto, es muy distinta a otros supuestos de remuneración equitativa previstos en el TRLPI.

Ello es así puesto que esta remuneración no puede considerarse una compensación de gestión colectiva obligatoria similar a la regulada, por ejemplo, en el artículo 25 del TRLPI respecto de la copia privada, la cual es irrenunciable, sino ante un derecho remuneratorio análogo al previsto en el artículo 33.1 del TRLPI respecto de los trabajos sobre temas de actualidad. Por tanto, ésta es una remuneración renunciabile y en todo caso transferible, y respecto del cual no es preceptiva la intervención de una entidad de gestión colectiva de las reguladas en el TRLPI. En este sentido, afirma J.J. MARÍN⁶⁰ que cuando la Ley ha querido crear derechos de remuneración irrenunciabile, lo previsto expresamente en la norma, no siendo éste el caso, aunque reconoce que hubiera sido lo más apropiado para garantizar los correspondientes ingresos a los autores de esos artículos periodísticos por su explotación en el «mercado secundario» del *press clipping*. Eso sí, como también apunta J.J. MARÍN⁶¹, en todo caso, esa renuncia o transmisión deberán llevarse a cabo de forma clara, inequívoca y consciente por parte de sus beneficiarios.

En cuanto a **la gestión de esta remuneración equitativa**, en consecuencia de lo anterior (es decir, al no ser una compensación colectiva obligatoria), se puede concluir que no es necesario que la gestión de la misma sea llevada a cabo por una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual constituida en el marco del TRLPI, y autorizada a nivel ministerial, sino que esa gestión puede llevarla a cabo individualmente el propio titular.

⁶⁰ Vid. Sup. J.J. MARÍN LÓPEZ, *Derecho de autor...* Pág. 67-69.

⁶¹ Vid. Sup. J.J. MARÍN LÓPEZ, *Derecho de autor...* Pág. 73.

En todo caso, y a pesar de que aún existen conflictos importantes al respecto de la interpretación de este régimen jurídico especial, sería aconsejable que la recaudación y gestión de esta remuneración fuera centralizada en una única entidad en representación de los titulares respectivos, para no dificultar aún más y de forma innecesaria la actividad de las empresas de *press clipping*, lo cual perjudicaría en último término la obtención de los beneficios económicos adicionales a esos titulares.

En cuanto al **cálculo de la remuneración equitativa**, sea quien sea la entidad o entidades que se encarguen de recaudar la misma, sería conveniente que se tuviera en consideración el criterio propuesto por el legislador comunitario en el Considerando 35 de la Directiva 2001/29/CE, que consiste en que esa remuneración tome como base «el posible daño que el uso en cuestión pueda causar a los titulares de derechos».

También se habrá que tener en cuenta si los titulares de esa facultad y derecho remuneratorio sobre esas obras han recibido previamente alguna compensación por la concesión de licencias de uso de esos mismos contenidos, y ello en la medida en que se considere como tales a los periodistas que elaboran los artículos periodísticos en cuestión, así como el grado de utilización de medidas tecnológicas de protección previstas en la Directiva 2001/29/CE para la gestión de derechos de autor y afines en el marco de esa utilización, cuya utilización es considerada un medio eficaz para proteger los derechos exclusivos de autor y afines. No obstante, como exponen C. P. SPURGEON⁶² y J.F. ORTEGA DÍAZ⁶³, la aplicación de estas medidas plantean graves conflictos, en relación principalmente a la propia licitud de su utilización en el marco del ejercicio de excepciones a los derechos de autor y afines, debido al conflicto que puede surgir con respecto a los beneficiarios de esas excepciones, así como en general en cuanto a su compatibilidad con los derechos de los consumidores y usuarios. No obstante, el análisis de esas cuestiones no se puede llevar a cabo en el marco del presente trabajo, puesto que se excede del objeto esencial del mismo.

A este respecto, sería igualmente importante que, en la determinación de las correspondientes remuneraciones, se tuvieran en cuenta los criterios utilizados por la jurisprudencia. Resultan especialmente clarificadores los criterios utilizados por la Audiencia Provincial de Madrid en el Caso periodistadigital, para calcular la indemnización que se otorgó a las demandantes. Dichos criterios incluyen el identificar el periodo de utilización de los contenidos, el número de usuarios de la revista de prensa en cuestión, y los costes de suscripción a la

⁶² C.P. SPURGEON, *¿Autorizar o limitar? Utilización en línea con fines educativos: Alternativas para preservar los derechos exclusivos de los titulares del derecho de autor*. Boletín de Derecho de Autor, Julio 2003, n.º 3.

⁶³ Vid. Sup. J.F. ORTEGA DÍAZ, *Las excepciones de cita e ilustración...* Págs. 95 y siguientes. Vid. Sup. GUIBAULT L., *Naturaleza y alcance de las limitaciones...* Págs. 44-45.

misma, o bien, los ingresos obtenidos por su explotación por otras vías, como la publicidad. También se podría tener en cuenta, si fuera posible determinarlo (sobre todo en el entorno digital), el porcentaje medio de contenido de cada publicación del que se alimenta cada revista de prensa en particular.

En la práctica y por el momento, como se ha indicado previamente, existe cierto «desorden» en cuanto a la gestión tanto de la facultad de oposición, como de la correspondiente remuneración equitativa, que probablemente no se resolverá hasta que se aclare legal y jurídicamente quién está legitimado para ejercer esa facultad y recaudar la correspondiente remuneración.

V. ILUSTRACIÓN DE LA ENSEÑANZA

El nuevo artículo 32.2 del TRLPI prevé que:

«2. No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente. No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.»

1. ORÍGENES DE ESTA NUEVA EXCEPCIÓN

El origen de esta nueva excepción al ejercicio de los derechos de autor y afines está en su totalidad, y a diferencia de los supuestos anteriores, en la propia Directiva 2001/29/CE y, concretamente, en su artículo 5.3.a) que, a su vez, se inspira en los apartados 2 y 3 del artículo 10 del Convenio de Berna⁶⁴.

⁶⁴ El artículo 10.2 del Convenio de Berna prevé:

«2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.

3) Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor; si este nombre figura en la fuente.»

El legislador español optó, desde el comienzo de la preparación del texto de transposición de esta Directiva, por incorporar esta nueva excepción en el ordenamiento jurídico español. No obstante, como apunta la mayoría de la doctrina⁶⁵, aunque la redacción inicial del artículo 32.2 del TRLPI pretendía ser fiel a la Directiva, el texto finalmente aprobado es mucho más restrictivo que el propuesto por el legislador comunitario.

En cualquier caso, la norma española realiza un importante esfuerzo en el sentido de equilibrar el ejercicio de los derechos de autor y afines, protegidos constitucionalmente, con la defensa de los intereses generales de la sociedad y, en este caso específico, en lo que respecta al ejercicio del derecho constitucional de acceso a la cultura previsto en el artículo 44 de la Constitución Española. Asimismo, al igual que a nivel comunitario, se tiene muy presente en su redacción la presencia cada vez mayor de las tecnologías de la información en la educación y la enseñanza, las cuales facilitan en gran medida el acceso a materiales y contenidos de apoyo a la enseñanza, si bien no se analizará este aspecto específico de forma detallada.

En cuanto a la propia redacción de esta excepción, ya el propio artículo 5.3.a) de la Directiva planteaba problemas interpretativos, por su redacción en gran medida ambigua y poco rigurosa jurídicamente. Así lo constata el Libro Verde de la Comisión Europea titulado *Derecho de autor en la economía del conocimiento* y publicado el pasado 16 de julio de 2008⁶⁶. Por su parte, la redacción del artículo 32.2 del TRLPI es aún más ambigua que la de la norma comunitaria, también por su lenguaje vago e indefinido jurídicamente.

Asimismo, como afirman R. BERCOVITZ y otros autores⁶⁷, esta excepción parece entrar en conflicto o, cuanto menos, solaparse en cierta medida con la excepción de cita regulada en el artículo 32.1.1.º del TRLPI. Estos autores defienden que una correcta aplicación del artículo 32.1, en conjunto con el artículo 40 bis del TRLPI, haría innecesaria la transposición de esta excepción específica para fines de ilustración para la enseñanza.

En definitiva, las dificultades interpretativas que plantea esta nueva excepción a los derechos de autor y afines son numerosas, tal y como se explica en los siguientes apartados.

⁶⁵ MORENO MARTÍNEZ J.A., *Límite al derecho de autor por fines educativos*. En *Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*. Coord. Moreno Martínez. Edit. Dykinson. Madrid 2008. Págs. 408-409. Vid. Sup. C. PEREZ DE ONTIVEROS VAQUERO. En *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...* Madrid 2007. Págs. 595 y 596. Vid Sup. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ; A. GONZÁLEZ GOZALO Y R. SÁNCHEZ ARISTI, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual...* Págs. 56 y siguientes.

⁶⁶ COM (2008) 466 final.

⁶⁷ Vid Sup. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ; A. GONZÁLEZ GOZALO Y R. SÁNCHEZ ARISTI, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual...* Pág. 56.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES

2.1. Beneficiarios de la excepción

En primer lugar, el artículo 32.2 del TRLPI prevé que esta excepción sólo se concede al denominado «**profesorado de educación reglada**».

En cuanto al término «educación reglada», la doctrina⁶⁸ es unánime al considerar que esta expresión debe entenderse como la relativa únicamente a aquella impartida por instituciones de enseñanza oficial, incluidas las universidades y otros centros de formación superior, ya sean centros públicos o privados, siempre que los mismos concedan títulos reconocidos por el Ministerio de Educación y Ciencia.

Esta limitación creada por el legislador español es ampliamente cuestionada por la doctrina. Por una parte, se crea incertidumbre en cuanto a valorar que títulos han de ser considerados «oficiales», teniendo en cuenta la cambiante legislación educativa, que además está actualmente en proceso de transformación profunda en el ámbito universitario.

Por otra parte, en lo que se refiere a las personas «afectadas», J.A. MORENO MARTÍNEZ⁶⁹ critica que se haya excluido al alumnado del ámbito de aplicación de la excepción, lo cual resulta cuanto menos sorprendente, puesto que la excepción se crea precisamente en beneficio de ese colectivo. Por tanto, el alumnado también debería poder realizar los actos de reproducción, distribución y comunicación pública permitidos a su propio profesorado en el contexto de esta excepción.

Surge asimismo la interrogante de si se podrá entender que ese profesorado incluye también otro tipo de colaboradores de los centros referidos, como asistentes o becarios, los cuales —independientemente de su vinculación contractual a los centros docentes— sí deberían poder hacer uso de los materiales referidos en la excepción y en los términos indicados en la misma, puesto que su trabajo es complementario a la labor docente de ese profesorado de educación reglada. Por el contrario, afirma J.A. MORENO MARTÍNEZ que sí podrían quedar excluidos otro tipo de trabajadores de los centros de enseñanza, que no realicen labores propiamente docentes, como son los bibliotecarios, técnicos de laboratorio y similares. En todo caso, el criterio diferenciador debe ser el que ese personal realice o colabore directa o indirectamente en las **labores docentes** de los centros en cuestión.

⁶⁸ Vid. Sup. C. PEREZ DE ONTIVEROS VAQUERO. En *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...* Madrid 2007. Pág. 597. Vid. Sup. MORENO MARTÍNEZ J.A., *Límite al derecho de autor...*». Págs. 411-412.

⁶⁹ Vid. Sup. MORENO MARTÍNEZ J.A., *Límite al derecho de autor...*». Págs. 411-412.

A diferencia de la redacción restrictiva aprobada en España, el artículo 5.3.a) de la Directiva 2001/29/CE ni tan siquiera hace referencia a ningún tipo de beneficiarios de esta excepción, ni excluye ninguna categoría de enseñanza extraoficial. La excepción comunitaria simplemente se delimita aludiendo a su finalidad, relativa tanto a la enseñanza como a la investigación científica, pero en todo caso con fines no comerciales. Si el legislador nacional hubiera seguido la pauta comunitaria, se hubieran evitado gran parte de los problemas interpretativos que presenta la actual redacción del artículo 32.2 del TRLPI.

2.2. Objeto de la excepción: derechos y obras afectados

Siguiendo la indicación del legislador comunitario, que en el artículo 5.3.a) de la Directiva otorga a los Estados Miembros la potestad de elegir el tipo de derechos objeto de esta excepción, el legislador español establece que la misma sólo es aplicable respecto de **actos de reproducción, distribución y comunicación pública**. Por tanto, no se permite un «uso» generalizado de obras ajenas en el ámbito pedagógico, más allá de lo permitido por esos conceptos, definidos a su vez en los artículos 18 a 20 del TRLPI.

En cuanto al tipo de obras que pueden ser reproducidas, distribuidas y/o comunicadas públicamente, en primer lugar se exige que sean **obras ya divulgadas**. Además, se indica que la utilización de esas obras se debe restringir a **«pequeños» fragmentos**, si bien en el ámbito específico de las obras plásticas y fotográficas figurativas —al igual que respecto de la excepción de cita regulada en el artículo 32.1.1.º— se permite esa utilización ha de ser de **obras aisladas**.

Surge incertidumbre a la hora de determinar cuándo se ha de entender que un fragmento de una obra es suficientemente «pequeño» para estar cubierto por la excepción del artículo 32.2 del TRLPI. El legislador no establece ningún criterio para medirlo. S. MARTÍN SALAMANCA aporta un criterio interesante, y es el relativo a que por «pequeños fragmentos» se deberá entender «...secundariedad respecto al significado del contenido al que se incorpora o que ilustra...»⁷⁰. Por otra parte, tampoco se entiende el porqué de esta distinción con respecto a la excepción de cita, que sólo hace referencia a «fragmentos» de obras ajenas, lo cual ya de por sí es problemático. Todo ello es aún más inexplicable teniendo en cuenta que, como apunta C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO⁷¹, tanto en el artículo 32.1.1.º del TRLPI respecto al derecho de cita, como en el artículo 32.2 del TRLPI que ahora se analiza, se establece expresamente que toda utilización de una obra ajena para fines ilustrativos de la enseñanza deberá ser valorada en el contexto de la «medida justificada para la fi-

⁷⁰ Vid. Sup. S. MARTÍN SALAMANCA, *Límites a los derechos...*

⁷¹ Vid. Sup. C. PEREZ DE ONTIVEROS VAQUERO. En *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...* Madrid 2007. Pág. 596 y 597.

nalidad perseguida». Éste debería ser el criterio general a tener en cuenta a la hora de valorar, en su conjunto, la aplicación de estas excepciones, incluida la «cantidad» de obra susceptible de utilización en cada caso⁷².

Añade el artículo 32.2 del TRLPI, en su última frase, una limitación adicional, y es la relativa a que quedará en todo caso prohibida la utilización de **compilaciones o agrupaciones** de fragmentos de obras ajenas o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo. Esta redacción resulta redundante con respecto al resto del contenido de esta disposición, puesto que si —como establece esa primera parte— sólo se permite utilizar fragmentos de obras u obras aisladas y en la medida justificada a la finalidad perseguida, resulta evidente que no se podrán utilizar compilaciones de los mismos.

A diferencia de la legislación nacional, y como ya se ha mencionado, el artículo 5.3.a) de la Directiva no diferencia el tipo de obras o la cantidad de cada obra que puede ser utilizada en este contexto. Por tanto, se permite utilizar tanto la totalidad como fragmentos de todo tipo de obras, eso sí, siempre en la medida justificada por la finalidad perseguida. De este modo, una vez más, el legislador español es mucho más riguroso que el legislador comunitario a este respecto.

Por otra parte, el artículo 32.2 del TRLPI excluye expresamente del ámbito de la excepción los **libros de texto y los manuales universitarios**, cuyo contenido no podrá ser objeto de reproducción, distribución y/o comunicación pública en el marco de la excepción de ilustración para la enseñanza. Respecto de esta cuestión, se plantean problemas en cuanto a la determinación de qué se entiende por tales publicaciones, pues los términos utilizados no tienen una definición legal y, desde un punto de vista práctico, podrían incluir un gran número de materiales y documentación utilizados por el profesorado. La norma comunitaria no recoge esta exclusión. Por tanto, la motivación de su inclusión en este artículo podría ser la presión de las editoriales de este tipo de publicaciones, las cuales obtienen grandes beneficios económicos de su comercialización, que podrían verse perjudicados por la aplicación del artículo 32.2 del TRLPI.

No obstante, el legislador nacional debería haber tenido en consideración que esos intereses económicos están o deberían estar ya protegidos por el resto de requisitos exigidos por el artículo 32.2 del TRLPI para que la aplicación de la excepción de ilustración de la enseñanza, y que se han analizado con anterioridad. Además, es importante reiterar que la aplicación de las excepciones a los derechos de autor y afines debe realizarse teniendo en consideración los crite-

⁷² Éste es también el entendimiento de R. BERCOVITZ y otros autores. Vid Sup. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ; A. GONZÁLEZ GOZALO Y R. SÁNCHEZ ARISTI, *Las reformas de la Ley...* Pág. 56 y siguientes.

rios establecidos por la regla de los tres pasos del artículo 40 bis del TRLPI. En consecuencia, una vez más el legislador español ha sido peligrosamente restrictivo a la hora de regular esta materia y, en todo caso, ha ido más allá de lo propuesto por el legislador comunitario.

2.3. *Finalidad de ilustración*

La finalidad de esta nueva excepción es exclusivamente **la ilustración en el ámbito de la enseñanza**. De este modo, a diferencia de la excepción de cita, la «investigación» queda expresamente excluida del ámbito de aplicación de esta excepción.

Respecto de la interpretación del término «ilustración» es preciso recurrir, de nuevo, al Diccionario de la Lengua Española (Vigésima Edición), que la define como «[E]stampa, grabado o dibujo que adorna o documenta un libro». A su vez el verbo «ilustrar» tiene dos acepciones relacionadas con esta actividad. Por un lado, se define como acto de «[A]clarar un punto o materia con palabras, imágenes, o de otro modo» y, por otro lado, como acto de «[A]dornar un impreso con láminas o grabados alusivos al texto». Por tanto, se puede afirmar que la ilustración tiene tanto una finalidad aclaratoria y explicativa, como también y, principalmente, una finalidad estética o decorativa.

Indica R. XALABARDER⁷³, en su análisis del artículo 5.3.a) de la Directiva, que la limitación de esta excepción de la enseñanza exclusivamente a fines ilustrativos complica de forma innecesaria la aplicación de la misma. Es más, durante la fase de aprobación legislativa de la Directiva, se planteó eliminar esta referencia en varias ocasiones. Una mención general a fines de enseñanza hubiera sido más que suficiente para proteger a los autores del uso excesivo de sus obras en este contexto, y siempre en la medida en que ese uso cumpla los restantes requisitos aplicables a esta excepción en los términos previstos por el artículo 5.3.a) de la Directiva. No obstante, esa referencia se ha mantenido, probablemente porque así se prevé también en el artículo 10.2 del Convenio de Berna.

A nivel nacional, y como se ha comentado previamente, la doctrina entiende que la excepción prevista en el artículo 32.2 del TRLPI se solapa en gran medida con la excepción de cita del artículo 32.1.1.º del TRLPI, puesto que la finalidad de ambas es, en definitiva, utilizar obras ajenas para apoyar argumentos u opiniones contenidas en la obra propia, con fines educativos, si bien, se podría afirmar que —en el caso del artículo 32.2— se admite también un componente de carácter más bien estético.

⁷³ R. XALABARDER (2004), *Copyright exceptions for teaching purposes in Europe* [online working paper]. IN3:UOC. (Working Paper Series: WP04-004 <<http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418.html>>

En cualquier caso, el artículo 32.2 del TRLPI establece expresamente que esa utilización de las obras ajenas con fines ilustrativos debe tener una **finalidad no comercial**. La interpretación de este concepto en el ámbito de las actividades educativas es más compleja que en el contexto de las recopilaciones periódicas, como apunta C. PÉREZ ONTIVEROS VAQUERO⁷⁴. A pesar de que existe una tendencia doctrinal a interpretar este concepto de forma restrictiva, una interpretación excesivamente limitadora de esta excepción podría llevar a situaciones extremas, en la medida en que se podría llegar a entender que, por ejemplo, un profesor que recibe una remuneración directamente vinculada a impartir determinadas aulas o clases de carácter extraordinario, estaría actuando con una finalidad comercial y no podría utilizar materiales ajenos en sus clases. En ese mismo tenor interpretativo, la enseñanza oficial en centros privados también podría llegar a ser considerada una actividad con fines comerciales, en la medida que no está financiada por el Estado, sino por los propios beneficiarios y, en su caso, por patrocinadores del sector privado. En este sentido, es importante señalar —como apunta L. GUIBAULT⁷⁵— que el Considerando 42 de la Directiva 2001/29/CE expresamente indica, al referirse a esta excepción, que a la hora de valorar la finalidad comercial no serán factores decisivos ni la estructura institucional ni los medios de financiación. Por tanto, siguiendo la propuesta comunitaria, el que un centro sea público o privado no debería afectar, al menos *a priori*, a la posibilidad de beneficiarse de esta excepción.

2.4. Otros requisitos

El artículo 32.2 del TRLPI establece un conjunto de requisitos adicionales a los analizados en los apartados anteriores para que aplique la excepción de ilustración de la enseñanza.

En primer lugar, se establece que la excepción prevista en el mismo sólo será aplicable respecto del uso de obras ajenas en el contexto de actividades educativas desarrolladas **en las aulas**. El cumplimiento de este requisito plantea, una vez más, interrogantes en cuanto a su aplicación práctica. No hay duda que esta excepción es aplicable a la enseñanza presencial, pero ¿qué ocurre con la enseñanza *on-line*?

A nivel comunitario, en el Considerando 42 de la Directiva 2001/29/CE, se incluyen ambos tipos de enseñanza. La doctrina también aboga por esa interpretación amplia de la excepción⁷⁶. Es más, esta interpretación es coherente con el hecho de que una de las razones de la regulación de esta excepción, en los

⁷⁴ Vid. Sup. C. PÉREZ ONTIVEROS VAQUERO En *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...* Madrid 2007. Pág. 596 y 597.

⁷⁵ Vid. Sup. GUIBAULT L., *Naturaleza y alcance de las limitaciones...* Pág. 21.

⁷⁶ Vid. Sup. MORENO MARTÍNEZ J.A., *Límite al derecho de autor...*». Págs. 428-429.

términos tan restrictivos en que está prevista, es precisamente la proliferación de esta forma de educación *on-line*. En consecuencia, se ha de entender el concepto «aulas» tanto las presenciales como las virtuales.

En segundo lugar, el artículo 32.2 del TRLPI exige que el uso de obras ajenas en el ámbito de esta excepción se realice, en todo caso, **en la medida justificada al fin perseguido**. Esta regla general de ponderación de uso de las obras objeto de excepción, como la denomina⁷⁷ proviene del inciso final del artículo 5.3.a) de la Directiva. Se puede afirmar que este requisito, unido al artículo 40 bis del TRLPI, consolida los criterios que deben inspirar, en términos generales, la aplicación de esta excepción, si bien podría considerarse que es redundante en la medida en que el artículo 40 bis ya prevé esta restricción.

Por último, el artículo 32.2 del TRLPI exige la **mención de la fuente y el nombre del autor, siempre que no resulte imposible**, con respecto a las obras utilizadas. A diferencia de lo previsto en el ámbito del derecho de cita, se utiliza la fórmula más flexible propuesta por el legislador comunitario, que permite omitir esa mención, si no fuera posible, como ocurre en muchos casos de contenidos accesibles a través de Internet.

En términos generales, debido al carácter totalmente nuevo de esta excepción en el régimen jurídico español, sólo la aplicación práctica e interpretación jurisprudencial en cada caso concreto permitirán aclarar los aspectos más conflictivos de la misma.

VI. CONCLUSIONES

Tras analizar en detalle los términos del nuevo artículo 32 del TRLPI, se puede concluir que —en lo que respecta al mismo— efectivamente la Ley 23/2006 consigue transponer a derecho nacional el contenido del artículo 5.3 de la Directiva 2001/29/CE, al menos parcialmente. No obstante, resulta más que evidente que el legislador nacional ha aprovechado esta oportunidad para realizar cambios legislativos con el fin de solventar conflictos legales, políticos y socio-económicos internos. Tal ha sido el motivo principal de que ese nuevo artículo 32 del TRLPI contenga un régimen jurídico sustancialmente más restrictivo que el planteado por el legislador comunitario, como se ha constatado a lo largo del análisis comparado llevado a cabo en estas páginas.

Por otra parte, la interpretación jurídica de esta nueva norma plantea importantes incógnitas. Ello se debe, en gran medida, a la introducción en la norma de términos ambiguos cuyo origen y ámbito de utilización son de índole más práctica que jurídica.

⁷⁷ Vid. Sup. MORENO MARTÍNEZ J.A., *Límite al derecho de autor...*. Pág. 430.

En cuanto a la **excepción de cita** propiamente dicha, prevista en el artículo 32.1.1.º del TRLPI, los cambios introducidos son mínimos con respecto a la legislación anterior, que ya de por sí era bastante restrictiva. La única novedad que aporta la Ley 23/2006 es que se limita aún más el tipo de obras que pueden ser objeto de cita, puesto que se excluye el término «análogas» de la referencia a las obras plásticas y fotográficas figurativas que, de forma aislada, pueden ser citadas. El origen de esta modificación resulta inexplicable, en la medida en que el artículo 5.3.d) de la Directiva 2001/29/CE ni siquiera identifica el tipo de obras que pueden ser citadas.

En cuanto a la regulación específica, dentro de la excepción de cita y en el marco del artículo 32.1.2.º del TRLPI, de las **recopilaciones periódicas** no se introducen tampoco cambios con respecto a su equiparación a la cita, tal y como ya preveía la legislación anterior. No obstante, se crea un **régimen jurídico específico** o *sui generis*, si se quiere, con respecto a aquellas recopilaciones periódicas que se refieran concretamente a **artículos periodísticos**, es decir, en relación a la actividad comúnmente denominada *press clipping*.

Este nuevo régimen recoge algunas disposiciones de la Directiva 2001/29/CE, concretamente las previstas en sus Considerandos 35 y 36 y en el artículo 5.3.d). No obstante, su origen está fundamentalmente en el conflicto surgido en los últimos años entre las empresas propietarias de medios de comunicación escrita y las empresas de *press clipping*, que se ha materializado a través, por un lado, de acciones judiciales contra estas últimas por infracción de derechos de autor y, por otro lado, mediante la iniciativa, frustrada parcialmente, de crear una entidad de gestión de remuneraciones por la elaboración de resúmenes de prensa.

El nuevo régimen jurídico introducido por la Ley 23/2006 establece que las empresas que se dediquen a esta actividad de recopilación de artículos periodísticos, cuando la misma sea periódica, con fines comerciales y consista en la mera reproducción de artículos de prensa, deberán verificar si los correspondientes autores, o en su caso, titulares de derechos sobre esas obras **no se han opuesto expresamente** a su utilización para esa finalidad y, si no lo hubieran hecho, deberán pagar una **remuneración equitativa** por dicho uso a esos autores, si éstos la reclaman.

Como se ha expuesto a lo largo de este estudio, la aplicación de este nuevo régimen jurídico a la actividad de recopilación de prensa plantea varias incógnitas, si bien la problemática fundamental reside en determinar **quién es el titular de esta facultad de oposición expresa**. La doctrina considera unánimemente que esa facultad corresponde a los autores de cada uno de los artículos periodísticos afectados. No obstante, las dos únicas decisiones judiciales nacionales al respecto, dictadas en primera instancia, declaran de forma contundente que esta facultad ha de corresponder únicamente a los editores de

las publicaciones en las que se incorporen, por ser éstas consideradas «obras colectivas». Por su parte, los distintos sectores afectados han tomado medidas estratégicas para posicionarse en cuanto al ejercicio de la referida potestad. En cualquier caso, sólo una consolidación jurisprudencial podrá solventar este conflicto, lo cual permitirá resolver además otros problemas que plantea la aplicación de este régimen y bloqueados por este conflicto, como el relativo a la forma de gestión de la correspondiente remuneración equitativa, en caso de que no hubiera oposición.

Por último, la Ley 23/2006 incluye un nuevo apartado 2 al artículo 32 del TRLPI para albergar una nueva excepción a los derechos de autor y afines, prevista en el artículo 5.3.a) de la Directiva 2001/29/CE, y relativa a la **ilustración para la enseñanza**.

Una vez más, el régimen jurídico previsto por esta nueva excepción es significativamente más restrictivo que el propuesto por el legislador comunitario. Así, a diferencia de la excepción comunitaria, la española no es aplicable a fines de investigación científica, sino sólo a **la enseñanza**, y cuando ésta sea «**reglada**» u oficial, así como únicamente respecto de **los profesores y en las aulas**. Se excluye, por tanto, implícitamente cualquier utilización realizada o promovida por el alumnado. Asimismo, se excluyen explícitamente del ámbito de esta excepción los libros de texto y manuales universitarios, así como las compilaciones de obras ajenas.

El carácter tan restrictivo de excepción, así como la ambigüedad de su redacción en algunos aspectos, dificultan en gran medida su interpretación legal y aplicación práctica. En cualquier caso, en la interpretación y clarificación de esta normativa será siempre importante tener presente el criterio interpretativo incluido en la propia redacción del artículo 32.2, respecto del que la misma será aplicable siempre que el uso de obras ajenas se realice «en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida». Este criterio interpretativo también se prevé respecto de la excepción de cita en su conjunto.

En general, no se debe olvidar que en la aplicación de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor y afines se ha de tener en consideración **la regla de los tres pasos prevista en el artículo 40 bis del TRLPI**, y poco presente en la jurisprudencia española, que excluye la aplicación de excepciones que perjudiquen los intereses de los autores o dañen la explotación normal de sus obras.

No obstante lo anterior, la aplicación de esta regla y de las excepciones en su conjunto debe ser a su vez matizada, en el sentido de que se debe tener en cuenta que la razón última de estas excepciones es, en definitiva, el equilibrio entre el carácter exclusivo del ejercicio de los derechos de autor y afines con respecto del ejercicio de otras libertades y derechos constitucionales. Por tan-

to, la labor de la doctrina y de la jurisprudencia a la hora de analizar y, en cuanto a la jurisprudencia, aplicar estas excepciones —como respecto de todas las excepciones y limitaciones a los derechos de autor y afines— debe comportar siempre una ponderación y equilibrio del conjunto de derechos, principios e intereses en juego, a la luz de la normativa aplicable.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ I., GONZÁLEZ GOZALO A. Y SÁNCHEZ ARISTI R. *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.
- CAPARRÓS DE OLMEDO S. *El Derecho de Cita y el Press Clipping*. En *Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual*. N. GINÉS CASTELLET Y C. BUGANZA. J.M. Bosch Editor, 2007.
- CASAS VALLÉS R. En *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO. Edit. Tecnos. Tercera Edición. Madrid 2007.
- GUIBAULT L., WESTKAMP G., RIEBER-MOHN T., HUGENHOLTZ P.B., (et al.). *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, Informe para la Comisión Europea, DG Mercado Interior, Febrero 2007. Instituto del Derecho de Información. Universidad de Ámsterdam (Holanda).
- GUIBAULT L., *Naturaleza y alcance de las limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital*. e.Boletín de derecho de autor, octubre-diciembre 2003.
- JIMÉNEZ A. *Acceso a información periodística a través de servicios de press clipping*. En *Hipertext .net*, núm. 1, 2003. www.hipertext.net.
- MARÍN LÓPEZ J.J. *Derecho de autor, revistas de prensa y press clipping*. RIDA n.º 215. Enero 2008.
- MARTÍN SALAMANCA S. En *Propiedad Intelectual (Doctrina, Jurisprudencia, Esquemas y Formularios)*. Coord. M. A. ESTEVE PARDO. Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 2009.
- MORENO MARTÍNEZ J.A., *Límite al derecho de autor por fines educativos*. En *Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*. Coord. Moreno Martínez. Edit. Dykinson. Madrid 2008.
- ORTEGA DÍAZ J.F. *Las excepciones de cita e ilustración en el entorno judicial y digital. A propósito de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la adaptación de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. En *Pe.i. Revista de propiedad intelectual*, ISSN 1576-3366, N.º 19, 2005.
- PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO C. En *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Coord. Rodrigo Bercovitz. Edit. Tecnos. Tercera Edición. Madrid 2007.
- RIBERA BLANES B., *Recopilaciones periódicas, reseñas, revistas de prensa y press clipping*. En *Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías: incidencias por la ley 23/2006, de 7 de julio*. Coord. J. A. MORENO MARTINEZ. Edit. Dykinson, 2008.

- RICKETSON S., *Estudio OMPI sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital*. Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos el entorno digital. 9.ª Sesión. Ginebra, 23-27 junio 2003. <http://www.wipo.int>.
- RODRÍGUEZ TAPIA J.M. y BONDÍA ROMAN F. *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual: (Texto refundido, R.D. Leg. 1/1996, de 12 de abril)*. Edit. Civitas. Madrid 1997.
- SPURGEON C.P., *¿Autorizar o limitar? Utilización en línea con fines educativos: Alternativas para preservar los derechos exclusivos de los titulares del derecho de autor*. Boletín de Derecho de Autor, Julio 2003, n.º 3.
- XALABARDER R. (2004). *Copyright exceptions for teaching purposes in Europe* [online working paper]. IN3:UOC. (Working Paper Series: WP04-004 <<http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418.html>>