

**CURSO ACADÉMICO REGIONAL DE LA OMPI
SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS
PARA PAISES DE AMÉRICA LATINA**

organizado por

la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

en cooperación

con el Gobierno de la República de Paraguay

y con la asistencia de

la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE –Madrid-España)

Asunción, Paraguay, 7 al 11 de noviembre de 2005

LAS “LICENCIAS *CREATIVE COMMONS*”¹

31/10/05

Documento presentado por

Antonio Delgado Porras,

Presidente del “Instituto de Derecho de Autor” (Madrid –España)

(CIRCULACIÓN LIMITADA A LOS PARTICIPANTES EN EL CURSO)

¹ DOCUMENTO DE TRABAJO para un informe que se está elaborando por un grupo de juristas constituido en el Instituto de Derecho de Autor (Madrid) por Doña Lourdes Aguilar, Doña Elena Asensio, Doña Asela Poyato y Don Franz Ruz, con la colaboración y bajo la dirección del Presidente del Instituto, Don Antonio Delgado Porras.

INDICE

PARTE I DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS LICENCIAS

PARTE II OBSERVACIONES PARTICULARES

§1. “Filosofía” y “objetivo” de las licencias. “La Organización CC”.

(A) *Filosofía de las licencias.*

(B) *El objetivo de las licencias*

(C) *La Organización “Creative Commons”*

§2. Las licencias CCL y los principios y normas generales sobre la forma ción de los contratos.

§3. La despreocupación de sus fórmulas por las cuestiones relativas a la capacidad y legitimación de los otorgantes.

§4. Falta de correspondencia entre las “definiciones” de las fórmulas y las establecidas en la Ley especial.

§5. Las CCL ¿son auténticas licencias?

(A) *La “licencia de uso no exclusivo”.*

(B) *Las pretendidas “licencias” Creative Commons. Análisis de su contenido*

(B. a.) *La LPI y las normas de Derecho internacional privado sobre el “estatuto del contrato”*

(B. b.) *¿Las disposiciones de la LPI como normas de “policía del contrato”?*

(B. c.) *Las disposiciones de la LPI y la concesión de derechos de las CCL — (i) Los derechos concedidos — (ii) La duración de las licencias — (iii) ¿Licencias gratuitas? — (iv) Las “restricciones” impuestas a los derechos cedidos: la prohibición de “sublicenciar”; la explotación de la obra en tanto incorporada a una base de datos; el intercambio de obras mediante sistemas de compartir archivos; la prohibición de utilizar medidas de protección tecnológica de los derechos — (v) La huída de la responsabilidad.*

(B. d.) *La quebradiza protección del “derecho moral”*

(C) *Respuesta a la pregunta del epígrafe del presente párrafo*

PARTE III CONCLUSIONES SUCINTAS

PARTE I

DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS LICENCIAS

1. Bajo la denominación de “licencias «Creative Commons»” (traducción de “*Creative Commons License*” (CCL) —en adelante, “las licencias” o “CCL”— se alude a un conjunto de fórmulas contractuales relativas a las obras literarias y artísticas, construidas sobre la figura de la autorización o licencia de explotación no exclusiva de tales creaciones y que presentan como características comunes, además de las mencionadas, las que se expresan a continuación.

2.1. Dichos modelos de contratos son propuestos a los autores y a sus derechohabientes, sirviéndose de la tecnología de “red digital” (Internet), en un insólito marco de promoción de su uso.

2.2. La característica señalada es consecuencia de una muy particular “filosofía”—la “*Free Culture*”, es su expresión más sintética— en la que se apoya un objetivo no menos peculiar, los cuales explican el papel desempeñado, tanto en la construcción del sistema de las licencias como en su difusión, por la Creative Commons Foundation y la constelación de instituciones y organizaciones de base nacional que sirven de apoyo a lo que se denomina la “Creative Commons Corporation”, en una de las versiones en español de las licencias, o simplemente “Creative Commons”, en la francesa, remitiendo en ambos casos, a todos los efectos, al sitio de la red <http://creativecommons.org>. — en adelante, **sustituiremos esas denominaciones por las de “Organización CC”, “organización gestora” u “Organización”**—. En el párrafo §1, números 6 á 22, de la Parte II expondremos con cierta extensión todo lo relativo a la filosofía y objetivo de la Organización CC en la gestión de las licencias, así como a su propia estructura.

3. Una vez elegido por el titular de la obra el modelo de contrato, de entre los disponibles en el sitio *web* de la *organización gestora* —según nuestra información, 12, en versión “norteamericana” o genérica², y 6, en las distintas adaptaciones nacionales (entre ellas, la que aquí se comenta³ y la francesa)⁴—, ésta ofrece a dicho titular una

² Denominados, haciendo referencia muy abreviada a su respectivo contenido: (1) “reconocimiento”, (2) “reconocimiento-sin obra derivada”, (3) “reconocimiento-«no comercial»-sin obra derivada”, (4) “reconocimiento-«no comercial»”, (5) “reconocimiento-«no comercial»-compartir igual”, (6) “reconocimiento-compartir igual”, (7) “public domain”, (8) “países en vías de desarrollo”, (9) “founders”, (10) “sampling”, (11) “sampling-plus”, y (12) “sampling-plus-no comercial”.

³ Denominados, haciendo así mismo referencia abreviada a su respectivo contenido: (1) “reconocimiento”, (2) “reconocimiento-sin obra derivada”, (3) “reconocimiento-«no comercial»-sin obra derivada”, (4) “reconocimiento-«no comercial»”, (5) “reconocimiento-«no comercial»-compartir igual” y (6) “reconocimiento-compartir igual”. En la adaptación francesa existen esos mismos modelos, sustituyendo el término “reconocimiento” por el de “paternité (paternidad)”, la expresión “sin obra derivada” por la de “pas de modification” (no modificación), y las palabras “compartir igual” por las de “partage des conditions initiales a l’identique”.

⁴ También existen o están en curso de elaboración, “adaptaciones” del texto norteamericano a las lenguas y legislaciones, o sólo a las legislaciones, según los casos, de los siguientes países: África del Sur,

copia de la licencia o un enlace que éste puede incluir en el sitio en que se encuentre tal obra y que la identificará como licenciada por el sistema CCL⁵. Cualquier usuario de la red podrá acceder a este sitio y disponer de la creación en las condiciones ofertadas en la CCL, si acepta. Para facilitar la elección de la fórmula por parte del autor-oferente y la aceptación del eventual licenciatarario (que se entiende realizada por el hecho de realizar algún uso de la obra que esté expresado en la fórmula elegida por el autor y puesta en el mencionado sitio), la organización gestora dispone de tres versiones del contrato: una versión “resumida” (realmente *icónica*), otra “integral” (tradicional, al modo clásico) y otra “en código informático” (destinada a ser leída por los ordenadores y los motores de búsqueda). El sistema no prevé nada acerca de la forma de notificar la aceptación al licenciante, por lo que volveremos sobre este punto en el parágrafo §2, números 23 á 27.3, de la Parte II.

4.1. En lo que respecta a su *contenido*, las mencionadas fórmulas contractuales recogen las declaraciones y estipulaciones que siguen y que de forma lo más resumida posible, tomamos de sus respectivas versiones realizadas en España (**en adelante, “versión española”**), al día de la fecha en que termina la elaboración del presente informe.

4.2. La primera declaración se refiere a que la obra objeto de la CCL está protegida y a que se prohíbe cualquier uso de ella “*diferente a lo autorizado bajo esta licencia*”⁶ o de lo dispuesto en la ley.

Sin embargo, en ningún lugar de dichas fórmulas se hace referencia a la capacidad y legitimación del licenciante para otorgar la licencia ofertada ni a la del licenciatarario para aceptarla. En el parágrafo §3, números 28.1 á 28.3, de la Parte II nos ocuparemos de esta omisión.

4.3. Otra declaración⁷ está dirigida al eventual *licenciatarario* (al que se llama “*usted*” en la versión española y “*acceptante*” o “*parte acceptante*” en la francesa⁸) y, como se verá más adelante, a terceros usuarios de ella que traigan causa de la explotación de ese licenciatarario. En ella se previene que “el ejercicio de cualquier derecho sobre la obra” por parte del mismo (y de los terceros antes mencionados) se entenderá como *aceptación* de la oferta contractual y prestación del consentimiento a las “*limitaciones*” (“*restricciones*”) y “*obligaciones*” de la licencia.

4.4. Se hace constar igualmente que el *licenciante* —llamado en la versión española *licenciador*⁹ y definido como “la persona o la entidad que ofrece la obra bajo los términos de esta licencia y le cede (*sic*) los derechos de explotación de la misma conforme a lo dispuesto en ella”— hace cesión al licenciatarario de los derechos expresados en la licencia, “*siempre que*” éste último “*acepte los presentes términos y condi-*

Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Corea del Sur, Croacia, Finlandia, Holanda, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Jordania, Polonia, Reino Unido de la Gran Bretaña, Suecia, Suiza y Taiwan.

⁵ La Organización CC, en su afán por desafiar la nomenclatura del *copyright*, prefiere hablar de DRD (*digital right description*) en vez de DRM, dado que entienden que su sistema fomenta el libre acceso a las obras, cualidad que, según su doctrina, no es propia de los DRM. Estos DRD son identificados por los buscadores de obras bajo CCL (Yahoo, entre otros, han desarrollado buscadores de este tipo).

⁶ Párrafo primero de todas las fórmulas.

⁷ Párrafo segundo de todas las fórmulas.

⁸ Apartado l. g de todas las fórmulas.

⁹ Apartado l. f de todas las licencias.

ciones”¹⁰. En el párrafo §2, números 23 á 27.3, de la Parte II trataremos los problemas relacionados con la declaración aquí aludida.

4.5. A esas declaraciones sigue una serie de definiciones¹¹, a efectos de la licencia propuesta, sobre los términos utilizados en ella. De dichas definiciones procede llamar la atención sobre las relativas a las siguientes palabras o expresiones:

—“**autor**” (“*la persona o la entidad que creó la obra*”¹²);

—“**obra conjunta**”¹³ (“*la susceptible de ser incluida en alguna de las siguientes categorías [...]*”, mencionando a este propósito las definidas por la ley española¹⁴ bajo las denominaciones de “*obra de colaboración*”, “*colectiva*” y “*compuesta e independiente*” (sic));

—“**obras derivadas**” (“*aquellas que se encuentren basadas en una obra o en una obra y otras preexistentes, tales como las traducciones [...], salvo que la obra resultante tenga el carácter de obra conjunta, en cuyo caso no será considerada como una obra derivada a los efectos de esta licencia. Para evitar la duda, si la obra consiste en una composición musical o grabación de sonidos, la sincronización temporal de la obra con una imagen en movimiento será considerada como una obra derivada a los efectos de esta licencia*”);

— “**obras audiovisuales**”¹⁵ (“*las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, así como las composiciones musicales [...]*”); y

— “**bases de datos**”¹⁶ (“*las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes, como las antologías y las bases de datos propiamente dichas que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos*”).

En los párrafos §4, números 29 á 31.4, y §5, número 39.3, de la Parte II examinaremos el grado de corrección de tales definiciones y las consecuencias de ellas en relación con los derechos concernidos por las licencias.

4.6. A continuación nos encontramos con la sorprendente declaración, no exenta de jactancia, de que las licencias no pretenden “*reducir o restringir*” las excepciones y limitaciones previstas en la ley con relación a los derechos concernidos por ellas¹⁷. Esta

¹⁰ Con mejor técnica, la versión francesa ha redactado la declaración aludida de la forma siguiente.” El ejercicio sobre la obra de cualquiera de los derechos propuestos por el presente contrato vale como aceptación de éste. Según los términos y las obligaciones del presente contrato, la parte Ofertante propone a la parte Aceptante el ejercicio de ciertos derechos mencionados más adelante, y el Aceptante aprueba los términos y condiciones de utilización” (la traducción del texto francés aludido, como las de los restantes que serán citados en español de la misma versión, son nuestras).

¹¹ Apartado 1 de todas las fórmulas.

¹² Apartado 1.b de todas las fórmulas. La versión francesa habla de “autor original”, al que define como “la persona o personas físicas que han creado la obra”.

¹³ Apartado 1.c de todas las fórmulas.

¹⁴ Las referencias a la **ley española o, abreviadamente, a la LPI**, se entenderán hechas al texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y modificado por la Ley 5/1998, de 8 de marzo, y la Ley 1/2000, de 7 de enero (Enjuiciamiento civil).

¹⁵ Apartado o sección 1.e de todas las fórmulas (en las que así se llama –sección- a los números que aparecen en ellas).

¹⁶ Apartado 1.m., de todas las fórmulas.

¹⁷ Apartado o sección 2 de todas las fórmulas.

declaración, por la que la Organización se sitúa al propio nivel del legislador, sólo es concebible desde la perspectiva de la filosofía elaborada por aquella y el objetivo que asumió y puso en práctica a través de su sistema de licencias, puntos que serán examinados en el parágrafo §1, números 6 á 21, de la Parte II.

4.7. Seguidamente hay una estipulación en la que se determinan: (i) los *derechos concedidos* por las respectivas licencias¹⁸, (ii) el *ámbito territorial* en que éstos pueden ejercitarse, (iii) el *tiempo* de ese ejercicio (indefinido), (iv) la *exclusión de remuneración* por parte del licenciataria al licenciante y (v) el *carácter no exclusivo* de la licencia.

En general, los derechos que se otorgan son los de reproducción, distribución y comunicación pública; en el caso de las licencias denominadas “reconocimiento”, “reconocimiento-no-comercial”, “reconocimiento-no-comercial-compartir igual”, “reconocimiento-compartir igual”, se añade el de transformación.

Los modelos de licencias correspondientes a las llamadas “reconocimiento”, “reconocimiento sin obra derivada” y “reconocimiento-compartir igual”, incluyen en esta estipulación (que lleva por rúbrica: “*concesión de licencia*”) una *renuncia* del licenciante a unos derechos que oscuramente define y nombra como de explotación, pero que parecen referirse a derechos que, en su totalidad, son derechos de gestión colectiva obligatoria y, salvo uno, “derechos de remuneración” de creación *ex lege*, por lo que esta renuncia afectaría en mayor medida a los autores que a cualquier otro titular que utilizase las CCL.

En algunos de los extremos señalados se constatan importantes omisiones, errores y confusiones, que serán objeto de análisis en el parágrafo §5, números 36 á 39.5 de la Parte II.

4.8. La anterior estipulación se complementaría con la que, bajo la denominación de “*restricciones*”, establece, en principio definitivamente, el alcance de los derechos concedidos¹⁹. A estos efectos,

(i) Se previene que la realización de las explotaciones autorizadas deberá cumplimentarlas el licenciataria con absoluto respeto a la letra de la licencia ofrecida e incluir una copia o la dirección en Internet (URL) de la misma en toda reproducción o grabación de la obra que él efectúe, distribuya o comunique públicamente²⁰.

(ii) Se prohíbe al licenciataria que ofrezca o imponga a terceros beneficiarios (a los que llama “cesionarios”) condiciones de utilización de la obra que “alteren o restrinjan” los términos establecidos en la licencia o el ejercicio de los derechos otorgados en ella a dichos terceros²¹.

(ii)bis En las licencias denominadas “reconocimiento-no comercial- sin obra derivada”, “reconocimiento-no comercial” y “reconocimiento-no comercial-compartir igual”, se prohíbe el ejercicio de los derechos con fines mercantiles o en concepto de “remuneración monetaria privada” (¿derecho de remuneración por copia privada?), excluyéndose de esta prohibición el intercambio de obras mediante sistemas de

¹⁸ Apartado o sección 3 de todas las fórmulas, si bien su contenido varía según el tipo de licencia (ver *supra* nota 3).

¹⁹ Apartado o sección 4 de todas las fórmulas, si bien su contenido varía de acuerdo con el tipo de licencia.

²⁰ Apartado o sección 4.a, inciso primero de todas las fórmulas.

²¹ Apartado o sección 4.a, inciso segundo de todas las fórmulas.

compartir archivos, salvo que en tal intercambio medie un pago o remuneración (que no se da nunca en la práctica)²².

(iii) se prohíbe al licenciatarario “sublicenciar” la obra²³;

(iv) se impone al licenciatarario la obligación de conservar intactas todas las informaciones relativas a la licencia y a la ausencia de garantías²⁴;

(v) se prohíbe al licenciatarario reproducir, distribuir o comunicar públicamente la obra con cualquier medida tecnológica de control del acceso o de utilización de la obra que sea contraria a los términos de la licencia²⁵;

(vi) se declaran aplicables las obligaciones y prohibiciones expresadas en los números (i) á (v) a la obra objeto de la licencia cuando ésta se haya incorporado a una “obra conjunta” o a una “base de datos”, sin que tal aplicación implique la sujeción de esa “obra conjunta” o esa “base de datos” a tales obligaciones y prohibiciones²⁶;

(vii) se impone al licenciatarario la obligación de conservar intactas todas las informaciones relativas a la propiedad intelectual de la obra objeto de la licencia y, dentro de lo razonable (en consideración al medio utilizado), la de reconocer a su autor (*stricto sensu*), —indicando su nombre o seudónimo, el título de dicha obra y el URL—, siempre que dicho licenciatarario reproduzca, distribuya o comunique públicamente la referida obra o una “obra conjunta” o “base de datos” a la que ésta haya sido incorporada²⁷;

(viii) se previenen determinadas obligaciones de reserva de la identidad del licenciante o del autor (*stricto sensu*) en los casos de utilización de la obra objeto de la licencia en “obras conjuntas” o en “bases de datos”, cuando dicha reserva sea solicitada por uno u otro²⁸;

(ix) en los modelos de licencia denominados “reconocimiento”, “reconocimiento-no comercial”, “reconocimiento-no comercial-compartir igual” y “reconocimiento-compartir igual”, se hacen constar las obligaciones mencionadas en los anteriores números (vii) y (viii) en relación con la obra derivada “creada” por el licenciatarario a partir de la obra objeto de la licencia —mientras que, lógicamente, en los modelos que llevan las denominaciones “reconocimiento-sin obra derivada” y reconocimiento-no-comercial-sin obra derivada”, de cuyas licencias se excluye la posibilidad de crear obras derivadas, no se menciona en las disposiciones correspondientes²⁹ esta clase de obras—;

(x) finalmente, en todos los aludidos modelos y para el supuesto de que la obra objeto de la licencia se incluya en una “base de datos o recopilación”, se introduce una disposición por la que se impone al “propietario o gestor” de dicha base la obligación de “renunciar a cualquier derecho relacionado con esta inclusión y

²² Apartado 4b., incisos primero y segundo, de las licencias “reconocimiento-no comercial- sin obra derivada” y “reconocimiento-no comercial”, y apartado 4c, incisos primero y segundo, de la licencia “reconocimiento-no comercial-compartir igual”.

²³ Apartado o sección 4.a, inciso tercero de todas las fórmulas.

²⁴ Apartado o sección 4.a, inciso cuarto de todas las fórmulas.

²⁵ Apartado o sección 4.a, inciso quinto de todas las fórmulas.

²⁶ Apartado o sección 4.a, inciso sexto de todas las fórmulas.

²⁷ Apartado o sección 4.b, inciso primero de todas las fórmulas de licencia.

²⁸ Apartado o sección 4, letra a, inciso séptimo, y letra b, de todas las fórmulas.

²⁹ Apartado o sección 4, letras a y b.

*concerniente a los usos de la obra una vez extraída de la base de datos, ya sea de manera individual o conjuntamente con otros materiales*³⁰.

Los puntos mencionados en los números (i) a (x) que anteceden serán objeto de comentario en el párrafo §5, números 40 á 44 de la Parte II.

4.9. A las estipulaciones reseñadas siguen otras en las que de manera particularmente ostensible (están escritas con mayúsculas) se establece una absoluta *exoneración de responsabilidad* para el licenciante, solamente “limitada” por lo que resulte de una disposición de “orden público” de la ley aplicable³¹. Sobre esta exoneración se hará la correspondiente observación en el párrafo 5§, números 45.1 á 45.6 de la Parte II.

4.10. Por lo que respecta a la *duración* de la licencia³², se dice, en la cláusula que lleva por título “finalización de la licencia”, que esa duración es perpetua, en el sentido de que se extiende a todo el término legal de protección de la obra.

Sin embargo, se previene que, en el caso de *incumplimiento* por parte del licenciario de cualquiera de los términos del contrato, finalizará éste “automáticamente” respecto de dicha parte, manteniéndose vigente, no obstante, en relación con las personas (naturales o jurídicas) que hayan recibido del licenciario, en sus respectivos casos, obras derivadas, conjuntas o bases de datos (en el sentido del apartado o sección 1, letras c y d, de la licencia) a las que se haya incorporado la obra objeto de la licencia y siempre que se mantengan en el cumplimiento íntegro de ésta.

En todo caso, la situación sobrevenida entre licenciante, licenciario y las personas antes mencionadas, como consecuencia de las hipótesis de finalización del contrato a las que se acaba de aludir, se regirá por las declaraciones y estipulaciones previstas en la licencia, salvo las de las secciones 3 (concesión de derechos) y 4 (restricciones).

El régimen establecido en esta cláusula será objeto de observaciones en el párrafo §5, números 38.1 á 38.4, de la Parte II.

4.11. Dentro de la estipulación³³ relativa a la finalización del contrato existe una cláusula que *reserva* al licenciante *el derecho a divulgar o publicar* la obra en condiciones distintas a las de la licencia y *a retirar* aquella en cualquier momento, del sistema de las CCL, sin que tales hechos pongan fin a dicha licencia respecto del licenciario de ella y los aludidos terceros. Esta estipulación será objeto de observaciones en el párrafo §5, número 38.3 y 38.4 de la referida Parte II.

4.12. Cuando ya podría parecer agotado el contenido preceptivo del contrato, se añaden, bajo la rúbrica “*miscelánea*”, otras nuevas estipulaciones, en las que

(i) se previene al licenciario que cada vez que explote en cualquiera de las formas autorizadas la obra, incluso incorporada a una “obra conjunta”, una base de datos³⁴ o a una obra derivada³⁵ y realizada por él, *se entiende que el licenciante “ofrece a los terceros y sucesivos licenciarios la cesión de derechos sobre la obra en las mismas condiciones” que la licencia de la que aquel haga uso;*

³⁰ Apartado o sección 4.c de todas las fórmulas.

³¹ Apartados o secciones 5 y 6 de todas las fórmulas.

³² Apartado o sección 7, letras a y b (inciso primero), de todas las fórmulas.

³³ Apartado o sección 7.b, incisos segundo y tercero

³⁴ Apartado o sección 8.a de todas las fórmulas.

³⁵ Apartado o sección 8.b sólo de las fórmulas relativas a las licencias denominadas “reconocimiento”, “reconocimiento-no-comercial”, “reconocimiento-no-comercial-compartir igual” y “reconocimiento-compartir igual”.

(ii) se sale al paso de la hipótesis de *invalidez decretada por la ley aplicable*, de alguna de las disposiciones de la licencia o de una parte de ella, acordándose, para tal evento, tanto la validez de las restantes y la de la parte de esa disposición no afectadas por la norma invalidante, como la reforma de tal disposición en lo que fuere necesario para que produzca efectos y sea ejecutiva, y todo ello sin que proceda ningún pacto o declaración adicional de las partes o de cualquiera de ellas³⁶;

(iii) se declara que *no se entenderá haber existido renuncia* de “ningún término o disposición” de la licencia, *ni* que se ha *consentido* ninguna violación de uno u otra, a menos que tal renuncia o consentimiento consten por escrito y sean firmados por la parte renunciante o que haya prestado su consentimiento³⁷;

(iv) y se establecen ciertas disposiciones sobre la *interpretación y modificación* de la licencia³⁸.

Nos ocuparemos así mismo de algunas de estas declaraciones y estipulaciones en el párrafo §5, números 27.3, 38.1 á 38.4 y 47 de la Parte II.

5. Por último, todas las fórmulas de la CCL terminan con una amplísima exoneración de *responsabilidad de la Organización* y una *prohibición* a las partes *del uso de su propia marca*, salvo la que puedan realizar a efectos de indicar al público que la obra está licenciada bajo la CCL. También dedicaremos alguna observación a dichos extremos en el párrafo §5, números 45.1 á 45.6 de la siguiente Parte II.

³⁶ Apartado o sección 8.c de las fórmulas relativas a las licencias denominadas “reconocimiento”, “reconocimiento-no-comercial”, “reconocimiento-no.-comercial-compartir igual” y “reconocimiento-compartir igual”, y apartado o sección 8.b de las restantes.

³⁷ Apartado o sección 8.d de las fórmulas relativas a las licencias denominadas “reconocimiento”, “reconocimiento-no-comercial”, “reconocimiento-no.-comercial-compartir igual” y “reconocimiento-compartir igual”, y apartado o sección 8.c de las restantes.

³⁸ Apartado o sección 8.e de las fórmulas relativas a las licencias denominadas “reconocimiento”, “reconocimiento-no-comercial”, “reconocimiento-no.-comercial-compartir igual” y “reconocimiento-compartir igual”, y apartado o sección 8.d de las restantes.

PARTE II

OBSERVACIONES RELATIVAS A LAS SEÑALADAS CARACTERÍSTICAS DE LAS LICENCIAS

§1. “Filosofía” y “objetivo” de las licencias. La “Organización CC”.

(A) “Filosofía” de las licencias

6. Como ya se advirtió en el número 2.2, las licencias mencionadas se han construido en la perspectiva de una filosofía muy concreta, elaborada, a partir de 2001, por los profesores Lawrence Lessig³⁹, de la Universidad de Stanford, y James Boyle⁴⁰, de la Duke Law School, inspirándose —en lo que respecta al primero y según sus palabras— en la obra de Richard Stallman⁴¹ y en los trabajos de la *Free Software Foundation* (Fundación *Software* Libre, en adelante “FSF”⁴²). No obstante, esa inspiración

³⁹ Lawrence Lessig, fue primero profesor de Harvard y más tarde catedrático de derecho constitucional de la universidad de Stanford. En 1998 fue experto del gobierno americano en el proceso anti-trust contra Microsoft, donde fuera recusado, a instancias de este último, por su toma de posición a favor del Software libre. Posteriormente acudiría ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos para tratar de invalidar, por inconstitucionalidad, la Sony Bono Copyright Extensión Act (modificativa del Título 17 del Código civil de los Estados Unidos, relativo al *copyrights*), conocida como “ley Mickey”, por la que se amplió el plazo de protección de las obras por 20 años más. El recurso de inconstitucionalidad se presentó a nombre de Eric Eldred, quien era un programador jubilado que estaba intentando hacer una biblioteca de obras que estuvieran en el dominio público que pondría en Internet a disposición general y de forma gratuita. En esta situación, el Congreso aprobó la referida ley, con lo cual muchas de las obras que tenía en proyecto utilizar volvieron a estar protegidas y no podría ponerlas en su biblioteca “*gratis et amore*”. La reacción de Eldred fue oponerse a la nueva ley, primero, desobedeciéndola abiertamente, y posteriormente, impugnándola por anticonstitucional, para lo que recabó la colaboración de Lessig como profesional del derecho. La impugnación no prosperó, ya que, finalmente, el Tribunal Supremo declaró constitucional dicha ley en su sentencia de 9 de Octubre 2002 (caso Eldred v. Aschcroft, número 01-618. L. Lessig ha publicado libros como *El código y otras leyes del ciberespacio*, *El futuro de las ideas y Cultura Libre* (de la que hay versión en español). De estas tres obras solamente “Cultura libre” se encuentra accesible en Internet bajo licencia CC.

⁴⁰ James Boyle, cofundador del *Center for the Public Domain*, fue profesor en Yale, Harvard, y en la Escuela de Derecho de la Universidad de Pensilvania. Estudioso de la figura anglosajona del “*public domain*” (dominio público) y de la relación entre el derecho y la sociedad de la información, tiene varias publicaciones entre las que destacan *Critical Legal Studies*, *Collected Papers on the Public Domain* (como editor especial), *Shamans*, y *Software and Spleens: Law and Construction of the Information Society*. Fue ganador en 2003 de *World Technology Award for Law*.

⁴¹ Richard Stallman, quien fuera miembro hasta 1984 del laboratorio de inteligencia artificial del Massachusetts Institute of Technology (MIT), es el precursor del movimiento del software libre y el fundador de la Free Software Foundation (FSF). Sus intenciones quedan claras en todos los documentos de la organización: abolición de restricciones a la copia, a la redistribución, a la compresión y a la modificación de los programas informáticos. Para ello la FSF se ha encargado de hacer una promoción del desarrollo y utilización del software libre, concentrándose sobre todo en el desarrollo de nuevos programas de ordenador a fin de eliminar el uso de los llamados “software de propietarios”.

⁴² La FSF, fundada en 1985, es una organización sin ánimo de lucro. Sus entradas de dinero provienen de los ingresos aportados por las empresas patrocinadoras, dentro de las cuales encontramos a Google, My SQL, Linux, HP Invent e IBM (para más información ver <https://www.fsf.org/donate/patron/index.html>.)

constituye un punto de partida demasiado modesto para explicar el alcance jurídico-político de tal filosofía; los fracasos de L. Lessig en su ofensiva judicial contra la actual legislación de “*copyright*” de su país no parecen ajenos al sentido, bastante radical, de las tesis que están en la base de aquella.

7. En efecto, esas tesis no se justifican en algo comparable a las consideraciones que llevaron a Stallman a poner en práctica, en 1984, el “*software libre*”, dentro del proyecto GNU —acrónimo de la expresión “*GNU’s NOT UNIX*” (GNU no es UNIX) y con el que se hacía referencia a su finalidad de desarrollar un sistema operativo del tipo UNIX, pero “libre”—, con el cual se perseguía restablecer el espíritu cooperativo que prevaleció en los inicios de la “comunidad informática”, suprimiendo las barreras impuestas por los propietarios de los programas amparados en la legislación de propiedad intelectual.

Con tal propósito y sin exceder el campo de dicha tecnología, R. Stallman dio a luz en 1985 la *General Public License (GPL)* para difundir, “libres de permisos” (*copyleft*) —aunque no del devengo de una eventual remuneración—, los programas de ordenador bajo una única condición: la de no poner obstáculos a la circulación de los programas modificados en virtud de una GPL, respecto de los cuales no se requiere autorización para acceder a su “código fuente” ni para modificarlo, obtener copias de él o usarlo con cualquier fin; como tampoco está sujeta a tal autorización la distribución de los programas modificados ni la realización sobre ellos de los mencionados actos.

Según Stallman —en su trabajo “¿Por qué los software deberían ser libres?”⁴³— la contribución de un programa de ordenador a la sociedad es reducida si se le asigna un propietario. Imponer un precio a un “producto” al que se puede acceder de forma sencilla y gratuita es algo que desalienta a los usuarios. Y, por otro lado, en lo que se refiere al modo de hacer efectiva la compensación del trabajo de creación del autor del programa, apunta⁴⁴, como posibles vías alternativas a la del ejercicio de su derecho de propiedad, la que podría representar la intervención de ciertas instituciones (Universidades, Gobiernos) en la financiación de ese trabajo, e incluso, por ejemplo, la de los propios fabricantes de materiales informáticos, para quienes es muy importante el desarrollo de programas aunque después no tengan el control de estos programas transformados.

En el mismo orden de ideas, la FSF da una definición de “*software libre*”⁴⁵ basada en las cuatro libertades otorgadas a los usuarios de los programas objeto de las licencias GPL: (i) libertad de usar el programa para cualquier propósito; (ii) libertad de estudiar cómo funciona el programa y adaptarlo a sus necesidades —la cual comprende la posibilidad jurídica de libre acceso al código fuente—; (iii) libertad de distribuir copias (con el fin de ayudar a otro usuario); (iv) libertad de mejorar el programa y hacer

de las donaciones de sus miembros asociados, de cualquier otro tipo de donaciones y de las ventas por correspondencia de los programas en soportes tangibles (según Stallman, la mayoría de los fondos de la Fundación proviene de estas ventas, a pesar de que los programas están disponibles de forma gratuita en la red, muchos de los usuarios optan por pagar a fin de dar apoyo al proyecto).

⁴³ Ver en http://april.org/groupes/gnu/fr/work/a_envoyer_fsf/shouldbefree.fr.html el mencionado trabajo «*Pour-quoi les logiciels devraient être libres ?*».

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Véase la definición de software libre en <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.es.html>.

públicas las mejoras a los demás de modo que toda la comunidad se beneficie (cuya libertad también comprende la de acceso al código fuente).⁴⁶

8. Las mencionadas razones que se aducen para justificar el “*software libre*” las podemos encontrar en los debates que precedieron a la protección generalizada de los programas de ordenador por el derecho de autor. Ellas eran, entre otras, las que propiciaban una tutela de esas creaciones por un derecho *sui generis* — como en buena lógica requería una protección que controlase, entre otros extremos, el acceso individual efectivo al programa (es decir, el uso o goce del mismo) por parte del “usuario legítimo” de su soporte material (pretensión que resultaba, y todavía resulta, insólita en el sistema del derecho de autor) —. La tesis del derecho *sui generis* cedió ante la que propugnaba para la protección del programa (en calidad de obra literaria) un derecho de autor, y ello, fundamentalmente, por razones estratégicas. Era necesario calificar de obra literaria al programa para incluirlo como tal en el Convenio de Berna y obtener así, de manera bastante fácil, su protección en un gran número de países. Estados Unidos, gran productor de estas nuevas obras, se integró, por entonces, en la Unión de Berna. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, de 20 de diciembre de 1996, confirmó el éxito internacional de esa inclusión.

Sin embargo, tal calificación no ha dejado de presentar problemas, especialmente desde la perspectiva de las libertades invocadas por la FSF y mencionadas en los incisos (i), (ii) y (iv) del párrafo final del anterior número 7. Los artículos 5 (excepciones en beneficio del usuario del programa) y 6 (excepción por razones de descompilación) de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991⁴⁷, pueden entenderse como una respuesta más equilibrada a esos problemas que la del “*software libre*”, que en modo alguno deja clara la situación en la que, de resultas de esas licencias, quedan los derechos e intereses (morales y patrimoniales) de los autores de programas —la apelación de la doctrina del “*software libre*” a los Gobiernos, Universidades, instituciones, e incluso empresas del sector no es muy convincente a este respecto y suena en exceso a mecenazgo⁴⁸—.

⁴⁶ Entre otras iniciativas análogas a las de la FSF, pueden citarse las que se conocen con las denominaciones “Debian Free Software” y “Open Source Initiative (OSI)”. El proyecto “Debian” es una asociación de personas que se unieron para crear un sistema operativo libre: Debian GNU/Linux. Es una distribución de Linux que basa sus principios y fin en el software libre. Su modelo de desarrollo es independiente a las empresas, y no depende de necesidades comerciales. “Debian” no vende directamente su software, lo pone a disposición de cualquiera en Internet, aunque sí permite, a personas o empresas, distribuirlo comercialmente siempre y cuando se respete su licencia. Dentro de los modelos de licencia que sugiere la organización está la GPL. En cuanto al movimiento OSI, aunque en la práctica comparte las mismas licencias de FSF, difiere ideológicamente del software libre. Desde sus inicios en 1998 buscaba darle mayor relevancia a los beneficios prácticos de compartir el código fuente y familiarizar a las principales casas de software y otras empresas de la industria de la alta tecnología con este concepto. Los fundadores de esta corriente opinaban que el término *open source* evitaba la ambigüedad del término inglés *free* (en “free software”) que puede ser entendido en el sentido de gratis.

⁴⁷ Ver artículo 100 de la LPI (en el que se refunden, entre otros, los artículos 5 y 6 de la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de transposición a Derecho español de la mencionada Directiva).

⁴⁸ De cualquier manera, el éxito del “software libre” y proyectos semejantes entre los “autores” no parece comparable al que ha tenido en el sector empresarial, institucional y gubernamental. Vemos que compañías importantes como Sun, IBM, Telefónica o Hewlett Packard, entre otras muchas, utilizan alguna licencia de software libre. También ocurre lo mismo con instituciones como el Ayuntamiento de Berlín, París, Munich, los de Extremadura, Barcelona, el Ministerio de Educación Nacional de Francia, el Servicio de Comunicación del Gobierno Francés o la Bolsa de New York. Son conocidos también las declaraciones y acciones a favor de este tipo de software del Gobierno de Brasil (tradicionalmente, el país

9. Pues bien, como se apuntó en los números 2.1 y 2.2 de este trabajo, la doctrina sobre la que se fundamenta el sistema de las licencias Creative Commons, al contrario de lo que acontece con la del “*software libre*” y propuestas afines, carece de la más mínima conexión con la problemática real que presenta la protección de las obras literarias y artísticas dentro y fuera (también sigue existiendo un fuera) del entorno digital y, menos aún, si esa protección se contempla desde el punto de vista de los intereses de los autores y del estado actual de desarrollo de sus derechos en las legislaciones nacionales (comprendida la de Estados Unidos) y en los tratados internacionales.

Puede haber, y de hecho la hay, una similitud entre las licencias CCPL (relativas a cualquiera de esas obras, exceptuados los “programas de ordenador”) y las GPL (elaboradas para dichos programas), y cabe hablar de inspiración de las primeras en las segundas, pero esa inspiración no pasó de lo formal al faltarle a las CCPL la base material y social sobre la que fueron construidas las del “*software libre*”, independientemente de lo que se piense sobre su acierto en la resolución de los problemas que tratan de solucionar.

10. Dicha doctrina (tal como se expone en la obra del profesor Lessig, “*Free Culture*”) se centra en una fuerte crítica al Derecho estadounidense, en general, y, especialmente, a las normas de éste aplicables al *copyright*. Sin embargo, no deja de advertirse en ella una evidente pretensión de extender sus reproches al sistema *global* de protección de las obras literarias y artísticas, del que forman parte no sólo legislaciones nacionales de la tradición del *copyright*, sino otras adscritas a la del “*derecho de autor*” (Alemania, Argentina, Bélgica, Brasil, Chile, Colombia, España, Francia, Italia, México, Perú, Portugal, Uruguay, etc.).

En ese empeño expansivo no faltan a los patrocinadores del aludido movimiento, en el que se ha convertido tal doctrina, apoyos financieros y mediáticos importantes. Por un lado está la propia *Creative Commons Foundation*, nacida el año 2001 en el *Stanford Law School Center for Internet and Society*; por otro, actúan instituciones como *The MacArthur Foundation*⁴⁹, *The Center for the Public Domain*⁵⁰ y *The Hewlett Foundation*⁵¹ y, por otro, cuenta con la colaboración del Centro mencionado en primer lugar y *The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School and its Clinical Program in Cyberlaw*, *Cooley Godward LLP*, *Ibiblio*, *Computer Tyme Web Hosting* y *Hale and Dorr*, así como con generosas ayudas, al parecer de carácter puntual, de empresas periodísticas y de servicios de telecomunicación (como la Telefónica española y sus filiales iberoamericanas) y de algunos gobiernos. Finalmente, las Universidades y los consumidores y usuarios de productos informáticos y de servicios *on line* (caso de los *internautas*) —estos últimos, a través de sus asociaciones— vienen operando como elementos muy activos de difusión de las ideas de ese movimiento.

11. La crítica aludida —tal como aparece en la mencionada obra de L. Lessig— se sustenta en una selección de casos judiciales muy variados en los que no siempre hay

de los más reticentes a la aceptación de la protección del programa por el derecho de autor) o la iniciativa de China, Corea del Sur o Japón para desarrollar un homólogo del Linux asiático.

⁴⁹ Para más información ver el sitio web: <http://www.macfound.org/>

⁵⁰ Para más información ver el sitio web: <http://www.centerpd.org/>

⁵¹ Para más información ver el sitio web: <http://www.hewlett.org/Default.htm>

relación con el derecho de autor. Esa selección parece hecha, bien en función de la existencia de una pretensión desmesurada de un propietario (que puede no ser “intelectual”, como acontece en el asunto Causby⁵²), bien del temor a una sentencia de condena por infracción de los derechos de autor supuestamente errónea e injustamente irreformable por el alto coste de la intervención del abogado (asunto Jesse Jordan⁵³), bien de un turbio y perversamente dilatado procedimiento que haya conducido al demandante (inventor, además) a una situación trágica (asunto Armstrong⁵⁴), o bien de otro hecho imputable a un tribunal, o a cualquiera de las partes personadas en el mismo (preferentemente las que sean industrias del ocio, abusivas por definición, en los alegatos del Profesor Lessig) o de los juristas profesionales intervinientes en el proceso, cuyo hecho pueda ser utilizado para ilustrar la manida debilidad del sistema judicial norteamericano y, por extensión, los de todos los países del mundo.

De esta forma —hay motivos para suponer que así se ha pensado—, cualquier propuesta que se haga al autor sobre la explotación de su obra, por extravagante e inconsistente que ella sea, difícilmente desencadenará en él una respuesta basada en la ley ni en la jurisprudencia de su país (que dicha doctrina describe como instrumentos inútiles en la práctica), a poco de que tal proposición se aderece con algo tan atractivo como la libertad de expresión y de creación y con la invitación a “compartir” —en unión de otros autores de los cinco continentes, forjadores de un espacio de “creación común” sin fronteras ni obstáculos— los frutos de su ingenio; y todo ello en nombre de la Cultura y haciendo efectivo el derecho de todo ser humano “a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”⁵⁵.

⁵² Los Causby, granjeros de Carolina del Norte, estaban sufriendo las consecuencias de los vuelos de los aviones sobre sus tierras: se les estaban muriendo los pollos que criaban en su granja, y acudieron ante los Tribunales basándose en que el derecho de propiedad sobre la tierra llega hasta el cielo y que el Gobierno estaba de esta manera invadiendo sus propiedades.

⁵³ Jesse Jordan era alumno del Instituto politécnico de Renselaer en Nueva York en la especialidad de tecnología de la información. Él creó un motor de búsqueda para la red IPR que era una simple modificación de buscadores que otros habían producido anteriormente y lo colgó en la red, de modo que en seis meses ya tenía más de un millón de archivos de los usuarios de su producto. Sin embargo, el índice del buscador tenía, entre otros muchos materiales (apuntes, fotos de los propios estudiantes, etc), archivos musicales y, aunque Jordan no ganaba dinero con este invento, que lo había hecho sólo por divertimento y por aplicar conocimientos adquiridos, la RIAA (Asociación de la Industria Discográfica de los EE. UU) presentó una demanda contra él y lo acusó de violar voluntariamente la ley del *copyright*. La RIAA alegó más de cien violaciones específicas y reclamó a Jordan una indemnización no inferior a 15 millones de dólares. El abogado del demandado (que era su tío) entabló negociaciones con la RIAA, la cual, habiendo conocido en el curso de las negociaciones el dinero que tenía Jordan (unos 12.000 dólares), exigió este dinero a cambio de olvidarse del caso. Según L. Lessig, Jordan habría podido luchar en los tribunales e incluso ganar el pleito, pero le hubiera costado 250.000 dólares, al menos, y aún en el caso de que ganara, no recobraría ese dinero. La RIAA, finalmente, le hizo llegar a un acuerdo consistente en que reconociese que había violado la ley de *copyright*, adquiriese el compromiso de no trabajar más en lugares vinculados al campo tecnológico y se obligase a pagar 12.000 dólares a dicha entidad.

⁵⁴ Edwin Howard Armstrong fue un genio norteamericano que se destacó en el área de la tecnología radiofónica. En 1933 le concedieron cuatro patentes por su invención más significativa, la FM. Armstrong trabajaba para RCA que era el operador dominante de la radio AM. Al director de esta compañía no le convenía la revolución que suponía la invención de la FM (amenazaba el imperio AM), por lo que la empresa lanzó una campaña para ahogar la radio FM, hasta el punto de utilizar su poder con el gobierno para detener el despliegue de la FM. Después de incorporar la tecnología FM al estándar emergente para la televisión, la RCA intentó declarar las patentes sin valor, negándose así a pagarle los derechos. Durante cinco años Armstrong litigó para defender sus patentes, y justo cuando estaban a punto de expirar, la RCA le ofreció un acuerdo con una compensación tan baja que ni siquiera cubriría las tarifas de sus abogados, por lo que derrotado y en bancarrota, se suicidó.

⁵⁵ Artículo 27.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Naturalmente que este discurso cabe entenderlo dirigido principalmente a aquellos autores cuyo interés predominante sea el de que su obra circule de la forma más amplia posible y a los autores noveles que aspiran a conseguir una cierta reputación. Entre los primeros se encuentran los autores de obras orales de carácter político, forense, religioso o académico, para algunas de cuyas creaciones muchas legislaciones nacionales, con el respaldo del Convenio de Berna (artículos 2bis, 10 y 10bis), prevén, en determinadas circunstancias, su simple exclusión de la protección o algunas excepciones a la misma.

12. Pero los promotores de esta doctrina tampoco se olvidan de los autores que ya tienen una posición bien establecida y que desean una alternativa de publicidad de sus obras desligada de la que normalmente se cumplimenta a través de los que realizan la explotación de ellas (editores, productores, etc.). Y para estos otros destinatarios de sus tesis enriquecen su discurso con argumentos que tocan una de las fibras más sensibles de los creadores profesionales de ese grupo: la de su relación, no siempre pacífica, con las empresas a las que, de un modo u otro, han transferido sus derechos. A este propósito se habla del expolio de esos derechos por las industrias del entretenimiento, del comportamiento abusivo que ellas hacen, apoyándose precisamente en el sistema legal que los protege (única "utilidad" que, por lo visto, reconocen los epígonos de la Organización CC a tal sistema)⁵⁶, y del papel perfectamente prescindible de esos "intermediarios", especialmente en la difusión de las obras en la red digital, propugnando que sea el creador quien ejercite el "monopolio legal" que la legislación le reconoce, aunque de la manera más reducida posible. La alusión a esta disminuida forma de ejercer el derecho nos anuncia un nuevo cambio de rumbo del discurso sobre el que merece llamar la atención de los autores y sus derechohabientes.

13. Puesta en un brete la confianza de los autores en la ley destinada a protegerlos, en las autoridades a quienes corresponde aplicarla y en las empresas que realizan inversiones en la difusión de las obras de aquellos, sólo queda llevar la crítica de la protección de éstas al flanco de los intereses terciarios: los del *público* en general. Y en este terreno se habla de "*cultura para todos*" y, lógicamente, del "*dominio público*", que, en principio, es la ausencia de protección legal (como mínimo, en su aspecto patrimonial), pero que en el sistema tradicional del *copyright* y por el carácter excepcional (estatutario) y formalista de su concepción, dejó al autor (o primer titular de los derechos) un cierto margen de actuación en su aplicación efectiva⁵⁷.

14. En relación con lo que se acaba de decir sobre el dominio público nos referimos concretamente al período de desarrollo de la legislación norteamericana que se extiende desde la Ley de 10 de abril de 1790 hasta *The Berne Convention Implement Act* de 1888, con la que se hizo posible la adhesión de Estados Unidos a dicho instrumento y su entrada en la Unión de Berna (con efectos de 1 de marzo de 1989). Durante ese lapso de

⁵⁶ El profesor Lessig dedica muchas páginas de su mencionada obra a denunciar a la Fox, titular de los derechos de la conocida serie de televisión "Los Simpsons", de abusar manifiestamente de su posición en el ejercicio de sus derechos. Antes de conceder cualquier autorización exige cantidades exorbitantes de dinero o amenaza con demandas judiciales de elevadísimos costes.

⁵⁷ En la perspectiva histórica desde la que hablamos nos referimos siempre al dominio público a que estaba sujeto todo *copyright* "estatutario" (o legal) y aplicable a las obras publicadas. Las obras no publicadas gozaban de un *copyright* de derecho común (*common law*) del que gozaban a perpetuidad tales obras bajo la ley de 1909, mientras se mantuviesen no publicadas.

tiempo, las obras publicadas quedaban protegidas (hurtando la amenaza del “dominio público”) mediante el depósito y el registro de ellas por su titular en una oficina del Estado, que con el tiempo se convirtió en el actual *Copyright Office*, y a condición de que en sus ejemplares constase una reserva de derechos. Tales obras continuaban protegidas:

(a), durante la vigencia de las leyes de 1790 y 1909, respectivamente, por un plazo de 14 y 28 años, contados desde el registro de la obra en dicha Oficina, a menos que el titular del derecho renovara ese registro por un segundo periodo de otros 14 y 28 años, también respectivamente, tras cuya finalización, la obra engrosaba el dominio público del que escapó por el registro (y cumplimiento de las demás formalidades);

(b), y una vez entrada en vigor la ley de 1976, por un plazo de 50 años contados desde el fallecimiento del autor —a excepción de las obras hechas por encargo (*works made for hire*) que lo estaban por un plazo de 70 años a contar del año de la primera publicación o 100 años desde su creación, según el término que expirara primero—.

Como resulta de los regímenes expuestos, la verdadera diferencia entre el dominio público de tradición norteamericana y el de la tradición de “*derecho de autor*”, estribaba, hasta la ley de 1988, más que en los plazos de duración del derecho, en el papel que se atribuía al comportamiento, positivo o negativo, del autor o titular en relación con las formalidades exigidas, primariamente, para obtener el beneficio de la protección de la obra (publicación, notificación de la reserva de derechos, registro y depósito: condiciones *sine qua non* para pasarla del dominio público al privado) y, posteriormente, para retrasar su definitiva “caída” en el océano del dominio público (falta de renovación del registro y mantenimiento de las aludidas condiciones de forma).

En las legislaciones del sistema de “*derecho de autor*”, al no existir (por lo general) las formalidades de esa clase, ninguna incidencia tiene el comportamiento de los autores en la institución del dominio público, al que pasa la obra sólo y exclusivamente cuando haya transcurrido el tiempo de protección señalado en la ley⁵⁸ y en función de la vida su autor (o, en su caso, coautor) —sin perjuicio de las reglas especiales establecidas también por el legislador en consideración a determinadas situaciones de hecho que, salvo las derivadas del ejercicio del derecho de paternidad sobre las obras publicadas en forma anónima o seudónima, tienen poco que ver con ningún acto del autor o de sus derechohabientes—.

15. Sin embargo, la evolución, en un sentido “humanista”, que se llevó a efecto en el *copyright* estadounidense por medio de las leyes de 1976 (en la que se vinculó, como regla general, el plazo de protección de la obra a la vida del autor) y de 1988 (suprimiendo, para los autores unionistas que no tuviesen a Estados Unidos como país de origen de su obra, las obligaciones formales antes citadas) es valorada por los inventores de las CCL como un proceso histórico desastroso.

Para ellos, el régimen anterior a la ley de 1976 era preferible al actual, porque, dado que en aquella reglamentación las obras sólo estaban protegidas si eran registradas, este condicionamiento, sumado al requisito de la renovación registral para continuar con la protección 28 años más, hacía que muchas obras nunca conocieran el dominio privado y las que lo hubieran alcanzado entraran rápidamente en el público. En cambio, en la reglamentación de 1988, se asume la idea *unionista* de la protección por el solo hecho

⁵⁸ Así resulta de los artículos 26 á 30 y 41 de la LPI.

de la creación, que cierra fuentes de alimentación del dominio público y constituye, en opinión de los aludidos inventores, una gran limitación para el acceso a la cultura y además, dicho “simplemente, la adopción de un modelo ajeno, el modelo europeo” (Lessig) —o sea, algo no muy patriótico para quienes sigan profesando aún el vetusto *aislacionismo* norteamericano—.

16. La visión catastrofista asociada a la supresión de formalidades y a la consecuente disminución de obras que no conocieran la protección o que, habiéndola obtenido, la perdieran, en perjuicio del acceso a la cultura, no se corresponde en nada con la percepción de ese fenómeno que tuvieron los miembros de la Cámara de Representantes al aprobar la ley de 1976 y el informe acerca de la misma⁵⁹, en el que, entre las siete razones que, a su juicio, justificaban la adopción del plazo de 50 años, señalaron las siguientes:

(a) que muchos autores vivos asistían (bajo la ley de 1909) a la caída en el dominio público de sus primeras obras (registradas), lo que acentuaba la concurrencia de ellas con las últimas aún protegidas e impedía asegurar a esos autores y a sus parientes más próximos una remuneración equitativa;

(b) que una duración breve del derecho (como la que preveía la ley de 1909) causaba un perjuicio al autor sin aportar sensibles ventajas al público;

(c) que la seguridad jurídica de un sistema basado sobre la vida (o la muerte) del autor es mayor que la de un régimen que reposa sobre la noción muy incierta de publicación y que, además, el primer sistema tenía la ventaja sobre el segundo de precipitar al mismo tiempo en el dominio público todas las obras de un mismo autor;

(d) y que con el nuevo régimen (es decir, el de la ley de 1976) se evitaban las dificultades técnicas del sistema de renovación (derivadas de las formalidades exigidas en la “*renewal*” del registro para disfrutar de un segundo período de protección) y que había tenido por efecto hacer caer *injustamente* en el dominio público numerosas obras⁶⁰.

La última frase del párrafo (d) resultaría ininteligible si, como sostiene la doctrina de las licencias (con reiteración pero sin aportar datos fiables que así lo acrediten), tanto la falta de renovación, como la de primer registro, hay que atribuirla a un comportamiento consciente de los autores basado en su desinterés por la protección de sus obras, ya que ellos, en opinión también de esa doctrina son “personas formadas en derecho” (opinión que los autores deberían agradecer si les pareciera mínimamente creíble).

17. En cuanto a la adopción del “modelo europeo” por la ley de implementación del Convenio de Berna en la legislación de Estados Unidos, responderemos a la negativa valoración que de tal hecho realizan los teóricos de las licencias con algunas citas relevantes del Legislativo federal y de distinguidos juristas norteamericanos, las cuales

⁵⁹ Ver House Report n° 94-1476, páginas 134 á 135; A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright. Divergentes et Convergentes. Etude de droit comparé*, Bruylant (Bruselas)-Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence (Paris). 1993. Páginas 616 y 617.

⁶⁰ En la obra del profesor André Françon, *La propriété littéraire et artistique en Grande- Bretagne et aux Etats-Unis*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1955, página 120, se dice que el 89% de las obras protegidas caían en el dominio público 25 años después de su publicación.

ponen de relieve una estimación radicalmente opuesta a dicha valoración y mucho más razonable y ajustada al sentido que evidencia el mencionado acontecimiento.

La primera cita la extraemos del informe del mencionado informe de la Cámara de Representantes (ver número anterior, párrafo primero). Encontramos que, en dicho documento, se aduce, como una última justificación de la reforma efectuada por la ley de 1976, la de que, teniendo en cuenta que una mayoría de países habían adoptado el plazo general de 50 años *post mortem auctoris* con relación a la duración del derecho, la introducción de ese término en la legislación americana abría la vía a una futura adhesión (de Estados Unidos) al Convenio de Berna. Por tanto, la adopción del “modelo europeo” de protección de las obras, como se califica al incorporado a dicho Convenio, no fue fruto de una decisión improvisada o tomada a la ligera en 1988 por el Legislativo norteamericano, sino de una presión social que venía actuando desde bastante años atrás a favor de ese cambio político-jurídico.

La segunda, está constituida por el título (“One hundred and two years later: the U.S. joins the Berne Convention”) y dos párrafos de un trabajo de los profesores de Columbia Jane Ginsburg y John Kernochan⁶¹. En la introducción de ese trabajo se habla de que “gracias a los votos *históricos* (el subrayado es nuestro) del 5 y 12 de octubre de 1988, el Senado y la Cámara de Representantes norteamericanos aprobaron por unanimidad la legislación que conciliará la ley americana con el Convenio de Berna. Es el Presidente Reagan quien, el 31 de de octubre, firma dicha ley. También firma el Presidente la resolución adoptada por el Senado el 20 de octubre, de ratificación de la Convención de Berna”. Y en el siguiente apartado, que lleva por rúbrica “Los esfuerzos de los Estados Unidos para adherirse al Convenio de Berna”, leemos: “La ratificación (adhesión) de Estados Unidos (al Convenio) se produce ciento dos años después de que el observador oficial que estuvo presente en la primera Conferencia internacional del Convenio (1886) recomendara a Estados Unidos su participación en la Unión de Berna. En aquel tiempo, Estados Unidos no tenía ninguna relación internacional en materia de derecho de autor. Fuimos, durante largo tiempo, una “nación pirata” para la cual la libre reproducción en el territorio nacional de obras extranjeras, particularmente británicas, era más atractiva que la protección que se nos proponía desde el exterior.[*omissis*] En el transcurso del presente siglo [XX], la política de Estados Unidos sobre propiedad intelectual cambia. De usuarios e importadores de obras protegidas, Estados Unidos pasa a ser un productor y un importador de primer orden. El atractivo de una protección internacional se hace proporcionalmente evidente.”⁶²

En consecuencia, la adhesión al Convenio de Berna, no sólo fue resultado de una decisión de Estados Unidos tomada en un largo proceso de discusión interna, sino también de una determinación de su Gobierno y de su Legislativo que se reputó tan *justa* como *útil* para los intereses de los autores y productores americanos en el plano de

⁶¹ “Ciento dos años más tarde: Estados Unidos se adhiere al Convenio de Berna”, artículo de los profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia, Jane C. Ginsburg y John M. Kernochan, publicado en la *Revue Internationale du Droit d’Auteur (RIDA)*, número 141, correspondiente al trimestre de Julio de 1989, páginas 57 á 197.

⁶² Lo intercalado entre paréntesis es nuestro. El texto inglés de lo transcrito es como sigue: “U.S. ratification came one hundred and two years alter the United States’ official observer at the initial international conference from which the Convention emerged recommended U.S. participation in the Berne Union. At that time, the U.S. had no international copyright relations. We were, and had long been, a “pirate nation” for whom protection abroad offered fewer attractions than free copying at home of foreign, particularly British, works. [*omissis*]. Over the intervening century, the U.S. politics of intellectual property changed. From a user and importer of copyrighted works, the U.S. became a producer and leading exporter. The appeal of international protection became correspondingly manifest.”

las relaciones internacionales. A decir verdad, incluso algo más justo y útil (aunque no demasiado) para los autores extranjeros que para los americanos, ya que éstos, en lo que se refiere a la protección de sus derechos en su propio país, no han quedado tan desligados del cumplimiento de requisitos formales como los extranjeros que la reclamen en él, aunque, en alguna medida, tampoco lo han sido estos últimos de una manera tan plena y absoluta como la que ellos gozan (con los norteamericanos) en los demás países de la Unión, especialmente en los que aplican “directamente” las disposiciones del Convenio —Argentina, Chile, España, Francia, etc.—⁶³ y no a través de una ley interna (como la de 1988).

A este respecto podría resumirse la nueva situación creada para los autores en el territorio de los Estados Unidos diciendo, según se trate de unionistas o nacionales americanos, que todas o *casi* todas las anteriores formalidades de carácter constitutivo han salido por la puerta de la reforma de 1988, pero que, tanto para unos como para otros, dichas formalidades han vuelto a entrar por la “ventana” que la misma ley ha abierto *travistiéndolas* de enojosas obligaciones procesales de enorme importancia para el ejercicio efectivo de sus derechos en dicho territorio.

Curiosamente, los que han elaborado la doctrina de las licencias en cuestión, nada dicen de esta doble situación. Puede verse en este silencio un indicio de la satisfacción que les causa la discriminación que, como resultado de la “benéfica” influencia del modelo autóctono en la ley de 1988, ésta, pese a todo, aún permite que algunas obras de autores americanos puedan considerarse de alguna manera y por algún tiempo fuera de la protección, en beneficio del dominio público y, ¿cómo no?, del acceso a la cultura. Una satisfacción que tampoco expresan pero que deben sentir porque ciertas disposiciones de la misma ley priven, tanto a los norteamericanos como a los extranjeros unionistas, de un ejercicio pleno y expedito de sus derechos por formalidades previas al proceso y que también redundará, dentro del territorio de los Estados Unidos, en la libertad de acceso a las obras de esos autores. Y lo que, a nuestro juicio, es más sorprendente —desde una perspectiva opuesta a la utilizada en los dos incisos anteriores—, tampoco incorporan a su exhaustiva crítica del sistema judicial estadounidense el obstáculo que representa, para la ya enteca y poco interesante (según ellos) protección de los derechos de los autores en ese sistema, el cumplimiento de las referidas obligaciones formales.

18. En conclusión, de todo lo ya expresado bajo la primera rúbrica del presente párrafo §1 de esta Parte II y de lo que se dirá más adelante, especialmente al hacer el análisis de las fórmulas contractuales propuestas, resulta muy claro que la filosofía que sostiene las licencias CCL no sólo no tiene en cuenta todo el complejo de intereses y derechos del autor, sino que es decididamente contraria a ellos. Son sintomáticos de esa posición:

(a) El *significado negativo que otorga a todo lo que comúnmente se entiende como un avance o desarrollo*, cuantitativo o cualitativo, en la protección de los intereses y derechos de los autores. Ya hemos visto sus opiniones sobre la *protección automática* (libre de formalidades) de las obras desde que son expresadas y el tiempo de *duración de los derechos* no corta y con una entrada de la obra en el *dominio público* en un

⁶³ Ver Ginsburg-Kernochan, artículo citado, páginas 71 (párrafo segundo), 77 á 83 (mención de reserva), 83 á 95 (registro en la Copyright Office de Washington) y 149 (conclusión), entre otras.

tiempo razonable que tenga en cuenta el alargamiento, cada vez más acusado, de las expectativas de vida del autor.

(b) Su *enemistad declarada* —en los trabajos de sus epígonos— *al derecho exclusivo* de los autores y su animosidad hacia la forma en que tal exclusiva se sustancia: el *permiso del autor*. Se han hecho famosas frases de los patrocinadores y promotores de las licencias como las de “*hay demasiados permisos en el derecho de autor*”, “*es necesario cambiar la cultura de los permisos por la más generosa de un libre uso (free use) por todos en tanto el autor no lo prohíba individualmente*”, “*el destino de toda obra es el de ser una materia prima —raw material— para otra obra*”, y otras del mismo jaez.

(c) Su reiterada contrariedad ante el número de derechos reconocidos a los autores en las leyes y tratados, hablando de que, por culpa de unas y otros, hay “*demasiados derechos*”.

(d) La forma absolutamente imprecisa con la que, en todo o en parte, parecen sugerir una protección alternativa a los derechos exclusivos de reconocimiento legal, basada en una *remuneración*, cuando hablan de que la cultura debe ser libre (sin permiso o autorización) pero no necesariamente gratuita.

(e) Y su propuesta de que *la protección o no de la obra sea una elección para el autor*, dejando en la sombra, consciente o inconscientemente:

— que esa elección ya puede hacerla el autor, en tanto titular de los denostados derechos exclusivos —como puede hacerla todo beneficiario de cualquier protección jurídica que haya sido construida mediante la atribución al mismo de un derecho subjetivo privado—, adoptando una actitud positiva u otra meramente pasiva, de abstención, en lo que respecta a su ejercicio o defensa; y ello sin necesidad de comprometer gravemente el ejercicio de su derecho de manera prácticamente irreversible, casi plena y para todo el período de protección de su obra, como acontece cada vez que el autor realiza una oferta de autorización de uso de su obra en el marco de las licencias CCL;

— y que la elección de la que ellos hablan supone, en principio, la disponibilidad por parte del autor, en relación con la obra de su creación, de un derecho exclusivo, absoluto (en el sentido de ejercitable frente a todos) y diversificable, tanto en función de su naturaleza (moral o patrimonial) como del tipo de acto o explotación que cubra —lo que permite: la identificación de los “*derechos*” (de acuerdo con el sistema de “*lista abierta*” o “*cerrada*” adoptado por la ley aplicable⁶⁴); la determinación primaria del alcance de su transmisión, y, en el caso de un derecho de remuneración (reconocido *ex lege*, bien en compensación de una excepción o limitación *lato sensu* establecida a un derecho exclusivo, bien como resultado de la sustitución de uno de ese carácter realizada por el propio legislador) la descripción de los elementos esenciales de su hecho generador—.

(B) El “objetivo” de las licencias

⁶⁴ Si se trata de una ley perteneciente a la tradición del “*derecho de autor*”, la lista de derechos de explotación será abierta (*numerus apertus*) y su enumeración cumplirá una función ejemplificativa; si, por el contrario, es ley pertenece a la tradición del “*copyright*”, la lista será cerrada (*numerus clausus*) y la mención de los derechos tendrá carácter limitativo.

19. Si la filosofía jurídico-política de la Organización no se caracteriza por su apoyo a la actual protección de los intereses y derechos de los autores (y decimos actual, porque la idea de un progreso de tal protección ni se contempla en esa doctrina ni hay base para pensar que se desee), es legítimo preguntarse qué se persigue con aquella y con la práctica de las referidas licencias. A nuestro juicio está muy claro en los documentos y trabajos de sus promotores que su objetivo no es otro que el de precipitar, contra cualquier viento o marea de protección legal de las obras, el pase de ellas a una situación *de facto* equivalente o casi a su caída en el *dominio público*.

20.1. Cuando mencionamos los aludidos documentos, nos estamos refiriendo a los que han ido plasmando el proyecto *Creative Commons*, dentro del cual se han elaborado las licencias examinadas en el presente informe. En lo que concierne al término *Commons* utilizado en esos documentos, tal como lo explica el *Center for the Public Domain* (a este respecto cabe señalar que no cabe una denominación más significativa que la de este activo miembro de la Organización), puede entenderse tanto un espacio físico, real, como un espacio “etéreo”, de información, pero, en uno y otro caso, el sentido esencial de ese adjetivo no es otro que el de señalar la no pertenencia del sustantivo a que se aplica al “dominio privado”. Así, por ejemplo, los océanos y la atmósfera son *Natural commons*, y los mitos populares y, en general, el folclore, son una *Information commons*. De lo que se puede deducir que la expresión *Creative Commons* viene a significar un espacio creativo “común”, o sea, un espacio constituido por algo que no pertenece al dominio privado, sino al “público” —más concretamente, al “dominio público”, tal como éste se concibe en “derecho de autor”, puesto que las licencias de que aquí se trata tienen por objeto “obras” en el sentido de ese derecho—.

20.2. Para engrosar ese océano con el que se ha comparado el dominio público (ya lo hizo Gierke), se incita a los autores a que, mediante el otorgamiento de las licencias CCL, pongan sus obras a disposición de todos en Internet, en donde permanecerán para siempre como simples “datos” o unidades de información, asimiladas, en el mejor de los casos, a las expresiones del folclore (cuyas bases de protección se encuentran en las antípodas de las del sistema del derecho de autor). De esta suerte, se impide toda consideración personalista de las obras que pueda ser causa de un derecho privativo (como son, en la legislación española, los derechos morales de paternidad y de respeto a la integridad de la obra que sobreviven incluso a su caída en el dominio público⁶⁵), situándolas a la intemperie de cualquier tipo de apropiación de terceros por abusiva que ésta fuere.

20.3. Lo más estupefaciente de esta incitación es que se haga —utilizando videogramas y “comics” de gran atractivo y manejando en un tono algo demagógico conceptos tan seductores como encantadoramente subversivos— en nombre de la cultura (la *free culture*, cultura libre o cultura para todos y sin intermediarios) y la libertad, comprendida la de creación —potenciada hasta el infinito, en opinión de la Organización CC, por el uso de la tecnología digital y el entramado de Internet, que no deben verse como útiles herramientas para crear, sino como la misma fuente de la creatividad en tanto que esas tecnologías “dotan a los ciudadanos de la capacidad para convertirse en creadores”⁶⁶ —. Así pues, según la ideología de esa organización, “crecimos consumiendo pasivamente las tecnologías, pero ahora la creatividad es algo

⁶⁵ Artículo 41 de la LPI.

⁶⁶ Frase tomada de la entrevista con L. Lessig, publicada en el *Ciber@pais*, el 7 de julio de 2005.

que surge gracias a las tecnologías digitales⁶⁷. Y, en este orden de ideas, parece lógico que los difusores de esa doctrina no se corten un pelo cuando admiten con la boca pequeña la necesidad de una “cierta” protección del autor, al tiempo que, con un gran énfasis, dejan sentado claramente que el bien supremo que ha de protegerse es dicha tecnología y el mencionado entramado mediático⁶⁸.

20.4 A este respecto, es oportuno reparar en el tipo de creación que, preferentemente, los promotores de las licencias pretenden fomentar y que no es otro que el sustanciado a través de la utilización de obras ajenas. Podríamos decir que se trata de la creación de obras “derivadas” (o de segunda mano)⁶⁹, término genérico que abarca, en nuestra Ley de Propiedad Intelectual, las que define bajo los nombres de “obras compuestas” (traducciones, arreglos y, en general, transformaciones de una obra preexistente)⁷⁰ y las “colecciones (incluso en forma de bases de datos) de obras ajenas” (antologías)⁷¹. Pero la noción española de obra derivada —que exige, entre otros requisitos, que la utilización de la obra preexistente constituya, a su vez, una creación original (ya en su forma de expresión, ya en la selección o disposición de sus contenidos) — no coincide (por ser menos amplia) con la utilizada por la Organización y tomada de la ley americana sobre el *copyright* —más extensa (puesto que alcanza también a las obras colectivas de la ley española⁷², distintas de las compuestas y de las colecciones) y menos rigurosa con el requisito de la originalidad —por ejemplo, los filmes coloreados son obras derivadas de los filmes en blanco y negro según esa ley y no lo son para la española—.

20.5. Dejando para otro lugar el análisis de las precisiones señaladas, el caso es que el carácter creativo de esa utilización de obras ajenas, cuando se contempla —como lo hacen los doctrinarios de la Organización— inserta en la práctica informática del “cortar, copiar y pegar” o del “rasgar, mezclar y fundir” (“*rip, mix and burn*”), queda más que en cuestión si no se añade a esos actos, que pueden ser realizados automáticamente por la máquina, la necesaria presencia de una voluntad de representación del pensar o el sentir de la persona que, actuando mediante alguna de tales operaciones sobre la combinación de elementos expresivos que conforman la obra preexistente, ha obtenido una nueva obra, de la que será su creador o autor.

20.6 Los expositores de la comentada ideología conocen perfectamente lo que se acaba de decir, pero es obvio que, en sus disertaciones, no parecen tener ningún interés en hablar demasiado del autor y usuario de esa técnica de cortar, copiar, pegar, mezclar y fundir, ni tampoco en dar una mayor relevancia al autor de la obra original. Evidentemente, de esta forma, el sacrificio (ya sabemos que voluntario, consentido, aunque todo ello con ciertos límites) que le piden a ese autor en relación con sus derechos, morales y materiales, sobre la obra preexistente queda así en un plano más discreto y menos dramático que la dura realidad.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Nota bene*: Los diputados y senadores de las Cortes Españolas que aprobaron *nemine discrepante* la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y en especial, el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (artículos 16.1, párrafo final, y 17.1, párrafo final) parece que participaban de esta opinión.

⁶⁹ Artículo 11 LPI.

⁷⁰ Artículo 9.1 LPI.

⁷¹ Artículo 12 LPI.

⁷² Artículo 8 LPI.

Verdaderamente ese sacrificio apenas es objeto de una consideración especial en los trabajos, conferencias y entrevistas de los aludidos doctrinarios. Cuando tratan de lo que pretenden instaurar con las licencias de su invención y a pesar de que éstas excluyen toda remuneración al autor-licenciante, comienzan por declarar que no están propugnando una “cultura necesariamente gratuita”, pero no ofrecen más justificación a la exclusión mencionada y al consecuente hecho de cargar sobre las únicas espaldas de los autores (y sus derechohabientes) la formación de esa singular cultura que la muy vaga y retórica de que con la repetida exclusión se “desmitifica” la concepción “absoluta” del *copyright* (se entiende del estadounidense) como poder jurídico cuya función primaria es la de asegurar a los autores los incentivos económicos perseguidos por su actividad creadora.

20.7. Importa también subrayar que las obras derivadas (cuando lo sean) no ocupan el total espectro de la creación de forma. Pues bien, basándonos en el contenido de los modelos de licencia que autorizan la realización de este tipo de obras, podemos imaginar (no hay datos suficientes para otra cosa y el sistema CC no prevé ningún control al respecto) que las obras de esta clase constituirán siempre mayoría en el mencionado conjunto⁷³. ¿Por qué decimos esto? En primer lugar, porque el número de obras de primera mano disponible bajo CCL, comparado con el total volumen de obras de este tipo explotadas por los canales tradicionales (es decir, mediante contratos con editores, productores, etc.), nos parece menos relevante. Como dice el Profesor Jeffrey Harrison (de la Universidad de Florida)⁷⁴, la teoría de que a menor (o ninguna) protección corresponderá un mayor incentivo para la creación, carece de la más mínima confirmación experimental, y no juzgamos previsible en la actual situación ni en la que imaginativamente se describe para el futuro que los autores de dichas obras, si cuentan con una información suficiente y correcta, estén dispuestos a incluirlas en una licencia CCL. También pensamos con dicho profesor que la propuesta que se nos hace con la expresión “*Creative Commons*” no debe entenderse en el sentido que resulta de la yuxtaposición de sus palabras (Creative and Commons = lo común creativo) sino como una disyuntiva construida al modo de una elipsis en la que se han omitido las conjunciones de esa clase, es decir: “*Or Creative or Commons*” (o creativo o del común).

En segundo lugar, porque a cualquier incorporación de obras de esa clase al sistema CC (con autorización para transformarlas) siempre seguirá, por definición, un incremento, al menos potencial, de la cuota de obras de segunda mano procedentes de la transformación de las incorporadas, ya que los reales atractivos de las licencias están indiscutiblemente en el campo de los licenciatarios —siendo quizás el más sobresaliente de ellos el representado por la posibilidad de infringir, con una alta probabilidad de quedar impune, las condiciones de la autorización, habida cuenta la ausencia de mecanismos de control por parte del licenciante—.

21. Por lo demás, la corrección de cuanto hemos dicho se hará más patente todavía a medida que efectuemos el análisis de las cláusulas propuestas en las diferentes fórmulas

⁷³ Con la salvedad de las obras literarias. Este tipo de licencias son cada vez más habituales en *blogs* personales, instituciones académicas y en algunos medios de prensa, como ocurre por ejemplo con el periódico gratuito español 20 Minutos y con los contenidos que son aportados por autores amateurs a medios de comunicación en Internet. Así, el grupo Prisa y, en particular, la versión digital del diario El País, utiliza la CCL para contenidos aportados en la red: el autor-internauta que colabora lo hace a título gratuito, bajo una licencia CC.

⁷⁴ Tomado de la revista *Florida Law Review*. Edición de julio de 2003

de las CCL. Por ahora sólo añadiremos a lo expresado el sorprendente contenido de los tipos de licencias denominadas “*Founders*” (Fundadores)⁷⁵ y “Dominio público” (*public domain*) —de las que no hay adaptaciones nacionales—.

En virtud del primer tipo de licencia, el autor cede a la Organización CC la totalidad de los derechos sobre la obra objeto de la licencia por la suma de un USD y la Organización le retrocede esos derechos mediante una licencia en exclusiva por un plazo de 14 años, renovable, a voluntad del autor, por otros 14 años más. Vencido el segundo plazo, CC hará todas las gestiones necesarias (¿?) para poner la obra en dominio público (¿?).

Y mediante el segundo tipo, la Organización queda encargada directamente de colocar la obra en dominio público (¿?).

Dejamos fuera de este informe toda referencia a la forma que pueda utilizar la Organización para conseguir la entrada de la obra en dicho dominio. Cualquiera que sea ésta, en la legislación española esas gestiones son inviables, ya que, según ella, las obras sólo entran en el dominio público por extinción del derecho de propiedad relativo a las mismas al cumplimiento del plazo de protección establecido por el legislador⁷⁶.

(C) La Organización “Creative Commons”

22. Puesto que ni la filosofía en la que están concebidas esas licencias ni el objetivo de ellas están en la línea del interés del autor ni en la del que se supone tienen las industrias culturales tradicionales (editoras de libros, productores de fonogramas, productores audiovisuales, etc.), a su vez derechohabientes del autor (en virtud de cesiones o de licencias en exclusiva), y habida cuenta que los beneficios del sistema de las licencias CCL en el campo de la cultura y de la creatividad no pasan de ser una mera apelación retórica incapaz de movilizar al Estado con vistas a la consecución de un interés general jurídicamente protegible, es lógico que nos preguntemos qué tipo de interés particular y concreto justifica y explica el nacimiento y la actividad de la Organización.

Los documentos y conferencias de las personas que hablan en nombre de ella nos informan que su núcleo es la Fundación Creative Commons y que fue creada en el año 2001 “bajo el impulso” de los mencionados profesores Lawrence Lessig y James Boyle y de otras personalidades como Hal Abelson y Michael Carrol. Pero nacer bajo el impulso de esas personas no quiere decir que dicha Fundación, sus estudios sobre las licencias ni las campañas nacionales e internacionales de información y propaganda sobre las mismas que realizan sus creadores y epígonos se sostengan con fondos aportados por éstos ni por dicha Fundación.

Conocemos por la documentación de la Organización que el “proyecto CC” cuenta con el apoyo económico de tres instituciones (*The MacArthur Foundation*, *The Center for the Public Domain* y *The Hewlett Foundation*) y la colaboración de diferentes voluntarios de los que hicimos mención en el número 6 de este informe.

Con la información obtenida, no estamos en disposición de señalar la procedencia de todos los fondos que nutren la Organización o financian sus actividades, ni de

⁷⁵ Denominación que evoca a los creadores de la Constitución de Estados Unidos y a los de la primera ley norteamericana sobre *copyright* (1790).

⁷⁶ Ver artículos 26, 27, 28, 29 y 30 de la LPI.

evaluar su cuantía. Sin embargo, sí podemos hacer uso de la conocida pregunta que cualquier observador que se encuentre en nuestra situación acostumbra plantearse a sí mismo: *cui prodest?*, es decir, ¿a quien (o quienes) aprovecha el proyecto CC? A nosotros no se nos ocurren unos beneficiarios más claros que las empresas que prestan los aludidos servicios en Internet, así como los consumidores y usuarios de productos informáticos y de servicios *on line*.

La Organización CC ha declarado la guerra a las grandes empresas de la industria cultural; sin embargo, la solución propuesta no modifica el modelo de negocio de éstas y su relación con los autores y usuarios. Resulta, por tanto, paradójico e insustancial, que partiendo de una filosofía que pretende buscar cambios a un sistema de derechos de autor que, según sus partidarios, sólo beneficia a los poderosos, tenga como única propuesta unos tipos de licencia que perjudican notoriamente al autor.

§2.

Las licencias CCL y los principios y normas generales sobre la formación de los contratos.

23. Los formularios de licencias CCL propuestos por la Organización a los autores y demás titulares de derechos sobre las obras⁷⁷ que decidan utilizar el sistema que ésta ha elaborado para la difusión de ellas en la Internet, más que fórmulas de contratos de esa clase (licencias de explotación) lo son de “ofertas públicas” de celebración de tales licencias, puesto que éstas aparecen predisuestas en tales modelos contractuales para ser otorgadas por las partes a distancia, de forma diacrónica, *en línea*, teniendo como destinatarios a cualesquiera miembros del público de la “red” y sin limitación en cuanto al número de sus eventuales licenciarios (dado su carácter no exclusivo).

24.1. En dicha forma de contratar, tanto la oferta de la licencia como su aceptación, por cuanto son declaraciones de voluntad de las partes cuyo encuentro o concurso hacen nacer el contrato (art. 1262 C.c.), requieren el efectivo conocimiento de quienes las emiten y de sus respectivos destinatarios. En el caso de la oferta, quien emite la declaración es el autor (*oferente* y, en su momento, *licenciante*); y en el de la aceptación, quien la emite es la persona a la que —por la circunstancia de formar parte del público de la red y “visitar”, en un determinado momento, el *sitio* donde está colgada dicha oferta (con la obra)— le fue formulada la misma y la aceptó (constituyéndose en la posición de *aceptante* de aquella y en la de *licenciario* del contrato, en virtud de haber aceptado la oferta que le hizo del autor en el referido sitio). En lo que respecta a los destinatarios, el de la oferta es cualquier persona miembro del público al que tal oferta se propuso conforme se acaba de expresar, y el destinatario de la aceptación lo es el autor que formuló la oferta.

⁷⁷ En lo sucesivo únicamente utilizaremos la palabra “autor” o “autores” para designar tanto a éstos como a sus derechohabientes. Así mismo, en los términos “obra” u “obras” como equivalentes y en el sentido de la expresión “obras literarias y artísticas” del artículo 2 del Convenio de Berna, Acta de revisión de París, de 1971 (BOE núms. 81, de 4-4-1974 y 260, de 30-10-1974), coincidente con los artículos 10, 11 y 12 de la LPI.

24.2. Ese conocimiento efectivo exige dos presupuestos o requisitos: (a) que las respectivas declaraciones de las partes sean *cognitivas*, en el sentido de que sus palabras ofrezcan, a los que las hayan emitido y a sus destinatarios, un nivel de inteligibilidad normal que les permita prestar su consentimiento sabiendo qué se obligan a dar, hacer o no hacer (art. 1088 C.c.); y (b) que tales declaraciones sean *receptivas*, en el sentido de que se den a conocer, por un procedimiento cualquiera de recepción, a sus respectivos destinatarios. Examinamos a continuación la problemática asociada a dichos presupuestos.

25.1. En lo que respecta al presupuesto de la “*cognitividad*” de las declaraciones, no hay que perder de vista el hecho de que, lo que se dice declaración articulada *expressis verbis*, no hay más que una: la del oferente, redactada según un modelo confeccionado totalmente por la Organización CC; la del aceptante, se sustancia mediante unos *facta concludentia*, constituidos por sus propios actos de utilización de la obra objeto de la licencia en algunas de las formas previstas en ella (reproducción, comunicación pública, etc.) y en los términos establecidos en la misma.

25.2. Ciertamente la Organización pone a disposición del oferente varias fórmulas de licencia, de las que éste elige una, con la que efectúa su oferta y sobre la que el eventual licenciataria ha de realizar su aceptación conforme se ha expresado en el número 24.1. De la mecánica establecida por la Organización, no resulta muy claro (o, por lo menos, no tan claro como debería resultar) si está admitida, en el sistema CC, la posibilidad de que, al menos el autor (oferente), introduzca alguna adición, prescinda de una de sus cláusulas o modifique o sustituya por otra alguna de ellas; más bien parece lo contrario. En consecuencia, no es imaginable que sean muchos los casos en los que cabe afirmar, con toda seguridad, que el autor ha procedido, al emitir su oferta, con pleno conocimiento de su alcance y de las consecuencias patrimoniales que se derivan de ella, respecto de sus derechos de explotación sobre la obra objeto del contrato. Lo mismo cabe decir del aceptante de ella, cuando no sea un empresario o profesional de un nivel de cualificación de medio para arriba.

25.3. Tampoco puede decirse en todo caso y sin reservas que se dé ese conocimiento si el autor ha elegido para realizar su oferta la “versión resumida” (*icónica*) de ella, confeccionada por la Organización.

25.4. Naturalmente que tanto el autor como el futuro aceptante pueden elegir la versión escrita (“para abogados”) de dicho contrato que ofrece igualmente dicha organización, pero, centrándonos en el caso del autor, no es muy usual que éste cuente con conocimientos jurídicos suficientes para comprender los términos de tal licencia, ni será atractivo para él contar a un tercero (quizás profesional como él, pero del Derecho) su decisión de explotar una de sus obras por el referido sistema (especialmente, por su carácter gratuito y sustraído a los canales normales de explotación) ni tampoco los honorarios que, normalmente, ha de satisfacer a ese tercero por su asesoramiento (en una operación de esa clase) dejarán de dolerle menos que otras veces (posiblemente, le dolerán más). Una consideración análoga podría hacerse respecto del aceptante no profesional.

25.5. Ahora bien, se dirá que la carencia de ese conocimiento y la discordancia que origine tal falta entre la declaración contractual del autor —tan impersonalmente estructurada, tan mediatizada por los fines e intereses de un tercero y emitida, además, de forma tan automática— y su verdadera voluntad puede fundar una impugnación de la licencia y que, por esta vía, le será fácil desvincularse de ella. Pero las cosas son más

complicadas y esa liberación necesita pasar la barrera de los principios de “confianza” del licenciatario (destinatario de la declaración del autor) y de “auto-responsabilidad” del impugnante, aparte de la traba nada despreciable que implica la necesidad por parte de éste de disponer de los medios de prueba pertinentes⁷⁸. Pues, dada la forma en que se actúa en el sistema de las CCL: ¿cómo conocer la identidad del aceptante y licenciatario?; ¿cómo acreditar que éste conoció la falta de voluntad del autor o su discordancia con la declaración?; y, caso de no justificar tal conocimiento ¿cómo probar que dicho licenciatario, al menos, pudo conocer tal falta o discordancia y debió conocerla actuando con diligencia?; ¿cómo probar también que ninguna responsabilidad cabe imputar al autor en la producción de la divergencia en que apoya la impugnación, cuando la iniciativa del contrato la tomó formalmente él?; en fin, ¿pudo o no el autor hacer desaparecer la confianza del licenciatario en su oferta? De todas las anteriores preguntas, la más importante es la primera, pues si a ella se responde que no hay manera de conocer la identidad del destinatario de la oferta del autor, carece de sentido plantearse las demás. Y esto es lo que acontece, como veremos al ocuparnos del segundo requisito del conocimiento de que aquí hablamos.

26.1. Dicho requisito exige que la oferta se dé a conocer del eventual licenciatario —lo que, en el presente caso, se efectúa por el mecanismo del sistema de las CCL antes descrito— y que la aceptación de este último también llegue a conocimiento del autor (oferente y licenciante). En cuanto al de este último, dado que ninguno de los formularios contiene indicación alguna sobre la manera en que el licenciatario notificará su aceptación al autor (ni siquiera por vía electrónica) —limitándose a decir que “mediante el ejercicio de cualquier derecho sobre la obra, «usted» [el licenciatario] acepta y consiente las limitaciones y obligaciones de esta licencia”—, llegamos a la sorprendente conclusión de que el autor sólo conocerá la referida aceptación cuando se entere, casualmente, de que su obra ha sido utilizada y de que la persona responsable de esa utilización es precisamente el aceptante de su licencia. Hasta ese momento (al que puede preceder una actividad de su parte tan dilatada como azarosa) no se producirá “el concurso de la oferta y de la aceptación” necesario para el nacimiento del contrato (art. 1262, párrafo primero, C.c.).

A este respecto y sin entrar en la cuestión relativa a su aplicación o no a las licencias que nos ocupan, todas ellas propuestas “en línea”, parece oportuno llamar la atención sobre la relevancia que la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, ha dado al requisito, no ya del conocimiento de la aceptación por parte del oferente, que lo da por supuesto, sino al de confirmación al aceptante por parte de tal oferente del hecho de haber recibido su aceptación (artículo 28).⁷⁹

⁷⁸ Ver L. Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, Tecnos, Madrid, 1972, páginas 109 y 110.

⁷⁹ El artículo 28 de la mencionada Ley 34/2002, entre otras disposiciones, establece en su apartado 1 que “el oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios: — a) El envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las 24 horas siguientes a la recepción de la aceptación, o — b) La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario. --- [...]”.

26.2. Continuando con la argumentación iniciada en el primer párrafo del número anterior, también puede acontecer que, si el autor descubre, al mismo tiempo de conocer la aceptación, que el licenciatarlo, al utilizar la obra, ha infringido alguna de las limitaciones expresadas en la licencia (por ejemplo, en el caso de cualquiera de las tres licencias “no comerciales”⁸⁰, que ha confeccionado ejemplares de la obra y los ha puesto a la venta), ese nacimiento se frustrará o, como leemos en todas las fórmulas de licencia de la Organización, “la licencia y la cesión de los derechos que contiene terminarán automáticamente” para el infractor y no para los terceros que “hayan recibido obras derivadas, “conjuntas” (¿) o bases de datos de usted [el infractor] bajo esta licencia” —lo cual no deja de presentar dificultades de técnica y práctica jurídicas a la hora de liquidar totalmente la situación sobrevenida a esa finalización que se presenta eufemísticamente como “automática”—.

27.1. Cualquiera que sea el comportamiento del aceptante, lo cierto es que la posición a la que, respecto de su obra, adviene el autor después de formular su *oferta* contractual por el sistema de la Organización CC y en la que permanece por un tiempo indefinido, mientras no la “retire” del *sitio* de ésta (retirada que equivale a una revocación *ad nutum* de esa oferta, pero no de la licencia nacida por aceptación de aquella), sólo puede calificarse de máxima inconsistencia. Porque mientras dura esta situación, el autor ignora, irremediamente, si su oferta de licencia ha sido aceptada por una o por varias personas y cuál es la identidad y el domicilio o lugar de residencia del aceptante o aceptantes.

27.2. En estas circunstancias, el autor está incapacitado de hecho, no sólo para impugnar su declaración contractual si cae en la cuenta de su discordancia con su verdadera voluntad, ni para intentar recobrar en su plenitud la exclusiva de utilización de su obra mediante acuerdo con los que hayan aceptado la licencia, sino incluso para valorar la dimensión en la que la propiedad de su obra (y la probabilidad de ganancia que pueda obtener mediante el ejercicio de tal derecho con otros explotadores) haya quedado comprometida por efecto de la licencia “ofertada”. Sin esos datos, no estará en disposición de informar, sin reservas, al editor o productor con los que se encuentre en el trance de celebrar un contrato sobre tal obra, de las trabas a que esté sujeto el ejercicio de los derechos relativos a ella. Por lo que ese eventual contrato, o no se celebrará o, si se concluye, será, muy probablemente, bajo condiciones económicas más bajas de las que el autor hubiera obtenido en una situación diferente de la descrita en el número anterior.

27.3. Y aún hay más. Porque, a medida que corra el tiempo, haya o no revocado la oferta, la ignorancia mencionada en el número 27.1 se extenderá también a los sucesivos utilizadores de la obra licenciada, cuya explotación le haya sido facilitada por cualquiera de los aceptantes-licenciarios del autor del que traiga causa esa utilización, ya que, según prevén todos los formularios (apartado 8, letra a.)⁸¹, por el solo hecho de ésta, esos utilizadores se convierten así mismo en destinatarios de sendas ofertas de la misma licencia propuesta por el autor al respectivo aceptante-licenciario. De esta

⁸⁰ Las de los números (3), (4) y (5) de la nota 2.

⁸¹ Donde dice textualmente: “Cada vez que usted explote de alguna forma la obra, o una obra conjunta o una base de datos que la incorpore, el licenciador original ofrece a los terceros y sucesivos licenciarios la cesión de derechos sobre la obra en las mismas condiciones y términos que la licencia concedida a usted”.

suerte, las dificultades señaladas en el número anterior, pueden multiplicarse hasta el infinito.

§3.

La despreocupación de sus fórmulas por las cuestiones relativas a la capacidad y legitimación de los otorgantes

28.1. El déficit de conocimiento denunciado en el párrafo anterior, volvemos a constatarlo, en todas las fórmulas de las CCL, en materia de capacidad y legitimación de sus otorgantes. En ninguna de ellas hay la más mínima referencia a las circunstancias personales del oferente, de las que puedan presumir los eventuales aceptantes que no están contratando con un incapaz (por ejemplo, un menor de 16 años). También queda obviada toda manifestación del que materialmente hace la oferta, de si actúa por sí (por ejemplo, como autor único de la obra, derechohabiente de éste o promotor-editor de una obra colectiva) o en la representación (legal o voluntaria) del titular o titulares (en el caso de una obra de colaboración o compuesta) de los derechos, con indicación del origen o título de esa representación.

28.2. Faltando esa referencia y dicha manifestación, nunca sabrá el aceptante si adquirió sus derechos de quien no podía dárselos, con la consecuencia, especialmente si se trata de una empresa o un profesional de cualquier sector de explotación de las obras, de asumir el riesgo de responder, frente al verdadero titular y a otro perjudicado, por cualquier acto de explotación de la obra que haya efectuado sin haber hecho absolutamente nada para conocer, como se espera razonablemente de cualquier empresa o profesional, en qué concepto actuaba su “licenciador”, ya que está definido tan vagamente en la licencia —“la persona o entidad que ofrece la obra (no la que es su titular) bajo los términos de esta licencia y le cede los derechos de explotación de la misma conforme a lo dispuesto en ella”⁸²—.

28.3. Toda esa información debería facilitarse igualmente por parte del aceptante o aceptantes. Pero el sistema de celebración de la licencia lo impide, según hemos explicado en el párrafo anterior.

§4.

Falta de correspondencia entre las “definiciones” expresadas en sus fórmulas y las establecidas en la Ley especial

29. Las referidas fórmulas contractuales, aparentando un interés por la precisión de sus textos incompatible con la filosofía que los inspira y el objetivo que persiguen, dedican un largo apartado (apartado 1 de todas) a definir el significado de un buen número de términos o expresiones utilizados en ellas. Comentaremos los más llamativos.

⁸² En todos los formularios, apartado 1, letra f.

29.1. El primero que encontramos es el correspondiente al **autor**, al que define como “la persona o entidad que creó la obra”. En la LPI ninguna “entidad” (cualquiera que sea el significado que pueda darse a esta palabra) puede ser autor de ninguna obra, ya que esa calificación está reservada a las personas naturales (art. 5), únicas capaces de crear.

29.2. El segundo se refiere a la **obra**, que se define como “la creación literaria, artística o científica ofrecida bajo los términos de esta licencia”. Basándonos en esa noción, deducimos que el sistema de esas licencias sólo se ocupa de lo que nuestra LPI (arts. 10, 11 y 12) y el Convenio de Berna (art. 2.1-3-5 y 7)⁸³ denominan obras literarias y artísticas (en las que se comprenden las científicas). Sin embargo, al definir más adelante⁸⁴ lo que se considera “obra derivada”, para aclarar el concepto de esta obra, advierte que “si la obra consiste en una composición musical o grabación de sonidos, la sincronización temporal de la obra con una imagen en movimiento (“*synching*”), será considerada como una obra derivada a los efectos de esta licencia”. Y al establecer el contenido de la licencia⁸⁵, se refiere al “derecho de distribución y comunicación pública de [...] grabaciones de la obra”.

Sin perjuicio de lo que diremos más adelante sobre esa singular especie de obra derivada, hemos de hacer aquí tres observaciones: 1ª) que, en Derecho español (y en muchos otros derechos nacionales), la grabación de sonidos (constituyan o no estos sonidos una obra), al contrario de lo que ocurre en el *copyright* americano, no está considerada como tal obra, sino como un “fonograma” (protegido en el Libro II de la LPI⁸⁶); 2ª) que al no distinguirse la obra del fonograma en la que se haya fijado una interpretación o ejecución de ella, deja en la oscuridad el hecho trascendental de que la oferta de la licencia y la propia licencia, para ser lícitas, requieren el triple consentimiento del autor de la obra, del artista de la interpretación o ejecución de esa obra fijada en el fonograma y del productor de este último (o de sus respectivos derechohabientes); y 3ª) que, por causa de esa oscuridad, todas las fórmulas propuestas por la Organización inducen al autor de la obra o a su derechohabiente que las pretendan utilizar respecto de tal obra y de su grabación sonora, a prescindir de los mencionados titulares, con grave daño para sus derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, del que harían responsable al autor (oferente-licenciante).

30.1. El redactor de esas fórmulas utiliza una expresión, la de “**obra conjunta**”, desconocida en la LPI y en toda la tradición y práctica del derecho de propiedad españolas, para incluir en ella *obras plurales* (en el sentido de obras con varios autores) de muy distinta naturaleza y régimen jurídico, sin tener en cuenta una cosa ni otra. En efecto, en todas las fórmulas se define la obra así llamada como “aquella susceptible de ser incluida en alguna de las siguientes categorías”: “obra de colaboración”, “obra colectiva” y “obra compuesta e independiente (*sic*)”⁸⁷.

30.2. La definición de “**obra en colaboración**” transcribe el artículo 7.1 de la LPI. Se trata de una creación que requiere concertación previa entre varios autores y comunidad de esfuerzos (Desbois). Su derecho de propiedad pertenece en régimen de comu-

⁸³ Nos referimos al Convenio de Berna, de 9 de septiembre de 1886, para la protección de las obras literarias y artísticas, Acta de revisión de París, de 24 de julio de 1971 (BOE núms. 81, de 4 de abril de 1974, y 260, de 30 de octubre de 1974) —en adelante, «Convenio revisado de Berna» o «CRB»—.

⁸⁴ Apartado 1, letra d, inciso final, de todas las fórmulas de licencia.

⁸⁵ Apartado 3 de todas las fórmulas de licencia, en unas, en su letra d., en otras, en la c..

⁸⁶ Artículos 114 a 119 de la LPI.

⁸⁷ Apartado 1, letra c. de todas las fórmulas.

nidad a los coautores (art. 392 y ss. del C.c.) y tiene el carácter de “indivisible”, aunque, en determinados casos y aspectos, esta característica está atenuada (art. 7.3 y 88.2 LPI). Estas características no se reflejan para nada en las fórmulas. Al especificar los derechos que se conceden, se habla de un “derecho a incorporarla [la obra objeto de la licencia] en una o más obras conjuntas”⁸⁸, sin excluir de las tres categorías de obras de esa clase la correspondiente a las de colaboración, ignorando que cualquier obra que se incorpore a otra preexistente podrá constituir con ella una obra compuesta, pero nunca una de colaboración (en el sentido de la LPI: art. 9.1).

30.3. Algo parecido —aunque con eventuales resultados que exceden los de un mero error de técnica jurídica— acontece con la definición de “obra colectiva”, que transcribe *ad pedem litterae* la noción de este tipo de obra de la LPI (art. 8)⁸⁹, pero que, no obstante esa transcripción, no ha impedido que, en la parte de todas las fórmulas donde se mencionan los derechos concedidos, aparezca el aludido derecho de incorporar la obra “en una o más obras conjuntas”, sin exceptuar las colectivas.

Dentro del marco de las licencias, no es apropiada la mención de ese derecho en conexión con el concepto legal de esa clase de obras. En efecto, si la obra objeto de una de esas licencias fue creada independientemente y por la iniciativa de su autor, el beneficiario de esa autorización nunca podrá incorporarla a una obra colectiva a título de “aportación” al conjunto de obras que la integran, puesto que, respecto de tal obra, no se cumple la condición que la noción legal exige para que las aportaciones individuales de los diferentes autores pasen a formar parte de tal conjunto —es decir, la de que hayan sido creadas por iniciativa y bajo la coordinación del promotor-editor— y para que el promotor-editor de la obra colectiva pueda gozar de la presunción de titularidad de los derechos de explotación de las contribuciones personales de esos autores individuales en tanto integrantes del repetido conjunto (art. 8, párrafo segundo LPI). Por el contrario, si la obra en cuestión reúne las condiciones aludidas, la fórmula propuesta por la Organización se convertirá en una incitación al autor (consciente o inconscientemente) para que infrinja la relación contractual que estableció con el promotor-editor de la obra colectiva.

30.4. Las fórmulas mencionan, como una tercera categoría de obras “conjuntas”, la relativa a la “obra compuesta e independiente”⁹⁰, incurriendo en una flagrante contradicción en los términos —no hay obra menos “independiente” que la obra compuesta—; contradicción, que sólo puede explicarse como efecto de una mala lectura de la rúbrica o título del artículo 9 de la LPI, que hace alusión, no a una sola clase de obras, sino a dos: por un lado, a la de las compuestas⁹¹ y, por otro, a la de las auténticamente “independientes”⁹² (que define como las que han sido creadas autónomamente y, por tanto, siguen siéndolo aunque vengan publicadas en un mismo ejemplar).

Y aunque dichas fórmulas transcriben la definición legal de obra compuesta (art. 9.1), es digno de señalar el hecho de que su redactor parece haberse cuidado muy bien de omitir en la definición la importante frase “sin perjuicio de los derechos que a éste [el autor de la obra preexistente] correspondan y de su necesaria autorización”. Teniendo en cuenta el objetivo de las licencias ¿para qué recordar que cualquier explotación de la

⁸⁸ Apartado 3, letra b., de todas las fórmulas.

⁸⁹ Apartado 1, letra c., ii., de todas las fórmulas.

⁹⁰ Apartado 1, letra c., inciso iii., de todas las fórmulas.

⁹¹ Artículo 9.1 LPI.

⁹² Artículo 9.2 LPI.

obra compuesta precisa del consentimiento de los dos autores (el de ella y el de la preexistente, si está protegida todavía)?

31.1. Finalmente, volvemos otra vez sobre la “obra derivada” y nos ocupamos de la extraña noción de “obra audiovisual” que se contiene en tales fórmulas. Anteriormente⁹³ nos hemos referido a la definición de “obra derivada” que figura en todas las fórmulas de licencias, para dejar claro que tanto la grabación de una composición musical como la que consista en una “sincronización” (no hay por qué añadir temporal, la sincronización siempre lo es) de esa obra con una imagen en movimiento no son obras, sino fonogramas —o, en su caso, grabaciones audiovisuales (art. 120.1 LPI) —.

31.2. Sin perjuicio de lo expresado en dicho lugar, llama la atención lo que dicen esas fórmulas acerca de que “se considerarán” tales obras “aquellas que se encuentren basadas en una obra o en una obra y otras preexistentes” —una doble hipótesis que no se entiende muy bien (¿hay manera de distinguir entre una obra derivada basada en “una obra” y otra obra de la misma clase basada en “una obra y otras preexistentes”? ¿no son preexistentes todas ellas?)—.

31.3. Y también sorprende aún más que, según los modelos de licencia de la Organización, deje de ser una obra derivada aquella que, aun resultando de una transformación creativa de una obra preexistente, admita la calificación de “obra conjunta”⁹⁴, es decir, de obra de colaboración, colectiva o compuesta, y ello a efectos de la licencia.

En la LPI no hay ninguna dificultad para seguir aplicando la noción de obra derivada, por ejemplo, al arreglo de una obra musical realizado por dos compositores (sin la colaboración del compositor de la preexistente). Tales compositores, en cuanto a su arreglo, no serán otra cosa que coautores de una obra musical de segunda mano (derivada).

Tampoco la hay en el caso de que un autor, por iniciativa y bajo la coordinación del promotor-editor de una obra colectiva, efectúe la puesta al día de la contribución que otro autor hizo a esa obra (tendremos una obra derivada de la aportación del primer autor a la obra colectiva y, a su vez, una contribución del segundo autor al conjunto de tal obra, a la que se aplicará el artículo 8 de la LPI).

Y menos aún cabe decir que una obra compuesta deje de ser una obra derivada, puesto que la primera ni siquiera llega a ser un caso particular de obra derivada, sino que su definición legal viene a ser como una aclaración explícita del concepto de obra derivada, al señalar en ella la nota esencial en esta clase de obras: que su autor no haya necesitado (ni obtenido) para realizarla la colaboración (no la autorización, que la necesita siempre) del autor de la de primera mano (artículo 9.1 LPI)⁹⁵.

Nos preguntamos qué razón puede haber para introducir esa restricción del concepto legal de obra derivada en los referidos modelos. Desde un punto de vista objetivo,

⁹³ Números 26.1 y 26.2.

⁹⁴ Apartado 1, letra d., inciso primero, frase final, de todas las fórmulas.

⁹⁵ En el Anteproyecto de la Comisión Ministerial y en el primer Proyecto del Gobierno, no aparecía la noción de obra compuesta (en el sentido de la Ley francesa de 1957), que se consideró poco útil, dado que era reiterativo de la noción de obra derivada o de segunda mano. En la tramitación parlamentaria de ese primer Proyecto, se aceptó la inclusión de la noción de obra compuesta presentada por la Minoría Catalana y así pasó al segundo Proyecto del Gobierno, que se envió a las Cortes al reanudarse la tramitación parlamentaria de la ley, interrumpida por una disolución de las Cortes y la celebración de un nuevo proceso electoral.

hemos constatado que, en lo que respecta al modelo de licencia denominado “reconocimiento-no comercial-sin obra derivada”, esa restricción abre una vía bastante amplia a la prohibición que se establece en dicho modelo (más claramente, para los no iniciados, en su denominación), de que se realicen obras derivadas a partir de la objeto de la licencia. Y decimos que se trata de una amplia vía, porque, si no son obras derivadas las “compuestas”, quedan fuera del campo de aplicación de tal prohibición (es decir, que dejan de estar prohibidas), nada más y nada menos, que las traducciones, los arreglos, las adaptaciones y cualesquiera transformaciones de obras preexistentes, con la única condición de que esos actos (que consisten en una incorporación material o espiritual de una obra en otra) se hayan celebrado “sin la colaboración del autor” de la obra traducida, arreglada, adaptada o transformada. En este orden de ideas, se comprende la utilidad de incluir, en el modelo de esa licencia, “un derecho a incorporarla [se refiere a la obra objeto de la licencia] en una o más obras conjuntas [entre las que están las compuestas, que no son otra cosa que derivadas]”⁹⁶.

Una pregunta más: ¿cuántos autores que decidan optar por ese modelo de licencia que prohíbe crear obras derivadas utilizando la suya se habrán enterado de que hay muchas obras derivadas que no sólo no están prohibidas, sino autorizadas por esa licencia?

31.4. En lo que se refiere a las “**obras audiovisuales**”, las comentadas fórmulas las definen como “creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, *así como las composiciones musicales*, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras”. Llamamos la atención sobre nuestro subrayado, ya que el resto es una copia de la definición de obra audiovisual que se contiene en la LPI (art. 86.1).

Ese añadido a la definición legal de obra audiovisual, no puede ser más desacertado. Porque si las composiciones musicales que menciona se refieren a la música compuesta para la obra audiovisual, éstas forman parte integrante de esa obra y su autor es coautor de esa obra (art. 87.3 LPI). Pero, si se trata de composiciones preexistentes, sólo reproducidas (art.90.1 LPI) en la referida obra, ni son obras audiovisuales ni tampoco una parte de éstas, sino obras musicales que conservan plenamente su autonomía respecto de la audiovisual; y caso de que se hayan incorporado mediante una reelaboración especial realizada para o en tal incorporación, el estatuto aplicable al resultado de esa transformación será el que corresponde a una obra compuesta (art. 9.1 LPI) y sólo se le aplicará, de la normativa establecida en el Título VI de la LPI para las obras audiovisuales, la disposición que reconoce a cualquier autor relacionado con una de esas obras un derecho de remuneración en caso de alquiler o de comunicación pública de ellas (art. 90.2 a 7 LPI).

Y lo que es todavía más importante, cualquier interpretación o ejecución de una obra musical que sea fijada en un soporte audiovisual destinado a ser mostrado (con sonido e imagen) en aparatos proyectores o en cualquier otro dispositivo de comunicación (video), tanto pública como privada, no es una obra audiovisual, sino una obra musical fijada en una “grabación audiovisual” (art. 120.1 LPI).

Los responsables de la redacción de las comentadas fórmulas han seguido con excesiva fidelidad los textos norteamericanos, concebidos en el marco de la ley nacional

⁹⁶ Apartado 3, letra b., del modelo de licencia “reconocimiento-no comercial-sin obra derivada”.

de Estados Unidos, la cual desconoce por completo la distinción jurídica entre una obra audiovisual y una grabación audiovisual de una interpretación o ejecución de una obra musical.

31.5. Finalmente, nos ocupamos ahora de la noción de **bases de datos** que aparece en todas las fórmulas y que figura en el número 4.5 del presente informe. Dicha noción transcribe la de “colección”, del artículo 12.1 de la LPI, en la que están comprendidas, como una especie de esa categoría de obras, las bases de datos. A éstas se refiere particularmente el apartado 2 del mismo artículo, definiéndolas como “colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma”. Este concepto es aplicable, no sólo a las bases de datos “originales” (es decir, las que tienen la consideración de obra), sino a las que no lo sean y que, no obstante, se beneficien de la protección el derecho *sui generis* reconocido a su fabricante por suponer una inversión sustancial, evaluada cualitativa y cuantitativamente (artículo 133.1).

Pues bien, si nos atenemos a la definición que aparece en los modelos de licencias, tendríamos que considerar excluidas de ellas las bases de datos que no fueren obras (o colecciones que constituyan creaciones intelectuales “por la selección o disposición de sus contenidos”). Sin embargo, en alguna de las disposiciones de las licencias se menciona, no al autor de la base de datos, sino a su “propietario o gestor”⁹⁷, en cuyos términos podría considerarse aludido el “fabricante” de la base de datos protegida por el referido derecho *sui generis*. Téngase presente que las CCL están pensadas, preferentemente, para las explotaciones de las obras en la red y “a pedido” de sus usuarios, por lo que el almacenamiento de las obras así explotadas en el sitio del proveedor de contenido tiene bastantes posibilidades de ser concebido como constitutivo de una base de datos protegida por tal derecho y dicho proveedor como fabricante de tales bases o un derechohabiente de éste (¿gestor?). Se echa en falta, por tanto, una redacción de las fórmulas que permita responder con claridad a las siguientes preguntas: ¿qué tipos de base de datos contempla la licencia? ¿sólo las “originales”? ¿las originales y las que, aún no siéndolo, esté protegidas por el derecho *sui generis*?. Más adelante volveremos sobre este punto⁹⁸.

§5.

Las licencias CCL ¿son auténticas licencias?

(A) La “licencia de uso no exclusivo”

32. De acuerdo con su sentido literal, los términos en que están redactadas las fórmulas propuestas por la Organización CC no dejan lugar a dudas: son modelos de contratos de “licencia”. Los documentos de la propia organización hacen mucho hincapié en destacar que tales contratos no lo son de cesión de los derechos de propiedad intelectual de las

⁹⁷ Nos referimos a los apartados: 4c., de las fórmulas de licencia denominadas “reconocimiento” y “reconocimiento-sin obra derivada”; 4d., de la fórmula llamada “reconocimiento-compartir igual”; 4e. de las fórmulas de licencia denominadas “reconocimiento-no comercial-sin obra derivada” y “reconocimiento-no comercial”; y 4f. de la llamada “reconocimiento-no comercial-compartir igual”

⁹⁸ Ver *infra* número 39.3.

obras que tienen por objeto. También señalan que tales derechos siguen perteneciendo al autor aún después de lanzada su oferta por la red e incluso de aceptada ésta.

Abunda en ese sentido el hecho de que los derechos que se mencionan en tales modelos —que son derechos exclusivos— no se transfieren como tales exclusivas de explotación, sino que permiten al autor y a los terceros y sucesivos contratantes, según esas fórmulas, concurrir con cualquier licenciatario en las explotaciones de la obra cubiertas por los referidos derechos. En esta línea de pensamiento, nos encontraríamos ante licencias (autorizaciones) no exclusivas —lo que la doctrina alemana denomina “autorizaciones simples”— que, al no bloquear la explotación de la obra, sólo tienen *efectos obligacionales* entre las partes (y sus herederos: art. 1257 C.c.) —dicho de otro modo: carecen de efectos reales, frente a terceros— y ni siquiera comportan obligación de explotarla por parte del licenciatario. En suma, las CCL dan la sensación de que actúan en el nivel mínimo de afectación de los derechos de autor por la utilización ajena de las obras.

32.2. No obstante, esa sensación, de entrada no se corresponde con ciertos rasgos típicos de tales licencias de uso, como son los de estar referidas a determinados actos de explotación de la obra y no otorgarse más que para un plazo cierto, normalmente corto.

(B) Las pretendidas “licencias” Creative Commons. Análisis de su contenido

33. Sirviéndose de esa figura contractual, la Organización pinta un “cuadro” que hace más seductora a los autores la práctica de esas “licencias”, viniendo a decirles con ello: no obstante la filosofía que nos inspira (nada atenta a los intereses de los autores) y el propósito que nos guía (extraer de la protección el mayor número de obras), hemos sido tan considerados con los creadores de las obras como para ofrecerles participar en la consecución de nuestros nobles fines (Cultura libre) al módico precio de que otorguen el más insignificante de todos los contratos de explotación que podrían comprometer los derechos de propiedad de una de sus obras.

Pero, como ocurre de ordinario, hay mucho trecho “de lo vivo a lo pintado”. Y nada más “vivo” e hiriente a este respecto —aparte de todo lo que se ha dicho en las observaciones §2., §3. y §4— que la situación que se descubre a través del análisis de las estipulaciones 3 (“concesión de licencia”), 4 (“restricciones”), 7 (“finalización de la licencia”) y 8 (“miscelánea”) de las fórmulas, realizado desde las normas (en su mayoría de orden público) que definen la política del legislador español de 1987 en materia de contratos de autor y que se contienen en el Título V del Libro I de la LPI.

(B. a.) La LPI y las normas de Derecho internacional privado sobre el “estatuto del contrato”

34.1. Ahora bien, la perspectiva de las aludidas normas españolas no será posible adoptarla en todo caso. El entorno de red digital excede las fronteras de los Estados y hace de toda oferta contractual que tenga por destinatario a cualquiera de los miembros del público usuario de los servicios *on line* un hecho internacional, cuyo régimen jurídico hay que buscarlo en las disposiciones de derecho internacional privado (o “nor-

mas de conflicto”) que integran el estatuto del contrato. En general, dicho estatuto señala como ley nacional aplicable al contrato la que haya sido escogida por las partes, y en defecto de acuerdo entre ellas, los sistemas nacionales sobre normas de conflicto remiten a la ley del país donde tenga su sede el explotante (editor, productor, etc.), a la del país donde se haya celebrado el contrato, o a la del país con el que el contrato esté vinculado más estrechamente, etc.⁹⁹. No es este informe el lugar apropiado para examinar con el detenimiento que merece esta compleja materia. Bástenos su sólo apuntamiento.

34.2. Nos centraremos en la pregunta de ¿cuándo se aplicarán a estas licencias las normas de la LPI relativas a dichos contratos? Dicha ley no contiene normas de conflicto relativas a los contratos de autor. En consecuencia hay que acudir a las disposiciones del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones convencionales¹⁰⁰ (arts. 3, 4 y 7) —**en adelante, CRO**— y al Código civil (art. 10.5), cuando no sea posible invocar la aplicación de tal Convenio — hipótesis bastante difícil de imaginar, dado el carácter de “ley uniforme” (art. 1)¹⁰¹ y “universal” (art. 2)¹⁰² que tiene el citado Convenio para los Estados-partes del mismo.

Tanto el CRO como el Código establecen, respectivamente, que “los contratos se regirán por la ley elegida por las partes”, cuya “elección *deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*” (art. 3.1 CRO) y que “se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido *expresamente*” (art. cit. C.c.).

Las referencias que la versión española de las CCL hace a la LPI son: (a) la de que “la obra [objeto de ella] se encuentra protegida por la ley española de propiedad intelectual y/o cualesquiera otras normas que resulten de aplicación”; y (b), la de que “queda prohibido cualquier uso de la obra diferente a lo autorizado bajo esta licencia o lo dispuesto en las leyes de propiedad intelectual”.

No es segura una interpretación de tales referencias como una estipulación de sometimiento “expreso” de las partes (autor y licenciataria) a la LPI en todo lo relativo a la licencia. En lo que concierne a la (a), parece contraerse únicamente al hecho de que la obra licenciada está protegida como tal en Derecho español y no se encuentra en dominio público. Y en lo que respecta a la (b), se limita a fijar el alcance de la autorización con relación a lo que resulta de sus propios términos (en cuanto a las modalidades de utilización) o, a mi juicio, en caso de duda, al sentido que esos mismos términos tienen en las “leyes” —entendida esa palabra como disposiciones o normas— de propiedad intelectual, lo que puede referirse tanto a las de la LPI (ley única) como a las disposiciones *sustantivas* de los Convenios y Tratados Internacionales sobre derecho de

⁹⁹ Ver E. Ulmer, *La propriété intellectuelle et le droit international privé* —estudio realizado por encargo de la Comisión de las Comunidades Europeas—, CECA-CEE-CEEA, Bruselas y Luxemburgo, 1980, páginas 60 a 65.

¹⁰⁰ BOE núms. 171, de 19 de julio de 1993, y 189, de 9 de agosto del mismo año. Este Convenio entró en vigor en España el 1 de septiembre de 1993.

¹⁰¹ Dice el Preámbulo que “Las Altas Partes Contratantes del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, preocupadas por proseguir, en el ámbito del Derecho internacional privado, la obra de unificación jurídica ya emprendida en la Comunidad, especialmente en materia de competencia judicial y de ejecución de resoluciones judiciales, deseando establecer unas *normas uniformes* relativas a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, han convenido las disposiciones siguientes: [...] “El artículo 1.1 de dicho instrumento establece que “las disposiciones del presente Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales”.

¹⁰² El artículo 2 del CRO dispone: “la ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante”.

autor y derechos afines al de autor de que sea parte España, cuyas estipulaciones son de aplicación directa en su territorio (siempre que sean auto-ejecutivas).

Sin embargo, el mencionado Convenio de Roma permite que la elección de la ley por las partes, cuando no sea expresa “ni resulte de manera cierta de los términos del contrato”, pueda conocerse en atención a “las circunstancias del caso” —lo que la doctrina llama “sometimiento implícito”—.

En lo que respecta a los términos del contrato, sin perjuicio de lo antes expuesto sobre las referencias expresas que hacen las fórmulas a la LPI, podríamos añadir las dos siguientes observaciones. En primer lugar, la de que las estipulaciones de los propuestos modelos de contrato están redactadas de tal forma que no revelan la más mínima voluntad de ajustarse a las correspondientes normas del Título V del Libro I de la LPI, según se explicará más adelante¹⁰³. Más aún (y esta es la segunda observación), las cláusulas que establecen las fórmulas en materia de responsabilidad del licenciante¹⁰⁴ y en relación con una eventual disconformidad de cualquiera de sus disposiciones con la ley “aplicable”¹⁰⁵, permiten interpretarlas en el sentido de que, tanto quien hace la oferta contractual como el destinatario de ella que la aceptó, dejan abierta la cuestión de la ley que regularía el contrato, dando paso de esta forma a la determinación de tal ley a través de los puntos de conexión que tenga previstos la norma de conflicto de la jurisdicción en que se plantease el pleito para el caso de no existir ley elegida por las partes.

Y en lo que se refiere al “sometimiento implícito” o estimado en base a las circunstancias, cabe decir: (i) por un lado, que la disposición del Convenio de Roma parece dejar la constatación de su existencia al momento del planteamiento del “caso” (lo que nos llevaría a suspender toda manifestación sobre el particular hasta dicho momento); y (ii) por otro, que el grado de abstracción en que están concebidas las estipulaciones de las licencias (sin alusión a ningún elemento que directa o indirectamente señale la localización de las explotaciones autorizadas) no da ninguna pista para imaginar *a priori* qué circunstancias pueden ser esas.

34.3. Pues bien, en defecto de tal elección, el CRo (art.4.1) previene que “el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”, *presumiéndose que los tiene* (art.4.2) “con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica [en nuestro caso, esa parte sería el licenciario] tenga, en el momento de celebración del contrato” *su residencia habitual* (si es una persona natural), *su administración central* (si es una persona jurídica), *su establecimiento principal* (si

¹⁰³ Ver *infra* números 35 á 39.3.

¹⁰⁴ Apartados 5 y 6 de todas las fórmulas. El apartado 5 dice así: “A menos que se acuerde mutuamente entre las partes, el licenciador ofrece la obra tal cual (*on an “as-is”basis*) y no confiere ninguna garantía de cualquier tipo respecto de la obra o de la presencia o ausencia de errores que puedan ser descubiertos. Algunas jurisdicciones no permiten la exclusión de tales garantías, por lo que tal exclusión puede no ser de aplicación a usted”. Y el apartado 6 es del siguiente tenor literal: “Salvo que lo disponga expresa e imperativamente la ley aplicable, en ningún caso el licenciador será responsable ante usted por cualquier teoría legal de cualesquiera daños resultantes, generales o especiales (incluido el daño emergente y el lucro cesante), fortuitos o causales, directos o indirectos, producidos en conexión con esta licencia o el uso de la obra, incluso si el licenciador hubiera sido informado de la posibilidad de tales daños”.

¹⁰⁵ Apartado 8c. de las fórmulas de licencias denominadas “reconocimiento”, “reconocimiento-no comercial”, “reconocimiento-no comercial-compartir igual” y “reconocimiento-compartir igual” y apartado 8b. de las fórmulas “reconocimiento-sin obra derivada” y “reconocimiento-no comercial-sin obra derivada”, cuyo tenor literal es el siguiente: “Si alguna disposición de esta licencia resulta inválida o inaplicable según la Ley vigente, ello no afectará [a] la validez o aplicabilidad del resto de los términos de esta licencia y, sin ninguna acción adicional por cualquiera [de] las partes de este acuerdo, tal disposición se entenderá reformada en lo estrictamente necesario para hacer que tal disposición sea válida y ejecutiva”.

dicha parte ha concluido el contrato en ejercicio de su actividad profesional) o *un establecimiento distinto del principal* (“si, según el contrato”, la prestación tuviera que ser realizada por este otro establecimiento); y *todo ello a reserva de que pueda determinarse cual es la prestación característica* (art. 4.5) —determinación que no tiene que ser forzosamente fácil en nuestro caso, habida cuenta el amplísimo territorio de ejercicio de la licencia y la variedad de explotaciones que comprende. Porque, de realizar el licenciataria explotaciones de reproducción, radiodifusión y puesta a disposición “a la carta” de la obra en diferentes países, ¿cual prestación sería la más característica?, ¿la de reproducción, la de radiodifusión, la de puesta a disposición “a la carta o cualquiera de ellas”?

Por su parte, el Código civil establece, también como puntos de conexión para señalar la ley aplicable en ausencia del referido pacto de sumisión expresa, los siguientes: “la *ley nacional común* a las partes; a falta de ella, la de la *residencia habitual común* y, en último término, la ley de *celebración del contrato*” (art. 10.5).

34.4 En cualquier caso, no hay que olvidar que la determinación de esos puntos de conexión (tanto los del Convenio de Roma como los del Código), en el caso de estas licencias, formuladas en virtud de una oferta al público (sin limitación en cuanto a los miembros de ese público que pueden aceptarla de forma autónoma) y con una aceptación (de cada uno de esos posibles miembros) verificada siempre por actos concluyentes y sin notificación al autor-oferente, presenta tantas dificultades como las que se han expuesto con relación al nacimiento del contrato en el §2 (números 23 á 27.3 de la Parte II¹⁰⁶—.

(B. b.) ¿Las disposiciones de la LPI como normas de “policía del contrato”?

35. Las dificultades a las que acabamos de aludir y todas las antes señaladas, quizás podrían superarse si se considera que las disposiciones del Título V del Libro I de la LPI y, en especial, las de sus arts. 43, 48, 49 y 50, son todas ellas normas de “*policía del contrato*” y se invoca el artículo 7 del CRo.

El aludido Convenio previene en el apartado 1 del mencionado artículo 7 que, “al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las circunstancias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación”. Así mismo, en el apartado 2 de tal artículo se establece que “las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato”.

En lo que se refiere al apartado 1 del copiado artículo, puede sostenerse que, cualquiera que sea la ley extranjera aplicable a la licencia (en virtud de los artículos 3 y 4 del CRo), cabría *dar efecto* a la aplicación de las disposiciones de la LPI aludidas en el párrafo primero de este número (35.1), si el caso se plantease en España, puesto que: (i) dicha ley presenta un vínculo “estrecho” con la situación nacida por la conclusión del

¹⁰⁶ Ver *supra* números 24.2, 26.1, 26.2 y 27.3.

contrato; (ii) las repetidas disposiciones, en tanto conceden a los autores y a sus derechohabientes “beneficios” irrenunciables, permiten calificarlas, desde el punto de vista del Derecho español, de normas de orden público y, por tanto, de carácter imperativo; y (iii), en lo que atañe a lo dispuesto en la estipulación convencional mencionada, de que, para decidir si se debe o no dar efecto a estas disposiciones, se tengan en cuenta las circunstancias que se derivarían de su aplicación o inaplicación, está muy claro que la finalidad perseguida por el legislador de 1987 al establecerlas (como una innovación “de relevancia”¹⁰⁷ dentro del “núcleo esencial”¹⁰⁸ de la citada Ley) no parece admitir una sustitución de ellas por las de otra reglamentación extranjera que carezcan del alto nivel de protección de los intereses del autor que aquellas incorporan y cuya aplicación esté en franca contradicción con las mismas. Esta tesis, sin embargo, no cuenta, como sería deseable, con una confirmación jurisprudencial (ni del Tribunal Europeo, ni del Tribunal Supremo nacional).

Y en lo que respecta al apartado 2 del mismo artículo —cuyo supuesto de hecho está constituido por una situación en la que la ley del país del tribunal rige imperativamente tal situación, con exclusión de cualquier otra ley foránea—, también podría ser invocado, no ya para dar efecto a los aludidos preceptos de la LPI, sino para aplicar éstos directamente y en exclusiva, con apoyo en la jurisprudencia (bastante limitada) del artículo 8.1 del Código civil (“Las leyes penales, *las de policía* y las de seguridad pública *obligan a todos los que se hallen en territorio español*”). Con ese objetivo cabría argumentar que las referidas normas de la Ley de Propiedad Intelectual, por su carácter social y tuitivo de los intereses de los autores (eternamente comprometidos por su débil posición negociadora), a semejanza de las comprendidas en la legislación laboral¹⁰⁹, obligan a todos los que se hallen en territorio español (o, como hemos dicho antes, son “normas de policía del contrato”). Sin embargo, esta tesis adolece, igualmente que la anterior, de una confirmación jurisprudencial poco sólida.

(B. c.) Las disposiciones de la LPI y la concesión de derechos de las CCL

36. Sin perjuicio de todo lo expuesto en los anteriores números 34.1 á 35, en lo que sigue y salvo declaración expresa en contrario, daremos por supuesto que, en las licencias en cuestión, se da cualquiera de las hipótesis estudiadas al tratar de las disposiciones del Convenio de Roma, y en su caso, del Código civil, en virtud de las cuales se entenderán sometidos esos contratos a la legislación española y, más concretamente, a la LPI.

Porque, es oportuno insistir en que la aplicación al contrato de las normas del Título V del Libro I de la LPI, será todo lo problemática que se quiera, pero en modo alguno es una cuestión baladí para el autor. Dichas normas se inspiran en el axioma del derecho de autor moderno que formuló con gran precisión y acierto el Profesor de la universidad de

¹⁰⁷ Párrafo séptimo del Preámbulo.

¹⁰⁸ Párrafo sexto del Preámbulo.

¹⁰⁹ Se alude a la STS de 30 de diciembre de 1966, en la que, en relación con “una cuestión de naturaleza laboral regulada por una legislación tuitiva y protectora de los trabajadores, con acentuados matices de Derecho público, y, por ello, obligatoria para nacionales y extranjeros que contraten en España”, se invocó como aplicable, “la norma general contenida en el artículo 8 del Código civil, al tratarse de un ordenamiento jurídico social, que en cierta forma puede ser asimilado a una ordenación de policía y seguridad en cuanto consagra inalienables derechos de los trabajadores, no solo de seguridad colectiva, sino de insoslayable acatamiento a principios de justicia social”.

Munich, Eugen Ulmer: “Los derechos deben estar en la disponibilidad del autor el mayor tiempo posible y en el mayor número de ellos”. Y este axioma se traduce en la concepción de cualquier tipo de transmisión de los derechos (onerosa, gratuita, mediante cesión o en virtud de licencia), básicamente, como formas de explotación de la obra que han de sustanciarse en el marco del interés del autor. Un marco el aludido, que está integrado por disposiciones que pretenden reforzar la posición negociadora del autor y garantizarle una remuneración apropiada en la explotación de que se trate. Los preceptos de la LPI que iremos invocando en el presente epígrafe (B. c.) confirmarán cuanto se acaba de expresar.

(i) Los derechos concedidos

37.1. Según expusimos en la Parte I (número 4.7), en todas las fórmulas de licencias¹¹⁰ se conceden al eventual licenciataria los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra, y para ejercerlos “en todos los medios y formatos, tangibles o intangibles, conocidos o por conocer”. En la LPI (art. 43.1), no sólo se exige (con carácter general, es decir, tanto para la cesión como para una licencia, exclusiva o no) mencionar el derecho o derechos que se conceden, sino las modalidades de explotación que se prevean, las cuales deberán expresarse “específicamente y de modo concreto” (art. 43.2). Estas exigencias es más que dudoso que las cumpla el texto de esas fórmulas, que no pasan de la abstracción, incluso cuando enumeran los “medios y formatos” en los que pueden ejercerse los derechos, dando una extensión a esos derechos prohibida en esa Ley (art. 43.5), al hablar de todos los medios y formatos “conocidos o *por conocer*”.

Por otra parte, al no mencionar las modalidades de explotación de manera específica y concreta, dados los términos tan amplios en los que están concebidas las fórmulas, no hay posibilidad de limitar la licencia a “lo que se *deduzca necesariamente del propio contrato*¹¹¹ y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo” (art. 43.2, inciso final), puesto que tampoco hay en esas fórmulas ningún elemento que sirva de base para esa deducción ni que permita juzgar sobre la indispensabilidad de ningún tipo de explotación para la consecución del fin de la licencia, que tampoco consta. En esta situación, ya que la ley especial no previene nada al respecto, podría considerarse nula la licencia (por no poderse venir al conocimiento de cual fue la intención o voluntad de los contratantes sobre las concretas explotaciones autorizadas en ella: art. 1289, párrafo segundo, del C.c.).

37.2. Además de esos derechos, encontramos, según el tipo de fórmulas¹¹², otros cinco que se describen (en los modelos en que figuran) como: (i) “derecho a incorporarla [la obra licenciada] en una o más obras conjuntas” — posibilidad que nosotros hemos reducido a la sola categoría de obras compuestas¹¹³ — “o bases de datos”¹¹⁴; (ii), “derecho para efectuar cualquier transformación sobre la obra y crear y

¹¹⁰ Apartado 3.

¹¹¹ La frase subrayada ha tomado como modelo el artículo el inciso segundo del párrafo primero del artículo 675 del C.c., sobre la interpretación del testamento.

¹¹² Ver *infra* las notas a pié de página que se han puesto al final de la respectiva descripción del derecho.

¹¹³ Ver *supra* número 30.2 de este informe.

¹¹⁴ Apartado 3, letra b., de todas las licencias.

reproducir obras derivadas”¹¹⁵ —un derecho de transformación muy amplio, puesto que no se concede para “crear” una obra más o menos determinada, sino en abstracto (“obras derivadas”), y comprende, además, el derecho de reproducción que corresponde al titular de la licenciada preexistente (arts. 9.1 y 21.2 de la LPI)—; (iii) “derecho de distribución y comunicación pública de copias o grabaciones de la obra, como incorporada a obras conjuntas o bases de datos”¹¹⁶ —en cuya descripción es correcto hablar de distribución de copias o grabaciones, pero no de comunicación pública de unas y otras (¿no está autorizada la comunicación pública que se realice sobre el “original” de la obra compuesta, en el que está incorporada, material o espiritualmente, la preexistente?)—; (iv) “derecho de distribución y comunicación pública de copias o grabaciones de la obra, por medio de una obra derivada”¹¹⁷ —a cuya descripción puede hacerse el mismo reproche que acabamos de hacer al mencionado bajo número (iii)—; y (v), el “[...] *derecho exclusivo a percibir [...] los derechos de explotación de la obra, así como los derivados de obras derivadas, conjuntas o bases de datos, si dicha explotación pretende principalmente o se encuentra dirigida hacia la obtención mercantil o la remuneración monetaria privada*” —cuya extravagante descripción merece un comentario muy especial—.

37.2bis. En efecto, la descripción del derecho (v) que hemos subrayado en el número anterior, la hemos extraído de una disposición que copiada literalmente dice así: “Para evitar la duda, sin perjuicio de la preceptiva autorización del licenciador, y especialmente cuando la obra se trate de una obra audiovisual, el licenciador renuncia al *derecho exclusivo a percibir*, tanto individualmente como mediante una entidad de gestión de derechos, o varias, (por ejemplo: SGAE, DAMA, VEGAP), *los derechos de explotación de la obra, así como los derivados de obras derivadas, conjuntas o bases de datos, si dicha explotación pretende principalmente o se encuentra dirigida hacia la obtención de un beneficio mercantil o la remuneración monetaria privada*”¹¹⁸.

Pues bien, dado que en la legislación española no existe ningún derecho exclusivo que responda a la descripción de las CCL (en aquellas fórmulas en que tal descripción figura), las referencias que hace su texto al objetivo principal del derecho aludido —“la obtención de un beneficio mercantil o la remuneración monetaria privada”—, a la posibilidad de su gestión colectiva y a la hipótesis especial de la obra audiovisual, nos llevan a pensar que el derecho o derechos tan estrafalariamente descritos no son otros que: el derecho exclusivo de retransmisión por cable intracomunitario (art. 20.4 LPI) y los derechos de remuneración (no exclusivos) por copia privada para uso personal (art. 25 LPI) y por el alquiler o la comunicación pública (art. 90.2 y 3-7 LPI) de las obras audiovisuales o de las preexistentes incorporadas (con o sin transformación) a una de esas obras —todos ellos de gestión colectiva obligatoria—.

¹¹⁵ Apartado 3, letra c., de las licencias denominadas “reconocimiento”, “reconocimiento-no comercial”, “reconocimiento-no comercial-compartir igual” y “reconocimiento-compartir igual”.

¹¹⁶ Apartado 3, letra d., de las fórmulas relativas a las licencias “reconocimiento”, “reconocimiento-no comercial”, “reconocimiento-no comercial-compartir igual” y “reconocimiento-compartir igual”, y letra c., de las fórmulas relativas a las licencias “reconocimiento-sin obra derivada” y “reconocimiento no comercial-sin obra derivada”.

¹¹⁷ Apartado 3, letra e. de las fórmulas relativas a las licencias “reconocimiento”, “reconocimiento no comercial”, “reconocimiento-no comercial-compartir igual” y “reconocimiento-compartir igual”.

¹¹⁸ Apartado 3, letra f., de las fórmulas relativas a las licencias “reconocimiento” y “reconocimiento-compartir igual”, y letra d. de la fórmula concerniente a la licencia “reconocimiento-sin obra derivada” —aunque en el texto de esta letra se ha suprimido la referencia a la obra “derivada”, como es lógico (en el pensamiento de la Organización), dejando planteado el problema de qué ocurrirá con las obras compuestas, que, como hemos dicho antes, son derivadas en el sentido de la LPI (art. 21)—.

Sin embargo, con la identificación del tipo de derecho (dentro de los que legalmente están reconocidos al autor) no se acaban todos los problemas asociados a dicha disposición contractual. En ella se habla de que “el licenciador renuncia” a ese derecho, y una de las características comunes a tres de esos derechos es la de ser “irrenunciables” (arts. 25.1 y 90.2 y 3-6). ¿Qué validez puede tener un pacto de renuncia de un derecho irrenunciable? Pero una renuncia muy extraña debe ser ésta, cuando, antes de mencionarla, se establece una especie de reserva de las resultas de ese acto a lo que decida el renunciante (“sin perjuicio de la preceptiva autorización del licenciador”). ¿Es que se puede renunciar el derecho a una remuneración y al propio tiempo se puede autorizar a otro (licenciataria) a percibirla? En el limbo de despropósitos en que se cocinan las CCL hasta podría parecer verosímil una respuesta afirmativa a esta última cuestión. Si así fuese, no estaríamos ante una renuncia del autor-licenciante a su derecho, sino de una autorización del mismo al licenciataria para que éste reciba de la entidad de gestión administradora la remuneración que le corresponda por razón de la obra. Pero, ¿no se va demasiado lejos con esa autorización (irrevocable durante todo el tiempo de protección de la obra) en el caso de dos de esos tres derechos (art.25.1 y 90.3-6) declarados por el legislador “intransmisibles” por actos entre vivos?

37.2ter. Una disposición muy parecida a la comentada en el anterior número 36.2bis la encontramos, formando parte de las “restricciones” a las que se someten las correspondientes licencias, en el apartado 4d. de la fórmula “reconocimiento-no comercial-sin obra derivada”, en mismo apartado (4d.) del modelo “reconocimiento-no comercial” y en el apartado 4c. del que lleva por denominación “reconocimiento-no comercial-compartir igual”. Pero en estos casos, el autor-licenciante no renuncia al derecho de remuneración de que hablamos en dicho número, sino que se lo “reserva”, por lo que no plantea las contradicciones que señalamos en el párrafo tercero del número precedente.

(ii) Duración de las licencias

38.1. En todos los modelos de las CCL se establece¹¹⁹ que su duración es “perpetua”, en el sentido de que cubre todo el plazo de protección de la obra. Como una gran concesión al autor, se le permite durante ese plazo “divulgar” o “publicar” la obra en condiciones distintas a las establecidas en cada fórmula, e incluso “retirla” en cualquier momento del sitio de la Organización.

38.2. Pero ese retiro no afecta a la licencia otorgada —cuya efectiva conclusión como tal licencia es un hecho más que problemático, al omitirse en la oferta la obligación del aceptante de notificar su aceptación al oferente¹²⁰— ni tampoco a las que hacen referencia dichas fórmulas con la expresión “o cualquier otra licencia que haya sido concedida, o sea necesario ser concedida, bajo los términos de esta licencia”.

¿Qué licencias son las que *hayan sido concedidas* o *sea necesario concederlas*? Las podemos encontrar en la parte de las fórmulas que lleva por título “miscelánea”¹²¹. En cuatro de dichas fórmulas¹²², se dispone:

¹¹⁹ Apartado 7, letra b.

¹²⁰ Ver *supra* números 24.1 á 26.2 de este informe.

¹²¹ Ver apartado 8, letras a. y b., de las fórmulas relativas a las licencias “reconocimiento”, “reconocimiento-no comercial”, “reconocimiento -no comercial-compartir igual” y “reconocimiento-compartir igual”; y ver el mismo apartado, letra a., de las fórmulas relativas a las licencias “reconocimiento-sin obra derivada” y “reconocimiento-no comercial-sin obra derivada”.

(a) que cada vez que un licenciatario del autor *explote*: (i) la obra objeto de la licencia, o (ii) una “obra conjunta” —a nuestro juicio y conforme a lo dicho en los números 30.2 á 30.4, sólo en la modalidad de obra conjunta “compuesta”— o (iii) “una base de datos” en las que se haya incorporado la primera —es decir, la (i)-, el “licenciador original”, o sea, el que venimos llamando autor o licenciante, *ofrece* sin más a los “co-explotadores”¹²³ del licenciatario del autor la cesión (en forma de licencia no exclusiva) de los derechos relativos a la obra objeto de la primitiva licencia en iguales condiciones y términos que los establecidos en dicha licencia¹²⁴, quedando así convertidos en otros tantos licenciarios del autor; y

(b) que cada vez que un licenciatario de ese autor *explote* de alguna forma una obra derivada (¿en el sentido de la LPI —art. 11- o en el más restringido e ininteligible del apartado 1 b. de la licencia?¹²⁵), el licenciante hace la misma oferta a la que nos hemos referido en la anterior letra (a)¹²⁶.

En las dos restantes fórmulas¹²⁷ no existe esta última disposición (b).

Pues bien, tanto en unas como en otras fórmulas, aclarado lo que se quiere decir con las disposiciones comentadas, lo cierto es que, según ya se adelantó en otro lugar de este informe¹²⁸, la situación que pueda tener la obra después de ser retirada del sistema de licencias CCL por su autor no puede ser más oscura.

38.3. Según todas las fórmulas¹²⁹, la única manera de poner fin a la licencia es el de que, por parte del licenciatario, se produzca “cualquier incumplimiento de los términos de la misma”. En tal hipótesis, leemos en dichos modelos, “esta licencia y la cesión de los derechos que contiene terminarán *automáticamente*”.

Pero ese automatismo, desde la perspectiva del Derecho español de obligaciones, no debe entenderse como ineficacia *ipso iure* del mismo, es muy discutible, ya que no va asociado a ninguna causa de nulidad originaria del contrato (a pesar de que el sistema de las CCL, como mínimo, “bordea” obviamente el orden público español en materia de contratos de autor), sino al incumplimiento, por parte del licenciatario, del contenido preceptivo de aquel; lo cual nos impide imaginar una desvinculación, más o menos rápida, del autor respecto de tal licencia, habida cuenta los problemas teóricos y prácticos que podrían presentarse para conseguir dicho objetivo.

¹²² Las relativas a las licencias “reconocimiento”, “reconocimiento-no comercial”, “reconocimiento-no comercial-compartir igual” y “reconocimiento-compartir igual”.

¹²³ Término (co-explotadores) con el que designamos a los que hayan participado en una explotación de la obra efectuada por el licenciatario y los “terceros”, entendiéndose por tales, al parecer, cualesquiera personas que accedan a la obra por una vía que tenga su inicio en un acto de dicho licenciatario.

¹²⁴ El texto de esa disposición es como sigue: “a. Cada vez que usted explote de alguna forma la obra, o una obra conjunta o una base de datos que la incorpore, el licenciador original ofrece a los terceros y sucesivos licenciarios la cesión de derechos sobre la obra en las mismas condiciones y términos que la licencia concedida a usted.”

¹²⁵ Ver “*supra*” números 31.1 á 31.3 del informe.

¹²⁶ El texto de esta otra disposición dice así: “b. Cada vez que usted explote de alguna forma una obra derivada, el licenciador original ofrece a los terceros y sucesivos licenciarios la cesión de derechos sobre la obra original en las mismas condiciones y términos que la licencia concedida a usted”.

¹²⁷ Las relativas a las licencias “reconocimiento-sin obra derivada” y “reconocimiento-no comercial-sin obra derivada”.

¹²⁸ Ver *supra* número 27.3 del párrafo §2.

¹²⁹ Apartado 7, letra a.

Por otra parte, el inciso segundo de la disposición comentada previene que “las personas o entidades que hayan recibido obras derivadas¹³⁰, conjuntas o bases de datos¹³¹ de usted bajo esta licencia, sin embargo, no verán sus licencias finalizadas, siempre que tales personas o entidades se mantengan en el cumplimiento íntegro de esta licencia”, añadiéndose que las disposiciones a las que nos hemos referido en el número 37.2 y en el párrafo anterior del presente, “permanecerán vigentes pese a cualquier finalización de esta licencia”.

38.4. A la vista de cuanto hemos expresado en los números 37.1 a 37.3, hemos de concluir que es difícil vislumbrar qué interés podrá llegar a tener el autor en adelantar la “finalización” de su licencia, conforme a lo previsto en las referidas disposiciones, incluso en los pocos e inimaginables casos en que tenga la posibilidad de hacerlo. De hecho, la duración de la licencia es perpetua, irremediamente perpetua, y, por tanto, contraria a los principios que inspiran las disposiciones de la LPI¹³² en materia de contratos y, en general, a los que informan el Derecho de obligaciones español.

(iii) ¿Licencias gratuitas?

39.1. Todos los modelos de las CCL conciben a éstas como contratos “sin remuneración”¹³³. La LPI parece admitir la posibilidad de estos contratos gratuitos (ya sean de cesión de derechos ya de concesión de ellos mediante licencias exclusivas y sin exclusividad), cuando, al regular la remuneración del autor, se refiere expresamente a la hipótesis de “la cesión otorgada por el autor a título oneroso” (art. 46), sin aludir para nada a los concluidos sin contraprestación de ningún tipo. Este silencio, en una normativa como la de dicha ley, en la que el denominado “principio retributivo” del creador intelectual siempre está presente, aparte de merecer un cierto reproche de incoherencia o imprevisión, entendemos que sólo puede interpretarse como permisivo, no sólo de contratos no onerosos, sino también de contratos no remuneratorios, en ambos casos, en el sentido del artículo 1274 del Código civil. ¿Estamos, entonces, ante un contrato de “pura beneficencia”?

39.2. Según la doctrina de la Organización, las CCL están fundada en la idea de que ciertos titulares de derechos pueden no querer ejercer todos los derechos de propiedad intelectual que la ley les ofrece (aunque leyendo el texto de sus fórmulas y la amplitud en la que están concebidos sus términos, parece mas bien que dichos titulares no quieren ejercer casi ningún derecho) y que las razones en las que se basa ese “no querer” son “filosóficas” (contribución y participación en un patrimonio intelectual común) o “tácticas”. Se supone que las primeras razones obedecen al puro interés de los autores de ciertas obras (tales como los discursos de carácter político o religioso —¿porqué no los de la propia doctrina de la Organización?— y los trabajos académicos), mientras que las “tácticas” se identifican con las que persiguen el objetivo de ganarse una reputación —en el caso de los autores noveles— o de publicitar sus otras obras —en la hipótesis de

¹³⁰ En el caso de las licencias denominadas “reconocimiento”, “reconocimiento-no comercial”, “reconocimiento-no comercial-compartir igual” y “reconocimiento-compartir igual”.

¹³¹ Tanto en el caso de las licencias denominadas “reconocimiento”, “reconocimiento-no comercial”, “reconocimiento-no comercial-compartir igual” y “reconocimiento-compartir igual” como en el de las llamadas “reconocimiento-sin obra derivada” y “reconocimiento-no comercial-sin obra derivada”.

¹³² Artículos 43, 52, 69.3ª, 70, 75 y 89.2 LPI.

¹³³ Apartado 3, párrafo primero, de todas la fórmulas.

los autores que cuentan con un cierto grado de “veteranía” en la creación literaria o artística (aunque no hay motivo para no atribuir esta finalidad a los noveles)—.

39.3. Por lo que se refiere a las razones filosóficas, éstas podrían apoyar una calificación de la licencia, de contrato de “pura beneficencia”, en la medida en que se haya otorgado en cualquiera de las modalidades que permiten al licenciatarlo la explotación comercial de la obra, la realización de obras derivadas o de obras compuestas (en el sentido de la LPI), o una cosa y otra. En estos casos, la licencia vendría a ser un “subtipo” de donación, puesto que mediante ella, al tiempo que se disminuiría el patrimonio del autor (en cuanto a la obligación que asumiría frente al licenciatarlo de respetar el ejercicio de la autorización de explotar la obra en los términos de la licencia), se procuraría, intencionadamente, al licenciatarlo un enriquecimiento gratuito del suyo, mediante la concesión, a perpetuidad y sin contrapartida económica, de unos derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, según los casos (y uno de ellos es el de la creación de una o varias obras compuestas mediante la incorporación a la nueva de la objeto de la licencia), y de su ejercicio con fines comerciales y en provecho propio (del licenciatarlo).

39.4. En lo que concierne a la hipótesis de que las razones perseguidas por el autor sean “tácticas”, la calificación de la licencia tendría que hacerse, a nuestro juicio, sobre una base más alejada de la idea de “mera liberalidad”, aunque dentro del “subtipo” aludido en el número anterior. En cualquier caso, dicha calificación es sumamente problemática, por lo que se dice a continuación.

Según queda dicho, las aludidas razones son aquellas en las que el objetivo del autor es el de “ganarse una reputación” como tal autor o, lo que viene a ser casi igual, “publicitar sus otras obras” con el prestigio de creador de obras literarias o artísticas que se haya logrado con la obra objeto de la licencia.

Pues bien, por cuanto esas razones están fundadas en que se produzca un comportamiento de la otra parte, es decir, un servicio, cabría ver en la licencia, una especie de donación onerosa, que sometería tal contrato a las disposiciones del Título II del Libro III del Código civil (arts. 619, 621, 622 y 623, entre otros) y complicaría bastante las relaciones entre autor y licenciatarlo.

Por otro lado, en lo que se refiere a ese servicio, es oportuno aclarar que, aunque no es exigible su prestación como obligación del licenciatarlo (las autorizaciones simples — o licencias no exclusivas— no imponen al autorizado la obligación de explotar la obra), sí es un elemento necesario para la constitución del vínculo contractual en que esta clase de licencias consiste (porque sólo hay licencia si el destinatario de la oferta, y posterior licenciatarlo, la *acepta* y esta aceptación se materializa en una explotación, aunque sea mínima, de la obra).

En cuanto a la complicación aludida, a estas alturas del informe, no significa ninguna sorpresa, hay que unirla a todas las ya señaladas, alguna de las cuales (por ejemplo, la que se refiere al conocimiento de la identidad y domicilio del licenciatarlo a efectos de un eventual proceso) hacen ilusoria la aplicación de las normas causantes de tal complicación (como, por ejemplo las previstas en los artículos 634, 636, 644, 648 y concordantes del C.c.) aún en los contados casos en que la misma se pretendiese, bien por el autor, bien por sus herederos.

39.5. Con independencia de lo anterior, parece necesario resaltar que la práctica de estas licencias (sin remuneración) es contraria al sentido de la evolución que se advierte,

no ya en el Derecho contractual de autor, sino en los fundamentos de la protección de las obras (y de las prestaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes). Una evolución que, en un principio, se limitó a consagrar, en las legislaciones relativas a esas obras, la presunción (salvo prueba en contrario) de onerosidad en todo contrato de cesión o concesión de derechos de explotación sobre ellas. Posteriormente, al margen de tal presunción, llevó a las leyes especiales normas inderogables de aplicación a las remuneraciones de los autores y puso en manos de estos ciertas acciones para revisar sus contratos en caso de desproporción entre los beneficios derivados de la explotación de las obras y la remuneración estipulada (Francia y España). Finalmente, la mencionada presunción, con alguna pequeña excepción (para el caso de una autorización simple y limitada a un determinado tipo de explotación) se ha convertido en irrefragable (Alemania¹³⁴) o ha sido sustituida por un reconocimiento al autor de un derecho general de remuneración, de carácter irrenunciable, en toda cesión o concesión de sus derechos (México).

(iv) Las “restricciones” a los derechos concedidos

40. En todas las fórmulas de licencia existe una estipulación que bajo la denominación de “restricciones” parece definir el alcance de cada tipo de licencias. El contenido de tal estipulación fue descrito en el número 4.8 de la Parte I y ahora examinaremos algunas de esas “restricciones”.

La prohibición de “sublicenciar”

41.1. En el inciso tercero del apartado 4a. de todas ellas, se prohíbe al licenciatarario otorgar a su vez licencias a terceros. Tratándose de una licencia no exclusiva, podría sobrar esta prohibición, ya que este tipo de contratos, normalmente, impide su cesión e incluso cualquier clase de subcontratación. Así ocurre, en una buena medida, en la LPI (art. 50.1 en relación con el art. 49). Interesa resaltar aquí que, en la perspectiva del autor, tal prohibición puede ser interpretada como delimitadora del círculo de personas que, con él, pueden explotar su obra; por lo que, quizás, al leer el inciso segundo del mismo apartado, en el que se habla de los “cesionarios” de la licencia, pueda asaltarle la duda de si el licenciatarario puede ceder su propio contrato. Parece claro, sin embargo, que la referida prohibición le podría sacar de esa incertidumbre y de la preocupación que haya sentido por ella.

41.2. Pero, lo que no está tan claro es que el autor, después de leer esa prohibición de sublicenciar, pueda percatarse realmente de que tal interdicción es compatible con el ensanchamiento (potencialmente, hasta el infinito) del referido círculo, tal como está previsto en el apartado 8.a. de todas las fórmulas, y, además, con relación a la hipótesis de explotación de una obra derivada, en las de “reconocimiento”, “reconocimiento-no comercial”, “reconocimiento-no comercial-compartir igual” o “reconocimiento-compartir igual”, de la letra b. del mismo apartado 8. Porque, como hemos explicado antes, en virtud de esas disposiciones, cada vez que el licenciatarario explote de alguna forma la

¹³⁴ Ley para el reforzamiento de la posición contractual de los autores y de los artistas ejecutantes (*Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern*), de 22 de marzo de 2002, entrada en vigor el 1 de julio de 2002, §32.3.

obra objeto de la licencia o —en los casos en que esté autorizado por ella— una obra derivada, creada por él a partir de la primeramente citada, el autor de ésta obra (y licenciante) “ofrece a los terceros y sucesivos licenciatarios la cesión (*sic*) de [los] derechos” relativos a la obra preexistente “en las mismas condiciones y términos que la licencia concedida *a usted*”.

Dicho de otra manera: cada vez que el licenciatario realice una explotación sobre cualquiera de las mencionadas obras, sus coexplotadores (reproductores, distribuidores, radiodifusores, etc. de la obra) se convierten *ipso facto* en otros tantos destinatarios de una oferta de licencia, idéntica a la que hizo a dicho licenciatario, cuya oferta, una vez aceptada por éste (lo que puede hacer mientras el autor no retire del sitio de la Organización su primitiva oferta y materializándola mediante un mero acto de explotación), dará lugar a la constitución de otra licencia sobre la obra con la duración mencionada en el número 37.1 á 37.4 del presente informe.

41.3. Es más que evidente que, a efectos de llevar un mínimo control o de tener la más simple información sobre la explotación de su obra, nada puede representar para el interés del autor la repetida prohibición si va acompañada de la posibilidad de otorgamiento de múltiples licencias, nacidas a sus espaldas y a perpetuidad. Su posición frente al más desaprensivo de los editores o productores no sería muy diferente de la que cándidamente proponen las CCPL.

La explotación de la obra en tanto incorporada a una “base de datos”

42.1. En todos los modelos de licencias¹³⁵ existe una restricción¹³⁶ que, con referencia a la obra incorporada a una “base de datos”, impone al “propietario o gestor” de dicha base la obligación de renunciar a cualquier derecho “relacionado” con esa inclusión y concerniente a los usos de esa obra una vez extraída de la mencionada base (ya se trate de una extracción singularizada de esa obra, ya de una extracción de la misma junto con otros “materiales”).

42.2. En el precedente número 35.1 nos referimos a las imprecisiones en las que incurre la definición de base de datos que figura en los modelos de licencia y que constituye un grave obstáculo para que las partes de ese contrato comprendan el número de derechos que pueden incidir sobre ella y sobre su contenido, cuando éste se encuentre protegido por un derecho de propiedad intelectual (derecho de autor, derecho afín al de autor, derecho *sui generis* del fabricante).

Únicamente partiendo de esa imprecisión puede explicarse algo tan sorprendente como el exigir al licenciatario que, antes de incluir en una base de datos la obra licenciada, o una obra compuesta (o derivada) que la incorpore, haga renunciar al propietario de esa base (autor o derechohabiente del autor de la obra-colección; fabricante de la base) el derecho de utilización de esas obras que cubra su “extracción” de tal base, tanto en forma individualizada como con otras obras (o “materiales”), y cualquier otra explotación de la obra así extraída. — Cuando hablamos de extracción nos referimos tanto a la reproducción de la obra como a cualquier operación comprendida en el

¹³⁵ Apartados 4c. de las licencias “reconocimiento” y “reconocimiento-sin obra derivada”; 4e. de las licencias “reconocimiento-no comercial-sin obra derivada” y “reconocimiento-no comercial”; 4f. de la licencia “reconocimiento-no comercial-compartir igual”; y 4d. de la licencia “reconocimiento-compartir igual”.

¹³⁶ Ver *supra* número 4.8 (x) de este informe.

concepto específico de “extracción” establecido en las disposiciones que rigen el aludido *derecho sui generis*¹³⁷; y bajo la expresión “cualquier otra explotación de la obra”, se alude, en sus respectivos casos, a los actos de distribución, comunicación pública y transformación de la obra y a las operaciones de “reutilización” de las bases de datos protegidas por el mencionado derecho¹³⁸—.

42.3. Decimos que nos parece sorprendente tal exigencia de renuncia, porque, en el caso de que el aludido propietario de la base sea el autor (o el derechohabiente del autor) de ese tipo de “colección”, en tanto autor de la misma, ningún derecho —como el descrito en el párrafo anterior— tiene sobre la obra en cuestión y, por tanto, no puede renunciarlo. Y si tiene alguno de esos derechos, será porque, antes o después de la licencia, se lo ha concedido el licenciante (ya que el licenciario no queda autorizado para ello), en cuyo caso la obligación que se impone al licenciario, una de dos, o se considera que ha devenido ineficaz para ese supuesto concreto, o su efectividad colisionaría abusivamente con el derecho adquirido por dicho propietario del autor (o derechohabiente del autor) de la obra y en cualquiera de las dos disyuntivas, no parece apropiado hablar de renuncia.

42.4. En el supuesto de que tal propietario sea el fabricante de la base de datos protegida por el derecho *sui generis* o un derechohabiente de aquel (en la titularidad o en el ejercicio de ese derecho) —a cuyo derechohabiente le cuadra la denominación de “gestor de la base de datos” utilizada en las fórmulas—, entendemos que la carga impuesta al licenciario de obtener, de uno o de otro, la renuncia a los derechos de extracción y reutilización puede parecer desproporcionada, ya que esos derechos sólo son aplicables a las operaciones que cubren cuando tienen por objeto la totalidad o una parte sustancial del contenido de la base, y aquí solo se contemplan operaciones que se realizan sobre una obra determinada (la que es objeto de la licencia) o sobre esta obra en unión de otros “materiales” (obras o no), abstracción hecha de si este conjunto es o no sustancial en el sentido del artículo 133.1 (párrafo segundo) de la LPI. Mucho más razonable y práctico sería excluir pura y simplemente de la licencia la inclusión y explotación de la obra en bases de datos protegidas por el derecho *sui generis*, sin expresa autorización del licenciante (concedida a solicitud del licenciario).

42.5. Lo expresado en el inciso final del número anterior, valdría *mutatis mutandis* para cualquiera de las situaciones examinadas en tal número y en el 42.3. Así se evitaría dar la falsa impresión de que el autor de una base de datos original o el fabricante de una base de datos protegida por el derecho *sui generis* tienen, por el sólo hecho de estar investidos de una u otra cualidad, derechos sobre las obras que formen parte del contenido de sus respectivas bases, en contra de lo previsto en la Directiva 96/9/CE¹³⁹ y —en virtud de la transposición de ella— en la LPI¹⁴⁰.

El intercambio de obras mediante sistemas de compartir archivos

¹³⁷ Artículo 133.3, b) LPI (“Extracción, la transferencia permanente o temporal de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base de datos a otro soporte, cualquiera que sea el medio utilizado o la forma en que se realice”).

¹³⁸ Artículo 133.3, c) LPI (“Reutilización, toda forma de puesta a disposición del público de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base mediante la distribución de copias en forma de venta u otra transferencia de su propiedad o por alquiler, o mediante transmisión en línea o en otras formas. [...]”).

¹³⁹ Ver considerandos 18, 26, 27 y 46 y arts. 3.2 y 13 de la mencionada Directiva.

¹⁴⁰ Ver artículos 12.1, 40ter, 133.4 y 137 de la LPI.

43. Otra de las “restricciones” a los derechos concedidos, que figura en los modelos de licencias que no permiten la utilización de la obra con fines “comerciales”, es la que está concebida en los siguientes términos: «Usted no puede ejercitar ninguno de los derechos cedidos en la sección [apartado] 3 anterior de manera que pretenda principalmente o se encuentre dirigida hacia la obtención de un beneficio mercantil o “la remuneración monetaria privada” [sic]. *El intercambio de la obra por otras obras protegidas por la propiedad intelectual mediante sistemas de compartir archivos no se considerará como una manera que pretenda principalmente o se encuentre dirigida hacia la obtención de un beneficio mercantil o la remuneración monetaria privada, siempre que no haya ningún pago de cualquier remuneración monetaria en relación con el intercambio de la obras protegidas*».

Con el inciso subrayado por nosotros, se diría que dichas fórmulas aprovechan una estipulación que tiene por objeto excluir de la licencia la realización de explotaciones de carácter comercial para tomar posición en una cuestión tan debatida como la del epígrafe (que dio lugar a casos jurisprudenciales como los conocidos con los nombres Napster, Grokster y Kazza), partiendo de una consideración excesivamente simplista del intercambio de ficheros y confundiendo la ausencia de beneficio o ventaja comercial con la inexistencia de un pago en dinero. No faltará quien, atribuyendo esa posición a los autores (sobre todo, si son muchos los que utilizan el sistema de las CCL), la convertirá en otro argumento más de los que se aducen en contra de un tratamiento correcto del fenómeno del *peer-to-peer*.

La prohibición de utilizar medidas de protección tecnológica de los derechos

44. En el inciso quinto del apartado 4.a de todos los modelos de licencias se prohíbe al licenciataria la utilización de medidas tecnológicas de protección de la obra en relación con el acceso a la misma o su utilización, cuando tales medidas sean contrarias al ejercicio de alguno de los derechos concedidos en la licencia y según los términos establecidos en ella. Parece una prohibición limitada a ciertos actos. Sin embargo, si se tiene en cuenta la amplitud de esos términos, tal limitación resulta insignificante, ya que, sin salirse de dichos términos, todas las formas básicas de explotación de la obra están comprendidas en ellos, por lo que es difícil, por no decir imposible, imaginar qué derechos del autor y licenciante pueden beneficiarse de la referida protección.

(v) La huida de la responsabilidad

45.1. En el texto de todas las fórmulas, llaman poderosamente la atención las estipulaciones y declaraciones en las que se exonera de responsabilidad al oferente de la licencia y, en su caso, licenciante (licenciador), así como a la propia Organización CC. Tampoco se hace en ellas referencia alguna a la eventual responsabilidad del licenciataria por los daños que se deriven del incumplimiento por su parte de cualquiera de las obligaciones de hacer y de no hacer establecidas en los apartados 3 y 4 de esos modelos. Podría decirse que el mundo de las CCL está exento de toda idea de responsabilidad, nadie se hace responsable de nada, lo que resulta chocante en el ámbito del Derecho de obligaciones.

45.2. En efecto, esas declaraciones y estipulaciones son del siguiente tenor literal:

(a) “A menos que se acuerde mutuamente entre las partes, el licenciador ofrece la obra *tal cual* (*on an “as-is” basis*) y no confiere ninguna garantía de cualquier tipo respecto de la obra o de la presencia o ausencia de “errores” que puedan o no ser descubiertos. Algunas jurisdicciones no permiten la exclusión de tales garantías, por lo que tal exclusión puede no ser de aplicación a usted”¹⁴¹.

(b) “Salvo que lo disponga expresa e imperativamente la ley aplicable, en ningún caso el licenciador será responsable ante usted [licenciataro] por cualquier teoría legal (*sic*) de cualesquiera daños resultantes, generales o especiales (incluido el daño emergente y el lucro cesante), fortuitos o causales, directos o indirectos, producidos en conexión con esta licencia o el uso de la obra, incluso si el licenciador hubiera sido informado de la posibilidad de tales daños”¹⁴².

(c) “«Creative Commons» no es parte de esta licencia, y no ofrece ninguna garantía en relación con la obra. «Creative Commons» no será responsable frente a usted [licenciataro] o a cualquier parte, por cualquier teoría legal (*sic*) de cualesquiera daños resultantes, incluyendo, pero no limitado [o limitativamente], [a los] daños generales o especiales (incluido[s] el daño emergente y el lucro cesante), fortuitos o causales, en conexión con esta licencia. A pesar de las dos oraciones anteriores, si «Creative Commons» se ha identificado expresamente como el licenciador, tendrá todos los derechos y obligaciones del licenciador”. — “Salvo para el propósito limitado de indicar al público que la obra está licenciada bajo la CCPL, ninguna parte utilizará la marca registrada «Creative Commons» o cualquier marca registrada o insignia relacionada con «Creative Commons» sin su consentimiento por escrito. Cualquier uso permitido se hará de conformidad con las pautas vigentes en cada momento sobre el uso de la marca registrada por «Creative Commons», en tanto que sean publicadas su página web (website) o sean proporcionadas a petición previa. — “Puede contactar con «Creative Commons» en: [http]”.

(c)bis. Lo copiado en el anterior párrafo (c) hay que ponerlo en conexión con el primer párrafo de todos los modelos de licencia que dice así: “«Creative Commons Corporation» no es un despacho de abogados y no proporciona servicios jurídicos. La distribución de esta licencia no crea una relación abogado-cliente. «Creative Commons» proporciona esta información tal cual (*on an “as-is” basis*). «Creative Commons» no ofrece garantía alguna respecto de la información proporcionada, ni asume responsabilidad alguna por daños producidos a consecuencia de su uso”.

45.3. En cuanto al texto transcrito en el párrafo letra (a) del número 45.2., es claro que alude, visto desde la perspectiva de la legislación española, a la garantía o responsabilidad del licenciante (autor o su derechohabiente) por saneamiento (art. 1474 C.c.), entendiéndose por tal, en nuestro caso, la obligación que incumbe al oferente de la licencia de responder, frente al licenciataro, de la autoría y originalidad de la obra y del ejercicio pacífico de los derechos concedidos en ella (como dicen los arts. 65.2º y 77.2º de la LPI, respecto de los contratos de edición y representación).

Dicha obligación, si se considera la licencia como un tipo de donación de “pura beneficencia”, no sería necesario hablar de ella¹⁴³ en el contrato, ya que no existe tal obligación y carece de sentido una estipulación que la excluya. En cambio, si la licencia se concibe como una “donación onerosa” (con independencia de la complejidad que ello

¹⁴¹ Apartado o sección 5, que lleva por título “exoneración de responsabilidad”.

¹⁴² Apartado o sección 6, que lleva por título “limitación de responsabilidad”.

¹⁴³ En virtud de lo dispuesto en el artículo 638 del C.c..

supone¹⁴⁴), habría que entender como perfectamente lógica la cláusula de exoneración, aunque no en los términos en que está redactada, los cuales ni incitan al oferente a observar una actuación responsable al formalizar su oferta ni contribuyen a una percepción de la aceptación del destinatario y del uso de la licencia por parte del licenciataria como basados razonablemente en la buena fe del oferente-licenciante. Esto es grave, porque la validez de la estipulación de referencia pende de la buena fe de éste último (*ex art. 1476 del C.c.*).

45.4. En lo que respecta al texto transcrito en el párrafo (b) del número 45.2, está también muy clara la declaración de que el oferente de la licencia —es decir, el autor de la obra o su derechohabiente— se auto-exonera de toda responsabilidad —tanto por dolo como por culpa— frente al destinatario de la oferta (y eventual aceptante), salvo disposición imperativa de la ley aplicable a la licencia. Suponiendo aplicable la ley española, hay que excluir de la exoneración el dolo (en virtud de lo dispuesto en el artículo 1102 del C.c.) —y quizá también, la “culpa grave”, por asimilación con el dolo—.

45.5. Con referencia al texto de los párrafos letras (c) y (c)bis del mismo número hay que decir que la Organización CC no es parte de la licencia, mientras no se diga expresamente lo contrario —aunque, si no es parte, no se sabe muy bien qué hacen esas y otras declaraciones del mismo género en el texto del contrato—; y que tampoco es un despacho de abogados ni su relación con los utilizadores de los modelos de licencias que ella ofrece al público en general es la de abogado-cliente. Estas afirmaciones no admiten comentario alguno, como no lo admite tampoco la que niega toda responsabilidad respecto de la obra licenciada. Sin embargo, a nuestro juicio, el papel que ella desempeña en la elaboración del contenido de los modelos de estas licencias, en la permanente difusión de su filosofía y objetivo —con matices casi mesiánicos—, y en la facilitación de su práctica global *on line*, nos parece que va más allá de la actividad meramente informativa que se atribuye en esas declaraciones—lo cual, como mínimo, permite considerar una cuestión abierta la responsabilidad de la que la Organización pretende exonerarse—.

45.6. Finalmente, en lo que concierne al licenciataria, la única sanción que previenen las fórmulas CC para el caso de infracción o incumplimiento de la única obligación que asume (la negativa de no realizar ninguna de las explotaciones de la obra a las que está autorizado fuera ni en contra de lo expresamente estipulado en la licencia) es la terminación automática del contrato. Esta sanción es compatible con una responsabilidad por los daños derivados de ese incumplimiento, que, en el caso de aplicación de la ley española, se regirá por las disposiciones del Código civil (arts. 1101 y ss.). Sin embargo nada se dice de ella, no sabemos si como un dato más del poco interés de la Organización por el oferente (autor de la obra licenciada o su derechohabiente) o como un tácito reconocimiento de la ímproba dificultad de hacer efectiva tal responsabilidad en la que, por arte y gracia de los diferentes modelos de licencia, se encuentra dicho oferente.

¹⁴⁴ Por aplicación del citado artículo 638 y la dificultad de determinar el límite de la responsabilidad por saneamiento previsto para las donaciones onerosas en dicho artículo (“si la donación fuere onerosa, responderá el donante de la evicción [o privación de los derechos concedidos que padezca el licenciataria en virtud de una sentencia firme del titular legítimo de esos derechos] hasta la concurrencia del gravamen”, es decir y poniendo un ejemplo, de lo que haya invertido en la explotación o explotaciones realizadas en la confianza de que su licenciante era el titular de los derechos y actuaba de buena fe al concederlos).

(B. d.) La quebradiza protección del “derecho moral”

46.1. Los derechos con base en los cuales se otorga la licencia, en cualquiera de las formas previstas en los modelos del sistema CC, son todos ellos de naturaleza patrimonial. En consecuencia, lo usual en casi todas las jurisdicciones donde sus respectivas leyes protegen los derechos morales del autor, es que las partes reserven al autor de la obra objeto del contrato (de cesión o licencia) el ejercicio de esos derechos, al tiempo que hacen constar la obligación del adquirente de los derechos patrimoniales transmitidos (cesionario o licenciataria), de respetar aquellos al realizar los actos cubiertos por los que adquiere. En las fórmulas de la versión española examinada en este informe no hay nada que se parezca a esa reserva ni a la expresada obligación, lo que llama fuertemente la atención, ya que la LPI pertenece a la constelación de legislaciones de derecho de autor de más amplio reconocimiento de esos derechos morales (divulgación, reconocimiento de paternidad, respeto a la integridad de la obra, modificación y retracción)¹⁴⁵.

46.2. Sin embargo, en las fórmulas de las licencias, dentro de las “restricciones”, se imponen al licenciataria ciertas obligaciones que tienen conexión con el derecho de paternidad. Y decimos que sólo tienen conexión con ese derecho, porque ni lo nombran como tal derecho, de suerte que las obligaciones que se establecen en relación con la paternidad de la obra, no parecen perseguir asegurar al autor el goce de una prerrogativa sino más bien cumplir funciones de identificación de la creación dentro del sistema de las CCL.

Nos referimos *inter alia*, a la obligación prevista en las “restricciones”, de “mantener intactos”, entre otras informaciones, datos, “todos los avisos sobre la propiedad intelectual de la obra y reconocer al autor original” por su nombre o seudónimo; obligación que se suaviza permitiendo que la indicación se realice “de manera razonable conforme al medio o a los medios que usted esté utilizando”¹⁴⁶.

En lo que respecta al derecho de divulgar la obra anónimamente¹⁴⁷, se previene que “si usted crea una obra conjunta o base de datos, *previa comunicación del licenciador*, usted deberá quitar de la obra conjunta o base de datos cualquier referencia a dicho licenciador o al autor original, *según lo que se le requiera y en la medida de lo posible*” —lo que se repite en la hipótesis de creación de una obra derivada—. La primera frase subrayada tendría sentido si en vez de hablar de “comunicación” se hablase de “autorización”, porque ¿qué comunicación previa a la creación de esas obras se puede esperar del licenciante (autor) cuando lo normal es que no conozca la aceptación de su oferta, ni la identidad del aceptante, ni, por tanto, el hecho de esa creación ni el propósito del ya licenciataria de llevarla a cabo?. Lo lógico es que el aceptante de la oferta de licencia comunique una cosa u otra al oferente y le solicite su consentimiento a dicha forma de divulgación de su obra, en su forma original o derivada. La redacción criticada induce al licenciataria a proceder a su arbitrio apoyándose en la simple ausencia de esa imposible comunicación.

En fin, si no conociéramos la finalidad práctica que se propone la Organización a través de las CCL, podría sorprendernos que unas licencias mayoritariamente pensadas para la realización de obras derivadas se olviden del derecho moral de todo autor a

¹⁴⁵ Artículo 14 LPI.

¹⁴⁶ Ver el modelo “reconocimiento”, apartado 3, letra b., inciso primero.

¹⁴⁷ Ver *ibidem*, letra a., incisos quinto y sexto.

“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 [personales] o menoscabo a su [honor y] reputación”¹⁴⁸ y no den ninguna oportunidad a éste para ejercer ese derecho en el caso de que su obra haya sido utilizada para crear una o varias (en número absolutamente indeterminado) nuevas obras (compuestas o derivadas —lo que para el legislador español y alguno más es lo mismo—).

(C) Respuesta a la pregunta del epígrafe del presente parágrafo

47. De cuanto ha sido expuesto en el presente parágrafo, y especialmente, del análisis del contenido preceptivo de los tipos de CCL, se evidencia que esos contratos no son auténticas licencias o autorizaciones simples de uso sin exclusividad, vistas desde la posición del autor o de su derechohabiente —en tanto oferente y, en su caso, nominal “licenciante”—.

En el número 32.2 ya se hizo una primera advertencia de que estos contratos no recogían los rasgos que las legislaciones y el uso de los negocios señalan en las licencias de uso. Aquí responderemos a la pregunta del epígrafe con referencia a la situación en la que queda el autor-licenciante respecto de la explotación de su obra después de otorgada una CCL.

Es cierto que, de acuerdo con los términos en que están concebidos, tales contratos no despojan al autor, en beneficio del eventual aceptante-licenciatarario, de ninguno de los derechos de explotación que mencionan (a pesar de que, en algunas de sus estipulaciones, se padezca el error de hablar de cesión y cesionarios¹⁴⁹); y es igualmente cierto que ellos tampoco crean, a favor del mencionado licenciatarario, una situación de bloqueo en la explotación de la obra objeto de aquellos.

Pero no es menos cierto que, una vez que el autor formula su oferta contractual (prescindiendo ahora de la cuestión relativa a la validez y eficacia de las estipulaciones que la contienen), quedan de tal manera afectados *de facto* sus derechos sobre dicha obra, en lo que se refiere a su ejercicio, que impide afirmar con seriedad que tales derechos continúan en el patrimonio de ese autor, especialmente en lo que respecta a la explotación futura de la creación en su forma más usual, es decir, por medio de contratos otorgados a terceros en exclusiva (editores, productores audiovisuales, sociedades o entidades de gestión).

En efecto, formalizada la oferta de una CCL, nada está previsto, ni en el texto del contrato ni en el procedimiento establecido por la Organización CC, que asegure al autor el conocimiento de hechos tan trascendentes como los siguientes:

(1) la aceptación de su oferta;

(2) la identidad del aceptante y sus circunstancias personales;

(3) el tipo de explotación que éste haya realizado de la obra para materializar dicha aceptación¹⁵⁰ y la existencia o no de “co-explotadores” (comprendiendo en esta denominación los que efectivamente lo sean y cualesquiera que “reciba” la obra por el

¹⁴⁸ Artículo 14.4º de la LPI y, en cuanto fuere aplicable, el artículo 6bis.1 del CRB.

¹⁴⁹ Ver *supra* números 38.2 y 38.3.

¹⁵⁰ Ver *supra* parágrafos §2 y §3.

licenciario)¹⁵¹ del aceptante en aquella (tales como impresores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, empresarios de espectáculos, organismos de radiodifusión, distribuidores-cable y prestadores de servicios “a la carta” en línea, en calidad de verdaderos co-explotadores o “usuarios”, y, al parecer, cualquier comprador de un ejemplar de la obra o destinatario de un servicio en la que ésta haya sido comunicada públicamente (¡!)).

(4) y en caso de existir esos “co-explotadores”, potenciales aceptantes de sendas ofertas de la obra (en los mismos términos del primer aceptante), los datos que se han mencionado en los párrafos (1), (2) y (3).

Dada la imprevisión mencionada, el conocimiento de esos hechos por parte del autor depende de la absoluta voluntad de cada destinatario, por lo que, normalmente, todos esos hechos o la mayor parte de ellos quedan inmersos en la más tenebrosa de las ignorancias.

De este modo, el autor tiene casi todas las probabilidades de permanecer por tiempo indefinido en la inopia de lo que ocurra con la obra u obra que haya ofertado por el sistema de las licencias CCL, sin que, ni siquiera el retiro de la obra de ese sistema (que según los textos de los mencionados modelos, puede efectuarlo en cualquier momento) pueda poner fin con plena seguridad a esa situación. Una situación la descrita que, en la realidad de las cosas, se encuentra, a nuestro juicio, a medio camino entre la que resulta de una cesión pura y dura de los derechos por todo el tiempo de protección de la obra y el simple abandono de aquellos —en el dominio público, conforme al *desideratum* de la doctrina de la Organización—, pero que, por otra parte, difiere de la finalidad práctica que los ordenamientos jurídicos atribuyen a la licencia de uso no exclusivo, por lo cual la aplicación de ese *nomen iuris* a los referidos contratos es totalmente inapropiada, tal como dijimos al principio de este número.

¹⁵¹ Ver *supra* números 38.2 y 38.3.

PARTE III

CONCLUSIONES SUCINTAS

48. Las denominadas “licencias «Creative Commons» constituyen un conjunto de modelos o fórmulas contractuales elaborados y propuestos a los autores y titulares de derechos de autor en el marco de una filosofía político-jurídica¹⁵² que está al margen, cuando no frontalmente en contra, de la que informa la actual protección, nacional e internacional, de los intereses morales y patrimoniales de los creadores de obras literarias y artísticas.

49. Una filosofía la aludida cuyo *leitmotiv* es conseguir la pérdida de confianza del autor en las instituciones jurídicas por las que se sustancia la mencionada protección y en aquellas otras a través de las cuales esa protección se hace efectiva. Entre las primeras se cuentan los derechos de explotación exclusiva de las obras, configurados como poderes jurídicos que se adquieren a título originario sin formalidades, que están limitados razonablemente en el tiempo, en función de las legítimas expectativas de vida del autor y de los miembros de su familia más inmediata, y que son transmisibles entre vivos en la medida necesaria para no frustrar el fin del sistema: servir de estímulo a la creación intelectual de forma. Entre las segundas instituciones, son los tribunales y su entorno profesional los que reciben la crítica más implacable de parte de los propagadores académicos de esa doctrina, después de las industrias culturales. Y si, en este empeño, es necesario prescindir también de principios y normas no pertenecientes especialmente a tal protección, también se dejan de lado (tal como ocurre con los que rigen la formación de los contratos, en general¹⁵³).

50. No se recatan los padres y difusores de tan chocantes prédicas en declarar el objetivo¹⁵⁴ de sus especulaciones: precipitar el mayor número posible de obras en una situación de hecho idéntica o muy próxima a la del dominio público; y ello, con la cooperación de los propios autores de esas obras. Y para lograrlo, invocan la “cultura libre” y sin intermediarios, y también la libertad de creación. Una creación que tiene por “fuente” la tecnología digital y por su más caracterizada forma de expresión lo que llaman la cultura del “rasgar, mezclar y fundir”.

51. Tampoco se contentan los forjadores de esa doctrina con su mera exposición y difusión, sino que también han puesto manos a la ingente obra de su implementación mundial, para lo cual han elaborado los instrumentos jurídicos que han considerado más idóneos: las comentadas CCL, que la Organización ofrece gratuitamente a todos los autores desde su sitio en la red para que éstos, con sus obras, contribuyan a la consecución del objetivo mencionado en la conclusión anterior.

¹⁵² Ver *supra* números 6 a 18.

¹⁵³ Ver *supra* números 23 a 27.3.

¹⁵⁴ Ver *supra* números 19 a 21.

Las conclusiones que siguen a continuación son un resumen de las observaciones formuladas a dichas fórmulas (de licencias) desde la perspectiva de la legislación española vigente.

52. Pero el logro de ese objetivo, utilizando la normativa de una legislación nacional que se propone exactamente lo contrario (mantener los derechos sobre las obras en un alto nivel de protección y en la mayor disponibilidad del autor) es una tarea tan ardua como la de pretender incorporar a un motor de émbolos redondos pistones cuadrados. De aquí que, no obstante ese esfuerzo, no lleguen a encajar las fórmulas de las referidas licencias en las siguientes normas del ordenamiento jurídico español:

(1) Las relativas a la formación del contrato (oferta, aceptación y nacimiento de la licencia¹⁵⁵).

(2) Las consagradas en la LPI y en el uso negocial que configuran los rasgos específicos de la licencia de uso no exclusivo de las obras, los cuales no se dan en las CCL (especialmente los relativos a los efectos obligacionales, entre partes bien determinadas, de este tipo de contratos y los de concreción de los actos de explotación autorizados, fijación de un término cierto de duración del contrato y afectación mínima de la exclusiva de explotación del concedente por los derechos otorgados¹⁵⁶), amén de la inobservancia en los modelos de las disposiciones del artículo 43.1 y 5 de dicha ley; razón por la cual consideramos a las CCL faltas de autenticidad y no calificables de licencias, ya que constituyen un tipo de negocio jurídico que, con relación a los derechos bajo los cuales se otorga la pretendida autorización, da paso a una situación de hecho equiparable a la de un abandono de tales derechos¹⁵⁷.

(3) Las que definen ciertos conceptos fundamentales del derecho de autor (tales como los de "obra"¹⁵⁸, "obra colectiva"¹⁵⁹, "obra compuesta"¹⁶⁰, "obra derivada"¹⁶¹, "obras audiovisuales"¹⁶² y "bases de datos"¹⁶³) de manera distinta de la que aparece en las fórmulas, con la grave consecuencia de llevar un lenguaje a las licencias que dificulta la interpretación de sus estipulaciones e introduce una gran confusión al ejercicio de los derechos que conceden y al cumplimiento de las obligaciones (restricciones) que establecen, puesto que remiten el significado de los términos que utilizan a la Ley de Propiedad Intelectual.

A título de ejemplo y sin carácter exhaustivo, dichas fórmulas incluyen: en su definición de obra a las grabaciones sonoras; en la de obra derivada, a las grabaciones audiovisuales; en la de obra audiovisual, a las composiciones musicales preexistentes reproducidas en ella.

Además, tales modelos hablan al mismo tiempo de "obras compuestas e independientes"; consideran diferentes las "obras derivadas" de las "compuestas" (cuando son la misma cosa); y, tal como definen y tratan en sus estipulaciones a la categoría (desconocida en la LPI) de "obra conjunta", niegan la posibilidad de que

¹⁵⁵ Ver *supra* números 23 a 27.3.

¹⁵⁶ Ver *supra* números 32.1, 32.2, 37.1, 37.2, 41.1 a 41.3.

¹⁵⁷ Ver *supra* número 47.

¹⁵⁸ Ver *supra* número 29.2.

¹⁵⁹ Ver *supra* número 30.3.

¹⁶⁰ Ver *supra* número 30.4.

¹⁶¹ Ver *supra* número 31.1.

¹⁶² Ver *supra* número 31.4.

¹⁶³ Ver *supra* números 31.5 y 42.2 a 42.5.

una “obra derivada” pueda ser además una “obra de colaboración” o una contribución a una “obra colectiva” (siempre que se den en ellas sus respectivos elementos esenciales).

(4) Las que definen así mismo el contenido de la protección de las bases de datos (derecho de autor y derecho *sui generis*) y el objeto de los correspondientes derechos. Las estipulaciones de las licencias relativas a estos derechos parecen ignorar estos extremos¹⁶⁴.

(5) Las que establecen el régimen de los “derechos de remuneración” (de creación *ex lege*), y, en especial, las que configuran estos derechos como inalienables por actos entre vivos e irrenunciables¹⁶⁵.

Las discrepancias y contradicciones del texto de las licencias con las normas de los párrafos (3), (4) y (5) y los olvidos de ellas en la redacción de los modelos de estas licencias no son errores técnicos intrascendentes ni, como tales, tampoco son de absoluta inocuidad. Con bastante frecuencia, so capa de “restricciones”, provocan un ensanchamiento de los términos de las licencias —que puede llegar a ser, en algunos casos, incluso *ultra vires* para el propio oferente— favorable a los eventuales aceptantes-licenciarios, de manera no muy ostensible y nada fácil de constatar para los no especialistas¹⁶⁶.

53. Algunos textos de esas fórmulas revelan tomas de posición de sus redactores frente a cuestiones muy polémicas en ciertas jurisdicciones y que exceden el estricto ámbito del contrato. Así ocurre con la estipulación relativa al intercambio de obras mediante sistemas de compartir archivos¹⁶⁷ y a la prohibición de utilizar medidas de protección tecnológica que sean contrarias al ejercicio de alguno de los derechos concedidos (que, prácticamente, son todos los imaginables)¹⁶⁸.

54. Esas concretas pretensiones expansivas de la doctrina CC se unen a la más general de contribuir con las licencias al debilitamiento del derecho de autor, utilizando como ariete a los propios creadores de las obras. Y en este orden de ideas, parece inevitable plantear dos cuestiones:

(a) La de si este insólito tipo de contratos —investido del ropaje de la licencia de uso no exclusivo, predispuesto en todos sus términos por un tercero (la Organización CC) de acuerdo con su propia filosofía y persiguiendo un objetivo tan singular como ella— reúne o no las condiciones de idoneidad suficientes para considerar que quienes los oferten y los acepten tienen el propósito común de alcanzar un resultado empírico como el descrito en el anterior número 47, que tal resultado merece el respaldo del Ordenamiento jurídico y que, por tanto, los negocios de esta novísima clase pueden vincular jurídicamente a las partes que los otorguen —independientemente de las ilicitudes advertidas en la Parte II de este documento—.

(b) Y, caso de ser negativa la respuesta a la anterior cuestión, la de si podría o no incurrir la Organización mencionada en alguna responsabilidad que explique las

¹⁶⁴ Ver *supra* números 31.5, 38.2 (a) y 42.2 á 42.5.

¹⁶⁵ Ver *supra* número 37.2bis.

¹⁶⁶ Ver *supra* números 29.2 (párrafo segundo), 31.3 y 31.5 (párrafo final) y 41.1 á 41.3.

¹⁶⁷ Ver *supra* número 43.

¹⁶⁸ Ver *supra* número 44.

cláusulas de exoneración¹⁶⁹ que ha introducido *pro domo sua* en las aludidas fórmulas, a pesar de no ser parte ni abogado de ninguna parte.

55. En atención a las anteriores conclusiones, sería deseable que los autores y sus derechohabientes, antes de utilizar alguna de las referidas licencias, se informen debidamente de cuál será la situación en la que quedarán sus derechos sobre la obra licenciada por el mencionado sistema y, especialmente, con relación a la explotación futura de ella por los cauces contractuales tradicionales. Si pertenecen a una sociedad de gestión colectiva, la oferta al público de una CCL sin el consentimiento de ella comprometería su posición de socio o administrado en la medida prevista en su contrato de gestión y en los estatutos de la entidad. En lo que respecta a los derechos de remuneración del autor de gestión colectiva obligatoria, parece necesario que éste no proceda a otorgar cualquiera de estas licencias sin dar conocimiento de ello a la sociedad gestora, habida cuenta el estado de confusión e irregularidad en el que se deja a estos derechos en algunas de las aludidas licencias¹⁷⁰.

[Fin del documento]

¹⁶⁹ Ver *supra* número 45.5.

¹⁷⁰ Ver *supra* número 37.2bis.