

LA DIFUSIÓN DE OBRAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Analizado ya en bloques anteriores los resultados del conocimiento y, en concreto, las creaciones intelectuales, su protección y a quién corresponde la titularidad de las mismas, vamos a centrarnos ahora en su difusión.

Difusión de las obras de la propiedad intelectual encuadrada dentro de esa “*transferencia del conocimiento*” que la LOU ya catalogaba como función [art. 1.2.c)] y objetivo esencial (art. 39) de la universidad, y que tanto la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, como la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, han venido a potenciar aún más. Declarando abiertamente ésta última el deber de las administraciones públicas de fomentarla (art. 35.1), estableciendo los mecanismos a través de los cuales llevarla a cabo “*con especial interés en la creación y apoyo a empresas de base tecnológica*” [art. 35.2.c)] y estimulando la iniciativa pública y privada que intermedie en la misma [art. 35.2.g)].

Recalcando además ambas leyes la necesidad de su valorización. Fijando la premisa de que las transmisiones deberán realizarse a valor de mercado¹; previéndose, incluso, la inserción de cláusulas de mejor fortuna cuando la transferencia de titularidad se haga a favor de una entidad privada²; y reconociendo el derecho del personal investigador a participar

¹Tanto el art. 55.5 Ley 2/2011: “*En todo caso, la transmisión de derechos sobre estos resultados se hará con una contraprestación que corresponda a su valor de mercado*”; como el art. 34.2 Ley 14/2011, al regular los convenios de colaboración: “*La transmisión de los derechos sobre estos resultados se deberá realizar con una contraprestación que corresponda a su valor de mercado*”

² Art. 55.6 Ley 2/2011: “*Cuando se transfiera la titularidad del derecho a una entidad privada deberá preverse, en la forma que reglamentariamente se determine, la inclusión en el contrato de cláusulas de mejor fortuna que permitan a las entidades públicas recuperar parte de las plusvalías que se obtengan en caso de sucesivas transmisiones de los derechos o cuando debido a circunstancias que no se hubieran tenido en cuenta en el momento de la tasación, se apreciase que el valor de transferencia de*

en los beneficios que obtenga la universidad en la explotación de los resultados³.

Estas son, en suma, las principales particularidades recogidas en la Ley 2/2011 y en la 14/2011 en referencia a la transferencia propiamente dicha de la propiedad intelectual – amén, de la forma de adjudicación, a la que a continuación se referirá nuestro compañero CARLOS GÓMEZ OTERO- remitiéndose por lo demás ambas leyes al Derecho Privado⁴.

En consecuencia, habrá que estar esencialmente al régimen ya regulado por la legislación de propiedad intelectual, en concreto, por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE del 22), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI). En base al cual, los derechos de explotación⁵ de la obra (en especial, los de reproducción, distribución, comunicación pública y

la titularidad del derecho fue inferior al que hubiera resultado de tenerse en cuenta dichas circunstancias”.

³ El art. 14 Ley 14/2011 reconoce al personal investigador que presta sus servicios en las universidades públicas el derecho “*a participar en los beneficios que obtengan las entidades para las que presta servicios (esto es, la universidad), como consecuencia de la eventual explotación de los resultados de la actividad de investigación, desarrollo o innovación en que haya participado. Dicha participación no tendrá en ningún caso la consideración de retribución o salario para el personal de investigación”.*

Del mismo modo que la Disposición Adicional decimonovena determina que:

“1. En los casos en que los derechos de explotación de la obra de carácter intelectual creada correspondan a un centro público de investigación, el personal dedicado a la investigación tendrá derecho a una compensación económica en atención a los resultados en la producción y explotación de la obra, que se fijará en atención a la importancia comercial de aquella y teniendo en cuenta las aportaciones propias del empleado.

2. Las modalidades y cuantía de la participación del personal investigador de los centros públicos de investigación en los beneficios que se obtengan de la explotación o cesión de los derechos regulados en el párrafo anterior, serán establecidas por el Gobierno, las Comunidades Autónomas o las Universidades, atendiendo a las características concretas de cada centro de investigación. Dicha participación en los beneficios no tendrá en ningún caso la consideración de una retribución o salario para el personal de investigación”.

⁴ Declara el art. 36 de la Ley 14/2011, en su último párrafo que: “*La transmisión de terceros de derechos sobre los resultados de la actividad investigadora, bien se trate de cesión de la titularidad de una patente o de concesión de licencias de explotación sobre la misma, o de las transmisiones y contratos relativos a la propiedad intelectual, se regirá sobre el derecho privado conforme a lo dispuesto en la normativa propia de cada Comunidad Autónoma”.* Y en términos similares se pronuncia el art. 55.2 de la Ley 2/2011.

⁵ No los morales, que corresponden al autor de manera irrenunciable e inalienable (art. 14 LPI)

transformación⁶) pueden transmitirse por actos *inter vivos*⁷, quedando limitada la cesión “*al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen*” (art. 43 LPI). Cesión que deberá formalizarse por escrito (art. 45 LPI), y que podrá ser exclusiva (con exclusión, incluso del propio cedente. Arts. 48 y 49 LPI) o no (art. 50 LPI).

Estas son, por tanto, las líneas básicas del régimen de cesión de derechos de propiedad intelectual regulado en nuestro Derecho. Régimen de sobra conocido y sobre el que el mucho se ha escrito. Razón por la cual, y habida cuenta del auge y protagonismo cada vez mayor que Internet ha adquirido en nuestra realidad y también, inevitablemente, en el ámbito de la difusión de obras de propiedad intelectual, convirtiéndose progresivamente en el medio indiscutible de divulgación de las mismas, vamos a centrar este trabajo en el análisis de uno de los instrumentos creados para articular esa difusión por la red y que día a día va adquiriendo un protagonismo más relevante: las licencias *creative commons*.

⁶ Arts. 17 a 21 LPI

⁷ Además de mortis causa en el caso de titular persona física (art. 42 LPI)

LAS LICENCIAS CREATIVE COMMONS

Creative Commons es una corporación americana, sin ánimo de lucro, fundada en el año 2001, que ofrece, de forma gratuita, un conjunto de licencias⁸, al amparo de las cuales el licenciador cede los derechos de explotación de la obra o prestación⁹ en los términos fijados por aquéllas.

Licencias que han sido traducidas y adaptadas a las legislaciones de multitud de países, entre ellos España.

Se distinguen, básicamente, 6 tipos de licencias *creative commons*, que difieren en las características de cada una de ellas.

Todas ellas tienen un elemento común: el reconocimiento. Todas las licencias *creative commons* exigen que cuando se use esa obra licenciada se reconozca la autoría, se mantengan “*intactos todos los avisos sobre la propiedad intelectual*”. Es decir, se indique, en la manera determinada por el propio licenciante, entre otros extremos, el “*nombre del autor original, o el seudónimo si es el caso, así como el del titular originario, si le es facilitado*”¹⁰

⁸ Advertir antes de nada que progresivamente, según ha ido evolucionando la realidad cambiante objeto de los derechos de propiedad intelectual, y con ello, las normas que lo regulan, se han ido ofreciendo por *Creative Commons* distintas versiones de licencias, centrándose el presente trabajo en la versión 3.0.

⁹ La propia licencia *creative commons* define la obra como “*la creación literaria, artística o científica ofrecida bajo los términos de esta licencia*” y la prestación como “*cualquier interpretación, ejecución, fonograma, grabación audiovisual, emisión o transmisión, mera fotografía u otros objetos protegidos por la legislación de propiedad intelectual vigente aplicable*”. Puntualizar que esto es así desde la versión 3.0 de las licencias *creative commons*, ya que con anterioridad el ámbito de la licencia quedaba restringido a la obra.

¹⁰ Enumerando la propia licencia en su apartado 1.d) las personas o entidades que merecen la calificación de “*titular originario*”: “*en el caso de una obra literaria, artística o científica, la persona natural o grupo de personas que creó la obra*”; “*en el caso de una obra colectiva, la persona que la edita y divulga bajo su nombre, salvo pacto en contrario*”; “*en el caso de una interpretación o ejecución, el actor, cantante, músico, o cualquier otra persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra*”.

Pues bien, compartiendo ese elemento común de “*reconocimiento*”, se configuran diferentes tipos de licencias *creative commons*, según permitan o no un uso comercial de la obra, y permitan o no hacer modificaciones de la obra y en qué condiciones.

Existen, como hemos apuntado, seis tipos de licencias *creative commons*:

- **Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada:**

Esta licencia exige el reconocimiento del autor y, en su caso, del titular originario; no permite al licenciatarario hacer un uso comercial de la obra o prestación; y tampoco le permite que modifique esa obra, es decir, que a partir de esa obra original genere una “obra derivada”. Entendiendo por “obras derivadas” como indica la propia licencia *creative commons*, entre otras: las traducciones, las adaptaciones, las revisiones, las actualizaciones, las anotaciones, los compendios, los resúmenes y los extractos.

- **Reconocimiento – No comercial – Compartir igual:**

Esta licencia exige el reconocimiento de autoría; autoriza al licenciatarario (a diferencia de la anterior) a que transforme la obra, es decir, a que, a partir de esa obra licenciada, el licenciatarario cree una obra derivada, pero con la condición de que esa obra derivada la comparta, la haga accesible al público, bajo los términos de esa misma licencia *creative commons*; y, finalmente, no permite al licenciatarario que haga un uso comercial ni de la obra original, ni de la obra derivada creada.

- **Reconocimiento – No comercial:**

Esta licencia exige el reconocimiento de autoría; otorga al licenciatarario el derecho a modificar la obra, es decir, a que, a partir de esa obra original el licenciatarario cree una obra derivada, pero, a

diferencia de la anterior, no sometida a la condición de que la obra derivada la tenga que compartir bajo los términos de esa misma licencia *creative commons*; y, finalmente, y al igual que la anterior, no permite hacer un uso comercial ni de la obra original, ni de la obra derivada generada.

- **Reconocimiento – Sin obra derivada:**

Esta licencia exige el reconocimiento de autoría; admite el uso comercial la obra o prestación; pero no permite que a partir de la obra original licenciada, el licenciataria cree una obra derivada.

- **Reconocimiento – Compartir igual:**

Esta licencia exige el reconocimiento de autoría; faculta la transformación de la obra, es decir, que de la obra original se obtenga una obra derivada, pero con la condición de que a esa obra derivada se le aplique idéntica licencia *creative commons*; y, finalmente, permite que se haga un uso comercial tanto de la obra original, como de la obra derivada.

- **Reconocimiento:**

Esta licencia exige el reconocimiento de autoría; habilita al licenciataria a modificar la obra, es decir, que cree una obra derivada, pero, a diferencia de la anterior, no sometida a la condición de que esa obra derivada la comparta, la haga accesible al público, bajo los términos de esa misma licencia *creative commons*; y, finalmente, consiente que se haga un uso comercial tanto de la obra original, como de la obra derivada¹¹.

¹¹ Aunque el licenciataria estaría facultado para prohibir el uso comercial de la obra derivada, pues esta licencia *creative commons* de "Reconocimiento", no le obliga a poner la obra derivada a disposición del público bajo los términos de esa misma licencia.

LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS LICENCIAS CREATIVE COMMONS Y SU ADECUACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL

Una vez definidas las distintas modalidades de licencias *creative commons* existentes y los principales elementos configuradores de cada una de ellas, vamos a analizar las características de estas licencias, los términos bajo los cuales regulan la cesión efectiva de los derechos de propiedad intelectual y su adecuación al Derecho español.

La legislación española de propiedad intelectual clasifica los derechos de los autores en derechos morales y derechos de explotación. Afirma el art. 2 de la LPI que “*La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial...*”.

De entre los derechos morales que la Ley reconoce al autor (art. 14 LPI), las licencias *creative commons* únicamente hacen referencia expresa a dos aspectos: el Reconocimiento y el derecho de arrepentimiento.

Pero, si bien el primero lo regula con más detalle, del segundo únicamente contiene una declaración de reconocimiento, cuando al fijar la duración de la licencia en su punto 7 lo hace “*sin perjuicio del derecho moral de arrepentimiento en los términos reconocidos por la ley de propiedad intelectual aplicable*”.¹²

Por su parte, como hemos indicado líneas más atrás, todas las modalidades de licencia *creative commons* tiene como elemento común la exigencia del reconocimiento de autoría. Todas imponen la obligación de “*mantener intactos todos los avisos sobre la propiedad intelectual*” e indicar no sólo “*el nombre del autor original, o el seudónimo si es el caso,*

¹² Derecho de arrepentimiento recogido en el art. 14.6º de la LPI de acuerdo con el cual corresponde al autor el derecho a “*Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación*”.

así como el titular originario, si le es facilitado” [apartado 4.d) de la licencia], sino también, el nombre de la institución, el título de la obra, etc.¹³

Con esta exigencia las licencias *creative commons* satisfacen el derecho de paternidad que el art. 14.3º de la LPI atribuye al autor, cuando le otorga el derecho a *“Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra”*.

Sin que el silencio que las licencias *creative commons* guardan en relación con el resto de derechos morales de autor pueda entenderse necesariamente como una inobservancia y, por ende, incumplimiento de la ley española. Pues, las licencias quedan sometidas en todo caso, en última instancia, a la legislación española de propiedad intelectual, tal y como las mismas se encargan de declarar a lo largo de su articulado:

Así, comienza la licencia reconociendo en su encabezamiento que *“La obra o la prestación se encuentra protegida por la ley española de propiedad intelectual y/o cualesquiera otras normas que resulten de aplicación”*. Afirma su punto 2 que *“Nada en esta licencia pretende reducir o restringir cualesquiera límites legales de los derechos exclusivos del titular de los derechos de propiedad intelectual de acuerdo con la Ley de propiedad intelectual o cualesquiera leyes aplicables”* y remarca su

¹³ Declara expresamente el apartado 4.d) de las licencias que *«Si usted reproduce, distribuye o comunica públicamente la obra o la prestación, una colección que la incorpore o cualquier obra derivada, debe mantener intactos todos los avisos sobre la propiedad intelectual e indicar, de manera razonable conforme al medio o a los medios que usted esté utilizando:*

- i. *El nombre del autor original, o el seudónimo si es el caso, así como el del titular originario, si le es facilitado.*
- ii. *El nombre de aquellas partes (por ejemplo: institución, publicación, revista) que el titular originario y/o el licenciador designen para ser reconocidos en el aviso legal, la condiciones de uso, o de cualquier otra manera razonable.*
- iii. *El título de la obra o la prestación si le es facilitado*
- iv. *El URI, si existe, que el licenciador especifique para ser vinculado a la obra o la prestación, a menos que tal URI no se refiera al aviso legal o a la información sobre la licencia de la obra o la prestación.*
- v. *En el caso de una obra derivada, un aviso que identifique la transformación de la obra en la obra derivada (p. ej., “traducción castellana de la obra de Autor Original,” o “guión basado en obra original de Autor Original”).»*

punto 3 que “*Todos los derechos no concedidos expresamente por el licenciador quedan reservados,..., así como los derechos morales irrenunciables reconocidos por la ley aplicable*”.

En cualquier caso, respecto al derecho moral de divulgación que la LPI reconoce en su art. 14.1º (el derecho a “*Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma*”) parece lógico que las licencias *creative commons* no contengan ningún pronunciamiento sobre el mismo. Como bien sintetiza Pascual Martínez Espín¹⁴ “*Sólo cabe hablar de divulgación para la comunicación primera en una determinada modalidad, por lo que con posterioridad a su ejercicio, este derecho moral se habrá agotado*”. En consecuencia, cuando el licenciador publica la obra en internet bajo una licencia *creative commons*, ya está ejerciendo y agotando su derecho moral de divulgación.

Y, por su parte, el otro gran derecho moral que la ley reconoce, el derecho a la integridad de la obra (“*Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación*” en los términos del art. 14.4º), cabe entender que queda igualmente respetado y nada de lo articulado en las licencias *creative commons* atentaría contra el mismo.

Debe tenerse presente que algunas de las modalidades de licencias *creative commons* no permiten la generación de obra derivada, es decir, no atribuyen al licenciatarario el derecho de transformación de la obra licenciada (sino únicamente el de reproducción, distribución y comunicación pública). Tal es el caso de las licencias “*Reconocimiento-sin obra derivada*” y “*Reconocimiento-no comercial-sin obra derivada*”. En estos supuestos, el deber de respeto por parte del licenciatarario a la integridad de la obra es absoluto, no puede llevar a cabo ninguna modificación de la misma.

Pero aun en el caso de las licencias *creative commons* que sí facultan al licenciatarario para transformar la obra licenciada y crear a partir de ella

¹⁴ MARTÍNEZ ESPÍN, P. en “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Segunda Edición, pag. 224.

una obra derivada, no cabría entender que ello supone un quebrantamiento de los principios de nuestra legislación estatal. Pues, en la medida en que, como ya se ha señalado anteriormente, en todo caso la licencia queda sometida a la legislación española de propiedad intelectual, la extensión del deber de respeto a la obra quedará sometida a los mismos límites y condiciones que en nuestro Derecho se imponen cuando mediante cualquier contrato (distinto de las licencias *creative commons*) se cede el derecho de transformación de una obra¹⁵.

En lo que se refiere a los derechos de explotación, los arts. 17 y siguientes de la LPI reconocen y regulan “*en especial*”¹⁶ como derechos de explotación que corresponden al autor sobre su obra: los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

Todas las licencias *creative commons* atribuyen al licenciatario los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra o prestación. Pero únicamente las modalidades de licencia que admiten obra derivada, conceden además al licenciatario el derecho de transformación (tales son las de “*Reconocimiento-No comercial-Compartir Igual*”, “*Reconocimiento-No comercial*”, “*Reconocimiento-Compartir Igual*” y “*Reconocimiento*”).

En efecto, tal y como ya hemos puesto de relieve al principio de este trabajo, partiendo del requisito común de Reconocimiento, se obtienen distintos tipos de licencias *creative commons*, según permitan o no hacer modificaciones de la obra o prestación (cláusula “*Sin obra derivada*”) y en qué condiciones (cláusula “*Compartir Igual*”), y permitan o no hacer un uso comercial de la misma (cláusula “*No comercial*”).

¹⁵ Y es que como apunta LUIS RODRIGUEZ MORO en “*Creative Commons: un nuevo entendimiento de la cultura y la adecuación de sus licencias a la normativa española*”, pag. 13/16, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías num. 28/2012, BIB\2012\428: “*el hecho de que algunas licencias permitan transformación de la obra (que habrá de realizarse desde el respeto) no quiere decir que autoricen cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella o contra la reputación o intereses de su autor*”.

¹⁶ A tenor del art. 17 de la LPI: “*Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley*”.

- Sin obra derivada: como acabamos de referir, esta cláusula implica la imposibilidad de que el licenciatarario realice cualquier transformación o modificación de la obra. Máxima expresión, por tanto, del derecho a la integridad de la obra. Únicamente se conceden al licenciatarario los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública.
- Compartir igual: debe aplicarse a la obra derivada la misma licencia que la ha amparado. Algunos autores han cuestionado la eficacia de esta cláusula, en la medida en que no viene respaldada por ningún derecho legalmente reconocido al autor. A este respecto, podría compartirse la posición mantenida por RAFAEL SANCHEZ ARISTI¹⁷, considerando que su eficacia será la propia de una cláusula contractual y, por tanto, limitada a las partes contratantes. Lo cual, como señala dicho autor, conlleva que *“difícilmente podrá el licenciante hacerla valer frente a terceros (ulteriores licenciatararios de su licenciatarario)”*.
- No comercial: define explícitamente la licencia (punto 4.c) que se entiende perseguido ese uso comercial cuando el licenciatarario ejercite alguno de los derechos que le han sido licenciados *“de manera que pretenda principalmente o su actuación se dirija a la obtención de un beneficio mercantil o una contraprestación monetaria”*. La *“contraprestación monetaria”* (o la *“remuneración monetaria privada”*, como decía la versión 2.5 de las licencias *creative commons*) puede, como mantiene RAQUEL XALABARDER PLANTADA¹⁸, identificarse más fácilmente:

¹⁷ SANCHEZ ARISTI, R. en *“Las Licencias Creative Commons: Un Análisis Crítico desde el Derecho Español”*, publicado en la Revista Jurídica del Deporte y del Entretenimiento nº 19, año 2007.

¹⁸ XALABARDER PLANTADA, R. en *“Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright?”*, Revista sobre la sociedad del conocimiento, uocpapers, <http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf>

“cuando haya un pago (aunque sea mínimo)”. Sin embargo, mucho más complicado será determinar cuándo se considera que se pretende la obtención de un beneficio mercantil, debiendo tener en cuenta a efectos de tal valoración no sólo la naturaleza del sujeto (si se trata de una entidad con ánimo de lucro...), sino también la propia de la operación.

En relación con esta cláusula “no comercial” advertir que sí podría entenderse que existe cierta discordancia en aquellas licencias *creative commons* que otorgan al licenciatarario el derecho de distribuir la obra, pero al mismo tiempo le imponen la cláusula “no comercial”.

Las licencias *creative commons* (transcribiendo literalmente los términos del art. 19.1 de la LPI), en su apartado 1.k) sientan que: “Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra o la prestación, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”.

Siendo así que tanto la venta como el alquiler (incluso el préstamo) son actividades que por sí mismas pueden dirigirse “a la obtención de un beneficio mercantil o una contraprestación monetaria”. De hecho, el propio art. 19.3 de la LPI proclama que “Se entiende por alquiler la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto”.

En consecuencia, y a pesar de los términos literales de la propia licencia *creative commons*, cabe entender que cuando se incluye la cláusula “no comercial”, quedan excluidas de los

derechos licenciados las modalidades de distribución que se dirigen “a la obtención de un beneficio mercantil o una contraprestación monetaria”.

Finalmente, y en relación con la cláusula “no comercial”, puntualizar un aspecto ya puesto de relieve con anterioridad. Unas cuantas hojas atrás, al enumerar las distintas modalidades de licencias *creative commons* y definir los elementos esenciales configuradores de cada una de ellas, se ha puesto de relieve que la licencia “Reconocimiento-No comercial” no permite hacer un uso comercial ni de la obra original, ni de la obra derivada generada.

Algunos autores han planteado la posibilidad de que el licenciatarario pudiese autorizar un uso comercial de su obra derivada a sucesivos licenciatararios. Sin embargo, partiendo de que cuando se explota una obra derivada también se está explotando, en cierto modo, la obra originaria; y a la luz de lo impuesto por el art. 21.2 de la LPI (“Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.”), parece más que cuestionable entender que el licenciatarario pudiese autorizar ese uso comercial, al margen de la condición impuesta por el licenciador, y sin que ello suponga una vulneración del mencionado precepto legal.

Y, por último, una vez definidas las distintas clases de licencias *creative commons* existentes y analizados los derechos otorgados a los respectivos licenciatararios por cada una de ellas, pasamos a hacer una referencia a las condiciones en que se ceden tales derechos.

Dispone el punto 3 de la licencia (“*Concesión de licencia*”) que:

- La licencia concedida es “*de ámbito mundial*”: esto es, el ámbito territorial de la licencia no queda limitado a una determinada zona o país. Estipulación perfectamente compatible con el derecho español de propiedad intelectual. En concreto, el art. 43.1 de la LPI ampara que “*Los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos «inter vivos», quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen*”.
- Es una licencia “*no exclusiva*”: es decir, que el autor publique su obra en internet bajo los términos de una licencia *creative commons*, no le impide publicar la obra en condiciones distintas y otorgar sobre la misma otras licencias diferentes. Cesión no exclusiva expresamente contemplada en el art. 50 de la LPI. Lógicamente, el límite se encuentra en que una vez otorgada una licencia *creative commons* sobre una obra, el licenciador no va a poder ceder o licenciar ésta en exclusividad.
- Se concede “*a título gratuito*”: esta es una de las mayores críticas que se hace a las licencias *creative commons*, el que no permitan una remuneración al autor. Sin embargo, no se trataría, en modo alguno, de un “inconveniente” (si así se quiere ver), de naturaleza jurídica. Pues, la cesión gratuita no está prohibida por el derecho español de propiedad intelectual. El art. 46 de la LPI contempla como la remuneración podrá ser proporcional o a tanto alzado, en aquellos caso en que la cesión otorgada por el autor lo haya sido “*a título oneroso*”. Pero no impone ésta en todo caso como única modalidad de cesión, ni prohíbe expresamente la cesión a título gratuito.

- Se concede “*por el plazo de protección de los derechos de propiedad intelectual*”: esta es quizá una de las cuestiones más discutidas por la doctrina. Algunos autores entienden que esa cesión, en la práctica, “perpetua” que se produce en virtud de las licencias *creative commons* es “*contraria a los principios que inspiran las disposiciones de la LPI*”. Principios como los recogidos en el art. 43.1 de la LPI cuando dice que “*Los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos «inter vivos», quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen*” y añade en su apartado 2 que “*La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años*”. Así lo proclama expresamente, entre otros, A. DELGADO PORRAS¹⁹. Y, con carácter general, no referido en concreto a las licencias *creative commons*, también se manifiesta contraria a una cesión por plazo que supusiera una vinculación cuasi-permanente MARÍA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA²⁰.

Otros autores, por el contrario, no ven tanto obstáculo en la duración fijada por la licencia, considerando que, en aplicación de lo dispuesto en mencionado art. 43 de la LPI, la duración de la cesión viene determinada por la voluntad de las partes (“... *quedando limitada la cesión ... al tiempo y ámbito territorial que se determinen*”) y únicamente en caso de que las partes expresamente

¹⁹ DELGADO PORRAS, A. en “Las licencias *Creative Commons*” en el Derecho de Autor ante los desafíos de un mundo cambiante (homenaje a la Profesora Delia Lipszyc), Edit. Palestra/Asociación Peruana de Autores y Compositores, Lima 2006, pag. 250.

²⁰ Proclama GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., en “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Segunda Edición, pag. 773., que “*¿Cabe, no obstante, el pacto de un plazo indefinido? Continúo opinando –como ya hacía en la primera edición– que, dada la clara intención de limitar la duración de la cesión de los derechos de explotación, parece que hay que entender que la fijación de un plazo que supusiera una vinculación cuasi-permanente del autor, es nula, o cuando menos, dicha cesión deberá entenderse reducida a los cinco años que establece la Ley*”.

no fijen el tiempo de la cesión, se considerará limitada a cinco años (*“La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años”*). Resaltando, además, como la propia licencia proclama que *“el licenciador se reserva el derecho a divulgar o publicar la obra o la prestación en condiciones distintas a las presentes, o de retirar la obra o la prestación en cualquier momento”*. Si bien puntualiza a continuación la licencia que *“No obstante, ello no supondrá dar por concluida esta licencia (...) que continuará vigente y con efectos completos a no ser que haya finalizado conforme lo establecido anteriormente (caso de incumplimiento), sin perjuicio del derecho moral de arrepentimiento en los términos reconocidos por la ley de propiedad intelectual aplicable”*.

Analizadas las licencias *creative commons* desde el punto de vista legislativo y doctrinal, echémosles, por último, un vistazo con la toga puesta.

LAS LICENCIAS CREATIVE COMMONS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

Antes de nada hemos de partir de una premisa, los tribunales españoles no han tenido ocasión de hacer un análisis detallado y pormenorizado de las características de las licencias *creative commons* y pronunciarse sobre su ajuste y adecuación al derecho español.

Sino que la totalidad de las sentencias dictadas en relación con las licencias *creative commons* han recaído en procesos instados por entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual [fundamentalmente la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), aunque alguno también por la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (AEI)] sobre reclamación de cantidades por comunicación pública de obras gestionadas por aquéllas. Sentencias en las que, aunque sea tangencialmente, los tribunales han venido refiriéndose a la validez de las licencias *creative commons*, ante el alegato de los demandados de llevar a cabo tal comunicación de obras amparados por las citadas licencias.

En efecto, se trata de procedimientos en los que (aparte de otras cuestiones, como la legitimación activa de las entidades de gestión), la cuestión litigiosa se centra, no en que el demandado haya comunicado o no música o fonogramas a través de las licencias *creative commons* y su adecuación a Derecho español, sino si ha usado música procedente de autores que hayan confiado a la actora la gestión de los derechos dimanantes de sus obras. Y en los que, por tanto, la atención del juzgador se centra más en sobre quien recae la carga de probar tal extremo y la valoración que de la misma se hace. Pero aun al tratar tales aspectos, los tribunales ya reconocen la existencia de las licencias *creative commons* y valoran distintas propiedades de las mismas.

En este sentido, la mayor parte de la jurisprudencia, especialmente antes de la entrada en vigor de la LEC, había venido entendiendo que

cuando se acreditaba la existencia en un establecimiento donde es o puede ser habitual el uso de música como complemento o elemento necesario al servicio que lucrativamente se presta u ofrece al público, del aparataje apropiado a la reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales y musicales, existe un hecho base suficiente para presumir que hay comunicación pública. Presunción que implicaría una inversión o, al menos, matización de la carga de la prueba, debiendo ser el demandado quien acreditase qué material ha utilizado con objeto de comprobar que no es el protegido. Es decir, el demandado debía ser quien probase que las obras musicales objeto de comunicación pública no formaban parte del repertorio gestionado por la entidad actora.

Pues, bien, prontamente los Tribunales comienzan a reconocer que la posibilidad de desvirtuar esa presunción de que los derechos de las obras comunicadas públicamente por el demandado eran gestionadas por la entidad actora (SGAE), posibilidad hasta entonces difícil habida cuenta de que la gran cantidad de obras eran gestionadas por aquélla, se va tornando cada vez más factible habida cuenta de la aparición de un movimiento denominado “música libre”, que *“ha originado la concurrencia o coexistencia de diferentes modelos de difusión de contenidos en relación a las posibilidades ofrecidas por Internet”* y entre ellos un *«modelo que proporciona acceso libre “on line” a los contenidos ... como son, por ejemplo, las licencias “creative commnos”»*. Así, entre otras, sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 5 de julio de 2007 (AC 2007,150)²¹; del Juzgado de Primera Instancia nº4 de Salamanca, de 11 de

²¹ Dice expresamente la SAP de Madrid de 5 de julio de 2007, Fundamento de Derecho segundo: *«Hasta fechas recientes esa posibilidad de desvirtuar la presunción [de que los derechos de autor de las obras comunicadas públicamente en un establecimiento público eran gestionados por la SGAE] se tornaba ciertamente difícil, dada la ingente cantidad de obras gestionadas por la SGAE, bien a consecuencia de contratos estipulados directamente por los autores con la SGAE o a través de contratos de reciprocidad concertados con otras entidades de gestión de todo el mundo, todo lo que ha generado hasta ahora la sensación de que la SGAE tiene un derecho a la gestión exclusiva del repertorio universal de las obras musicales.*

Sin embargo, en los últimos tiempos está alcanzando en nuestro país cierto auge un movimiento denominado “música libre”, muy relacionado con la expansión de Internet como medio de distribución musical. De un modelo de difusión de contenidos musicales limitado a la venta y al alquiler de ejemplares, controlado por la industria de contenidos, se ha pasado a un modelo casi ilimitado, gracias a la difusión global que proporciona Internet, ámbito en el que los propios creadores, sin intermediación de la industria, pueden poner a disposición de los usuarios de Internet copias digitales

abril de 2007 (AC 2007,985); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 25 de febrero de 2008 (AC 2008,144612) y de 18 de diciembre (AC 2009,143654); del Juzgado de Primera Instancia nº4 de Burgos, de 14 de febrero de 2008 (AC 2008,844); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3ª, de 31 de octubre (AC 2009,194210); de la Audiencia Provincial de León, sección 1ª, de 26 de noviembre de 2009 (AC 2010,296); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2ª, de 28 de julio de 2009 (AC 2009,499075); del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Valencia, de 25 de mayo de 2010 (AC 2010,362); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2ª, de 3 de septiembre de 2010 (AC 2010,1362); o de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 4ª, de 16 de febrero de 2011 (AC 2011, 343010).

Llegando algunas sentencias a admitir explícitamente que la aportación por el demandado de un principio de prueba de que la comunicación pública de las obras se hubiese hecho al amparo de una licencia *creative commons*, hubiera permitido poner en cuestión la presunción de que los derechos de tales obras comunicadas eran gestionadas por la entidad actora (SGAE). No poniendo en duda, por tanto, los Tribunales la validez de las licencias *creative commons*. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de 21 de febrero de 2008 (AC 2008, 121820) afirma que:

de sus obras. Este fenómeno ha originado la concurrencia o coexistencia de diferentes modelos de difusión de contenidos en relación a las nuevas posibilidades ofrecidas por Internet:

a) El tradicional, basado en la protección de la copia ("copyright"), que busca una restricción del acceso y uso del contenido "on line", recurriendo a fórmulas negociales de carácter restrictivo y medidas tecnológicas de control de accesos, que se subsumen en los llamados "Digital Rights Management".

b) Un modelo que proporciona acceso libre "on line" a los contenidos, permitiéndose en ocasiones el uso personal de los mismos (modelos de licencia implícita) y, en otros supuestos, la difusión libre de la obra, su transformación e incluso su explotación económica, con la única condición de citar la fuente. Se trata de modelos de dominio público y de licencias generales (General Public License), como son, por ejemplo, las licencias "creative commons", algunas de las cuales incluyen la cláusula "copyleft".

Con la cláusula "copyleft" el titular permite, por medio de una licencia pública general, la transformación o modificación de su obra, obligando al responsable de la obra modificada a poner la misma a disposición del público con las mismas condiciones, esto es, permitiendo el libre acceso y su transformación. Con las licencias creative commons, el titular del derecho se reserva la explotación económica y puede impedir transformaciones de la misma. Por tanto, debe distinguirse las licencias creative commons de la cláusula "copyleft". En ocasiones habrá licencias creative commons que incluyen la cláusula "copyleft"»

«dado la enorme cantidad de obras musicales, españolas e incluso extranjeras, cuyos derechos de autor son gestionados en España por la SGAE, no encontramos razones, dadas las circunstancias de este caso (especialmente la relativa al tipo de música que se emplea para este tipo de actividades) y a falta de indicios de lo contrario, para poner en entredicho que las comunicadas en el local del demandado correspondieran al repertorio de ésta. Además, el demandado ni tan siquiera ha insinuado, ni mucho menos ha aportado al respecto un principio de prueba, de que las obras pudieran corresponderse con la denominada música libre (los modelos de dominio público y de licencias generales –General Public License-, como son, por ejemplo, las licencias “creative commons”, algunas de las cuales incluyen la cláusula “copyleft”) a la que puede accederse merced a la expansión de internet, lo que hubiese podido permitir poner en cuestión el razonamiento precedente».

Pronunciamiento reproducido entre otras, en las sentencias de la propia Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de 8 de mayo de 2008 (AC 2008,186842), de 13 de marzo de 2009 (AC 2009, 509), de 30 de marzo de 2009 (AC 2009, 221775) y de 18 de junio de 2010 (AC 2010, 1196).

Algunas sentencias definen y describen sucintamente la naturaleza y características de las licencias *creative commons*, aceptando que en virtud de las mismas se produce la cesión por el autor de alguno de los derechos que ostenta sobre su obra:

Afirma, por ejemplo, el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Badajoz, en su sentencia de 17 de febrero de 2006 (AC 2006, 407), Fundamento de Derecho sexto, que *“Las licencias «Creative Commons» son distintas clases de autorizaciones que da el titular de su obra para un uso más o menos libre o gratuito de la misma. Existen, ..., distintas clases de licencias de este tipo, que permiten a tercero poderlas usar libre y gratuitamente con mayor o menos extensión; y en algunas de dichas licencias determinados uso exigen el pago de derechos de autor.”*

Reconociendo que en el caso juzgado *“El demandado prueba que hace uso de música cuyo uso es cedido por su autores a través de dichas licencias Creative Commons”* y que *“Al acreditar el acceso a dichas obras y que posee medios técnicos para obtenerla y reproducirla en el establecimiento, se rompe la presunción inicial de que la música reproducida debía corresponder al menos en parte a la gestión de la Sociedad General de Autores.”*

Y, por su parte, explica la sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 1ª, de 22 de julio de 2009 (AC 2009, 631980), Fundamento de Derecho cuarto, que *“las licencias Creative Commons (CC) no van en contra del copyright, sino que articulan un sistema flexible, porque permite al autor regular la cesión de su obra²² (lo que de manera descriptiva daría lugar a la sustitución de la expresión “todos los derechos reservados”, propia del copyright, por la expresión “algunos derechos reservados”), abierto, porque cualquiera pueda ejercitar los derechos que se ceden con la licencia sin restricciones de acceso, y ágil, porque es suficiente con acceder a la obra licenciada y hacer uso de ella libremente. Se pretende, en definitiva, la promoción de las obras, al facilitar el acceso a ellas y extender su divulgación a través de Internet. Ahora bien, que el acceso sea libre no significa que la persona que ejercita los derechos cedidos mediante la licencia CC no esté sometida a las condiciones en ella impuestas o que esté exento de responsabilidad en caso de incumplirlas.”* Recalcando que la licencia *creative commons* *“es un marco abierto de acceso a la obra para cualquiera pero –claro está- con respeto a los términos de la licencia.”*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de febrero de 2011 (AC 2011,932) reafirma la naturaleza plena de licencia que ostentan las licencias *creative commons*, en virtud de las cuales se produce la cesión de los derechos de explotación de la obra; y avanza un paso más, poniendo de relieve que no se trata de una única licencia, sino que existen distintos modelos, debiendo estar en cada caso a los términos concretos de

²² Ver aquí lo dicho sobre si son auténticos contratos o no.

cada una de ellas. Proclama la sentencia que (Fundamento de Derecho quinto):

“En el caso de las licencias creative commons el autor que crea la obra y quiere explotarla a través de internet elige algún tipo de estas licencias y al ponerla a disposición del público la identifica con el símbolo CC y le adjunta la licencia. Cuando un usuario decide utilizar una obra se convierte en licenciatario y se compromete a aceptar y respetar las condiciones que el autor ha establecido para el uso de la obra²³. (...). De esta forma las citadas licencias no responden a un patrón único, sino que permiten muy diversas variantes según el grado de disposición de los derechos que determine el autor.” Reiterando en su Fundamento de Derecho séptimo que las licencias *creative commons* “*admiten muy diversos tipos de autorización*” y “*no pueden presentarse las licencias CC como un único modelo que permita cualquier utilización del fonograma*”.

Argumento igualmente esgrimido en la sentencia de la propia Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de 15 de abril de 2011 (AC 2011,226742), que añade (Fundamento de Derecho tercero) que “*resulta exigible conocer con cierta precisión el alcance concreto de la cesión que hubiese podido realizarse por el titular de los correspondientes derechos*”. Términos idénticos a los recogidos en la sentencia de la misma Audiencia Provincial de Madrid de 17 de junio de 2011 (AC 2011,310865).

Y en esta línea precisamente de que debe estarse a los términos concretos que la licencia *creative commons* autoriza, los tribunales finalmente, con ocasión de diversas demandas interpuestas por la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y la Asociación de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (AIE), han tenido la ocasión de pronunciarse sobre las licencias *creative commons*, en relación con los derechos tanto de productores, como de artistas, intérpretes o ejecutantes, a percibir una remuneración equitativa y única por la comunicación pública

²³ Dispone el texto de la licencia *creative commons* que “*mediante el ejercicio de cualquier derecho sobre la obra o la prestación, usted acepta y consiente las limitaciones y obligaciones de esta licencia*”. La licencia, por tanto, se configura como una oferta contractual, interpretándose el comportamiento del usuario que ejerce los derechos, como una aceptación del contrato.

de fonogramas que les reconocen los arts. 108.4 y 116.2 de la LPI. Resuelven, tanto la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, en su sentencia de 18 de febrero de 2011 (AC 2011,932), como la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, en su sentencia de 4 de octubre de 2011 (AC 2011,416250) que *“las licencias se refieren a los derechos de autor, no a los intérpretes o productores”*. Decreta esta última sentencia que (Fundamento de Derecho tercero) que:

“La demandada no ha justificado, con un mínimo rigor, que disponga de ningún tipo de licencia de los diferentes sujetos implicados en materia de propiedad intelectual cuando de fonogramas se trata para amparar que pueda obrar como lo hace; en concreto, no ha demostrado que el acceso a fonogramas que hubiera podido obtener a través del sitio web (...) supusiera que quedasen debidamente satisfechos los derechos que por ley ostentan los intérpretes y los productores...””.

Puntualizando que la demandada lo que *“tendría que haber justificado ante este tribunal, y sin embargo no lo ha hecho, es que estaba facultada por los diversos titulares de derechos de propiedad intelectual no sólo para acceder a esa música sino también para efectuar además actos de comunicación pública con la misma, justificando además de qué modo quedarían compensados los derechos de aquéllos”*.

Mismos términos en los que ya se había manifestado la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, en su sentencia de 21 de enero de 2011 (AC 2011,368) y volvió a confirmar en su sentencia de 28 de octubre de 2011 (AC 2011, 2272).

Estos son básicamente los pronunciamientos que podemos encontrar en nuestra jurisprudencia en relación con las licencias *creative commons*, en los que aunque sea de una manera tangencial y de refilón, por no ser el objeto de la litis, nuestros Tribunales han venido, directa o indirectamente, reconociendo la existencia de las licencias *creative commons*, sin poner en duda su validez. Habiendo incluso alguna Audiencia Provincial como la de Cáceres que en su sentencia de 28 de abril de 2008, concluyó sin titubeos que *“existen Resoluciones Judiciales que reconocen como válidas las*

licencias “creative commons” y “copy left”, circunstancia que, por lo demás, en ningún momento ha puesto en tela de juicio este Tribunal” (Fundamento de Derecho quinto).

Nos encontramos, por tanto, ante una relativamente reciente herramienta de cesión de derechos de propiedad intelectual en la red, que no cuenta con la oposición expresa de nuestra jurisprudencia, y que, pese a ciertas críticas de algunos autores, cada vez cuenta con más apoyo en nuestra doctrina. Siendo como fuere que internet corre más rápido y su instauración es ya un hecho incuestionable.