

El nuevo derecho de puesta a disposición

POR **JAIME CASTELLANO CACHERO, CLAUDIO FEIJÓO GONZÁLEZ Y JORGE PÉREZ MARTÍNEZ**

El presente artículo realiza un estudio de los diferentes mecanismos de explotación del contenido audiovisual a través de medios digitales (Internet, la televisión y radio digital y las comunicaciones móviles) con el fin de aclarar cuál puede ser el alcance del nuevo derecho de puesta a disposición.

La Directiva comunitaria 2001/29

Como acertadamente señala la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), los derechos de propiedad intelectual, esto es, el derecho de autor y sus derechos afines o conexos, son fundamentales para la creatividad humana, puesto que fomentan la innovación bajo forma de reconocimiento (derechos morales) y recompensas económicas equitativas (derechos económicos).

El nuevo entorno convergente, del cual la técnica de la digitalización de la información es la pieza clave, ofrece sin duda nuevas posibilidades para la creatividad y, al mismo tiempo, riesgos para la propiedad intelectual. Por ello es preciso encontrar una respuesta normativa que fomente las oportunidades de la digitalización y los nuevos medios electrónicos, a la vez que proteja adecuadamente los derechos de propiedad intelectual.

La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de los Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información fue aprobada en mayo de 2001 y tiene como principal fin ofrecer una respuesta a muchos de los interrogantes surgidos en relación con los derechos de propiedad intelectual en el actual entorno digital. Actualmente nos encontramos dentro del plazo de dieciocho meses prescrito para la transposición de la mencionada Directiva al ordenamiento jurídico de cada uno de los países

miembros.

No es objeto del presente artículo un análisis exhaustivo de la mencionada Directiva. El análisis se centra en uno de los puntos más relevantes de la misma: el nuevo derecho de puesta a disposición y su impacto técnico y de mercado. En concreto se realiza un estudio de los diferentes mecanismos de explotación del contenido audiovisual a través de medios digitales con el fin de aclarar cuál puede ser el alcance del citado nuevo derecho. Los servicios que comprenden, hoy, estos medios digitales son Internet, la televisión y radio digital, y las comunicaciones móviles. Con el fin de contribuir al entendimiento de la clasificación se ofrecen al lector una serie de definiciones de términos relevantes y ejemplos de servicios que se desarrollan en la actualidad sobre medios digitales. Posteriormente se presentan aspectos claves que convendría tener en cuenta a la hora de transponer la Directiva comunitaria al ordenamiento jurídico español.

Un nuevo derecho de Propiedad Intelectual

La Directiva 2001/29/CE concede a los autores un derecho exclusivo general en el ámbito comunitario de comunicación pública de sus obras, que incluye la denominada [puesta a disposición interactiva], es decir, los actos de transmisión interactiva a la carta. Conviene destacar, respecto de los autores, que se trata de un derecho de comunicación pública general, que engloba todas las formas posibles de comunicación pública y todas las categorías de obras.

Asimismo, conviene señalar que el concepto de comunicación pública en la legislación española, que se produce [cuando una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas], es lo suficientemente amplio como para que actualmente se utilice para proteger los derechos de propiedad intelectual en diversos procedimientos de explotación de obras a través de medios digitales.

En relación con los titulares de derechos afines, no se produce en el ámbito comunitario el reconocimiento de un derecho exclusivo general de comunicación pública como sucede con los autores. Sí, en cambio, se les reconoce un derecho exclusivo en relación con la puesta a disposición interactiva de trabajos protegidos, que es el ámbito al que se limita la armonización para los derechos afines. Estos titulares de derechos afines no tienen armonizado el derecho de comunicación pública, por lo que son mucho más sensibles al resultado de la transposición. Sin embargo, en el caso de la legislación española, los titulares de estos derechos afines tienen reconocido el derecho de comunicación pública (al igual que los autores).

Por tanto, los titulares de derechos de autor y afines tienen reconocidos en la Directiva 2001/29/CE el derecho exclusivo de poner a disposición del público obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual o cualquier prestación protegida, mediante transmisiones interactivas a la carta. Tales transmisiones interactivas a la carta se caracterizan por el hecho de que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que ella misma elija. Por consiguiente, el impacto de este nuevo derecho dependerá en los servicios que se consideren incluidos bajo el término [transmisiones interactivas bajo

demanda[].

Algunas definiciones

El fuerte desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones no ha ido parejo con un similar desarrollo de la claridad y uniformidad de las acepciones de algunos términos técnicos. Con objeto de evitar posibles confusiones, se presentan a continuación las definiciones de una serie de términos, cuyo entendimiento se estima básico para comprender las implicaciones técnicas y de negocio del nuevo derecho de puesta a disposición.

- *Interactividad*: Proceso que consiste tanto en el envío como la recepción de información entre diversos agentes sin demoras significativas. Desde un punto de vista estrictamente técnico, todos los procesos que tienen lugar en Internet son interactivos. Nótese que cambiar o sintonizar un cierto canal de televisión o radio (analógica o digital) es un proceso no interactivo ya que se recibe información, pero no se produce el envío de ninguna clase de información, es decir, sólo se selecciona la información deseada entre las recibidas.

- *Transmisión*: Envío de información a través de cualquier medio, alámbrico o inalámbrico. Las transmisiones se pueden clasificar según el público objetivo de las mismas:

o *Unicasting*: un único receptor.

o *Multicasting*: un grupo de receptores determinado que comparten la misma información.

o *Difusión (broadcasting)*: un grupo indiscriminado de receptores que comparten la misma información.

- *Grado de personalización*: nivel de elección que tiene un usuario en referencia a los contenidos (01) a los que accede. Se pueden distinguir diferentes niveles:

o *Completamente personalizado*: el usuario puede elegir, sin restricciones, dentro de la oferta de contenidos que se le presenta, todos y cada uno de los elementos que la componen.

o *Parcialmente personalizado*: el usuario puede elegir, con limitaciones, dentro de la oferta de contenidos que se le presenta, alguna de las características de la misma.

o *No personalizado*: el usuario no puede elegir características significativas el contenido de la oferta que se le presenta.

- *Streaming*: transmisión de datos de vídeo o audio, de manera que se puede realizar su procesado y lectura (su uso) de forma continua y constante conforme se recibe. No queda almacenada una copia de la información.

- *Descarga (Downloading)*: Transmisión de datos de vídeo o audio, de manera que para poder realizar su procesamiento y lectura es necesario haber acumulado previamente la información de que consta el envío. Queda almacenada una copia de la información en el dispositivo del usuario.

Procedimientos y medios de explotación de los contenidos audiovisuales

Concluida la definición de los anteriores conceptos, la explotación de contenido audiovisual puede clasificarse según los medios que muestra la figura 1 (01) .

Figura (01) : Formas de explotación del contenido audiovisual

Desde un punto de vista técnico, los medios de explotación del contenido audiovisual pueden clasificarse tal y como muestra la figura 2 (02) :

Figura (02) : Procedimientos técnicos de explotación

La clasificación anterior es fruto de la investigación y estudio de los autores de este artículo y en ningún caso debe considerarse como definitiva. Algunos comentarios relevantes que pueden realizarse en relación con la clasificación anterior se presentan a continuación.

Desde un punto de vista técnico, en Internet sólo puede darse *unicasting* y *multicasting*. La frontera entre *multicasting* y difusión puede ser poco precisa cuando se trata de un grupo de receptores muy amplio. En ocasiones una transmisión se considera no interactiva aunque existan procesos auxiliares, ajenos a la propia comunicación, que sí sean interactivos. Éste sería el caso de la transmisión de un cierto evento deportivo (o un estreno), previo pago de cierta cantidad (*pay per view*), a través de una cadena de televisión digital. Efectivamente, existe un proceso interactivo que consiste, por una parte, en un intercambio de información para llevar a cabo el pago de una cierta cantidad estipulada, y por otra, en la recepción de las claves asociadas al descifrado de la información. Sin embargo, la transmisión del evento se realiza independientemente de los usuarios que hayan efectuado este proceso interactivo. Por tanto, se trata de una difusión (que es una transmisión no interactiva) que tiene la peculiaridad que sólo la pueden ver los usuarios que previamente hayan pagado por ello.

Nótese pues que en los medios digitales actuales podrán tener lugar unos u otros procedimientos de explotación, según la naturaleza del propio medio, tal y como muestra la Tabla 1 (03) .

Tabla 1 (03) : Los medios digitales y los procedimientos técnicos de explotación

Esta clasificación presentada adolece de una cierta complejidad, en especial si el lector no dispone de conocimientos técnicos. Por ello, se presenta una serie de ejemplos de servicios que se desarrollan en medios digitales con el fin de observar dónde encajan dentro de la clasificación de los procedimientos de explotación:

Weblisten: proveedor español de servicios musicales mp3 por Internet: www.weblisten.com

Funcionamiento: ofrece la posibilidad de escuchar y descargar canciones de una gran variedad de artistas y grupos musicales. Servicio de suscripción. El usuario tiene la opción de almacenar la música que adquiere en un servidor de weblisten y/o escucharla cuando desee vía streaming.

Procedimiento técnico de explotación:

Transmisión interactiva completamente personalizada, descarga

Transmisión interactiva completamente personalizada, *streaming*

En ambos, se trataría de un claro ejemplo de servicio a la carta

Un servicio de similares características al de *weblisten* pero para vídeo (películas), está disponible en www.moviefly.com

Spinner: radio de Internet con canales correspondientes a diversos estilos musicales:
www.spinner.com

Funcionamiento: ofrece la posibilidad de escuchar hasta 150 canales de música de diferentes estilos (pop, rock, country...). Requisito previo es la descarga (gratuita) de un software.

Procedimiento técnico de explotación:

Transmisión interactiva parcialmente personalizada, *streaming*.

Internet news: resumen de las noticias de actualidad que se emite exclusivamente en Internet: www.plus.es/codigo/noticias/informativo_enlared.asp

Funcionamiento:

Normal: la duración de los informativos es de 2 minutos. Se emite de lunes a viernes, a las 13:30 hs. y a las 19:30 hs.

Archivo: posibilidad de ver algunos informativos de días anteriores (previamente emitidos)

Procedimiento técnico de explotación:

☐ Transmisión interactiva no personalizada, *streaming* (modo normal)

☐ Transmisión interactiva parcialmente personalizada, *streaming* (modo archivo)

El funcionamiento en modo archivo se ha considerado parcialmente personalizado, ya que el usuario elige tan sólo una característica de la oferta de contenidos (la fecha).

Musicity: proveedor de servicios de búsqueda de archivos (audio, vídeo, documentos...) en Internet: www.musicity.com

Funcionamiento: ofrece la descarga gratuita de la aplicación (cliente) Morpheus, que permite buscar, encontrar y descargar prácticamente cualquier tipo de archivo digital a través de una arquitectura P2P.

Procedimiento técnico de explotación:

☐ Transmisión interactiva completamente personalizada, descarga.

Es notable el número de sitios *web* de similares características. Algunos ejemplos son: eDonkey, Kazaa, Gnutella...

Mp3.com: proveedor de servicios de música en Internet: www.mp3.com

Funcionamiento: dentro de la oferta que presenta, permite la creación de una cuenta para almacenar y organizar música en formato digital (servicio My.MP3: <http://www.my.mp3.com>). El usuario puede introducir su propia música, o comprarla y escucharla en cualquier momento.

Procedimiento técnico de explotación:

☐ Transmisión interactiva completamente personalizada, *streaming*.

Terra Mobile: proveedor de contenidos para telefonía móvil: www.terra-mobile.es

Funcionamiento: como parte de su oferta de contenidos, permite la descarga de iconos y melodías para teléfonos móviles. El usuario tiene la posibilidad de elegir entre una gran variedad de los mismos e incluso realizar sus propias creaciones.

Procedimiento técnico de explotación:

☐ Transmisión interactiva completamente personalizada, descarga

Nótese que el usuario que inicia la transmisión no tiene porqué ser el receptor de la misma. Una persona puede conectarse a Internet a través de su ordenador y dar la orden de

descarga de una cierta melodía o icono al teléfono móvil de otro individuo distinto.

Madridtel: Compañía de telecomunicaciones que ofrece a sus clientes servicios de televisión (analógica y digital), Internet, telefonía, desplegando para ello infraestructura propia (cable): www.corporativa.madridtel.es

Funcionamiento: como parte de su oferta de contenidos, se encuentra el denominado canal mirador. Entre las características, destacan:

- Un pase cada 30 minutos.
- Nuevas películas de estreno cada mes.
- Compra de películas a través del mando a distancia.

Procedimiento técnico de explotación:

- Transmisión no interactiva completamente personalizada, *streaming*.

El concepto de transmisión interactiva a la carta

En la actualidad, la administración española está trabajando en la transposición de la Directiva comunitaria 2001/29/CE. Numerosos interrogantes en relación con la aplicación del derecho de puesta a disposición pueden surgir en este proceso de transposición de la Directiva comunitaria. En este punto cabe destacar que, a principios del mes de noviembre de 2002, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte presentó un borrador que contiene las modificaciones que la Administración propone introducir en la legislación actual (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual) con el fin de adaptarla a la nueva directiva comunitaria. Tal y como se comentó al comienzo de este documento, el impacto del nuevo derecho de puesta a disposición dependerá en buen grado de la definición del término a la carta (*on-demand*). *Grosso modo*, pueden considerarse tres tipos de definiciones:

- Definición amplia (02)

. Las transmisiones interactivas a la carta se caracterizan por el hecho de que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que ella misma elija (Directiva 2001/29/CE).

. Definición del derecho de puesta a disposición (tratados de la OMPI de 1996): derecho a autorizar la puesta a disposición del público, por medios alámbricos o inalámbricos, de cualquier interpretación o ejecución fijada en un fonograma, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. Este derecho cubre, en particular, la puesta a disposición interactiva y previa

solicitud en Internet.

- *Definición intermedia* (03)

Se tienen en cuenta los siguientes criterios:

- . Difusión de un número limitado de autores, artistas o intérpretes o un programa especializado.
- . Facultad del oyente para conocer de antemano o en tiempo real, el programa.
- . Programación determinada por los oyentes.
- . Servicio que permita al oyente disponer del título que desee y que le permita grabar con calidad digital.

Un servicio a la carta es aquel que cumple los dos primeros criterios y uno de los dos últimos (04) .

- *Definición acotada*

Copia digital permanente de un cierto trabajo que previamente ha sido elegido por el usuario. Define el equivalente en la Red (la evolución previsible) de la tradicional puesta a disposición al público de un trabajo u obra (distribución). Esto es, en la legislación española se define distribución como []la puesta a disposición del público del original o copias de la obra[] .

El ámbito de acción del nuevo derecho de puesta a disposición, si se relaciona la clasificación técnica y las definiciones del término a la carta que se acaban de exponer, sería el siguiente (ver figura 3) (04) .

Figura 3 (04) : Procedimientos técnicos de explotación

El lector puede observar que, según sea la definición de servicio interactivo a la carta, se podrá corresponder con uno o varios procedimientos técnicos de explotación que a su vez podrán tener lugar en uno o varios medios digitales distintos. Por lo tanto, el ámbito de aplicación del derecho de puesta a disposición puede variar sustancialmente.

No obstante lo anterior e independiente de la definición escogida, una lectura detallada de la Directiva podría conducir a la determinación del ámbito de aplicación del nuevo derecho de puesta a disposición. En este sentido, el considerando 25 de la Directiva comunitaria 2001/29/CE establece que []tales transmisiones a la carta se caracterizan por el hecho de que cualquier persona puede acceder a ellas (se refiere a obras protegidas) desde el lugar y en el momento que ella misma elija[]. Según la clasificación de procedimientos técnicos de explotación expuesta en este documento, las transmisiones interactivas (*unicasting* o

multicasting) completamente personalizadas (*streaming* o *downloading*) se corresponden con la definición de transmisiones interactivas a la carta, ya que se caracterizan porque un usuario puede elegir una obra que desea ver o escuchar en cualquier momento.

Conclusiones y cuestiones a resolver

La problemática que se puede suscitar en torno a la transposición del nuevo derecho no se reduce a una cuestión lingüística acerca de la acepción del término «a la carta». Al comienzo de este artículo se destacó que en el caso de los autores este nuevo derecho está englobado dentro uno más amplio y reconocido (comunicación pública). Por el contrario, los titulares de derechos afines tienen reconocido de manera exclusiva el nuevo derecho de puesta a disposición pero, en general, en las diversas legislaciones nacionales europeas no tienen reconocido el de comunicación pública. Como ejemplo, en la legislación española, estos titulares de derechos afines tienen reconocido el derecho de comunicación pública únicamente como un derecho de remuneración.

Así pues, de cara al proceso de transposición, existen dos alternativas fundamentales (amén de otras intermedias) para estos otros titulares de derechos: que se reconozca un nuevo derecho, el derecho de puesta a disposición, o que se enmarque dentro del actualmente reconocido derecho de comunicación pública.

El lector debe tener en cuenta que en la transposición de este nuevo derecho al ordenamiento jurídico español se produce un juego de intereses cruzados entre los diversos titulares de derechos afines al derecho de autor (artistas, intérpretes y ejecutantes por un lado, y productores por otro). En relación con esta diferencia de intereses, pueden distinguirse dos escenarios básicos:

- Escenario A (05) : se utiliza la definición amplia de «a la carta» y se reconoce el derecho exclusivo para los detentadores de derechos afines.

- Escenario B (06) : se utiliza alguna de las definiciones acotadas de «a la carta». En este escenario se distinguiría entre derechos primarios y secundarios (07) . Los derechos primarios serían cedidos a los productores para que tengan control sobre las explotaciones de la obra en los nuevos negocios digitales, mientras que los derechos secundarios, correspondientes a los detentadores de derechos afines, supondrían una remuneración compensatoria que se caracteriza por la gestión colectiva.

Para valorar las implicaciones de ambos escenarios es necesario considerar que los derechos exclusivos son normalmente cedidos al productor, tras una negociación dependiente de la notoriedad del artista, intérprete o ejecutante. Esto significa para los nuevos negocios digitales de explotación de contenidos que, si se produce el escenario A, los productores adquirirán muy probablemente el control completo sobre los mismos. En el escenario B, sin embargo, se podría mantener algún tipo de comunicación pública en los nuevos medios digitales, i.e. Internet, de forma que se permitiera a compañías independientes difundir

contenidos a través de una remuneración compensatoria (08) , lo que se traduciría en un alto nivel de competencia, y también, por qué no, en un alto grado de incertidumbre sobre la viabilidad del negocio. De alguna manera, se trataría de un escenario, para las formas de explotación que no quedaran incluidas dentro de la definición de "a la carta", similar a la radio y televisión actuales, a las que se han añadido algunas capacidades derivadas de la interactividad de los nuevos medios digitales.

Como conclusión final hay que reseñar la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre los diversos intereses de cada uno de los elementos que componen la cadena de valor de la actual industria de contenidos, y que permita conciliar los intereses de negocio, que muchas veces, no olvidemos, se encuentran más allá de la industria de contenidos hispanohablante, con los intereses de los creadores, artistas e intérpretes que son, tampoco lo olvidemos, el soporte de esta industria de contenidos.

Por último indicar que las dificultades que se han mostrado en este artículo en torno a la transposición del nuevo derecho de puesta a disposición, pueden contribuir en parte a un retraso en el proceso de transposición de la Directiva comunitaria 2001/29/CE (09) .

Conviene recordar que ya se ha hecho público (10) el borrador que recoge la propuesta de modificación de la actual legislación de propiedad intelectual, como consecuencia del proceso de transposición de la mencionada directiva comunitaria. En este borrador, el derecho de puesta a disposición se ha reconocido, para los titulares de derechos afines, como un derecho exclusivo. Nos encontraríamos, pues, en un escenario del tipo A, en el cual es muy probable que los productores adquieran un control completo de los nuevos negocios de explotación de contenido digital. Sin embargo, esta afirmación no debiera considerarse definitiva, pues antes de la entrada en vigor de la nueva Ley han aparecido nuevos negocios digitales que hacen uso del repertorio protegido por los derechos de autor y sus derechos afines. Por ejemplo, si la actividad desempeñada por una radio en Internet, o "Internet Radio" se considera un acto de comunicación pública, estará sujeta a la remuneración correspondiente (derecho de remuneración por la comunicación pública). Con la aprobación de la futura Ley aparecerá un nuevo derecho que, en principio, cubrirá las explotaciones de obras (repertorio protegido) en los negocios digitales. Este derecho, según el borrador presentado, se reconoce como derecho exclusivo, por lo que en la práctica (en el caso de los titulares de derechos afines) se considera automáticamente cedido a los productores, pero... ¿se puede ceder por defecto algo (un derecho) que previamente no existía?