



SERVING AUTHORS WORLDWIDE
AU SERVICE DES AUTEURS DANS LE MONDE
AL SERVICIO DE LOS AUTORES EN EL MUNDO

SG17-0712

Original: inglés
Escrito el: 26/05/2017

Documento de posición de la CISAC sobre la transferencia de valor

Secretaría de la CISAC

Perspectiva general

En los últimos 10 años, la forma en la que los usuarios acceden a las obras creativas (como la música, las películas y las series de televisión, los libros, etc.) ha experimentado una enorme transformación. La rápida evolución del ámbito digital ha dado lugar a nuevos modelos de negocio y servicios junto con nuevas vías de distribución.

Esto también ha transformado el contexto de la concesión de licencias. A diferencia de lo que ocurría en el pasado, los que dan acceso a los contenidos creativos ya no son exclusivamente los proveedores de servicios digitales que adquieren una licencia y pagan por los contenidos que facilitan. Más bien, dichos contenidos están ampliamente disponibles y son compartidos a través de servicios basados en plataformas. Estos servicios de plataforma aspiran a atraer y mantener a los consumidores permitiéndoles acceder a un extenso volumen de contenidos creativos, además de información que podría o no estar disponible en otro lugar en un formato diferente. Éstos no crean o invierten en contenidos, sino que agregan o ponen a disposición los contenidos que ya están disponibles en otros sitios web o que han sido puestos a disposición por los usuarios individuales de dichos servicios.

Estos servicios de plataforma son la base de lo que se denomina la "transferencia de valor" (o "brecha de valor"). La transferencia de valor surge porque existe un desequilibrio fundamental entre el inmenso valor de las obras obtenido por los servicios digitales y el pequeñísimo valor que reciben los creadores de dichas obras. Aunque el consumo de contenidos creativos ha experimentado un impresionante crecimiento, actualmente el valor de las obras culturales y creativas es absorbido por las plataformas en línea, en lugar de ir a parar a los creadores.

Estos servicios se dividen en distintas categorías, principalmente:

- Plataformas que permiten a usuarios individuales finales cargar contenidos (UGC o plataformas de promoción profesionales, ej. You Tube, Dailymotion, Soundcloud, MySpace);
- Plataformas que permiten a usuarios individuales finales publicar enlaces a contenidos culturales o publicar sus propios contenidos para compartirlos con otros en un entorno de redes sociales (Facebook, Hyves, Twitter, Musicyou, Snapchat, etc.);
- Plataformas que seleccionan, agregan y facilitan el acceso a contenidos existentes en otros sitios web y/o plataformas a través de hiperenlaces y/o incrustaciones (TuneIn, iHeartRadio, NL FM, 6 Seconds, UberRadios, OnLineTV Lite, etc.);
- Plataformas que ofrecen software y motores de búsqueda específicos para encontrar, indexar y catalogar los contenidos (limitados a ciertos tipos de contenidos culturales como libros, imágenes, vídeos, noticias y/o incluyendo contenidos culturales como parte de una oferta general, como por ej. Google, Yahoo, Bing, etc.).

Conjuntamente, estos servicios constituyen un sector económico importante. Algunos de ellos son explotados por las corporaciones más grandes del mundo, que además son las propietarias de los mismos. Sólo en Europa, el valor total de mercado de dichos servicios de plataforma se estimó en aproximadamente 22.000 millones de euros en 2015¹.

¹ "Cultural content in the online environment: analysing the value transfer in Europe", Roland Berger, París 2015.

Sin embargo, los ingresos que obtienen los creadores por estos servicios son desproporcionadamente pequeños. Según el Informe sobre las recaudaciones mundiales 2016 de la CISAC, los derechos recaudados por las sociedades de la CISAC en todo el mundo por el uso de contenidos creativos en el entorno digital representaron sólo el 7,2% de las recaudaciones totales. Este bajo nivel de derechos pone de manifiesto las dificultades que experimentan las sociedades de autores a la hora de conceder licencias y hacer valer los derechos de los creadores. Por consiguiente, los ingresos de los autores procedentes del mercado digital siguen siendo excesivamente bajos mientras que el uso de sus contenidos aumenta y los intermediarios en línea generan enormes ingresos.

Esta transferencia de valor de los creadores a los intermediarios en línea es uno de los principales retos en el entorno digital actual. Esto debe solucionarse de manera urgente y exhaustiva, ya que afecta a los creadores de todo el mundo.

El impacto negativo de la transferencia de valor

El problema de la transferencia de valor perjudica gravemente a los titulares de derechos. Muy a menudo, los creadores reciben una remuneración inadecuada o ni siquiera reciben una remuneración. Algunos intermediarios en línea no solicitan licencias a los titulares de derechos y para aquellos que tienen una licencia, las condiciones de concesión de la misma difieren mucho de las de los proveedores de servicios tradicionales en materia de remuneración, poniendo en peligro el valor de los derechos.

Esto es injustamente ventajoso para algunos actores digitales que ya han conseguido una posición de mercado prácticamente incuestionable. A su vez, esto les permite abusar de su posición, principalmente con respecto a los creadores y los titulares de derechos.

Un estudio reciente reveló que, en Europa, el 61% de los ingresos de los intermediarios en línea proceden directa o indirectamente de los contenidos creativos². La mayor parte de estos ingresos se obtienen gracias a los principales servicios de vídeo o de audio financiados por la publicidad, cuyos negocios se basan en los ingresos publicitarios. Por ejemplo, más del 80% de los visitantes de YouTube (el servicio de música más utilizado a nivel mundial) lo utiliza para la música³. Sin embargo, según el Informe sobre las recaudaciones⁴ mundiales 2016 de la CISAC, los ingresos recaudados por estas grandes empresas de Internet son mucho más bajos que los que proceden de los servicios de suscripción, a pesar de que estos cuentan con un número mayor de usuarios. Por ejemplo:

- En el Reino Unido, los editores y las sociedades participantes recaudaron 46,4 millones de euros de los servicios de suscripción pero sólo 8,8 millones de euros procedían de los servicios de audio financiados por la publicidad y 13,7 millones de euros de los servicios de vídeo financiados por la publicidad.
- En Suecia, el importe recaudado de los servicios de suscripción fue de 32,7 millones de euros, mientras que sólo 2,3 millones de euros procedían de los servicios de audio financiados por la publicidad y 4,3 millones de euros de los servicios de vídeo financiados por la publicidad.
- En Francia, las recaudaciones de los servicios de suscripción sumaron 12 millones de euros, comparados con un millón de euros de los servicios de audio financiados por la publicidad y 4,3 millones de euros de los servicios de vídeo financiados por la publicidad.

² "Cultural content in the online environment: analysing the value transfer in Europe", Roland Berger, París 2015.

³ Music Consumer Insight Report 2016 (informe sobre el comportamiento de los usuarios de música), Ipsos/IFPI

⁴ Estos ingresos no tienen en cuenta garantías mínimas, anticipos o liquidaciones legales. Como se trata de un primer intento de sintetizar los datos de las sociedades y los editores, estas cifras se basan en la mejor información disponible y pueden haberse omitido algunos ingresos.

El problema – una distorsión del mercado que debe solucionarse

La transferencia de valor se sustenta por una distorsión del mercado que permite a los intermediarios en línea evitar la aplicación normal de las normas de derechos de autor y las licencias de música.

Los intermediarios en línea claramente ponen los contenidos creativos a disposición de otros y, como tal, llevan a cabo un acto de comunicación al público. Por lo tanto, deberían ser responsables de obtener soluciones para la concesión de licencias individuales o colectivas de los titulares de derechos y sus representantes. Sin embargo, consiguen evitarlo escudándose en una legislación anticuada o aprovechando los vacíos legales y la errónea interpretación de las leyes existentes.

Concretamente:

(i) éstos alegan que no realizan ningún "acto de comunicación al público" que deba ser autorizado por los titulares de los derechos. Esto se debe a las diferentes interpretaciones erróneas sobre el momento en el que tiene lugar un acto de comunicación al público y sobre quién es responsable.

(ii) reclaman el beneficio de la exención de responsabilidad (el denominado "régimen de puerto seguro") con arreglo al derecho nacional o internacional, argumentando que la responsabilidad debería aplicarse únicamente a sus usuarios (que subieron los contenidos) pero no a ellos.

Ha quedado probado que ambos argumentos resultan infundados y contradictorios.

La interpretación correcta del derecho de comunicación al público

La transferencia de valor está sustentada en parte por una interpretación errónea del derecho de comunicación al público. Esto debe solucionarse.

El derecho de comunicación al público está reconocido a nivel internacional con arreglo al Artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor (WCT, por sus siglas en inglés), que incluye explícitamente dentro de su ámbito de aplicación el derecho de puesta a disposición del público, es decir, el derecho a explotar las obras en línea. En la Unión Europea, el derecho se aplica en la Directiva de la Sociedad de la información 2001/29, que reconoce plenamente los derechos exclusivos de reproducción y comunicación al público/el derecho de puesta a disposición para la explotación en línea.

Sin embargo, el alcance y la aplicación de este derecho se han remodelado erróneamente en varios fallos en todo el mundo, en detrimento de los titulares de derechos. Por ejemplo, la interpretación contradictoria de la definición de "público" y la introducción de los criterios de "público nuevo" por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado lugar a una especie de "agotamiento" del derecho de puesta a disposición, lo que ha tenido dramáticas consecuencias para la remuneración de los titulares de derechos.

El Tribunal Europeo de Justicia basó la interpretación del concepto de "público" en la definición de un antiguo Glosario de la OMPI de 1978. La posición de la OMPI debe considerarse a la luz del nuevo glosario de 2003, que define al "público" como "*un grupo formado por un número considerable de personas fuera del círculo normal de una familia y de sus amistades más cercanas*". La definición continúa especificando que "*No es determinante si el grupo está realmente reunido en un lugar; la disponibilidad de obras u objetos con derechos conexos para el grupo basta*". Esta parte de la definición reviste la máxima importancia cuando se trata de la transmisión digital.

Otra conclusión importante del estudio es que el efecto del agotamiento del derecho de comunicación al público (en especial en su forma interactiva de puesta a disposición junto con los actos de reproducción correspondientes) resultaría en una violación de las normativas internacionales y europeas pertinentes, bajo las cuales dicho agotamiento no existe. Esto podría generar serios conflictos con la explotación normal de obras y objetos con derechos conexos y perjudicaría injustamente a los intereses legítimos de los autores y titulares de derechos.

El alcance real del régimen de puerto seguro

El régimen de puerto seguro se aplica de forma incorrecta a algunas plataformas digitales

Las disposiciones de puerto seguro tenían por objeto eximir a los intermediarios en línea de la responsabilidad en materia de derechos de autor cuando éstos fueran meramente pasivos y de carácter técnico, y cuando no tuviesen conocimiento del contenido que trataban.

Cuando se adoptaron esas legislaciones (por ejemplo, en la UE como parte de la Directiva sobre el comercio electrónico en 2000, en los Estados Unidos en 1998 como parte de la DCMA o en 2006 en el Reglamento para la Protección del Derecho de Comunicación al público a través de la Red de Difusión de la Información en China) los principales servicios que funcionaban eran servicios puramente técnicos y servicios pasivos de almacenamiento, principalmente porque había una disponibilidad limitada de acceso a Internet. En esa época, muchos de los servicios que ahora se esconden detrás de estos regímenes de no responsabilidad ni siquiera existían y no estaban previstos; por lo que las disposiciones relativas al puerto seguro de dichas legislaciones no tenían por objeto cubrir estos servicios.

Muchas cosas han cambiado desde la introducción de las disposiciones de puerto seguro en el año 2000 y estos regímenes han dejado de ser útiles. Desde entonces, las redes de banda ancha se han vuelto casi omnipresentes y el consumo online de contenidos creativos es cada vez más frecuente. La exención de "puerto seguro" y su jurisprudencia han facilitado un aumento exponencial en el número de servicios que se benefician del uso de contenidos protegidos sin remunerar a los creadores. El modelo de negocios de estos servicios se basa plenamente, o en gran medida, en la difusión en línea de contenidos protegidos por el derecho de autor para atraer a los usuarios a sus servicios y, de este modo, obtener enormes beneficios.

Es obvio que la manera en la que los intermediarios utilizan los contenidos creativos supera con creces el umbral del mero conducto contemplado en las disposiciones de puerto seguro y que el bajo nivel de derechos recaudados refleja las dificultades que encuentran las sociedades miembros de la CISAC para firmar acuerdos de licencia con ellos.

Lo que deberían hacer los responsables políticos

Existe una necesidad urgente de reequilibrar esta transferencia de valor en el mercado digital desde los creadores hasta los intermediarios en línea. Esto debe solucionarse urgentemente en Europa y fuera de Europa, ya que afecta a los creadores de todo el mundo. El mercado digital debe basarse en la monetización adecuada de las obras creativas y en los modelos de negocios sostenibles que ofrezcan un rendimiento financiero para todas las partes interesadas. Los creadores constituyen el origen de esta cadena de valor que produce crecimiento, empleo y diversidad cultural.

Para asegurar la sostenibilidad del sistema, es necesario que el valor sea compartido equitativamente con aquellos que crean e invierten en nuevos contenidos. Este objetivo puede lograrse modificando el marco jurídico para evitar que sea utilizado de manera abusiva en detrimento del sector creativo.

Concretamente, los responsables políticos deberían:

1. **Reconocer el papel activo de los intermediarios en línea en la comunicación al público.** En particular, el régimen de "puerto seguro" de acogida debería aplicarse únicamente a los intermediarios en línea verdaderamente pasivos y neutrales. Por lo tanto, no debe aplicarse cuando el servicio desempeña un papel activo en la comunicación de las obras (por ejemplo, adaptando, presentando, seleccionando, organizando, promoviendo obras protegidas por el derecho de autor). En este caso, deberían tener la obligación de obtener las licencias correspondientes de los titulares de derechos y remunerar adecuadamente a los creadores por la explotación de sus obras.
2. **Aclarar el alcance del derecho exclusivo de "comunicación al público"** de acuerdo con las disposiciones del WCT y con la definición de "público" establecida en el glosario de la OMPI. Tal aclaración tendría por objeto evitar distorsiones en la aplicación del derecho en los tribunales, lo que dificulta la capacidad de los creadores para recibir una participación de los usos en línea. Debe hacerse especial hincapié en los hipervínculos relativos a los contenidos protegidos por el derecho de autor, teniendo en cuenta la reciente decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Svensson. Esta sentencia introdujo un nuevo criterio para la necesidad de "nuevo público" que limita significativamente el ámbito de aplicación de este derecho y niega la capacidad de recaudar de muchos servicios en línea.

Estas medidas también ayudarían a restablecer la competencia leal entre los servicios en línea. Esto es especialmente pertinente en los mercados en los que muchos proveedores de servicios digitales (como los "participantes puros" (por ejemplo, iTunes) y los "organismos de radiodifusión tradicionales" que actúan en línea (por ejemplo NRJ) ya solicitan licencias y remuneran a los titulares de derechos. Estos servicios sufren en gran medida la competencia desleal de algunos intermediarios en línea que actúan "por libre" ("free riders") y optan por escudarse en el régimen de puerto seguro para evitar la obtención de una licencia de los titulares de derechos y el pago de la remuneración correspondiente.

Por lo tanto, si se abordara el régimen de responsabilidad de los intermediarios en línea se beneficiaría a todos los PSD garantizando la igualdad de condiciones. Esto contribuiría al desarrollo de un mercado digital sano, competitivo y sólido en el que todas las partes interesadas se beneficiarían de una mejor reglamentación.

Un paso en la buena dirección: las propuestas sobre el derecho de autor de la Comisión Europea

El 14 de septiembre de 2016, en consonancia con la estrategia del mercado único digital, la Comisión Europea presentó un paquete legislativo para la modernización de las normas europeas sobre los derechos de autor, incluyendo una nueva Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital.

Este proyecto de Directiva incluye una serie de disposiciones encaminadas a reequilibrar la transferencia de valor, lo que actualmente beneficia a estos servicios de plataformas en detrimento de los creadores de contenidos culturales.

Las disposiciones sobre la transferencia de valor en el proyecto de Directiva se refieren únicamente a las plataformas en línea que almacenan o facilitan al público el acceso a las obras u otros elementos protegidos por el derecho de autor o los derechos conexos subidos por sus usuarios, los llamados servicios de contenidos cargados por el usuario (servicios UUC, por sus siglas en inglés) como YouTube, Dailymotion y SoundCloud, que se han convertido en los principales accesos a los contenidos culturales en línea.

Estas disposiciones intentan aclarar las normas que deberían aplicarse a los actos correspondientes al derecho de autor de dichos servicios UUC y disponer algunas obligaciones nuevas para ellos introduciendo:

1. Una aclaración de que los servicios UUC comunican obras al público y pierden su condición de puerto seguro cuando desempeñan un papel activo.
2. Una aclaración de lo que debe considerarse como un “papel activo”. Por ejemplo, optimizar la presentación de las obras cargadas o promocionarlas, independientemente de la naturaleza de los medios utilizados (a tal fin).
3. Una aclaración de que los servicios UUC que comunican al público las obras protegidas por derechos de autor y, por lo tanto, no se limitan a la mera puesta a disposición de instalaciones materiales, están obligados a firmar acuerdos de licencia con los titulares de derechos, a menos que desempeñen un papel pasivo.
4. Una aclaración de que los servicios UUC que almacenan y dan acceso a grandes cantidades de contenidos, incluso cuando desempeñan un papel pasivo, deben tomar las medidas adecuadas y proporcionadas para garantizar la protección de las obras, como la aplicación de tecnologías eficaces.
5. Una obligación para los servicios UUC, que almacenan y facilitan el acceso a grandes cantidades de contenidos, de establecer, en colaboración con los titulares de derechos, unas medidas que garanticen el funcionamiento de los acuerdos de licencias firmados con los titulares de derechos o que impidan la disponibilidad en sus servicios de obras identificadas por los titulares de derechos en sus plataformas.

Algunos proveedores de servicios ya aplican estas herramientas técnicas, pero estas disposiciones permitirán introducir distintas medidas para evitar que se suban contenidos no autorizados. Además, en caso de existir un acuerdo, los titulares de derechos cuyas obras han sido identificadas pueden negociar mejores condiciones financieras. Estos se benefician de un mejor seguimiento del resultado de dicho acuerdo (transparencia).

Tal como se define en el Documento de posición de la CISAC con respecto al “paquete de medidas sobre el derecho de autor” ([SG16-1097](#)), las sociedades de la CISAC apoyan la iniciativa de la Comisión Europea y consideran que su propuesta apunta en la dirección correcta al reconocer el valor de la creación en el Mercado único digital.