

DECADENCIA Y CAÍDA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL: LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/790 SOBRE DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL POR EL REAL DECRETO-LEY 24/2021, DE 2 DE NOVIEMBRE

Por Rafael SÁNCHEZ ARISTI
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad Rey Juan Carlos

Por Nora OYARZABAL OYONARTE
LLM in Law, Science & Technology. Stanford University¹

A Ramón Casas Vallés, *in memoriam*

RESUMEN:

La legislación española sobre propiedad intelectual viene conociendo una progresiva degradación desde el año 2008 en adelante, tanto por lo que se refiere a su calidad técnica como por lo que hace a su dispersión en diversos cuerpos legales con la consiguiente merma de sistemática y riesgo de inseguridad jurídica. La reciente aprobación del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, por el que se trasponen a nuestro Derecho interno las Directivas 2019/789 y 2019/790, supone la última etapa en ese proceso de decadencia, el cual se ha visto agudizado en el último lustro por una serie de intervenciones efectuadas a través de la técnica del real decreto-ley so pretexto de supuestas razones de urgencia. En el caso de la Directiva 2019/790, sobre derechos de autor en el mercado único digital, además de ahondarse como nunca hasta ahora en la tendencia centrífuga de la normativa de propiedad intelectual desde el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual hacia otros cuerpos normativos, se aprecia un ejercicio de transposición muy deficiente, en el que no solo la técnica legislativa es poco cuidada y proliferan los desajustes y contradicciones con la normativa preexistente, sino que se omiten elementos que son de obligado reflejo por parte de los legisladores nacionales, se

¹ Rafael Sánchez Aristi y Nora Oyarzabal Oyonarte son socio y asociada, respectivamente, de Cuatrecasas. Los puntos de vista expresados en este artículo son personales y no pretenden reflejar la posición de la firma en la que los autores prestan sus servicios.

adicionan elementos que pueden desvirtuar el régimen armonizado plasmado en la Directiva y se desaprovecha la oportunidad de incorporar precisiones, definiciones y matizaciones que la Directiva contiene. El resultado, para todos los que tienen derechos e intereses que se ven afectados por la normativa de propiedad intelectual, así como para los operadores jurídicos llamados a aplicarla, no puede ser más desalentador y alimenta una sensación de nostalgia hacia épocas en las que la forma de legislar en materia de propiedad intelectual era otra.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. 1. LA ÉPOCA DORADA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 2. LAS FUERZAS CENTRÍFUGAS COMIENZAN A ACTUAR. 3. LA LEY 21/2014, ÚLTIMA REFORMA OPERADA POR UN CAUCE ORDINARIO. 4. LA SENDA HACIA LA DESINTEGRACIÓN: ¿UN CAMINO SIN RETORNO?

II. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/790. **III. OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES.** 1. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. DEFINICIONES. **IV. LÍMITES A LOS DERECHOS EN EL ENTORNO DIGITAL Y TRANSFRONTERIZO.** 1. MINERÍA DE TEXTOS Y DATOS. 2. UTILIZACIÓN DE OBRAS Y OTRAS PRESTACIONES EN ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS DIGITALES Y TRANSFRONTERIZAS. 3. CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL. 4. PASTICHE. **V. MEDIDAS PARA MEJORAR LAS PRÁCTICAS DE CONCESIÓN DE LICENCIAS Y GARANTIZAR UN MAYOR ACCESO A LOS CONTENIDOS.** 1. USO DE OBRAS Y PRESTACIONES FUERA DEL CIRCUITO COMERCIAL POR INSTITUCIONES RESPONSABLES DEL PATRIMONIO CULTURAL. *1.1 Definición de obras o prestaciones fuera del circuito comercial. 1.2 Mecanismo de concesión de licencias. 1.3 Usos transfronterizos en relación con el mecanismo de concesión de licencias. 1.4 Límite. 1.5 Obras y prestaciones que están fuera del circuito comercial excluidas del régimen del artículo 71 RD-ley 24/2021. 1.6 Ausencia de facultad de opt out a favor de los titulares de derechos. 1.7 ¿Nuevos límites ajenos a la Directiva en relación con el uso de obras y prestaciones fuera del circuito comercial? 1.8 Falta de regulación de medidas de publicidad concretas.* 2. CONCESIÓN DE LICENCIAS COLECTIVAS CON EFECTO AMPLIADO. 3. MECANISMO DE NEGOCIACIÓN PARA GARANTIZAR EL ACCESO Y DISPONIBILIDAD DE OBRAS AUDIOVISUALES EN PLATAFORMAS DE VÍDEO A LA CARTA. 4. OBRAS DE ARTE VISUAL EN DOMINIO PÚBLICO. **VI. MEDIDAS PARA GARANTIZAR EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE DERECHOS DE AUTOR.** 1. PROTECCIÓN DE LAS PUBLICACIONES DE PRENSA EN LO RELATIVO A LOS USOS EN LÍNEA. *1.1 Uso por terceros de obras o prestaciones incorporadas en una publicación de prensa: posible responsabilidad civil o penal. 1.2 Negociación y acuerdos de autorización para el ejercicio del nuevo derecho. 1.3 Inaplicabilidad de los derechos reconocidos a los editores de prensa a ciertos casos.* 2. RECLAMACIONES DE COMPENSACIÓN EQUITA-

TIVA. 3. USO DE CONTENIDOS PROTEGIDOS POR PARTE DE PRESTADORES DE SERVICIOS PARA COMPARTIR CONTENIDOS EN LÍNEA. 3.1 *Construcción de un nuevo puerto seguro: primera variante.* 3.2 *Intento de obtención de una autorización.* 3.3 *Garantía de indisponibilidad de obras y prestaciones de las que hayan informado los titulares.* 3.4 *Inhabilitación de acceso, retirada y garantía de indisponibilidad tras notificación motivada de los titulares.* 3.5 *Construcción de un nuevo puerto seguro: segunda variante.* 3.6 *El equilibrio entre la propiedad intelectual y otros derechos fundamentales.* 3.7 *Garantías para los usuarios de los servicios de compartición de contenidos en línea.* 3.8 *Autorregulación y orientaciones de la Comisión sobre la aplicación de la norma.* 3.9 *Análisis de la transposición.* i) Principios que han de regir la negociación. ii) Retransmisión de eventos en directo. iii) Acciones residuales de enriquecimiento injusto. iv) Acciones para exigir la responsabilidad. v) Garantía de los usos basados en límites. vi) Suministro de información a los titulares. vii) Mecanismos internos de reclamación y recurso. viii) Procedimientos de solución extrajudicial de controversias. 4. REMUNERACIÓN EQUI-TATIVA DE LOS AUTORES Y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES EN LOS CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN. 4.1 *Principio de remuneración adecuada y proporcionada.* 4.2 *Obligación de transparencia.* 4.3 *Mecanismo de adaptación de contratos.* 4.4 *Procedimiento alternativo de resolución de litigios.* 4.5 *Derecho de revocación.* VII. RÉGIMEN TRANSITORIO. VIII. CONCLUSIÓN.

PALABRAS CLAVES: Derechos de autor y conexos, mercado único digital, minería de textos y datos, ilustración de la enseñanza, obras fuera de circuito comercial, usos en línea de publicaciones de prensa, servicios para compartir contenidos en línea, remuneración de autores y artistas en contratos de explotación.

TITLE: *DECLINE AND FALL OF THE CONSOLIDATED TEXT OF THE COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS ACT: THE TRANSPOSITION OF DIRECTIVE 2019/790 ON COPYRIGHT IN THE DIGITAL SINGLE MARKET THROUGH ROYAL DECREE-LAW 24/2021 OF 2 NOVEMBER.*

ABSTRACT: Spanish copyright legislation has been gradually deteriorating since 2008, both in terms of its technical quality and due to it being fragmented into different bodies of law. This has led to a decline in systematics and legal certainty. The recent approval of Royal Decree-Law 24/2021, of November 2, transposing Directives 2019/789 and 2019/790 into our domestic law, represents the latest stage in the process of this decline, which has been exacerbated in the last five years by a series of interventions

carried out through enacting emergency legislation alleging that there were urgent reasons to do so. In the case of Directive 2019/790, on copyright in the digital single market, in addition to reinforcing like never before the centrifugal tendency of copyright regulations from the Consolidated Text of the Copyright and Related Rights Act towards other bodies of law, it has been poorly transposed. The domestic legislation has been drafted carelessly and inconsistencies and contradictions with existing legislation abound. Furthermore, elements that cannot be overlooked by national lawmakers have been omitted, while elements that may distort the harmonized regime embodied in the Directive have been added. The opportunity to incorporate clarifications, definitions and nuances contained in the Directive has also been wasted. For those who have rights and interests that are affected by copyright law, as well as the legal practitioners called upon to apply it, the result cannot be more discouraging and feeds a sense of nostalgia for times when the way to make law on copyright and related rights was different.

SUMMARY:

I. INTRODUCTION. 1. THE GOLDEN AGE OF THE CONSOLIDATED TEXT OF THE COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS ACT. 2. THE CENTRIFUGAL FORCES BEGIN TO ACT. 3. ACT 21/2014, THE LAST REFORM IMPLEMENTED BY REGULAR CHANNEL. 4. THE PATH TOWARDS DISINTEGRATION: A JOURNEY OF NO RETURN? **II. TRANSPOSITION OF DIRECTIVE 2019/790.** **III. SUBJECT MATTER, SCOPE AND DEFINITIONS.** 1. SUBJECT MATTER AND COPE. 2. DEFINITIONS. **IV. LIMITATIONS TO THE DIGITAL AND CROSS-BORDER ENVIRONMENT.** 1. TEXT AND DATA MINING. 2. USE OF WORKS AND OTHER SUBJECT MATTER IN DIGITAL AND CROSS-BORDER TEACHING ACTIVITIES. 3. PRESERVATION OF CULTURAL HERITAGE. 4. PASTICHE. **V. MEASURES TO IMPROVE LICENSING PRACTICES AND ENSURE WIDER ACCESS TO CONTENT.** 1. USE OF OUT-OF-COMMERCE WORKS AND OTHER SUBJECT MATTER BY CULTURAL HERITAGE INSTITUTIONS. 1.1 *Definition of out-of-commerce works or other subject matter.* 1.2 *Licensing mechanism.* 1.3 *Cross-border uses regarding the licensing mechanism.* 1.4 *Limitation.* 1.5 *Out-of-commerce works or other subject matter excluded from the regime of article 71 RD-Law 24/2021.* 1.6 *Absence of the right to opt-out in favor of rightholders.* 1.7 *New limitations that are not regulated in the Directive regarding the use of out-of-commerce works or other subject matter?* 1.8 *Lack of regulation of specific publicity measures.* 2. COLLECTIVE LICENSING WITH AN EXTENDED EFFECT. 3. NEGOTIATION MECHANISM IN ORDER TO GUARANTEE THE ACCESS TO AND AVAILABILITY OF AUDIOVISUAL WORKS ON VIDEO-ON-DEMAND PLATFORMS. 4. WORKS OF VISUAL ART IN THE PUBLIC DOMAIN. **VI. MEASURES TO ACHIEVE A WELL-FUNCTION-**

ING MARKETPLACE FOR COPYRIGHT. 1. PROTECTION OF PRESS PUBLICATIONS CONCERNING ONLINE USES. 1.1 *Use by third parties of works or other subject-matter: possible civil or criminal liability.* 1.2 *Negotiation and authorization agreements for the exercise of the new right.* 1.3 *The rights granted to press publishers do not apply to certain cases.* 2. CLAIMS TO FAIR COMPENSATION. 3. USE OF PROTECTED CONTENT BY ONLINE CONTENT-SHARING SERVICE PROVIDERS. 3.1 *Building a new safe harbour: first category.* 3.2 *Attempt to obtain an authorization.* 3.3 *Guarantee of unavailability of works and other subject-matters reported by rightholders.* 3.4 *Disability of access, removal and prevention of future uploads after substantiated notice from rightholders.* 3.5 *Building a new safe harbour: second category.* 3.6 *The balance between intellectual property and other fundamental rights.* 3.7 *Guarantees for users of online content-sharing services.* 3.8 *Self-regulation and Commission «guidance» on the application of the rule.* 3.9 *Analysis of the transposition.* i) Principles governing negotiation. ii) Retransmission of live event. iii) Residual actions for unjust enrichment. iv) Actions to demand liability. v) Guarantee of uses based on limitations. vi) Provision of information to rightholders. vii) Internal complaint and redress mechanism. viii) Out-of-court redress mechanism for the settlement of disputes. 4. FAIR REMUNERATION IN EXPLOITATION CONTRACTS OF AUTHORS AND PERFORMERS. 4.1 *Principle of appropriate and proportionate remuneration.* 4.2 *Transparency obligation.* 4.3 *Contract adjustment mechanism.* 4.4 *Alternative dispute resolution procedure.* 4.5 *Right of revocation.* VII. TRANSITIONAL REGIME. VIII. CONCLUSION.

KEY WORDS:

Copyright and related rights, digital single market, text and data mining, illustration for teaching, out-of-commerce works, extended collective licenses, online uses of press publications, right of communication to the public, online content-sharing services, fair and appropriate remuneration principle.

I. INTRODUCCIÓN

1. LA ÉPOCA DORADA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

En su célebre *Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano*, Edward Gibbon comienza su relato con esta apreciación:

«En el siglo II de la era cristiana, el Imperio de Roma comprendía la parte más hermosa de la Tierra y la porción más civilizada de la humanidad. El prestigio antiguo y el valor disciplinado guardaban las fronteras de

esta amplia monarquía. La suave aunque poderosa influencia de leyes y costumbres había cimentado gradualmente la unión de las provincias. Sus pacíficos habitantes disfrutaban, incluso en exceso, de las ventajas del lujo y la riqueza. Se conservaba con decorosa reverencia la imagen de una constitución libre: el Senado romano parecía poseer la autoridad soberana y recaían en los emperadores todos los poderes ejecutivos de gobierno»².

Tras referir en los primeros capítulos el momento de máximo apogeo del Imperio Romano —el periodo de los *cinco emperadores buenos* de la dinastía Antonina—, la obra describe cómo la descomposición de las costumbres cívicas y la corrupción de las instituciones políticas se fueron adueñando poco a poco de Roma a partir del siglo III, hasta el punto de propiciar primero su desmembración en dos mitades, la oriental y la occidental, y después, tras el caos desatado por las invasiones bárbaras, la desaparición del Imperio Romano de Occidente en 476.

Algunos estudiosos de la propiedad intelectual en España no podemos evitar la sensación de haber asistido, *servata distantia*, a un proceso análogo de decadencia y caída en relación con la que constituye —o constituía— la norma central del sistema de derechos de autor y derechos afines: el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (el «TRLPI»).

El equivalente a esa época dorada del Imperio Romano sería, en el caso del TRLPI, la docena de años que va desde su aprobación hasta el año 2008, en que comienzan a aparecer los primeros signos de debilitamiento ante el empuje de fuerzas centrífugas. En ese tiempo, bien podría decirse que se trataba de una de las porciones mejor construidas de nuestro ordenamiento, haciendo justicia a la materia sobre la que versaba, sin duda una de las más civilizatorias de todas las que pueden ser objeto de una ley.

Gozaba entonces no solo del prestigio que le otorgaba su vieja *constitución*, la Ley base 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual³, sino también del que se derivaba de haber logrado mantener la unidad de sus vastos dominios a pesar del crecimiento y heterogeneidad de su contenido, gracias a una sabia integración de los elementos *barbarizantes* dentro de sus fronteras, tanto de los

² Vid. E. GIBBON, *Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano*, edición abreviada de Dero A. Saunders (trad. de C. Francí), Alba Editorial, Barcelona, 2020, p. 33.

³ La Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual, base del TRLPI, marcó todo un hito legislativo al aportar a nuestro sistema de propiedad intelectual un importante elenco de novedades. Con ella fueron incorporados a nuestro ordenamiento los derechos morales, los derechos de los artistas, los derechos de otros titulares de derechos afines, nuevos derechos para los autores como el de participación y el de compensación por copia privada, la protección de nuevas categorías de obras como los programas de ordenador, la eliminación del deber de registro de las obras, la libertad de creación de entidades de gestión y una tipificación de los límites a los derechos.

que habían precedido el momento de la refundición⁴, como de los que habían aparecido con posterioridad a ese momento, en particular leyes de adaptación de nuevas Directivas comunitarias, que ya no dieron lugar a cuerpos legales separados sino que provocaron cambios en el propio articulado del TRLPI⁵, aunque hubo también algunas modificaciones que no tuvieron que ver con procesos de transposición de normas comunitarias⁶.

Sin duda, la preservación del TRLPI como sede de todas las normas en materia de propiedad intelectual contribuyó a prestigiarlo⁷, pues el esfuerzo del legislador en mantener la coherencia y compleción de un sistema redonda en una

⁴ Junto con la Ley base 22/1987, el TRLPI había integrado hasta cuatro leyes de adaptación de otras tantas Directivas: la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de adaptación de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador; la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de adaptación de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; la Ley 27/1995, de 11 de octubre, de adaptación de la Directiva 93/98/CEE, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, y la Ley 28/1995, de 11 de octubre, de adaptación de la Directiva 93/83/CEE, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

⁵ Así, la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de adaptación de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, modificó los arts. 12, 20.2.i) y j), 21, 34, 35, 131 y 132, agregó los nuevos arts. 40 bis, 40 ter, 133, 134, 135, 136 y 137, y reenumeró los arts. 133 a 158, que pasaron a ser los arts. 138 a 163; la Ley 19/2006, de 5 de junio, de adaptación de la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual («Ley 19/2006»), reformó los arts. 132, 138, 139.1 c/, d/ y g/, 140 y 141.2 del TRLPI; la Ley 23/2006, de 7 de julio, de adaptación de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información («Ley 23/2006»), modificó los arts. 18, 19, 20, 25, 31, 32, 37.1 y 3, 90.4, 107, 108, 109, 110, 113, 115, 116, 117, 119, 121, 122, 123, 126, 138, 139, 141, y agregó el art. 31 bis, los apartados 5 y 6 del art. 141, los arts. 160 a 162 y la disposición transitoria 19^a, además de reenumerar los arts. 163 a 167. Un comentario de las reformas operadas por la Ley 19/2006 y la Ley 23/2006 puede verse en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO *et alii*, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁶ Las cuales, no obstante, se tradujeron igualmente en modificaciones operadas sobre el propio texto del TRLPI. Así, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («LEC»), modificó los arts. 25.20, 103, 143 y 150, y derogó el art. 142 TRLPI; la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas (LLB), reformó los arts. 19.4, 37.2, 132 TRLPI y añadió la disposición transitoria 20^a; mientras que la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, comportó la modificación de los arts. 147, 148, 151.2 y 155.1 TRLPI.

⁷ Solo una norma de propiedad intelectual había permanecido —y continúa haciéndolo— fuera del sistema de la Ley de Propiedad Intelectual desde prácticamente la promulgación de la Ley base 22/1987. Se trata del artículo 21 [originario art. 23] de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, conforme al cual: «*Las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes.*» // *No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo*». Es el único caso de regulación del encargo de obra intelectual, y sería bueno que estuviese integrado en el TRLPI, en el marco de una regulación general sobre el encargo de obra.

mayor seguridad jurídica que favorece la labor de los operadores jurídicos. La calidad del TRLPI también se vio respaldada por varias sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que resolvieron otros tantos recursos en los que se planteaba la posibilidad de que el Gobierno se hubiese excedido en el ejercicio de su potestad legislativa delegada al aprobar el TRLPI: tras el consiguiente escrutinio, dichas sentencias apenas observaron en él máculas de relieve⁸. Otro tanto cabe decir de la Ley base 22/1987, que superó con nota el examen de constitucionalidad a que en su día había sido sometida⁹.

2. LAS FUERZAS CENTRÍFUGAS COMIENZAN A ACTUAR

Aunque a finales de 2007 empiezan a producirse pequeñas fisuras en el sistema¹⁰, es con motivo de la transposición de la Directiva 2001/84/CE cuando asistimos a una

⁸ Las SSTs (Sala 3ª) de 9.2.2000 y 10.2.2000 apreciaron ese exceso únicamente en relación con el entonces art. 145.2 TRLPI, por tasar los medios de defensa de la parte demandada en los procedimientos judiciales instados por las entidades de gestión. Ese ejercicio *ultra vires* de la delegación conferida rebajaba el precepto a rango reglamentario, pero también desde este ángulo el Gobierno habría cometido un exceso, en este caso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, dado que tal restricción de los medios de defensa de un demandado no es materia que pueda introducirse por vía reglamentaria, al imperar una reserva de ley. Este vicio fue purgado en virtud de la disposición final 2ª LEC, que dotó al precepto —entonces ya art. 150.II TRLPI— de la misma redacción, sin que pudieran oponerse objeciones formales ni problemas de rango legal. Por su parte, la STS (Sala 3ª) de 1.3.2001 apreció que el Gobierno se había excedido de los límites de la delegación conferida al considerar derogado, y por tanto no incluir en el TRLPI, el derecho exclusivo de comunicación pública de los productores de fonogramas, que se encontraba reconocido en el art. 109.1 de la Ley 22/1987. Por el contrario, la STS (Sala 3ª), de 17.4.2001 no apreció extralimitación por parte del Gobierno en el hecho de haber establecido que los derechos de remuneración equitativa de los arts. 108.4 y 116.3 TRLPI se hicieran efectivos de forma obligatoria a través de entidades de gestión; tampoco en la precisión del concepto de «emisión» en el inciso final del art. 20.2.c) TRLPI, en la elevación del plazo de protección sobre un programa de ordenador titularidad de una persona jurídica del art. 98.2 LPI, ni en la supresión del término «prohibir» en el art. 106.2 TRLPI.

⁹ La STC 196/1997, de 13 de noviembre, estimó parcialmente los recursos de inconstitucionalidad 256/1988 y 264/1988, interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Gobierno Vasco, pero tan solo para declarar contrarios al orden constitucional de competencias el párrafo segundo del apartado 1, y el apartado 3 del originario artículo 144 LPI/1987, que había pasado a ser el art. 154 TRLPI en el momento de dictarse la sentencia. Conforme a ellos se concedía al Ministerio de Cultura las facultades de vigilancia, inspección y control de las entidades de gestión.

¹⁰ Así, la propia Ley 23/2006, de transposición de la Directiva 2001/29/CE, incluyó una disposición adicional 3ª (que se incorporó durante el trámite de discusión en el Senado, como enmienda nº 83 del Grupo Parlamentario Socialista), por la que se prevé el favorecimiento gubernamental de espacios de utilidad pública, preferentemente de acceso gratuito y de libre acceso por sistemas telemáticos, que contendrán obras en dominio público en formato digital y otras que sean de titularidad pública, sin perjuicio de que en ellos podrán también incorporarse obras cuyos autores así lo manifiesten. En esa misma línea, las disposiciones adicionales 16ª y 17ª de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, establecen que: (i) los contenidos en formato digital de que dispongan las Administraciones Públicas, cuyos derechos de propiedad intelectual le pertenezcan sin restricciones o sean de dominio público, serán puestos a disposición del público de forma telemática sin restricciones tecnológicas, para su estudio, copia o redistribución, siempre que las obras utilizadas de acuerdo con lo anteriormente señalado citen al autor y se distribuyan en los mismos términos; y (ii) las personas podrán ceder sus derechos de explotación sobre obras para que una copia digitalizada de las mismas pueda ser puesta a disposición del público de forma telemática, sin restricciones tecnológicas, y libres para ser usado

intervención legislativa que, por primera vez, detrae una materia del TRLPI para alimentar con ella un cuerpo normativo diferente. Nos referimos a la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, a través de la cual se optó de manera inexplicable por derogar el artículo 24 del TRLPI, donde ese derecho ya se encontraba regulado y en el que no parece que hubiera sido necesario introducir muchas modificaciones, y ubicar la regulación en una ley monográfica dictada para la ocasión¹¹.

A comienzos de 2009, se creó en el seno de la Comisión de Cultura del Congreso de los Diputados una Subcomisión con objeto de «*analizar los objetivos, el alcance y las condiciones en las que debe llevarse a cabo la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*». Las conclusiones de esa Subcomisión, de fecha 24 de febrero de 2010, se referían a¹²: (i) potenciar los nuevos modelos de negocio en la red propiciados por las nuevas tecnologías, garantizando la tutela efectiva de los derechos de propiedad intelectual; (ii) asegurar mayores niveles de eficiencia y transparencia en la gestión colectiva; (iii) revisar el sistema de canon por copia privada a fin de estrechar la relación entre el beneficio que produce al sector electrónico y la compensación a satisfacer, evitando su repercusión en el consumidor final; y (iv) disponer mecanismos eficaces frente a las infracciones masivas en el entorno en línea.

Algunas de estas líneas de actuación se reflejaron en intervenciones normativas en los años posteriores, aunque más que seguir un plan ordenado nuestro legislador actuó a base de impulsos, dando lugar a un tratamiento caótico y

con cualquier propósito, estudiados, copiados, modificados y redistribuidos, siempre que las obras derivadas se distribuyan en los mismos términos.

¹¹ Que no había mucha explicación para esto lo hizo ver la doctrina que se ha ocupado del tema. Así, R. CASAS VALLÉS, «Comentario al artículo 24» en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 474, quien a propósito de cómo se gestó la Ley 3/2008, por la que se transpuso la Directiva 2001/84, señala: «*El correspondiente Proyecto de ley no se presentó hasta julio de 2008. Dejando para más adelante los detalles, fue muy sorprendente que no se planteara como una reforma de la ley de propiedad intelectual sino como una ley especial, excéntrica, destinada a regular el derecho de participación de forma autónoma, con derogación del artículo 24 y de la disposición adicional 2.ª TRLPI; sobre todo cuando un par de meses antes se había dado a conocer un Anteproyecto de reforma del artículo 24 TRLPI. Se trataba de una opción muy criticable, con la que se volvía a incidir en la deficiente técnica de incorporación de Directivas mediante leyes especiales en la que se había caído entre la LPI/1987 y el TRLPI de 1996. No es de extrañar que algunas enmiendas pretendieran reconducir las cosas para llevar el derecho de participación a su sede natural. No tuvieron éxito. Pero tarde o temprano tendrá que hacerse. No es sólo una cuestión de comodidad. Para la coherencia del sistema resulta esencial que no haya normas sobre propiedad intelectual en otras leyes*». Como puede verse, la opinión de CASAS VALLÉS va más allá del juicio sobre este caso particular, alertando sobre el peligro de aprobar leyes excéntricas que diluyan la coherencia del sistema. A la postre, el propio legislador ha vuelto sobre sus pasos y la Ley 3/2008 ha sido derogada por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, que ha reincorporado la regulación de ese derecho en el artículo 24 TRLPI. Este viaje de ida y vuelta, a la distancia aproximada de diez años, demuestra que nunca fue necesaria una ley especial para regular esta materia y que el tratamiento se podía —y se debía— haber residenciado siempre en el TRLPI.

¹² Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, IX legislatura, Serie D, 1 de marzo de 2010, núm. 345.

fragmentario de las materias, e inaugurando la tendencia de regular los aspectos de propiedad intelectual a través de fórmulas alejadas de la tramitación legislativa ordinaria y al hilo de la aprobación de leyes con un objeto completamente distinto.

Así, con motivo de la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible («LES»), se incluyó en su disposición final 43^a —la que se dio en llamar la «Ley Sinde»— la regulación de un procedimiento administrativo de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por responsables de servicios de la sociedad de la información. El nuevo procedimiento quedó recogido en el entonces artículo 158.4 TRLPI, e implicó también la introducción de cambios en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico («LSSICE») y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

No fue la única norma de la LES referida a cuestiones de propiedad intelectual. Sus artículos 53 y 54 establecen que los derechos de propiedad intelectual sobre los resultados de las actividades de investigación, desarrollo e innovación realizadas por el personal investigador de organismos públicos de investigación y universidades públicas en el desempeño de sus funciones corresponderán a las entidades en que el autor haya desarrollado una relación de servicios, en los términos y con el alcance previsto en la legislación sobre propiedad intelectual¹³.

Unos meses más tarde, la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación («LCTI») vino a completar esa regulación. Conforme a su disposición adicional 19^a, cuando los derechos de explotación de las obras creadas correspondan a un centro público de investigación, el personal investigador empleado tendrá derecho a una compensación económica en función de la producción y explotación de la obra, que será en forma de participación en los beneficios y no tendrá la consideración de retribución o salario¹⁴. La LCTI

¹³ Esta previsión, sin embargo, podría no estar en consonancia con la regla que el art. 51 TRLPI contiene para los casos en que autor y cesionario están vinculados por una relación laboral y la obra haya sido realizada en el contexto de la misma, ya que en él no se traza una asignación sino que se habla, todo lo más, de una presunción de cesión de derechos de explotación, notablemente limitada desde el punto de vista material.

¹⁴ Para S. CAVANILLAS MÚGICA, «Propiedad intelectual y ciencia en la Ley de Economía Sostenible y en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 41 (mayo-agosto 2012), «puede concluirse, entonces, que la LCTI y la LES despejan las dudas que pudieran subsistir acerca de que los derechos de explotación de la obra (intelectual o industrial) resultante de la investigación corresponden a la empresa o entidad pública en la que trabaja el investigador» (p. 24). Otros autores, al menos para el profesor-investigador universitario, creen que hay que seguir recurriendo a la aplicación por analogía del artículo 51 TRLPI, y dicha analogía no es factible cuando se trata de quien tiene un deber genérico de investigar, pero no sigue unas directrices o instrucciones concretas, ni se encuentra sujeto en su labor investigadora al poder de dirección de un superior jerárquico. *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, «Titularidad de derechos de propiedad intelectual sobre los resultados de la investigación», en *Propiedad intelectual y transferencia de conocimiento en universidades y centros*

dispone también la necesidad de que el personal cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos públicos haga pública, en repositorios de acceso abierto, una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación en publicaciones científicas (art. 37). Asimismo, contempla el derecho del personal investigador de ser reconocido y amparado en la autoría o coautoría de los trabajos de carácter científico en los que participe (art. 14.1.c/), y el deber de ese mismo personal de adoptar las medidas necesarias para evitar el plagio (art. 15.1.f/).

Pero la intervención de mayor calado, y la que estaba llamada a producir un vuelco de carácter sistémico, se produciría casi a punto de terminar el año 2011, a través del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, cuya disposición adicional 10^a dispuso la supresión de la compensación equitativa por copia privada prevista en el artículo 25 del TRLPI, para a continuación indicar que el Gobierno establecería por vía reglamentaria el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado («PPGGE»), y que la cuantía de la compensación se determinaría tomando como base la estimación del perjuicio causado.

En definitiva, la compensación equitativa por copia privada dejó de adoptar la forma de un canon que grava equipos, aparatos y soportes de reproducción, y pasó a canalizarse a través de una asignación en los PPGGE. Este nuevo sistema fue objeto de desarrollo por el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se reguló el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los PPGGE¹⁵. En 2014, con motivo de la reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el TRLPI y la LEC («Ley 21/2014») —de la que en seguida hablaremos—, el artículo 25 del TRLPI fue dotado de nueva redacción para acompañarla a lo dispuesto por la disposición adicional 10^a del Real Decreto-ley 20/2011, y a lo desarrollado por el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre.

Este régimen permaneció en vigor hasta que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») de 9 de junio de 2016 (C-470/14), *EGE-*

públicos de investigación, ed. Tirant lo Blanch / Universidad de Salamanca, Valencia, 2018, pp. 171-202; R. CASAS VALLÉS, «Propiedad intelectual y contenidos generados en las universidades: viejos problemas ¿nuevas soluciones?», *Diario La Ley*, n.º 7957 (5 de noviembre de 2012), p. 8.

¹⁵ Con base en él se aprobaron diversas órdenes ministeriales por las que se determinó la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio respectivo. *Vid.* la Orden ECD/2166/2014, de 14 de noviembre, por la que se determina la cuantía de la compensación equitativa por copia privada correspondiente al ejercicio 2013, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y su distribución entre las tres modalidades de reproducción referidas legalmente, y sus homólogas para los ejercicios 2014 y 2015: la Orden ECD/2226/2015, de 19 de octubre, y la Orden ECD/1649/2016, de 10 de octubre.

DA y otros v. Administración del Estado y otros, determinó que un sistema de compensación equitativa por copia privada sufragado con cargo a PPGGE, en tanto no permita asegurar que el coste de dicha compensación equitativa sea soportado por los usuarios de copias privadas, es incompatible con el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información («Directiva 2001/29»). La STS, Sala 3ª, de 10 de noviembre de 2016, anuló el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, al entender que como consecuencia de la Sentencia del TJUE en el caso EGEDA, la disposición adicional 10ª del RD-ley 20/2011 era incompatible con la Directiva 2001/29. Esa apreciación afectaba de manera refleja al propio artículo 25 TRLPI en la redacción dada al mismo por la Ley 21/2014. Constatado el fracaso del sistema de compensación equitativa con cargo a PPGGE, el legislador retornaría al sistema de canon. Lo hizo a través del Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el TRLPI en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada («RD-ley 12/2017»), el cual dotó de una nueva redacción al artículo 25 TRLPI, además de introducir alguna modificación en los artículos 31.2 y 154.5 TRLPI. La disposición transitoria segunda del RD-ley 12/2017 determina, a falta de un desarrollo reglamentario que aún no se ha producido, el importe de la compensación a pagar por cada equipo, aparato y soporte material de reproducción¹⁶.

3. LA LEY 21/2014, ÚLTIMA REFORMA OPERADA POR UN CAUCE ORDINARIO

Regresando a la Ley 21/2014, se trata de la última reforma acometida en el TRLPI que se ha efectuado a través de un procedimiento legislativo ordinario¹⁷, es decir, mediante un proyecto de ley que antes había sido anteproyecto de ley y que, como tal, había sido informado por los órganos consultivos pertinentes: Consejo General del Poder Judicial y Consejo de Estado¹⁸. La Ley 21/2014 lo fue de reforma del TRLPI, aparte de modificar también la LEC. A través de

¹⁶ Con base en la disposición final primera del RD-ley 12/2017 se ha dictado un reglamento de desarrollo del artículo 25 TRLPI, pero solo en cuanto al procedimiento para hacer efectiva la compensación equitativa por copia privada. Se trata del Real Decreto 1398/2018, de 23 de noviembre, sobre el cual pende una doble cuestión prejudicial ante el TJUE, elevada por Auto del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 23 de abril de 2021 (Asunto C-263/21). En concreto, se pregunta al TJUE si el modo en que está compuesta la persona jurídica regulada en el artículo 25.10 TRLPI [por los sujetos acreedores del canon exclusivamente] es compatible con la Directiva 2001/29/CE y, más en general, con los principios generales del Derecho de la Unión Europea. Y si lo es atribuir a dicha persona jurídica facultades de requerir información, incluida la contable, a quienes solicitan el certificado de exención de la obligación de pago de la compensación por copia privada. Por lo que se refiere a la cuantía de la compensación, por tanto, ésta continúa fijada —y previsiblemente así seguirá durante todavía bastante tiempo— por la disposición transitoria segunda del RD-ley 12/2017.

¹⁷ Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, X legislatura, Serie A, 21 de febrero de 2014, núm. 81.

¹⁸ Vid., respectivamente, el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de 25 de julio de 2013, y el Informe nº 1064/2013 del Consejo de Estado, de 28 de noviembre de 2013.

ella se incorporaron a Derecho español la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (artículos 110 bis 112 y 119, y disposición transitoria vigésima primera del TRLPI), y la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas (artículo 37 bis, disposición adicional sexta y disposición transitoria vigésima primera del TRLPI).

Junto con los cambios derivados de esa doble transposición, la Ley 21/2014 trajo consigo numerosas modificaciones en muy diferentes materias. Además de la nueva regulación de la compensación equitativa por copia privada (art. 25 TRLPI) y el propio límite de copia privada (art. 31.2 TRLPI), se dispuso un nuevo límite —ligado a un derecho de compensación equitativa irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria— en relación con la actividad de los agregadores de contenidos en línea (art. 32.2.I TRLPI)¹⁹, se contempló otro límite a favor de los buscadores en línea (art. 32.2.II TRLPI), y se reformó a fondo el límite de ilustración de la enseñanza (art. 32.3 y 4 TRLPI). En materia de entidades de gestión, se introdujeron nuevas reglas en materia de contrato de gestión, reparto, pago y prescripción de derechos, estatutos sociales, préstamos y anticipos a los socios, función social, obligaciones contables y funciones de supervisión de las Administraciones públicas, instaurando un completo régimen de infracciones y sanciones. Aunque la novedad más relevante fue sin duda la relativa a la obligación de establecer tarifas generales en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos, buscando el justo equilibrio entre las partes, y basándose en una serie de criterios que por primera vez proporcionaba el propio legislador, aunque no eran sino cristalización de los que ya había asentado la jurisprudencia.

La Ley 21/2014 dotó de nuevas funciones a la Comisión de Propiedad Intelectual («CPI»), en concreto asignando a su Sección Primera la función de determinación de tarifas para derechos de gestión colectiva obligatoria y de gestión colectiva voluntaria concurrentes con ellos, al tiempo que reguló de manera más detallada el procedimiento de salvaguarda de los derechos en el entorno

¹⁹ A la postre, este límite de agregadores y el derecho de compensación equitativa a él anudado, irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria, fue una de las medidas más polémicas de todas cuantas trajo consigo la Ley 21/2014. Una opinión doctrinal mayoritaria se expresó de forma muy crítica con la nueva figura regulada en el artículo 32.2.I TRLPI (vid., por todos, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Tasa Google o canon AEDE: una reforma desacertada», *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol.1, nº 11, 2015, pp. 53-94), en tanto que el principal agregador de noticias (Google News), disconforme con ella, decidió cerrar su servicio en España a finales de 2014. La recaudación de la entidad de gestión CEDRO en concepto de compensación por agregación de contenidos, que en su ejercicio más exitoso (2020) ascendió a cerca de 140.000 euros, es muy exigua si se contrasta con la obtenida en ese mismo ejercicio por conceptos como copia privada (ca. 10.000.000 euros), copia en universidades (ca. 3.000.000 euros) o usos licenciados (ca. 6.000.000 euros). Se puede decir por tanto que la medida resultó un completo fracaso en la práctica.

digital, conjugando su variante de restablecimiento de la legalidad con un procedimiento sancionador para casos de reincidencia. Finalmente, reguló hasta tres figuras de responsables de la infracción (por inducción de la infracción, por contribución a la infracción y por beneficio económico de la actividad infractora) en el nuevo artículo 138 bis TRLPI, e introdujo nuevas diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual en el artículo 256 de la LEC²⁰.

4. LA SENDA HACIA LA DESINTEGRACIÓN: ¿UN CAMINO SIN RETORNO?

A partir de la Ley 21/2014, todas las intervenciones en materia de propiedad intelectual se han llevado a cabo a través de reales decretos-leyes, o de leyes resultantes de la tramitación como proyecto de ley de previos reales decretos-leyes. En primer lugar el ya citado RD-ley 12/2017, que reformó el TRLPI en materia de compensación equitativa por copia privada. Al año siguiente fue aprobado el Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril («RD-ley 2/2018»), por el que se modifica el TRLPI, y se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (la «Directiva 2014/26») y la Directiva (UE) 2017/1564, de 13 de septiembre de 2017, sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos y por la que se modifica la Directiva 2001/29 (la «Directiva 2017/1564»).

El RD-ley 2/2018, además del límite a favor de personas con discapacidad visual (arts. 31 bis y 31 ter), afectó sobre todo a los preceptos relativos a la gestión colectiva (arts. 147 a 192 TRLPI), regulando aspectos como los requisitos para las entidades de gestión sin establecimiento en España y los operadores de gestión independientes, el contrato de gestión, la organización interna de las entidades, las autorizaciones multiterritoriales no exclusivas de derechos en línea sobre obras musicales, la gestión de los derechos recaudados y las obligaciones de información, transparencia y contabilidad de las entidades de gestión. Junto con ello, que sería el bloque principal de la reforma, se introdujeron cambios de menor calado en sede de retransmisión por cable (art. 20.2.f/), compensación equitativa por copia privada (art. 25.8) y medidas de remoción y comiso en el marco de la acción de cesación (arts. 139 y 141). Finalmente, se renumeraron los artículos correspondientes a la CPI, las medidas tecnológicas de protección y la información para la gestión de los derechos y las reglas sobre el ámbito

²⁰ Para un comentario de los diversos cambios que trajo consigo la reforma operada por la Ley 21/2014, *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

personal de aplicación de la ley, que pasaron a ser respectivamente los artículos 193 a 195²¹, 196 a 198 y 199 a 203 del TRLPI.

Tramitado como proyecto de ley, el RD-ley 2/2018 desembocó en la Ley homónima 2/2019, de 1 de marzo («Ley 2/2019»). Esta Ley no comportó tanto alteraciones en la redacción de los artículos que habían sido incorporados por el RD-ley 2/2018 como adiciones de nuevo cuño, muchas de las cuales no tenían nada que ver, por cierto, con la transposición de las Directivas 2014/26 y 2017/1564. Así, cuando se rehabilita el derogado artículo 24 TRLPI para volver a incluir en él el régimen del derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, entre otras cosas para pasar a configurarlo novedosamente como un derecho de gestión colectiva obligatoria. O cuando se añade un nuevo inciso final en el artículo 32.1 TRLPI, en virtud del cual la reproducción, distribución o comunicación pública de artículos periodísticos en dossieres de prensa difundidos dentro de una organización está sometida al derecho exclusivo de los autores. Otras modificaciones sí afectaron al régimen de la gestión colectiva, por ejemplo las mayores precisiones sobre el voto ponderado en la letra f/ del artículo 159 TRLPI, los nuevos apartados 5 a 8 del artículo 164 TRLPI sobre pagos a cuenta de las tarifas de las entidades de gestión, o la regulación más detallada de la recaudación y utilización de los derechos recaudados en el artículo 175 TRLPI²². Finalmente, alguna de las novedades que la Ley 2/2019 trajo consigo no comportó una modificación del TRLPI, sino que quedó reflejada en otro cuerpo legal, contribuyendo una vez más a la dispersión normativa de la legislación de propiedad intelectual. Nos referimos a la casi desapercibida disposición final quinta de la Ley 2/2019, que añade una disposición adicional al Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización y regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, relacionada con acuerdos de negociación colectiva entre asociaciones representativas de autores y empresas o asociaciones de empresas dedicadas a la producción, en virtud de los cuales se fijan condiciones generales para el contrato de producción que contemplen, entre otros aspectos, los remunerativos.

En 2020 hay que contabilizar dos reformas, aunque de entidad menor. De un lado, la disposición adicional 7 del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 («RD-ley 17/2020»), suspendió por espacio de dos años la aplicación de los porcentajes previstos en

²¹ Debe notarse que en el último párrafo del apartado 3 del reenumerado artículo 194, el legislador deslizó una errata al remitirse al artículo 164.3 TRLPI como aquel que se refiere a la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión. El Real Decreto-ley 24/2021, corrige esa errata, trazando correctamente la remisión al artículo 164.4 TRLPI.

²² Una tabla comparativa de los cambios introducidos por la Ley 2/2019 frente al RD-ley 2/2018, publicada por el Instituto Autor, está disponible desde <http://www.institutoautor.com/es-ES/SitePages/EstaPasandoDetalleActualidad.aspx?i=2297&s=1>.

el artículo 177.6 TRLPI, relativos al destino que pueden dar las entidades a las cantidades recaudadas y no reclamadas por su titular en el plazo legalmente previsto²³. De otro, la disposición final décima del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, dotó de nueva redacción a la letra ñ) del artículo 159 TRLPI, relativa a las disposiciones que deben adoptar las entidades de gestión para asegurar una gestión libre de influencias de sus usuarios.

En el año 2021 se han vuelto a producir dos intervenciones en materia de propiedad intelectual. En primer lugar, la Ley 14/2021, de 11 de octubre, que es la resultante de tramitar como proyecto de ley el RD-ley 17/2020, y que, además de modificar la disposición final séptima del RD-ley 17/2020, viene a añadir al mismo una disposición final undécima, en virtud de la cual se modifican los artículos 24, 177.6, 178, 193 y 195 del TRLPI²⁴.

El artículo 24 TRLPI se modifica en sus apartados números 10, 11, 12, 14, 15, 17, 18 y 19, para incorporar algunos ajustes que se derivaban del trascendental cambio introducido en ese precepto por la Ley 2/2019, consistente en configurar el derecho de participación como de gestión colectiva obligatoria. Así, ciertas alusiones que se hacían a los titulares del derecho se suprimen y se sustituyen por referencias a la entidad de gestión, y se dispone el modo de actuación en caso de que concurra en la gestión de este derecho más de una entidad de gestión.

En el artículo 177.6 TRLPI, en sede del destino de las cantidades recaudadas y no reclamadas por sus titulares, se introduce un inciso para aclarar que la prescripción de las cantidades afectas a ciertas finalidades —como las actividades asistenciales y de formación, la promoción de la oferta digital legal y el acrecimiento del reparto a favor del resto de obras o prestaciones— no opera a favor de las entidades de gestión, ni se considerarán ingreso propio de las mismas a ningún efecto. Algo similar se hace en el artículo 178.2 TRLPI con relación a la parte de la recaudación procedente de la compensación equitativa por copia privada y su aplicación a actividades asistenciales y de formación, y de promoción de la oferta digital legal.

En cuanto al artículo 193 TRLPI, se modifica la composición de la Sección Segunda de la CPI, al tiempo que se refuerzan los requisitos para ser nom-

²³ Ese plazo de suspensión se ha elevado a cuatro años por la disposición final 27ª del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

²⁴ Para un análisis detenido de los cambios que trae consigo la Ley 14/2021, incluyendo cuadros comparativos a doble columna de los preceptos afectados, en su redacción previa y posterior a la reforma, puede verse la entrada del blog de ALADDA correspondiente al día 15 de octubre de 2021, preparada —como la casi totalidad de las entradas de ese blog— por R. CASAS VALLÉS. Vid. https://aladda.es/reforma-del-texto-refundido-de-la-ley-de-propiedad-intelectual-ley-14-2021-de-11-de-octubre-boe-de-12-de-octubre/#_ednref7.

brado vocal de la misma. Asimismo, se reforma el artículo 194 TRLPI para ampliar el círculo de legitimados pasivos del procedimiento de salvaguarda de los derechos en el entorno digital, de modo que se añaden los prestadores de servicios de difusión de televisión por protocolo de Internet (IPTV) y los sujetos que protagonicen alguna conducta relacionada con la elusión de medidas tecnológicas de protección. Finalmente, es objeto de modificación el artículo 195 TRLPI para disponer la posibilidad de seguir el procedimiento incluso aunque el titular del servicio presuntamente infractor no cumpla con la obligación de informar sobre su nombre o denominación social.

En segundo lugar, encontramos la norma que es objeto de este estudio, el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre («RD-ley 24/2021»)²⁵, por el que, entre otras, se incorporan a nuestro ordenamiento la Directiva (UE) 2019/789, de 17 de abril de 2019, por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión (la «Directiva 2019/789»), y la Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital («Directiva 2019/790» o la «Directiva»).

La Directiva 2019/789 contiene una puesta al día de la Directiva 93/83/CEE, de 27 de septiembre de 1993, sobre derechos de autor y derechos afines en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y la distribución por cable («Directiva Satélite y Cable»), la cual reguló algunas formas de comunicación radiotelevisiva propias de la era analógica. El legislador UE ha entendido conveniente actualizar esa regulación para contemplar las nuevas modalidades de retransmisión que van más allá del concepto de «cable», el uso accesorio de programas y otros contenidos que los organismos de radiodifusión hacen a través de Internet, así como para introducir claridad en torno al fenómeno de la inyección directa de programas. De este modo, son tres las materias en torno a las cuales se articula la Directiva 2019/789: (i) la aplicación del principio del «país de origen» a los servicios accesorios en línea de los organismos de radiodifusión; (ii) el ejercicio de los derechos de retransmisión para modalidades de retransmisión distintas de la distribución por cable; y (iii) la transmisión de programas mediante inyección directa por parte de organismos de radiodifusión.

²⁵ El nombre completo del RD-ley 24/2021, debido a la heterogeneidad de su contenido, no resulta muy operativo. Se denomina «Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes».

Por su parte, la Directiva 2019/790 puede verse como una suerte de actualización de la Directiva 2001/29, a fin de lograr que la normativa comunitaria se adapte a los nuevos modelos de negocio digitales y transfronterizos surgidos como consecuencia de la más reciente evolución tecnológica. La Directiva 2001/29, que se corresponde con la primera época de Internet, tuvo como principal novedad el reconocimiento del derecho exclusivo de puesta a disposición del público para todas las categorías de titulares, el cual cubría la utilización de obras y prestaciones mediante actos de transmisión a la carta a través de redes digitales de comunicación a distancia. Asimismo, la Directiva 2001/29 armonizó el derecho exclusivo de reproducción para todas las categorías de titulares, y el derecho exclusivo de distribución para los autores; incorporó un catálogo de límites opcionales para los Estados miembros con una única excepción: el límite obligatorio para favorecer las reproducciones provisionales meramente técnicas en la red; recogió la regla de los tres pasos como *límite de los límites*, reguló la protección de las medidas técnicas de protección y de la información para la gestión de los derechos, frente a actos de elusión de las primeras o de supresión o alteración de la segunda, y contempló algún aspecto de las acciones de cesación frente a intermediarios de la sociedad de la información.

Los ejes en torno a los cuales gira la Directiva 2019/790 son: (i) las *medidas para adaptar las excepciones y limitaciones al entorno digital y transfronterizo* (arts. 3 a 7 y considerandos 5 a 29), donde encontramos las nuevas excepciones obligatorias para favorecer la minería de textos y datos, los usos para ilustración de la enseñanza digital transfronteriza, y la conservación del patrimonio cultural; (ii) las *medidas llamadas a mejorar las prácticas de concesión de licencias y garantizar un mayor acceso a los contenidos* (arts. 8 a 14 y considerandos 30 a 53), las cuales incluyen el tratamiento de las obras fuera del circuito comercial, las licencias colectivas con efecto ampliado, la disponibilidad de obras audiovisuales en plataformas de vídeo a la carta y las obras de arte visual en el dominio público, y (iii) las *medidas para garantizar el correcto funcionamiento del mercado de derechos de autor* (arts. 15 a 23 y considerandos 54 a 82), que se refieren al nuevo derecho conexo para editores de publicaciones de prensa en lo relativo a los usos en línea, la participación de los editores en las compensaciones equitativas derivadas de limitaciones a los derechos que ostenten por vía de cesión, el régimen de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y las medidas destinadas a garantizar a los autores y artistas una remuneración adecuada y proporcionada en sus relaciones con cesionarios y licenciarios.

La transposición de ambas directivas se ha realizado fuera de plazo, pues la fecha límite para su incorporación era el 7 de junio de 2021. La premura derivada de haberse rebasado ese término y de la inminente demanda de la Comisión frente al Reino de España por incumplimiento del plazo límite de transposición, se menciona en la exposición de motivos del RD-ley 24/2021 como la razón que abona la urgente y extraordinaria necesidad de incorporar estas dos directivas —entre otras— a través de un real decreto-ley.

Como a nadie se le escapa, se trata de una justificación que tiene mucho de sofisma, pues es el propio ejecutivo, a quien corresponde la iniciativa legislativa, el que tiene a su alcance impulsar un procedimiento legislativo ordinario para la aprobación de una ley de transposición de una directiva. Basta con que el Gobierno deje de tomar las medidas apropiadas en sede de iniciativa legislativa para que se genere el retraso consiguiente y se produzca la urgente necesidad de canalizar la transposición por vía de un real decreto-ley²⁶. Se trata en definitiva de una urgencia artificialmente creada, casi se diría *programada*, al modo en que se habla de la obsolescencia programada de los aparatos electrodomésticos.

Como reflexión complementaria, cabe decir que el Gobierno ha encontrado tiempo para actuar como legislador delegado pero no en cambio para desplegar su genuina función ejecutiva aprobando las normas reglamentarias pendientes. Así, ya hemos dicho que permanece sin aprobarse el real decreto que determine por primera vez, con carácter no transitorio, los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa, las cantidades que los deudores deberán abonar por este concepto a los acreedores y la distribución de dicha compensación entre las distintas modalidades de reproducción²⁷. También permanece sin desarrollar el artículo 164.4 TRLPI, que dispone la aprobación mediante orden del Ministerio de Cultura y Deporte («MCUD») de la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión²⁸.

Con motivo de su convalidación en el Congreso de los Diputados, el RD-ley 24/2021 pasó a tramitarse como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, a través de la Comisión de Cultura y Deporte con competencia legislativa plena, si bien con posterioridad se ha producido la avocación por el Pleno de la Cámara de la deliberación y votación final del proyecto²⁹. El plazo de enmiendas,

²⁶ Advierte sobre el abuso de la figura del real decreto-ley para la transposición de directivas comunitarias, y sobre el peligro de incurrir en causa de inconstitucionalidad de la norma, con cita de diversas sentencias del Tribunal Constitucional sobre la materia, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «A golpe de Decreto-Ley», *Cuadernos de Derecho Privado* n° 1 (2021), pp. 1-7.

²⁷ Conforme a la disposición final primera del RD-ley 12/2017, debería haberse aprobado en el plazo de un año desde la entrada en vigor del mismo, cosa que obviamente no ha sucedido. Por descontado, mucho más remota se presenta la aprobación de la orden ministerial de la que habla el apartado 4 del artículo 25 TRLPI, la cual es el instrumento ordinario llamado a regular la determinación de los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa, las cantidades que los deudores deberán abonar por este concepto a los acreedores y la distribución de dicha compensación entre las distintas modalidades de reproducción.

²⁸ El desarrollo de este precepto se produjo a través de la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, la cual fue anulada por Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2018 a causa de un defecto formal en su tramitación. Solo recientemente el MCUD ha sometido a trámite de audiencia e información pública un nuevo proyecto de orden de metodología de tarifas. El plazo para presentar aportaciones finalizaba el 22 de marzo de 2022. Es decir, cuatro años después de la anulación de la anterior Orden el MCUD aún no ha sido capaz de proveer al sector con una nueva orden de desarrollo del artículo 164.4 TRLPI.

²⁹ El texto tuvo entrada en el Congreso de los Diputados el 17 de diciembre de 2021. *Vid.* BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-79-1. La avocación al Pleno fue votada en la sesión plenaria

que inicialmente vencía el 29 de diciembre de 2021, viene sufriendo sucesivas ampliaciones (diez al momento de entregar este texto a la imprenta), sin que sea posible conocer hasta cuándo se extenderán esas prórrogas. El hecho de que el texto se tramite como proyecto de ley permite pronosticar que se introducirán cambios en el articulado³⁰, aunque no parece esperable que se produzca el principal cambio que sería de desear: que todas las modificaciones provocadas por la transposición de las Directivas 2019/789 y 2019/790 se lleven al cuerpo del TRLPI.

Y es que, desde el punto de vista sistemático, el legislador de urgencia ha optado por incluir algunas de las nuevas disposiciones fruto de la transposición en el TRLPI, a través de la modificación que en él opera el artículo 80 RD-ley 24/2021, mientras que otras permanecen en el cuerpo del propio RD-ley 24/2021, concretamente en sus artículos 65 a 79 y en la disposición transitoria cuarta. No se explica, ni se atisba a comprender la razón de no haber seguido la misma pauta para toda la transposición, ni cuál ha sido el criterio seguido para ubicar algunos de los cambios en el RD-ley 24/2021 y otros en el TRLPI³¹.

Lo que sí puede decirse es que esta división de la materia en dos cuerpos legales separados supone la consumación, tras un periodo de decadencia, de la caída que se venía precipitando: el TRLPI ya no es más —o es ahora menos que nunca— el texto en el que se encuentra refundida toda la legislación de propiedad intelectual. Ello impide la aplicación de algunas remisiones internas y dificulta la interpretación sistemática, provocando un incremento de la inseguridad jurídica³².

de 3 de febrero de 2022. Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, XIV legislatura, núm. 156, pp. 91 y 96.

³⁰ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «A golpe de Decreto-Ley», *Cuadernos de Derecho Privado* n° 1 (2021), pp. 1-7, critica la práctica de complementar la convalidación del real decreto-ley de turno con su tramitación como proyecto de ley, lo que viene a introducir un periodo de confusión, hasta que esa tramitación concluye, como consecuencia de las modificaciones que se puedan introducir en la ley final frente al texto del real decreto-ley.

³¹ Cabría pensar que el legislador ha ubicado en el TRLPI aquellas materias en las que existía un antecedente, como el derecho conexo de los editores de prensa en el artículo 129 bis (a continuación del artículo 129, referido al derecho de los editores sobre determinadas producciones editoriales), el mecanismo de adaptación de contratos en el artículo 47 (que ya regulaba una acción de revisión por remuneración no equitativa) o el derecho de revocación en el artículo 48 bis (a renglón seguido del artículo 48, que regula la cesión en exclusiva). Sin embargo, es claro que el límite sobre utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas, que ha quedado ubicado en el artículo 68 del RD-ley 24/2021, está emparentado con los límites del artículo 32 TRLPI, o que el límite de conservación del patrimonio cultural, ubicado en el artículo 69 del RD-ley 24/2021, habría tenido acomodo en el artículo 37.1 TRLPI. De hecho, la regulación en paralelo de esos nuevos límites fuera del TRLPI está llamada a provocar problemas interpretativos. Lo muestra la exótica «Nota sobre el artículo 68 del Real Decreto-ley 24/2021» que emitió la Subdirección General del Propiedad Intelectual del MCUD el día 3 de noviembre de 2021, tratando de aclarar la coexistencia entre el límite regulado en ese precepto y los límites de los apartados 3 y 4 del artículo 32 TRLPI. Naturalmente, dicha Nota carece del más mínimo valor normativo o interpretativo.

³² Por ejemplo, las definiciones del artículo 66 del RD-ley 24/2021 lo son a los efectos de dicho real decreto-ley, no del TRLPI. Otro ejemplo: la remisión del artículo 40 bis TRLPI a «los artícu-

En lo que sigue analizaremos la transposición a nuestro Derecho interno de la Directiva 2019/790, que contiene la nueva regulación de los derechos de autor y conexos en el mercado único digital. Teniendo en cuenta el tratamiento que vamos a hacer, basado en una comparación artículo por artículo del texto de la Directiva con el correspondiente del RD-ley 24/2021 o el del TRLPI, no resultaría factible abarcar en este estudio el análisis de la transposición de ambos instrumentos comunitarios. Quede pues para posterior ocasión el estudio de la adaptación a Derecho interno de la Directiva 2019/789, la cual reviste también una importancia trascendental, si bien su carácter es sectorial y sus efectos son menos transversales que los de la Directiva 2019/790.

II. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/790

La transposición de la Directiva 2019/790 se articula a través de los títulos I a IV y VI del Libro Cuarto del RD-ley 24/2021. En el Título I se localizan las disposiciones generales sobre objeto, ámbito de aplicación y definiciones (arts. 65 y 66); en el Título II los límites a los derechos en el entorno digital y transfronterizo (arts. 67 a 70); en el Título III las medidas para mejorar la concesión de autorizaciones y garantizar un mayor acceso a los contenidos (arts. 71 y 72). En cuanto a las medidas para garantizar el correcto funcionamiento del mercado de derechos de propiedad intelectual, se ubican en parte en el Título IV (arts. 73 a 75) y en parte en el Título VI (art. 80, que a su vez contiene una serie de modificaciones en el TRLPI).

Agruparemos aquí las materias en torno a esos mismos ejes temáticos. En cada caso, con carácter previo al análisis y comentario de la norma de transposición frente a la norma de cuya transposición se trata, proporcionaremos una tabla comparativa para que ese contraste pueda también apreciarse de forma visual a la vez que literal. En las tablas aparecen subrayados, en la respectiva columna izquierda, los pasajes de la Directiva que no han tenido traslación en nuestra norma interna, mientras que en la columna derecha de cada tabla se destacan en negrita, en su caso, aquellos fragmentos que constituyen añadidos del legislador español sin correspondencia en ningún precepto de la Directiva.

los del presente capítulo» hace virtualmente inaplicable la aplicación de la regla de los tres pasos a los límites regulados en los artículos 67 a 70 del RD-ley 24/2021. En fin, sin ánimo de exhaustividad, el artículo 77.4 del RD-ley 24/2021 establece una presunción que solo se refiere al titular de derechos sobre una «obra protegida», por lo que no es directamente aplicable a los titulares de derechos afines. La presunción análoga en el TRLPI se localiza en el artículo 20.4.d), al cual remiten después los artículos 108.1, último párrafo, 116.1.II, 122.1.II y 126.1.e), segundo párrafo, todos ellos del TRLPI. Pero esas remisiones se circunscriben a la retransmisión por cable, por lo que la presunción del artículo 77.4 del RD-ley 24/2021 para la retransmisión por medios distintos del cable no es aplicable a los titulares de derechos afines, ni de forma directa ni por vía de remisión.

III. OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES

1. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 65 del RD-ley 24/2021 se refiere al objeto y ámbito de aplicación del Libro IV del RD-ley 24/2021. Sus tres apartados integran el contenido del respectivo artículo primero de las Directivas 2019/789 y 2019/790, con algún añadido y alguna variante cosecha del legislador español. Transcribimos aquí solo la parte del precepto que se corresponde con el artículo 1 de la Directiva 2019/790.

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|--|--|
| Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación | Artículo 65. Objeto y ámbito de aplicación |
| <p>1) La presente Directiva establece normas destinadas a armonizar el Derecho de la Unión aplicable a los derechos de autor y derechos afines en el marco del mercado interior, teniendo especialmente en cuenta los usos digitales y transfronterizos de los contenidos protegidos. Establece asimismo normas sobre excepciones y limitaciones a los derechos de autor y derechos afines, sobre facilitación de licencias, así como normas destinadas a garantizar el correcto funcionamiento del mercado de explotación de obras y otras prestaciones.</p> <p>2) Salvo en los casos mencionados en el artículo 24, la presente Directiva dejará intactas y no afectará en modo alguno a las disposiciones vigentes establecidas en las Directivas actualmente en vigor en la materia, en particular las Directivas 96/9/CE, 2000/31/CE, 2001/29/CE, 2006/115/CE, 2009/24/CE, 2012/28/UE y 2014/26/UE.</p> | <p>1) Este real decreto-ley, en su Libro cuarto, será de aplicación a los derechos de propiedad intelectual, incluyendo tanto derechos de autor como derechos afines o conexos, en el marco del mercado interior europeo, teniendo especialmente en cuenta los usos digitales y transfronterizos de los contenidos protegidos.</p> <p>Mediante este real decreto-ley se profundiza en ciertos límites a los derechos exclusivos de propiedad intelectual relacionados con nuevos usos que las tecnologías digitales permiten hacer en los ámbitos de la investigación, la innovación, la educación y la conservación del patrimonio cultural, todo ello con el objetivo puesto en el beneficio que supone el acceso de las personas a los contenidos. Del mismo modo, se concretan las medidas necesarias para garantizar el correcto funcionamiento del mercado de explotación de obras y prestaciones objeto de derechos de propiedad intelectual.</p> <p>2) (...)</p> <p>3) El presente real decreto-ley no afectará a las utilidades lícitas, tales como usos al amparo de límites vigentes a los derechos de propiedad intelectual y no conducirá a identificación alguna de usuarios concretos ni al tratamiento de sus datos personales, salvo si es conforme con la normativa vigente en materia de protección de datos.</p> |

Como puede verse, mientras que el apartado primero se corresponde de manera bastante fiel con el artículo 1.1 de la Directiva 2019/790, el apartado tercero no guarda una correspondencia tan perfecta con el artículo 1.2 de la Directiva 2019/790. En efecto, la salvedad que hace la Directiva es más amplia, pues se refiere a las disposiciones en general contenidas en una serie de directivas sobre propiedad intelectual y comercio electrónico, frente a lo cual nuestro artículo salva solo las utilizaciones lícitas realizadas al amparo de límites a los derechos que estén vigentes.

En el primer párrafo del apartado primero del artículo 65 RD-ley 24/2021, a pesar de que apenas es más que una descripción retórica del contenido de la norma, se desliza una cierta imprecisión, ya que parece limitar la aplicación del Libro IV del RD-ley 24/2021 a los derechos de autor y a los derechos conexos, pero no hay que olvidar que también se aplica al derecho *sui generis* sobre bases de datos³³, que no es *stricto sensu* ni un derecho de autor ni un derecho conexo.

2. DEFINICIONES

En cuanto a las definiciones que la Directiva recopila en su artículo 2, nuestro legislador las ha situado en el artículo 66 del RD-ley 24/2021. Se trata de las definiciones de «organismo de investigación», «minería de textos y datos», «institución responsable del patrimonio cultural», «publicación de prensa», «servicio de la sociedad de la información» y «prestador de servicios para compartir contenidos en línea».

El artículo 66 RD-ley 24/2021 también contiene definiciones de algunos conceptos procedentes de la Directiva 2019/789, al tiempo que incluye la definición de «entidad de gestión colectiva suficientemente representativa», que no está en la Directiva 2019/790, más allá de alguna pauta que sobre ellas se proporciona en el considerando (33).

Existen otras definiciones que la Directiva 2019/790 no compendia en el artículo 2 sino al hilo de la regulación de una institución en concreto. Es el caso de la definición de obras y prestaciones fuera del circuito comercial, que se realiza en el artículo 8.5. Del mismo modo, nuestro legislador ha incorporado esa definición en el artículo 71.1 del RD-ley 24/2021, al regular el régimen del uso de obras y prestaciones fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural.

No incluimos una tabla comparando las definiciones del artículo 2 de la Directiva con las del artículo 66 del RD-ley 24/2021. Nos parece más eficiente ir examinando cada una de las definiciones con ocasión del análisis de la regula-

³³ *Vid.*, por ejemplo, artículos 67.7, 69.4 ó 71.9 del RD-ley 24/2021.

ción de la materia —o de una de las materias— con la que están relacionadas. Así, las definiciones de organismo de investigación, minería de textos y datos e institución responsable del patrimonio cultural se contrastan en el epígrafe correspondiente al límite de minería de textos y datos (art. 67 del RD-ley 24/2021), aunque las nociones de organismo de investigación e institución responsable del patrimonio cultural se emplean también en otros lugares (v. gr. en el límite de conservación del patrimonio cultural y en la regulación del uso de obras y prestaciones fuera del circuito comercial). Por su parte, la definición de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea se contrastará al analizar la transposición del artículo 17 de la Directiva en el artículo 73 del RD-ley 24/2021.

IV. LÍMITES A LOS DERECHOS EN EL ENTORNO DIGITAL Y TRANSFRONTERIZO

El legislador comunitario justifica la intervención en materia de límites porque los usos que las tecnologías digitales permiten actualmente en los ámbitos de la investigación, la innovación, la educación y la conservación del patrimonio cultural, no están claramente cubiertos por las normas sobre excepciones y limitaciones en las Directivas 96/9/CE, 2001/29/CE, y 2009/24/CE, a lo que se añade el carácter optativo de esas excepciones y limitaciones, el cual dificulta las utilizaciones de carácter transfronterizo.

En consecuencia, se introducen nuevas excepciones o limitaciones para cubrir esos usos y se las dota de carácter obligatorio para los Estados miembros³⁴, en consonancia con lo cual nuestro legislador las ha incorporado a nuestro Derecho interno. En principio, las excepciones o limitaciones procedentes de la Directiva 2019/790 se refieren a tres áreas: la minería de textos y datos para la investigación científica e innovación (arts. 3 y 4), la ilustración con fines educativos en el entorno digital (art. 5), y la conservación del patrimonio cultural (art. 6). A ellas se sumaría una cuarta limitación o excepción, aunque de aplicación subsidiaria frente al mecanismo de licencia ampliada, en relación con la puesta a disposición de obras y prestaciones fuera del circuito comercial por instituciones de patrimonio cultural (art. 8).

Adicionalmente, el artículo 17.7 de la Directiva 2019/790 confiere carácter obligatorio a algunas excepciones o limitaciones que ya estaban reguladas en la Directiva 2001/29, aunque sin ese carácter obligatorio. Se trata de las que tie-

³⁴ Al igual que lo eran las introducidas por la Directiva 2012/28/UE, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas («Directiva 2012/28») y la Directiva (UE) 2017/1564, de 13 de septiembre de 2017, sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y prestaciones en favor de personas ciegas y con discapacidad visual. No así, como sabemos, las excepciones de la Directiva 2001/29, a excepción de la de su artículo 5.1, sobre reproducciones transitorias y técnicas, carentes de significación económica propia.

nen como finalidad la cita, crítica o reseña, y la caricatura, parodia o pastiche, las cuales deberán ser garantizadas por los Estados miembros para propiciar la carga y puesta a disposición de contenidos generados por usuarios en los servicios para compartir contenidos en línea. En atención a ello nuestro legislador ha creído necesario incorporar un nuevo límite de pastiche, que aparece recogido en el artículo 70 del RD-ley 24/2021.

El artículo 7.1 de la Directiva 2019/790 establece de manera expresa la inaplicabilidad de cualquier disposición contractual contraria a la excepción de minería de textos y datos con fines de investigación científica, la excepción para la utilización de obras y prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas y la excepción de conservación del patrimonio cultural. Nuestro legislador no ha considerado necesario hacerse eco de esa disposición, limitándose a regular las excepciones correspondientes, abonándose tal vez al entendimiento de que las normas sobre límites tienen carácter imperativo y no pueden ser desplazadas por pacto.

Dicho entendimiento es correcto en términos generales, aunque existe un ámbito en el que las excepciones o limitaciones sí pueden ser desplazadas en las relaciones *inter partes* bajo ciertas condiciones, en concreto cuando el titular haya introducido medidas tecnológicas de protección y la obra o prestación se haya puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato. Así lo disponen el párrafo cuarto del artículo 6.4 de la Directiva 2001/29 y el artículo 197.5 TRLPI, en lo que viene a representar una excepción a la regla de que cuando los titulares de derechos apliquen medidas tecnológicas deberán facilitar a los beneficiarios de algunos límites los medios adecuados para disfrutar de ellos, siempre que tales beneficiarios tengan acceso legal a la obra o prestación de que se trate. Si los titulares no adoptan medidas voluntarias para compatibilizar las medidas tecnológicas con el disfrute de esos límites, los beneficiarios de los mismos podrán acudir ante la jurisdicción civil para solicitar el levantamiento o modulación de esas medidas (vid. art. 6.4, primer párrafo, de la Directiva 2001/29 y artículo 197.1 y 2 del TRLPI).

La Directiva 2019/790 es consciente de ese delicado equilibrio entre medidas técnicas de protección y salvaguarda de los límites a los derechos, como lo indica que su artículo 7.2 disponga que «*los párrafos primero, tercero y quinto del artículo 6, apartado 4, de la Directiva 2001/29/CE serán aplicables a los artículos 3 a 6 de la presente Directiva*». Lo cual significa al mismo tiempo, siguiendo una interpretación *a contrario*, que no les será aplicable el párrafo cuarto del artículo 6.4 de la Directiva 2001/29, en virtud del cual las medidas técnicas de protección implementadas por el titular no deben ser mitigadas para favorecer el disfrute de ciertos límites por parte de sus beneficiarios cuando la obra o prestación se haya puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato. En suma, las excepciones de minería de textos y datos, uso

de obras en actividades pedagógicas digitales y conservación del patrimonio cultural deben ser añadidas al catálogo de excepciones cuyo disfrute ha de ser garantizado por aquellos titulares que implementen medidas tecnológicas de protección, y esta garantía no cederá siquiera cuando el titular comercialice su obra o prestación en un entorno interactivo en línea y con arreglo a condiciones convenidas contractualmente.

Pues bien, así como la expresa previsión de que será inaplicable cualquier disposición contractual contraria a esas tres excepciones puede no ser imprescindible, aunque pese a todo habría sido recomendable reflejarla en la regulación de cada uno de esos límites, sí era insoslayable que estas tres excepciones pasaran a engrosar el listado de límites del artículo 197.1 TRLPI, esto es, aquellos cuyo disfrute por los beneficiarios con acceso legal a la obra o prestación debe ser facilitado por los titulares de derechos que apliquen medidas tecnológicas de protección; también lo era haber precisado, en el artículo 197.5 TRLPI, que respecto de estas tres nuevas excepciones no rige la salvedad según la cual la facilitación del disfrute del límite no es de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato. Al no haber realizado ninguna de estas dos cosas, se puede decir que en este punto nuestro legislador no ha transpuesto adecuadamente a Derecho interno la Directiva 2019/790.

Por lo demás, tampoco ha sido correcta la transposición del primer inciso del artículo 7.2 de la Directiva 2019/790, de acuerdo con el cual *«el artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29/CE será aplicable a las excepciones y limitaciones establecidas en el presente título»*. Como es bien sabido, el artículo 5.5 de la Directiva 2001/29 contiene la llamada regla de los tres pasos, que en nuestro ordenamiento se encuentra recogida en el artículo 40 bis del TRLPI. Dice este precepto que *«los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran»*.

Se observa fácilmente que, dado que las nuevas excepciones no se han regulado en el capítulo sobre límites del TRLPI, la regla del artículo 40 bis TRLPI no es susceptible de ser aplicada a las mismas, incumpléndose así el mandato del artículo 7.2, primer inciso, de la Directiva 2019/790. El problema admite ser solventado de forma relativamente sencilla, bien por vía de alterar la redacción del artículo 40 bis TRLPI, para que no solo se refiera a los límites del capítulo en el que ese precepto se halla incorporado, sino en general a cualesquiera límites a derechos de autor que se regulen en el TRLPI o en otro cuerpo legal, bien por vía de incorporar en el RD-ley 24/2021 una disposición por virtud de la cual se extienda la aplicación de la regla de los tres pasos, fijada en el artículo 40 bis TRLPI, a las excepciones o limitaciones reguladas en el propio RD-ley 24/2021.

En la tabla a continuación reflejamos esas disposiciones comunes de la Directiva en materia de excepciones o limitaciones, sin correlativo en nuestra norma interna.

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|------------------------|
| Artículo 7. Disposiciones comunes | Sin correlativo |
| 1) Será inaplicable toda disposición contractual contraria a las excepciones establecidas en los artículos 3, 5 y 6. | |
| 2) El artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29/CE será aplicable a las excepciones y limitaciones establecidas en el presente título. Los párrafos primero, tercero y quinto del artículo 6, apartado 4, de la Directiva 2001/29/CE serán aplicables a los artículos 3 a 6 de la presente Directiva. | |

En resumen, el grado de acierto de nuestro legislador en lo tocante a aspectos generales en materia de excepciones es solo moderado. A continuación comprobaremos si, a la hora de regular cada una de las excepciones, ese bajo índice de acierto se mantiene o, por el contrario, el nivel técnico de la transposición se eleva.

Examinaremos las nuevas excepciones provenientes de la Directiva 2019/790 siguiendo el orden en que aparecen reguladas en ella, que es el mismo con el que se recogen en el Título II del Libro Cuarto del RD-ley 24/2021. Terminaremos con el límite de pastiche —no regulado en la Directiva—, con el que se cierra ese mismo Título. No abordamos en este apartado la excepción del artículo 71.4 del RD-ley 24/2021, en relación con el uso de obras o prestaciones fuera del circuito comercial por instituciones de patrimonio cultural, la cual será objeto de estudio más adelante al tratar del régimen de las obras y prestaciones fuera de circuito comercial en su conjunto.

1. MINERÍA DE TEXTOS Y DATOS

La minería de textos y datos se define en el artículo 2.2 de la Directiva 2019/790 como «*toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones*». A nadie escapa la importancia estratégica de estas técnicas de análisis de datos para numerosos proyectos científicos y empresariales, de iniciativa pública, privada o mixta.

La relevancia de la minería de textos y datos para la propiedad intelectual deriva de que estas técnicas comportan la necesidad de volcar, aunque sea de forma temporal e instrumental, el contenido de una obra o prestación en un sistema informático, en su caso trasvasándolo a un formato digital legible por la máquina, a fin de que esta pueda después efectuar el análisis automático de los datos que la obra o prestación contengan. Es cierto que en este proceso el contenido de la obra o prestación se atomiza y que los elementos en que ese contenido se descompone pueden ser de una extensión ínfima y no llegar a ser, por sí mismos, susceptibles de protección por la propiedad intelectual; lo que ocurre es que en el previo volcado y trasvase de la obra o prestación al formato digital adecuado para efectuar el posterior minado es inevitable que se produzcan actos de reproducción de la obra o prestación en su integridad o de partes sustanciales de la misma. De ahí, si se quiere que esta actividad no dependa solo de las licencias de los titulares, la necesidad de prever una excepción al derecho de reproducción de los titulares de derechos de autor y derechos afines³⁵.

Esta novedosa materia ha sido regulada en los artículos 3 y 4 de la Directiva 2019/790, bajo dos variantes distintas, aunque ambas obligatorias para los Estados miembros. En el artículo 3 se regula una excepción *stricto sensu*, justificada por fines de investigación científica, cuyos beneficiarios han de ser organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural, y que no puede ser impedida por los titulares mediante la realización de una reserva expresa de derechos. En el artículo 4 se prevé una excepción o limitación que ya no tiene que tener como beneficiarios a organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural, pero que está subordinada a que los titulares no se hayan reservado expresamente el uso de sus obras o prestaciones para tal fin.

El artículo 2 de la Directiva contiene las definiciones de «organismo de investigación», «minería de textos y datos» e «institución responsable del patrimonio cultural».

En lugar de dedicar artículos separados para cada modalidad, como hace la Directiva, nuestro legislador agrupa las dos variantes bajo un mismo precepto, el artículo 67 del RD-ley 24/2021. En cuanto a las definiciones, han quedado recogidas en el artículo 66 del RD-ley 24/2021.

³⁵ No obstante, el considerando (9) de la Directiva admite que puede haber casos de minería de textos y datos que no conlleven actos de reproducción. En este mismo considerando se recuerda que si lo único que se reproducen son meros hechos o datos carentes de protección por derechos de autor, no se necesitaría recabar una autorización de los titulares, ni por consiguiente sería preciso invocar el amparo de un límite o excepción.

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|--|
| Artículo 3. Minería de textos y datos con fines de investigación científica | Artículo 67. Minería de textos y datos |
| <p>1) Los Estados miembros establecerán una excepción a los derechos previstos en el artículo 5, letra a), y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE, el artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE, y el artículo 15, apartado 1, de la presente Directiva con respecto a las reproducciones y extracciones realizadas por organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural con el fin de realizar, con fines de investigación científica, minería de textos y datos de obras u otras prestaciones <u>a las que tengan acceso lícito</u>.</p> <p>2) Las copias de obras u otras prestaciones hechas de conformidad con el apartado 1 se almacenarán con un nivel adecuado de seguridad y podrán conservarse con fines de investigación científica, en particular para la verificación de resultados de la investigación.</p> <p>3) Los titulares de derechos estarán autorizados a aplicar medidas para garantizar la seguridad e integridad de las redes y bases de datos en que estén almacenadas las obras u otras prestaciones. Dichas medidas no irán más allá de lo necesario para lograr ese objetivo.</p> <p>4) Los Estados miembros alentarán a los titulares de derechos, organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural, a trabajar juntos para establecer las mejores prácticas comunes para la aplicación de la obligación y de las medidas contempladas en los apartados 2 y 3, respectivamente.</p> <p><u>Será inaplicable toda disposición contractual contraria a esta excepción (artículo 7 de la Directiva)</u></p> | <p>1) No será precisa la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual para las reproducciones de obras y otras prestaciones accesibles de forma legítima realizadas con fines de minería de textos y datos.</p> <p>4) Las reproducciones de obras y otras prestaciones efectuadas por organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural para realizar, con fines de investigación científica, minería de textos y datos, se almacenarán con un nivel adecuado de seguridad y podrán conservarse para la verificación de los resultados de la investigación.</p> <p>En este supuesto, los titulares de derechos estarán autorizados a aplicar medidas que tengan como único objetivo garantizar la seguridad e integridad de las redes y bases de datos en que estén almacenadas las obras. Estas medidas no irán más allá de lo necesario para lograr ese objetivo.</p> <p>Los titulares de derechos, organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural podrán aprobar códigos de conducta voluntarios que recojan las mejores prácticas aplicables. La Administración podrá promover la elaboración de dichos códigos.</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|--|---|
| <p>Artículo 4. Excepción o limitación relativa a la minería de textos y datos</p> <p>1) Los Estados miembros establecerán una excepción o limitación a los derechos previstos en el artículo 5, letra a), y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE, el artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE, el artículo 4, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2009/24/CE y el artículo 15, apartado 1, de la presente Directiva con respecto a las reproducciones y extracciones de obras y otras prestaciones accesibles de forma legítima para fines de minería de textos y datos.</p> <p>2) Las reproducciones y extracciones realizadas de conformidad con el apartado 1 podrán conservarse durante todo el tiempo que sea necesario para fines de minería de textos y datos.</p> <p>3) La excepción o limitación establecida en el apartado 1 se aplicará a condición de que el uso de las obras y otras prestaciones a que se refiere dicho apartado no esté reservado expresamente por los titulares de derechos de manera adecuada, como medios de lectura mecánica en el caso del contenido puesto a la disposición del público en línea.</p> <p>4) El presente artículo no afectará a la aplicación del artículo 3 de la presente Directiva.</p> | <p>1) No será precisa la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual para las reproducciones de obras y otras prestaciones accesibles de forma legítima realizadas con fines de minería de textos y datos.</p> <p>2) Las reproducciones y extracciones podrán conservarse durante todo el tiempo que sea necesario para cumplir con estos fines, con pleno respeto a los principios de legalidad y a la normativa de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.</p> <p>3) Lo dispuesto en el apartado 1 no será aplicable cuando los titulares de derechos hayan reservado expresamente el uso de las obras a medios de lectura mecánica u otros medios que resulten adecuados.</p> <p>5) Sin perjuicio de lo dispuesto en la regulación legal sobre reproducciones provisionales y copia privada, no se necesitará la autorización del autor de una base de datos protegida legalmente y que haya sido divulgada, cuando se trate de reproducciones y extracciones de obras accesibles de forma legítima para fines de minería de textos y datos conforme al presente artículo.</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|---|
| | <p>6) Cuando se trate de reproducciones y extracciones de obras y otras prestaciones accesibles de forma legítima para fines de minería de textos y datos conforme al presente artículo, no será necesaria la autorización del titular de los derechos de realizar o de autorizar:</p> <p>a) La reproducción total o parcial, incluso para uso personal, de un programa de ordenador, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa necesiten tal reproducción deberá disponerse de autorización para ello, que otorgará el titular del derecho.</p> <p>b) La traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos, sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador.</p> <p>7) El usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que ésta haya sido puesta a disposición del público, podrá, sin autorización del fabricante de la base, extraer y/o reutilizar una parte sustancial del contenido de la misma, cuando se trate de reproducciones y extracciones de obras accesibles de forma legítima para fines de minería de textos y datos conforme al presente artículo.</p> |
| Artículo 2. Definiciones | Artículo 66. Definiciones |
| <p>1) «organismo de investigación»: <u>una universidad, incluidas sus bibliotecas, un instituto de investigación</u> o cualquier otra entidad cuyo principal objetivo sea realizar investigaciones científicas o llevar a cabo actividades educativas que también impliquen realizar investigaciones científicas:</p> <p>a) sin ánimo de lucro o reinvertiendo todos los beneficios en sus investigaciones científicas, o</p> | <p>3) «Organismo de investigación»: toda entidad cuyo principal objetivo sea realizar investigaciones científicas o llevar a cabo actividades educativas que también impliquen investigaciones científicas, que cumplan con los siguientes requisitos:</p> <p>a) Sean sin ánimo de lucro o reinvertiendo todos sus beneficios en las mismas.</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|---|
| <p>b) conforme a una misión de interés público reconocida por un Estado miembro,</p> <p>de tal manera que una empresa que ejerza una influencia decisiva en dicho organismo no pueda gozar de acceso preferente a los resultados generados por tales investigaciones científicas;</p> <p>2) nica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones;</p> <p>3) «institución responsable del patrimonio cultural», una biblioteca o un museo accesibles al público, un archivo o una institución responsable del patrimonio cinematográfico o sonoro;</p> | <p>b) Se realicen conforme a una misión de interés público.</p> <p>No podrán beneficiarse de acceso preferente a los resultados generados por las investigaciones científicas las empresas que ejerzan una influencia decisiva sobre el organismo de investigación.</p> <p>1) «Minería de textos y datos»: toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye pautas, tendencias, correlaciones u elementos similares.</p> <p>2) «Institución responsable del patrimonio cultural»: una biblioteca o un museo accesibles al público, un archivo o una institución responsable del patrimonio cinematográfico o sonoro. También se entienden comprendidos, entre otros, bibliotecas nacionales y archivos nacionales y, en lo que respecta a sus archivos y bibliotecas accesibles al público, los centros de enseñanza, los organismos de investigación y los organismos de radiodifusión del sector público.</p> |

Al no haber trazado una distinción nítida entre la minería de textos y datos con fines de investigación científica, que solo beneficia a organismos de investigación e instituciones de patrimonio cultural, y la minería de textos y datos general o con fines de innovación, el artículo 67 del RD-ley 24/2021 provoca algunos fallos de sistemática.

Así, cuando en su apartado primero afirma que «no será precisa la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual para las reproducciones de obras y otras prestaciones accesibles de forma legítima realizadas con fines de minería de textos y datos», no hay ningún elemento que permita descartar que esta frase abarca las dos modalidades de minería³⁶. De ahí que tampoco quede lo bastante

³⁶ Es verdad que los organismos de investigación e instituciones de patrimonio cultural se pueden beneficiar también de la excepción para minería de textos y datos sin fines de investigación científica, como cualquier otro sujeto, pero el problema está en que el artículo 67.1 RD-ley 24/2021

claro que el mecanismo de *opt out* que se recoge en el apartado tercero, por el que los titulares pueden reservarse el uso de sus obras o prestaciones para esta finalidad impidiendo la aplicación de la excepción³⁷, no es eficaz frente a la excepción de minería de textos y datos con fines de investigación científica.

Podría pensarse que el hecho de que el apartado siguiente contenga una serie de precisiones relativas solo a la minería de textos y datos con fines de investigación científica³⁸, es suficiente para inferir que lo dispuesto en los apartados precedentes está referido a la minería de textos y datos no reservada a ese tipo de fines, pero habría sido preferible distinguir desde el principio entre los dos tipos de minería, y establecer de manera explícita que la reserva de derechos por parte del titular no es eficaz frente a la minería con fines de investigación científica.

De hecho, tanto se ha despreocupado el legislador español de definir correctamente la minería de textos y datos con fines de investigación científica y perfilarla frente al otro tipo de minería, que ni siquiera especifica que la excepción que favorece a organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural solo permite que estos beneficiarios realicen minería de textos y datos de obras o prestaciones *a las que tengan acceso lícito*. Por descontado, tampoco se cuida de precisar cuándo hay que entender que dichos beneficiarios han tenido acceso lícito a las obras o prestaciones³⁹. La única exigencia que ha pasado pues al RD-ley 24/2021 es la de la minería de textos y datos sin fines de investigación científica: que las reproducciones lo sean de obras y otras prestaciones *que resulten accesibles de forma legítima*, dando

no permite apreciar que se esté refiriendo a la minería de textos y datos sin fines de investigación científica, aunque eventualmente realizada por organismos de investigación e instituciones de patrimonio cultural, en lugar de a la minería de textos y datos en cualquiera de sus modalidades, con y sin fines de investigación científica.

³⁷ «Lo dispuesto en el apartado 1 no será aplicable cuando los titulares de derechos hayan reservado expresamente el uso de las obras a medios de lectura mecánica u otros medios que resulten adecuados».

³⁸ Las condiciones de almacenamiento y conservación de las reproducciones efectuadas en el proceso de minado de textos y datos, las medidas que los titulares podrán aplicar para garantizar la seguridad e integridad de las redes y bases de datos en que estén almacenadas sus obras, y la llamada a que los titulares, organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural aprueben códigos de conducta voluntarios que recojan las mejores prácticas aplicables. Nuestro legislador no ha previsto disposiciones específicas para la conservación de las copias, como por ejemplo la designación de organismos de confianza, aunque estaba habilitado para ello de conformidad con el considerando (15) de la Directiva.

³⁹ Según el considerando (14) de la Directiva 2019/790 hay acceso lícito a los contenidos cuando éste se basa en una política de acceso abierto, o se articula por medio de disposiciones contractuales entre titulares de derechos y organismos o instituciones beneficiarios de la excepción, ya sea en forma de suscripciones o por otra clase de fórmulas. El acceso lícito también comprende el acceso a contenidos disponibles de forma gratuita en línea. Con ello, se pretende salir al paso de la realidad que el legislador UE constata en el considerando (10) de la Directiva, a saber, que pese a disponer de un acceso lícito a los contenidos, por ejemplo, a través de suscripciones a publicaciones o licencias de acceso abierto, los investigadores se encuentran con que los términos de las licencias les impiden realizar la minería de textos y datos.

por sentado que se trata de una exigencia equivalente a la del acceso lícito y válida para ambas formas de minería por igual, lo que contraviene el tenor de la Directiva⁴⁰.

Desde el punto de vista de los derechos afectados, la transposición de nuevo no ha sido todo lo aquilatada que debiera. La Directiva 2019/790 no trata de forma homogénea los derechos afectados por las dos modalidades de la excepción. Mientras que la variante de minería de textos y datos con fines de investigación científica solo puede afectar al derecho de reproducción, previsto con carácter transversal en el artículo 2 de la Directiva 2001/29, a favor de los editores de publicaciones de prensa en el artículo 15.1 de la propia Directiva 2019/790, y a favor de los autores de bases de datos en el artículo 5.1 de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre protección jurídica de las bases de datos («Directiva 96/9/CE»), así como a los derechos de extracción y de reutilización reconocidos a favor del fabricante de una base de datos en el artículo 7.1 de la Directiva 96/9/CE, la variante no sujeta a fines de investigación científica puede afectar a esos mismos derechos y, además, a los derechos de reproducción y transformación sobre programas de ordenador, contemplados en el artículo 4.1.a) y b) de la Directiva 2009/24/CE, de 23 de abril de 2009, sobre protección jurídica de programas de ordenador («Directiva 2009/24»).

Nuestro legislador no ha captado esa diferenciación y ha tratado los derechos afectados como si ambas variantes de minería se proyectasen sobre todo ese conjunto de derechos indistintamente. Así, en el primer apartado del artículo 67 RD-ley 24/2021 se limita el derecho de reproducción respecto de cualesquiera obras y prestaciones, para después referirse al derecho de reproducción en relación con bases de datos protegidas como obras (apartado quinto), a los derechos de reproducción y transformación respecto de programas de ordenador (apartado sexto) y a los derechos de extracción y reutilización en relación con el derecho *sui generis* del fabricante de una base de datos (apartado séptimo). En los tres casos se señala que no será necesaria la autorización del respectivo titular para efectuar reproducciones o extracciones «*para fines de minería de textos y datos conforme al presente artículo*», lo que demuestra que nuestra norma interna, en contravención de la Directiva, permite que también la excepción de minería de textos y datos con fines de investigación científica afecte a los derechos de reproducción y transformación sobre programas de ordenador.

Sin perjuicio de este grave desajuste, los tres últimos apartados del artículo 67 del RD-ley 24/2021 contienen algunas otras imprecisiones. Así, todos ellos dis-

⁴⁰ El requisito de la «accesibilidad de forma legítima» es objeto de desarrollo en el considerando (18) de la Directiva 2019/790. Todo indica que en el caso de la minería sin fines de investigación científica es necesario que el beneficiario tenga la condición, más estricta, de usuario legítimo, mientras que como hemos visto puede haber acceso lícito por parte de un organismo de investigación o institución de patrimonio cultural, aun cuando los contenidos sean accesibles merced a una política de acceso abierto o se encuentren disponibles de forma gratuita en línea.

ponen que la excepción de minería de textos y datos permitirá en esos casos realizar «reproducciones y extracciones de obras accesibles de forma legítima», lo cual es ilógico, porque la falta de necesidad de autorización del titular respecto de cualesquiera obras en general ya está captada en el apartado primero, y de lo que se trata en estos otros apartados es de precisar los derechos en juego cuando el objeto afectado sean concretamente una base de datos o un programa de ordenador, no «obras» en general. Esos pasajes son además equívocos porque presuponen que una base de datos —tanto si es una obra en sí misma como si solo merece la protección *sui generis*—, o un programa de ordenador, integran o se hallan compuestos a su vez de obras, lo que obviamente no tiene por qué suceder⁴¹.

En fin, como dato positivo de la transposición de esta materia debe consignarse que el legislador español no haya previsto una compensación equitativa anudada al límite de minería de textos y datos sin fines de investigación científica. El considerando (17) de la Directiva 2019/790 dispone que los Estados miembros se han de abstener de prever una indemnización para los titulares de derechos «por los usos realizadas al amparo de las excepciones aplicables a la minería de textos y datos establecidas en la presente Directiva». Sin embargo, es claro que se está refiriendo solo a la variante con fines de investigación científica, pues justifica esa afirmación en la naturaleza y ámbito de aplicación de la excepción, limitados a las entidades que realizan actividades de investigación científica y que han de carecer de ánimo de lucro, lo que determina que el posible perjuicio que podría derivarse de ella para los titulares de derechos sea mínimo.

Esto no sucede con la minería de textos y datos sin fines de investigación científica, cuyos beneficiarios ya no han de ser organismos de investigación o instituciones de patrimonio cultural sin ánimo de lucro, y de hecho el artículo 4 de la Directiva 2019/790 admite que los Estados miembros establezcan a este respecto tanto una *excepción* como una *limitación*, siendo así que este segundo término se asocia a la posibilidad de prever una compensación equitativa por el uso legalmente permitido⁴². Pues bien, pese a existir la posibilidad de fijar una compensación equitativa para esta segunda clase de minería, decimos que debe considerarse un acierto de nuestro legislador no haberla establecido, pues su introducción podría haber resultado disuasoria para la realización de actividades de minería de textos y datos, con la consiguiente pérdida de la innovación derivada de la misma, o en todo caso su migración a otras jurisdicciones donde la actividad no se halle sujeta a ese gravamen.

⁴¹ Paradójicamente, no se hace mención alguna de las «prestaciones», las cuales, con carácter igualmente hipotético pero no necesario, podrían conformar el contenido de una base de datos.

⁴² Los dos preceptos de la Directiva que solo emplean el término «excepción» (el art. 3 y el art. 6) no contemplan la posibilidad de prever una remuneración o compensación, mientras que el otro precepto que utiliza el binomio «excepción o limitación» (el art. 5) sí admite la previsión de una compensación equitativa anudada al uso en cuestión.

2. UTILIZACIÓN DE OBRAS Y OTRAS PRESTACIONES EN ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS DIGITALES Y TRANSFRONTERIZAS

El legislador de la UE ya había regulado un límite de ilustración con fines educativos, aunque se trataba de un límite poco caracterizado y de carácter opcional y no obligatorio para los Estados miembros. Ambas cosas habían dado lugar a una escasa homogeneidad de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia.

En efecto, el artículo 5.3.a) de la Directiva 2001/29 autorizaba a los Estados miembros a establecer una excepción o limitación a los derechos de reproducción, comunicación al público y puesta a disposición a efectos de ilustración con fines educativos. Lo único que exigía es que, salvo imposibilidad, se indicase la fuente y nombre del autor, y que el uso se ciñese a la medida en que estuviera justificado por la finalidad no comercial perseguida. Un límite análogo, con idénticos fines y características, lo encontramos en los artículos 6.2.b) y 9.b) de la Directiva 96/9/CE, con respecto al uso de una base de datos y a la extracción/reutilización de una parte sustancial de su contenido.

Esta situación había dado lugar a que, sobre todo la enseñanza digital y a distancia, se viera obstaculizada por las dudas sobre la aplicación de esas excepciones o limitaciones a los usos digitales en línea transfronterizos. De ahí que en la Directiva 2019/790 se haya considerado oportuno establecer una nueva excepción obligatoria para los Estados miembros, dirigida a dar a los centros docentes seguridad jurídica cuando utilicen obras o prestaciones en actividades pedagógicas digitales, incluidas las actividades en línea y transfronterizas.

Se trata de la excepción o limitación del artículo 5.1 de la Directiva 2019/790, la cual autoriza el uso digital de obras y prestaciones a efectos de ilustración con fines educativos⁴³, en la medida justificada por el fin no comercial perseguido, y a condición de que —salvo imposibilidad— se indique la fuente y nombre del autor, y el uso tenga lugar bajo la responsabilidad de un centro de enseñanza⁴⁴, en sus locales (v. gr. a través de pizarras electrónicas o dispositivos digitales conectados a Internet) o en otros lugares⁴⁵, o a través de un entorno

⁴³ El considerando (21) ayuda a entender qué debe entenderse por un uso a efectos de «ilustración» con fines educativos: la obra o prestación debe ser utilizada para apoyar, enriquecer o complementar la enseñanza del profesor o el aprendizaje del alumno. Eso significa que la ilustración solo permitirá, en la mayor parte de los casos, el uso de partes o extractos de obras o prestaciones, de forma que no reemplace la adquisición de material destinado principalmente al mercado de la enseñanza (v. gr. manuales o libros de texto).

⁴⁴ La excepción deberá beneficiar a cualesquiera centros de enseñanza reconocidos por un Estado miembro, ya estén involucrados en la educación primaria, secundaria, formación profesional o educación superior, por más que la formación a distancia y los programas educativos transfronterizos se hayan desarrollado hasta ahora primordialmente en la enseñanza superior (considerando [20]).

⁴⁵ Podría ser en el marco de actividades docentes que tengan lugar en un museo, una biblioteca u otra institución responsable del patrimonio cultural (considerando [22]).

electrónico seguro al que solo puedan acceder los alumnos o estudiantes y el personal docente del centro⁴⁶.

Una de las claves de la nueva regulación es que el límite resulte plenamente operativo no obstante el carácter transfronterizo de la explotación. A tal fin el artículo 5.3 de la Directiva dispone que los usos realizados al amparo de esta excepción se considerará que tienen lugar únicamente en el Estado miembro en que esté establecido el centro de enseñanza. Se acoge así el criterio de «país de origen», ficción jurídica que el legislador de la Unión ya ha utilizado en otros ámbitos⁴⁷.

Nuestro legislador ha incorporado el límite de actividades pedagógicas digitales y transfronterizas en el artículo 68 del RD-ley 24/2021. Lo ha hecho ateniéndose a una transposición de mínimos y manteniendo intactos, en paralelo, los límites ya existentes de ilustración de la enseñanza en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 32 TRLPI. Cabe augurar que ello traerá consigo una difícil cohabitación entre las dos regulaciones. En la tabla a continuación se contraponen el artículo 5 de la Directiva 2019/790 con el artículo 68 del RD-ley 24/2021.

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|---|
| Artículo 5. Utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas | Artículo 68. Utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas (32.3, 4 y 5 TRLPI) |
| 1) Los Estados miembros establecerán una excepción o limitación a los derechos previstos en el artículo 5, letras a), b), d) y e), y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE, artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29/CE, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2009/24/CE y el artículo 15, apartado 1, de la presente Directiva a fin de autorizar el uso digital de obras y otras prestaciones únicamente a efectos de ilustración con fines educativos, <u>en la medida en que ello esté justificado por la finalidad no comercial perseguida</u> , a condición de que dicho uso: | 1) No será precisa autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual para los actos de reproducción, distribución y comunicación pública por medios digitales de obras y otras prestaciones a efectos de ilustración con fines educativos siempre que: |

⁴⁶ Por «entorno electrónico seguro» se entiende aquel cuyo acceso está limitado al personal docente de un centro de enseñanza y a los estudiantes matriculados en un programa de estudios, en particular mediante sistemas de autenticación basados en una contraseña (considerando [22]).

⁴⁷ Así, en el de la comunicación al público vía satélite (art. 1.2.b/ de la Directiva Satélite y Cable), o en el de los servicios accesorios en línea de los organismos de radiodifusión (art. 3.1 de la Directiva 2019/789).

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|---|
| <p>a) <u>tenga lugar bajo la responsabilidad de un centro de enseñanza, en sus locales o en otros lugares, o a través de un entorno electrónico seguro al que solo puedan acceder los alumnos o estudiantes y el personal docente del centro, y</u></p> <p>b) <u>vaya acompañado de la indicación de la fuente, con inclusión del nombre del autor, salvo que ello resulte imposible.</u></p> <p>2) <u>No obstante lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1, los Estados miembros podrán establecer que la excepción o limitación adoptada con arreglo al apartado 1 no sea aplicable o no se aplique con respecto a determinados usos o tipos de obras u otras prestaciones, como materiales destinados principalmente al mercado de la enseñanza o partituras, en la medida en que estén fácilmente disponibles en el mercado acuerdos de licencia adecuados que autoricen los actos a que se refiere el apartado 1 del presente artículo y adaptados a las necesidades y especificidades de los centros de enseñanza.</u></p> <p><u>Los Estados miembros que decidan hacer uso de lo dispuesto en el párrafo primero del presente apartado adoptarán las medidas necesarias a fin de garantizar para los centros de enseñanza la disponibilidad y visibilidad adecuada de las licencias que autorizan los actos a que se refiere el apartado 1 del presente artículo.</u></p> <p>3) <u>Se considerará que el uso de obras y otras prestaciones únicamente a efectos de ilustración con fines educativos a través de entornos electrónicos seguros que se haga en cumplimiento de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas en virtud del presente artículo, únicamente tiene lugar en el Estado miembro en que está establecido el centro de enseñanza.</u></p> | <p>a) sean realizados por el profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español y por el personal de universidades y organismos de investigación.</p> <p>b) tengan lugar en un entorno electrónico seguro.</p> <p>c) se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, siempre que sea posible.</p> <p>2) Estos actos se entenderán únicamente realizados en territorio español, aunque sus destinatarios no se encuentren en él.</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|--|----------------|
| <p>4) <u>Los Estados miembros podrán prever una compensación equitativa para los titulares de derechos por el uso de sus obras u otras prestaciones con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1.</u></p> <p><u>Será inaplicable toda disposición contractual contraria a esta excepción (artículo 7 de la Directiva)</u></p> | |

Como se ve, nuestro legislador ha estimado que, con ocasión de esta transposición, solo era necesario incorporar a nuestro Derecho el límite de uso de obras en actividades pedagógicas prestadas a través de un entorno electrónico seguro, en la suposición de que los restantes usos digitales con fines de ilustración de la enseñanza ya estaban cubiertos por los límites del artículo 32 TRLPI. De ahí que no se refiera al uso de obras o prestaciones por un centro de enseñanza, en las aulas o en otros lugares, sino solo al uso a través de entornos electrónicos seguros y al criterio del país de origen.

Dicho lo cual, no es posible trazar un deslinde perfecto entre los límites de ilustración de la enseñanza del artículo 32 TRLPI y el nuevo límite del artículo 68 RD-ley 24/2021. Si se observa, en aquellos ya se hablaba de actos para la ilustración de actividades educativas «tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia» (art. 32.3.a/ TRLPI) y de actos de puesta a disposición a través de las redes internas y cerradas a las que únicamente puedan acceder alumnos y personal docente del centro o en el marco de un programa de educación a distancia ofertado por el centro (art. 32.4.d.2º TRLPI). Es decir, actividades pedagógicas prestadas igualmente a través de un entorno electrónico seguro.

Resulta además que el artículo 68 RD-ley 24/2021 no solo se refiere a los usos en actividades pedagógicas *transfronterizas*. Se refiere, a pesar de su título, a cualesquiera usos en actividades docentes prestadas a través de un entorno electrónico seguro, incluidos los que tengan alcance transfronterizo, pero sin excluir los que no lo tengan. Obsérvese cómo la palabra «transfronterizo» no se emplea en ningún lugar del texto del artículo, y que el apartado 2, cuando se refiere al principio de país de origen, dice que esos usos se entenderán únicamente realizados en territorio español «*aunque sus destinatarios no se encuentren en él*». Es decir, se acepta concesivamente que los destinatarios podrían no estar en España, pero en absoluto se da por sentado que los destinatarios tengan que estar, en todo o en parte, fuera de España.

Así las cosas, resulta que nuestro legislador habría venido a duplicar la regulación del límite de ilustración de la enseñanza en actividades pedagógicas a distancia en entornos electrónicos seguros, con el inconveniente añadido de que

las condiciones de aplicación de uno y otro límite no concuerdan. El artículo 68 RD-ley 24/2021 limita, sin ningún tipo de cortapisa, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública por medios digitales, y beneficia a todo tipo de centros integrados en el sistema educativo español, mientras que el límite del artículo 32.4 TRLPI solo admite actos de reproducción, distribución y comunicación pública parcial de obras impresas, limitados a un capítulo de libro, artículo de revista o extensión asimilable al diez por ciento de la obra, realizados exclusivamente en universidades o centros públicos de investigación.

A fin de evitar esa falta de concordancia, la transposición del artículo 5 de la Directiva 2019/790 debería haberse hecho por vía de introducir en los apartados 3 y 4 del artículo 32 TRLPI los matices necesarios para dar cobertura a todas las actividades pedagógicas digitales, incluidas las transfronterizas. Ello, además, sobre la base de los requisitos de aplicación del límite establecidos en la Directiva 2019/790, pues no hay que olvidar que el legislador comunitario ha considerado que las excepciones de los artículos 5.3.a) de la Directiva 2001/29 y 6.2.b) y 9.b) de la Directiva 96/9/CE están concebidos para los usos en un entorno analógico, debiendo estarse a la excepción del artículo 5 de la Directiva 2019/790 para los usos digitales, en línea y —en su caso— transfronterizos⁴⁸.

El error del legislador español ha sido mantener intactos unos límites —los del artículo 32.3 y 4 TRLPI— que él mismo ya había hecho evolucionar hacia los usos en el entorno digital y en línea, y en lugar de adaptarlos a las exigencias de la nueva Directiva, crear en un cuerpo legal separado un límite *ex novo* llamado a convivir con aquellos⁴⁹.

⁴⁸ El considerando (19) de la Directiva es bastante claro, cuando dice, refiriéndose a las excepciones de las Directivas 2001/29 y 96/9/CE: «El ámbito de aplicación de estas excepciones o limitaciones a los usos digitales no está claro. Tampoco lo está si dichas excepciones o limitaciones deben aplicarse cuando la enseñanza se ofrece en línea y a distancia. Por otra parte, el marco jurídico actual no prevé los efectos transfronterizos. Esta situación puede obstaculizar el desarrollo de las actividades de enseñanza con soporte digital y de la formación a distancia. Por consiguiente, es preciso establecer una nueva excepción o limitación obligatoria para garantizar que los centros de enseñanza disfruten de plena seguridad jurídica cuando utilicen obras u otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales, incluidas las actividades en línea y transfronterizas». Nótese, por otro lado, que el artículo 24 de la Directiva 2019/790 modifica precisamente de los artículos 5.3.a) de la Directiva 2001/29 y 6.2.b) y 9.b) de la Directiva 96/9/CE para introducir en todos ellos el inciso: «sin perjuicio de las excepciones y limitaciones establecidas en la Directiva (UE) 2019/790».

⁴⁹ El error es tan craso que el MCUD se vio obligado a difundir, el mismo día de la publicación en el BOE del RD-ley 24/2021, una «Nota sobre el artículo 68 del Real Decreto-ley 24/2021», a la que ya nos hemos referido, en la que se defiende la compatibilidad entre el límite del artículo 68 RD-ley 24/2021 y el del artículo 32.4 TRLPI. La Nota da a entender que la remuneración equitativa prevista en el segundo es aplicable a los usos regulados en el primero porque a ambos se han de ceñir por igual los actos de reproducción por medios digitales, e invoca la regla de los tres pasos, la cual sin embargo en nuestro Derecho interno no se aplica —también por descuido de nuestro legislador— a los nuevos límites del RD-ley 24/2021. Apenas es necesario insistir en que esta Nota carece de cualquier eficacia jurídica normativa ni interpretativa, aunque no deja de ser reveladora de la conciencia que los responsables ministeriales tienen acerca de las inconsistencias a que conduce la doble regulación del límite de ilustración de la enseñanza.

Por lo demás, cabe señalar algunos otros desajustes en el artículo 68 RD-ley 24/2021, esta vez relacionados con la norma de cuya transposición se trata. Así, mientras que la Directiva solo habla de la necesidad de que los usos se realicen bajo la responsabilidad de «un centro de enseñanza», la norma española aplica la exigencia de que los actos de utilización «*sean realizados por el profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español y por el personal de universidades y organismos de investigación*», terminología importada del artículo 32 del TRLPI.

Esto supone aplicar un enfoque más restrictivo por un lado y más amplio por otro. Lo primero porque la norma comunitaria no subordina la aplicación del límite a que la enseñanza sea reglada y se imparta en centros pertenecientes al sistema educativo *stricto sensu*, lo segundo porque solo habla del uso por parte de centros de enseñanza, no de organismos de investigación.

Adicionalmente, el artículo 68 del RD-ley 24/2021 olvida mencionar uno de los factores de aplicación del límite, a saber, que la utilización solo podrá llevarse a cabo en la medida en que ello esté justificado por la finalidad no comercial perseguida. Es decir, conforme a la Directiva 2019/790, el límite no ampara usos realizados en el marco de actividades pedagógicas impartidas por centros que persigan una finalidad comercial. Nuestro precepto interno, sin embargo, emplea en este punto una fórmula amplia que no permite entender correctamente transpuesta la Directiva, pues *centros integrados en el sistema educativo español* pueden ser también centros de carácter privado⁵⁰, y en cuanto a las *universidades y organismos de investigación*, no lo restringe a los de titularidad pública, como por ejemplo hace el artículo 32.4 TRLPI.

En otro orden de cosas, la Directiva es muy exhaustiva en cuanto al haz de derechos que pueden verse afectados por esta excepción: de un lado, los derechos de reproducción y comunicación pública de los autores y los titulares de derechos afines previstos en los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29, de otro los derechos de explotación del autor de una base de datos (arts. 5, letras a/, b/, d/ y e/ de la Directiva 96/9/CE), así como los derechos de extracción y reutilización del fabricante de una base de datos (art. 7.1 de la Directiva 96/9/CE), en tercer lugar los derechos de explotación sobre un programa de ordenador (art. 4.1 de la Directiva 2009/24)⁵¹, y finalmente el nuevo derecho

⁵⁰ Aunque, según el considerando (20) de la Directiva 2019/790, la estructura organizativa y los medios de financiación del centro de enseñanza no son factores decisivos para determinar el carácter no comercial de la actividad, es obvio que si un centro solo cuenta con una financiación privada y su estructura organizativa es la de una sociedad mercantil con ánimo de lucro, hay pocas posibilidades de considerar que los usos en él realizados no tienen carácter comercial.

⁵¹ Respecto de los programas de ordenador, y en concreto respecto del derecho de distribución sobre los mismos, el considerando (21) aclara que la distribución autorizada al amparo de esta excepción o limitación debe limitarse a la transmisión digital de esos programas informáticos.

conexo a favor de los editores de publicaciones de prensa del artículo 15 de la propia Directiva.

Frente a ello, nuestro legislador emplea una fórmula omnicomprendiva según la cual «no será precisa autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual para los actos de reproducción, distribución y comunicación pública por medios digitales de obras y otras prestaciones a efectos de ilustración con fines educativos». Esta opción es tanto más chocante si se tiene en cuenta que, en el artículo anterior, se ha tomado la molestia de intentar precisar toda la gama de derechos que pueden verse afectados por la minería de textos y datos. Pero, más allá de esa falta de coherencia interna, importa subrayar que la enumeración de derechos del artículo 68 RD-ley 24/2021 no concuerda con la de la Directiva: mientras que esta, a diferencia de aquel, no menciona en ningún momento el derecho de distribución⁵², nuestro precepto omite referirse a los derechos de extracción y reutilización sobre bases de datos, que la Directiva en cambio sí contempla.

En fin, el legislador español no ha hecho uso de la facultad que contempla el artículo 5.2 de la Directiva, consistente en establecer que la excepción o limitación adoptada con arreglo al apartado 1 no se aplique a determinados usos o tipos de obras o prestaciones, como materiales destinados principalmente al mercado de la enseñanza o partituras, en tanto estén fácilmente disponibles en el mercado acuerdos de licencia que autoricen los actos a que se refiere el apartado 1 del presente artículo y adaptados a las necesidades y especificidades de los centros de enseñanza⁵³.

Esto en sí mismo no constituye un reproche, ya que ciertamente resulta facultativo para los Estados miembros establecer esas exclusiones. Sin embargo, si se combina con el dato de que nuestro legislador tampoco ha previsto una compensación equitativa para los titulares de derechos por el uso de sus obras o prestaciones con base en este límite, a lo que también faculta el artículo 5.4 de la Directiva⁵⁴, tenemos una regulación que podría considerarse descompensada desde el punto de vista de los titulares, máxime cuando —como decíamos *su-*

⁵² Salvo en la modalidad de transmisión digital para programas de ordenador, como acabamos de aclarar en la nota anterior.

⁵³ Dicho sea de paso, esta facultad la contempla la Directiva como una suerte de excepción a la regla de inaplicabilidad de toda disposición contractual que pretenda impedir la efectividad de este límite (artículo 7.1). Como señalamos al tratar en general de los nuevos límites de la Directiva 2019/790, se echa en falta haber especificado que cualquier disposición contractual contraria a esta excepción será inaplicable.

⁵⁴ Sobre el amplio margen dado por el legislador comunitario a los Estados miembros en este punto y el riesgo de desarmonización que ello comporta, *vid.* B. RIBERA BLANES, «La enseñanza presencial y online mediante la utilización de recursos digitales protegidos por la propiedad intelectual (art. 5 DDAMUD)», en *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo* (dir. C. Saiz García y R. Evangelio Llorca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 201-202.

pra— nuestra ley no excluye que los beneficiarios del límite realicen actividades pedagógicas con finalidad comercial.

3. CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

La labor de conservación de obras u otras prestaciones por las instituciones responsables del patrimonio cultural comporta, a menudo, la necesidad de realizar actos de reproducción y, por tanto, la necesidad de solicitar las autorizaciones a los titulares de derechos correspondientes, lo que dificulta y ralentiza la tarea de conservación a esas instituciones. Ello se pone aún más de manifiesto al comprobar cómo las nuevas tecnologías digitales han multiplicado las fórmulas de conservación, y por ende de reproducción, de las colecciones de esas instituciones.

Al objeto de paliar esa situación, el artículo 6 de la Directiva 2019/790 ordena a los Estados miembros que regulen una excepción para que las instituciones responsables del patrimonio cultural puedan efectuar copias de las obras u otras prestaciones que se hallen de forma permanente en sus colecciones, siempre y cuando concurren fines de conservación⁵⁵ (v. gr. para hacer frente a la obsolescencia tecnológica o la degradación de los soportes originales, o para asegurar dichas obras y prestaciones).

Nuestro legislador ha incorporado este tercer límite en el artículo 69 del RD-ley 24/2021, manteniendo en paralelo el límite regulado en el artículo 37.1 del TRLPI, que da cobertura a las reproducciones con fines de conservación e investigación en favor de museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico (todas ellas, en definitiva, instituciones responsables del patrimonio cultural)⁵⁶. La convivencia de estos dos límites no es clara y está llamada a generar una importante dosis de inseguridad jurídica. En la tabla se contraponen el artículo 6 de la Directiva 2019/790 con el artículo 69 del RD-ley 24/2021.

⁵⁵ Por tanto, cuando las copias se realicen con fines distintos a los de conservación, las instituciones responsables del patrimonio cultural deberán seguir requiriendo las autorizaciones de los titulares de derechos, salvo que los actos de reproducción estén amparados por otras excepciones del Derecho de la UE (como por ejemplo los límites establecidos en los artículos 3 y 4 de la Directiva 2019/790).

⁵⁶ Literalmente, el artículo 37.1 TRLPI dice: «Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación».

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|---|
| <p>Artículo 6. Conservación del patrimonio cultural</p> | <p>Artículo 69. Conservación del patrimonio cultural</p> |
| <p>Los Estados miembros establecerán una excepción a los derechos previstos en el artículo 5, letra a), y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE, el artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE, el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 2009/24/CE y el artículo 15, apartado 1, de la presente Directiva, con el fin de permitir a las instituciones responsables del patrimonio cultural efectuar copias de las obras u otras prestaciones que se hallen de forma permanente en sus colecciones, en cualquier formato y en cualquier soporte, con la finalidad de conservar tales obras u otras prestaciones y en la medida necesaria para esa conservación.</p> <p><i>Será inaplicable toda disposición contractual contraria a esta excepción (artículo 7 de la Directiva)</i></p> | <ol style="list-style-type: none"> 1) Las instituciones responsables del patrimonio cultural podrán realizar, sin autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual, reproducciones, de las obras u otras prestaciones que se hallen de forma permanente en sus colecciones, mediante las herramientas, medios o tecnologías de conservación adecuados, en cualquier formato o medio, en la cantidad necesaria y en cualquier momento de la vida de una obra u otra prestación, y en la medida necesaria para los fines de conservación. 2) Las instituciones responsables del patrimonio cultural podrán recurrir a terceros que actúen en su nombre y bajo su responsabilidad, incluidos los establecidos en otros Estados miembros, para la realización de las reproducciones que legalmente estén habilitadas a llevar a cabo. 3) Sin perjuicio de lo dispuesto en la regulación legal sobre reproducciones provisionales y copia privada, no se necesitará la autorización del autor de una base de datos protegida legalmente y que haya sido divulgada, para realizar su reproducción, cuando se trate de fines de conservación del patrimonio cultural conforme al artículo 37 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. 4) El usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que ésta haya sido divulgada, podrá, sin autorización del fabricante de la base, reproducir una parte sustancial del contenido de la misma, cuando se trate de fines de conservación del patrimonio cultural conforme al artículo 37 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. |

En primer lugar, resulta controvertido haber optado por incorporar un nuevo límite de reproducción con fines de conservación, cuando en nuestro ordenamiento ya venía existiendo uno con notas muy similares), si bien es cierto que el límite del artículo 37.1 TRLPI alcanza tanto a fines de conservación como de investigación⁵⁷.

A nuestro legislador le habría bastado con incorporar en el artículo 37.1 TRLPI, al menos con respecto a los fines de conservación, los matices necesarios para la transposición de la Directiva 2019/790. En concreto, habría sido tan sencillo como (i) reflejar adecuadamente el concepto de institución responsable del patrimonio cultural, que en la Directiva va más lejos que el abanico de beneficiarios descrito en el artículo 37.1 TRLPI; (ii) señalar que la excepción del artículo 37.1 TRLPI con fines de conservación solo debe servir para la reproducción de obras o prestaciones que se encuentren de forma permanente en las colecciones de la institución; y (iii) precisar que las instituciones beneficiarias podrán recurrir a ayuda de terceros que actúen en su nombre y bajo su responsabilidad para la realización de las copias.

Sin embargo, al haber optado por regular un nuevo límite en el artículo 69 del RD-ley 24/2021 manteniendo en paralelo el del artículo 37.1 TRLPI, nuestro legislador ha introducido una innecesaria complejidad a la hora de aplicar e interpretar estos dos límites. Imaginemos un supuesto en el que una biblioteca desea realizar una copia de un libro con fines de conservación que se encuentra de forma permanente en su colección. Todo apunta a que para realizar esa copia podría ampararse simultáneamente en el límite del artículo 37.1 TRLPI y en el del artículo 69 del RD-ley 24/2021. Si, por el contrario, el libro del que se realiza la copia no forma parte de la colección permanente de la biblioteca, ¿podría aun así realizarla al amparo del artículo 37.1 TRLPI a pesar de que esto no estuviese permitido por el artículo 69 del RD-ley 24/2021? Como ilustra este ejemplo, el mantenimiento de dos límites que se solapan conduce a situaciones cuando menos paradójicas.

Sin perjuicio del desacierto de nuestro legislador al propiciar la convivencia de ambos límites, lo cierto es que la norma de transposición ha recogido en gran medida las disposiciones de la Directiva relativas a este límite de conservación del patrimonio cultural, contenidas tanto en el artículo 6 como en los considerandos relacionados.

⁵⁷ El límite del artículo 37.1 TRLPI tiene su base en el artículo 5, apartado 2, letra c) de la Directiva 2001/29, que establecía que los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 de la Directiva 2001/29 «*en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto*». Este apartado ha sido modificado por la disposición final segunda de la Directiva 2019/790, para aclarar que esa posibilidad se debe entender ahora sin perjuicio de las excepciones y limitaciones establecidas en la Directiva 2019/790, entre ellas precisamente la de su artículo 6, que ahora estamos analizando.

En efecto, tal y como se aclara en el considerando (27) de la Directiva, el artículo 69.1 del RD-ley 24/2021 establece que, con base en esta excepción, las instituciones responsables del patrimonio cultural podrán realizar las copias de las obras o prestaciones de sus colecciones permanentes: (i) mediante las tecnologías y herramientas de conservación que se consideren más adecuadas; (ii) en cualquier formato o medio; (iii) en la cantidad necesaria; (iv) en cualquier momento de la vida de una obra u otra prestación; y (v) en la medida necesaria para los fines de conservación.

Por el contrario, el legislador español no se ha preocupado de precisar cuándo hay que entender que las obras y otras prestaciones se encuentran de forma permanente en la colección de una institución responsable del patrimonio cultural. Y es algo que resulta esencial para la aplicación del límite y que también podía haber efectuado fácilmente, con tan solo atender al considerando (29) de la Directiva, según el cual se debe entender que las obras y otras prestaciones se encuentran de forma permanente en la colección de una institución responsable del patrimonio cultural cuando las copias de esas obras o prestaciones: (i) son propiedad de dicha institución; u (ii) obran en su poder de manera permanente, por ejemplo, como consecuencia de una transmisión de la propiedad, acuerdos de licencia, obligaciones de depósito legal o acuerdos de custodia permanente.

Por otra parte, de conformidad con el considerando (28) de la Directiva, el artículo 69.2 del RD-ley 24/2021, ante la eventualidad de que las instituciones beneficiarias carezcan de los medios o conocimientos técnicos necesarios para realizar por sí mismas los actos de reproducción, ha incluido la posibilidad de que estas puedan recurrir a la ayuda de terceros que actúen en su nombre y bajo su responsabilidad, aunque estén establecidos en otros Estados miembros, para la realización de las copias.

Desde el punto de vista de los derechos afectados, sin embargo, la transposición no ha sido todo lo concreta que debiera. La Directiva 2019/790 hace una exposición detallada de los derechos que pueden verse afectados por esta excepción, a saber: el derecho de reproducción, previsto con carácter transversal en el artículo 2 de la Directiva 2001/29, a favor de los editores de publicaciones de prensa en el artículo 15.1 de la propia Directiva 2019/790, para programas de ordenador en el artículo 4.1.a) de la Directiva 2009/24 y a favor de los autores de bases de datos en el artículo 5.a) de la Directiva 96/9/CE; y los derechos de extracción y de reutilización reconocidos a favor del fabricante de una base de datos en el artículo 7.1 de la Directiva 96/9/CE.

Frente a ello, nuestro legislador ha empleado una fórmula más genérica y que contiene ciertas imprecisiones, por no decir directamente incorrecciones. Así, en el artículo 69.I RD-ley 24/2021 se limita el derecho de reproducción respecto de las obras u otras prestaciones que se hallen de forma permanente en las colecciones de las instituciones responsables del patrimonio cultural. No se

mencionan de manera separada ni el derecho conexo reconocido a favor de los editores de publicaciones de prensa ni los programas de ordenador, pero ciertamente ambos constituyen obras u otras prestaciones, y por tanto deben considerarse abarcados por la fórmula general que emplea el precepto.

Sin embargo, la técnica empleada en relación con las bases de datos merece calificarse de errónea. El apartado tercero del artículo 69 RD-ley 24/2021 se refiere al derecho de reproducción en relación con bases de datos protegidas como obras, e indica que no se necesitará autorización del autor para llevar a cabo reproducciones de una base de datos cuando se trate de fines de conservación del patrimonio cultural conforme al artículo 37 TRLPI. Otro tanto establece el apartado cuarto de ese mismo artículo a propósito de la reproducción de una parte sustancial de una base de datos por parte de su usuario legítimo, en relación con el derecho *sui generis* del fabricante de una base de datos⁵⁸.

No se entienden las remisiones al artículo 37 TRLPI para estos dos casos, más allá de evidenciar que el propio legislador ha sido consciente de la inconsistencia de mantener el límite del artículo 37 TRLPI junto con el nuevo límite del artículo 69 RD-ley 24/2021 sin trazar ninguna coordinación entre ambos. Si nos fijamos, esos dos últimos apartados del artículo 69 RD-ley 24/2021 no mencionan que las bases de datos deban pertenecer de forma permanente a las colecciones de los sujetos beneficiados por el límite para que este puede aplicarse, como sí prevé la Directiva. Es más, ni siquiera se especifica que los sujetos beneficiados tengan que ser instituciones responsables del patrimonio cultural, debiendo interpretarse que el círculo de sujetos beneficiados será el indicado en el artículo 37.1 TRLPI, de alcance más limitado que el de la Directiva 2019/790.

De este modo, lo que en realidad ha hecho nuestro legislador es ampliar el ámbito objetivo de aplicación del límite del artículo 37.1 TRLPI, de modo que pasa a afectar de manera explícita a las bases de datos que sean obras y a las que merecen la protección *sui generis*, obviamente bajo los requisitos previstos en ese viejo límite. Ello resulta contradictorio, pues donde dicha ampliación debería haberse localizado es precisamente en el propio artículo 37.1 TRLPI y no en el artículo 69 RD-ley 24/2021, que regula un límite con fines de conservación sujeto a otros requisitos. Pero lo peor es que, al haber trazado esa remisión al artículo 37 TRLPI, nuestro legislador no ha cumplimentado correctamente la transposición del límite del artículo 6 de la Directiva con relación a las bases de datos, ya que la utilización de estas con fines de conservación por instituciones de patrimonio cultural se ha quedado sin acomodo en nuestro ordenamiento interno.

⁵⁸ Obsérvese de paso que en relación con el derecho *sui generis* del fabricante de una base de datos es erróneo referirse al «derecho de reproducción», puesto que la protección *sui generis* no comprende este derecho, sino los derechos de extracción y reutilización, tal y como se refleja en el artículo 7.1 de la Directiva 96/9/CE, al que se remite el artículo 6 de la Directiva 2019/790.

En otro orden de cosas, cabe destacar que tanto el artículo 6 de la Directiva como los considerandos que lo complementan guardan silencio sobre la posibilidad de que los Estados miembros puedan o, por el contrario, deban abstenerse de prever una compensación para los titulares de derechos por los usos realizados al amparo de esta excepción. No obstante, teniendo en cuenta que el artículo 6 ordena establecer únicamente una «excepción» (y no, alternativamente, una «limitación»), ello parece indicar, según hemos visto *supra*, que los Estados miembros deberán abstenerse de prever una compensación equitativa por el uso legalmente permitido en virtud de lo previsto en este artículo. Ello iría además en consonancia con la naturaleza y ámbito de aplicación de la excepción, que beneficia a las instituciones responsables del patrimonio cultural para fines de conservación del mismo. En este sentido, y como dato positivo de la transposición de esta materia, debe consignarse que el legislador español no haya previsto una compensación equitativa anudada a este límite.

4. PASTICHE

El último precepto en materia de límites es el relativo al pastiche, regulado en el artículo 70 del RD-ley 24/2021, en virtud del cual no se necesita autorización del autor o titular de los derechos para efectuar la transformación de una obra divulgada *«que consista en tomar determinados elementos característicos de la obra de un artista y combinarlos, de forma que den la impresión de ser una creación independiente, siempre que no implique riesgo de confusión con las obras o prestaciones originales ni se infiera un daño a la obra original o a su autor»*.

La Directiva 2019/790 no contiene una regulación del límite de pastiche, que sí aparece en cambio contemplado, junto a la parodia y la caricatura, en el artículo 5.3.k/ de la Directiva 2001/29, como un límite a los derechos de reproducción y comunicación al público que los Estados miembros podían introducir opcionalmente. No fue el caso de España, que de esa tríada de límites tan solo ha venido reconociendo el de parodia (art. 39 TRLPI), el cual ya estaba recogido en la Ley base 22/1987, sin que por tanto se tratase de un efecto de la transposición de la Directiva 2001/29.

Lo que sí hay en la Directiva 2019/790, concretamente en su artículo 17.7, es una alusión al pastiche, de nuevo junto a la parodia y la caricatura, como una de las excepciones o limitaciones —al igual que las de cita, crítica y reseña— en las que los usuarios deben poder ampararse para cargar y poner a disposición contenidos generados por ellos en los servicios para compartir contenidos en línea. De alguna manera, el artículo 17.7 de la Directiva 2019/790 ha venido a convertir en obligatorio lo que en el artículo 5.3.k) de la Directiva 2001/29 era solamente optativo.

Con todo, es dudoso que hiciera falta incorporar de forma explícita en nuestro ordenamiento el límite de pastiche, desde el momento en que se puede considerar que el concepto de parodia, interpretado en un sentido amplio, como de hecho lo ha efectuado la jurisprudencia⁵⁹, permite abarcar finalidades como la caricatura o el pastiche⁶⁰.

La justificación que se da en la exposición de motivos del RD-ley 24/2021 para haber incorporado el límite de pastiche no resulta demasiado plausible, pues lo vincula a los llamados «memes»⁶¹, siendo así que —puestos a atribuir al pastiche un significado distinto de la parodia o la caricatura— los memes parecen más próximos al concepto de parodia o de caricatura⁶². Es como si el redactor de la exposición de motivos hubiera tenido en mente una finalidad, pero a la hora de redactar el artículo 70 del RD-ley 24/2021 hubiese resultado una descripción del pastiche que no se corresponde con ella.

Sea como fuere, de entenderse oportuno incorporar de manera explícita el límite de pastiche, sea con la finalidad declarada en la exposición de motivos o con la que se desprende de una lectura objetiva del artículo 70 RD-ley 24/2021, lo cierto es que no era necesario dedicarle un precepto específico, mucho menos situado en el RD-ley 24/2021, habiendo bastado con su mención en el artículo 39 TRLPI al lado de la parodia. La mejor prueba de que la nueva regulación del pastiche no cumple ninguna finalidad que no pudiera entenderse cubierta

⁵⁹ *Vid.*, a nivel europeo, la Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014 (C-201/13), caso «De Wilde Weldoener», y a nivel interno la de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de febrero de 2000 (caso «La parodia nacional»).

⁶⁰ *Vid.* A. PERDICES HUETOS, «Pastiches. Imitaciones y mezclas en el derecho de autor», blog del Centro de Investigación en Propiedad Intelectual, 10 de noviembre de 2021 (<https://www.propiedad-intelectual.dursa.com/en/blog/articulos-propiedad-intelectual>), quien afirma considerar muy posible «que el legislador francés de 1957, de donde proviene esta terna —caricatura, parodia y pastiche—, simplemente usó una serie de términos que consideró sinónimos en el uso común para referirse, sin ningún afán técnico, a obras de tipo satírico o burlesco. (...). Si eso es así, la noción de parodia sería legalmente bastante, como hasta ahora, para satisfacer las exigencias de la legislación comunitaria». Este autor da cuenta de que no solo en la tradición francesa, sino también en la belga, en la inglesa y en la interpretación del TJUE, prevalece la idea de una cierta continuidad entre los conceptos de pastiche, parodia y caricatura basada en la presencia de una intención burlesca, cómica o de crítica. No obstante, también consigna la opción del legislador alemán, que ha dado entrada al pastiche (y a la caricatura) en su reciente legislación, al entender que puede cubrir también usos serios con finalidad de tributo u homenaje. S. LÓPEZ MAZA, «Oye, Siri, añade recordatorio a la lista de tareas del legislador: la regla de los tres pasos», blog del Centro de Investigación en Propiedad Intelectual, 11 de enero de 2022 (<https://blog.cipi.es/blog2-intelectual/item/204-oye-siri-anade-recordatorio-a-la-lista-de-tareas-del-legislador-la-regla-de-los-tres-pasos#gkBg>), por su parte, se abona a la tesis de que no habría sido necesario incorporar el límite de pastiche, al considerar el concepto de parodia lo bastante comprensivo.

⁶¹ «Asimismo, se incluye por primera vez en el derecho español el límite de «pastiche», que refuerza la cobertura legal de las expresiones y construcciones multimedia que se replican y transmiten mediante Internet de persona a persona hasta alcanzar una amplia difusión —los conocidos como «memes»—, aunque este límite extiende también su ámbito al entorno analógico».

⁶² El diccionario de la RAE define meme como «imagen, video o texto, por lo general distorsionado con fines caricaturescos, que se difunde principalmente a través de internet».

por el límite de parodia es que el legislador no ha dado entrada en nuestro ordenamiento al límite de caricatura, que también se menciona en el artículo 17.7 de la Directiva 2019/790. Un planteamiento coherente habría conducido a incorporar ambos límites o a no incorporar ninguno, pero la incorporación de solo uno de ellos resulta ilógica.

En fin, más innecesario aún que regularlo era efectuar una definición de pastiche, como tampoco existe una definición legal de parodia, lo cual es consistente con el Derecho de la UE, que tampoco define ninguna de estas dos excepciones⁶³. A continuación vemos la definición legal de pastiche plasmada en el artículo 70 del RD-ley 24/2021, frente a la simple mención que de él se realiza en el artículo 17.7 de la Directiva 2019/790.

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|--|
| <p>Artículo 17.7</p> <p>7) La cooperación entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos no dará lugar a que se impida la disponibilidad de obras u otras prestaciones cargadas por usuarios que no infrinjan los derechos de autor y derechos afines, también cuando a dichas obras o prestaciones se les aplique una excepción o limitación.</p> <p>Los Estados miembros garantizarán que los usuarios en cada Estado miembro puedan ampararse en cualquiera de las siguientes excepciones o limitaciones vigentes al cargar y poner a disposición contenidos generados por usuarios en los servicios para compartir contenidos en línea:</p> <p>a) citas, críticas, reseñas;</p> <p>b) usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche.</p> | <p>Artículo 70. Pastiche</p> <p>No precisa la autorización del autor o del titular de derechos la transformación de una obra divulgada que consista en tomar determinados elementos característicos de la obra de un artista y combinarlos, de forma que den la impresión de ser una creación independiente, siempre que no implique riesgo de confusión con las obras o prestaciones originales ni se infiera un daño a la obra original o a su autor. Este límite será también aplicable a usos diferentes de los digitales.</p> |

⁶³ A. PERDICES HUETOS, «Pastiches. Imitaciones y mezclas en el derecho de autor», blog del Centro de Investigación en Propiedad Intelectual, 10 de noviembre de 2021 (<https://www.propiedad-intelectual.dursa.com/en/blog/articulos-propiedad-intelectual>), considera imprudente la formulación de una definición legal de pastiche: «Esa forma de proceder, si bien ahorra la consulta [al diccionario de la RAE], plantea el problema y el peligro de formular legalmente una apresurada o poco meditada definición en derecho, de contornos poco precisos y con evidentes conflictos de encaje con la noción y la regulación legal de la transformación».

La definición está extraída en su mayor parte del diccionario de la RAE, lo cual no es necesariamente meritorio, pues implica arrastrar una serie de imprecisiones técnicas que, si bien pueden ser excusables en un diccionario lingüístico, no son admisibles en una norma legal⁶⁴.

Así, debe considerarse una incorrección hablar de *elementos caracterizadores de la obra de un artista*, puesto que los artistas, en nuestro sistema de propiedad intelectual, no crean obras sino que las interpretan o ejecutan, dando lugar a un derecho conexo que no se proyecta sobre obras sino sobre prestaciones. Los titulares de derechos afines, y en concreto los artistas, no tienen reconocido el derecho de transformación, por lo que no es siquiera dable que ese derecho tenga que ser limitado.

Los vaivenes terminológicos que condensa el precepto en unas pocas líneas provocan vértigo, pues la cautela relativa a la evitación del riesgo de confusión se proyecta sobre las «obras o prestaciones originales», lo que como decimos carece de sentido porque las prestaciones no pueden ser transformadas, sea bajo permiso del titular o bajo los efectos de un límite legal, y de hecho el precepto comienza hablando únicamente de «obras»; igual que termina hablando solo de obras, cuando el requisito de no inferir un daño se predica exclusivamente de la obra original y de su autor, de modo que las prestaciones vuelven a desaparecer súbitamente de la ecuación.

En otro orden de cosas es enormemente impreciso señalar como rasgo supuestamente definitorio del pastiche el de que la combinación de elementos de la obra de un autor *cause la impresión de ser una creación independiente*, porque ello implica remitir a un juicio subjetivo basado en impresiones. Literalmente, significa que el pastiche no ha de ser una creación independiente pero sí ha de causar la impresión de serlo. Si ya de por sí resulta difícil determinar cuándo una obra se debe considerar fruto de la transformación o se trata de una creación independiente, tanto más se antoja apreciar que estamos ante un tipo de obra que, no siendo independiente, aparenta serlo.

Desde otro punto de vista la exigencia de que el resultado del pastiche deba ser algo que aparente ser una creación independiente resulta superflua, y por eso mismo equívoca: cuando el pastiche desemboque en una creación verdaderamente autónoma no habría vínculo transformativo y no haría falta la cobertura de un límite; y cuando no dé lugar a una creación independiente, supuesto en el que hace falta la excepción porque de otro modo sería un caso de simple

⁶⁴ Obsérvese además que en el diccionario de la RAE el pastiche no se cataloga como transformación sino como «imitación o plagio». No deja de ser paradójico que el legislador acuda a esa definición para caracterizar una utilización lícita susceptible de ser realizada al amparo de un límite, es decir, algo que está en las antípodas de una imitación o un plagio. Cuesta creer que los mismos elementos puedan servir para definir al mismo tiempo un comportamiento intrínsecamente infractor y otro intrínsecamente lícito.

transformación, ya dice el precepto que se debe evitar todo riesgo de confusión con la obra original o con su autor, lo cual constituye un test más objetivo que el basado en la *impresión* de estar ante una creación independiente.

Así las cosas, prácticamente el único rasgo definitorio del pastiche pasa a ser el de que consiste en «tomar determinados elementos característicos de la obra de un artista (léase de un *autor*) y combinarlos». Es decir, el pastiche se basa en un efecto combinatorio de elementos que deben ser característicos de la obra de un autor. No se prejuzga cuál haya de ser el objetivo perseguido con esa combinación, por lo que en principio caben tanto los propósitos humorísticos —más próximos al concepto de parodia— como los serios —lo que nos situaría en un área cercana al límite de cita—, aunque no habría estado de más que el legislador hubiese precisado este aspecto, toda vez que ha considerado oportuno trazar una definición del pastiche⁶⁵.

La alusión en singular a la obra de un artista —*rectius* autor— contiene otra imprecisión porque, tomada al pie de la letra, significaría que el pastiche solo se puede confeccionar a partir de elementos extraídos de una misma y única creación, cuando precisamente por su efecto combinatorio sería más apropiado permitir que esos elementos procediesen de una o más obras, a su vez pertenecientes a uno o más autores⁶⁶.

Por último, hasta el inciso final («*este límite será también aplicable a usos diferentes de los digitales*») resulta cuestionable, pues contiene la aclaración de un extremo que no estaba necesitado de aclaración. En efecto, no hay nada en la primera parte del precepto de lo que pudiera inferirse que el límite de pastiche está inicialmente concebido para los usos en el entorno digital, por lo que la aclaración es redundante, y todo lo que en una ley pueda calificarse de

⁶⁵ Para A. PERDICES HUETOS, «Pastiches. Imitaciones y mezclas en el derecho de autor», blog del Centro de Investigación en Propiedad Intelectual, 10 de noviembre de 2021 (<https://www.propiedad-intelectual.dursa.com/en/blog/articulos-propiedad-intelectual>), la definición del artículo 70 RD-ley 24/2021 permite basar en hipótesis las dos interpretaciones, de modo que el pastiche ampararía no solo usos burlescos, sino también otros carentes de pretensión de comicidad, presididos por la intención de tributo u homenaje o simplemente por la mera finalidad de tomar una obra ajena para transformarla, sola o en compañía de otras. A juicio de este autor, sin embargo, este entendimiento tan amplio implicaría un sacrificio excesivo para el derecho de propiedad de los autores, por lo que se muestra partidario de una interpretación estricta, según la cual el pastiche se debe circunscribir a utilizaciones con finalidad burlesca o humorística.

⁶⁶ Estamos ante otro efecto pernicioso derivado de haber tomado de manera acrítica la definición del diccionario. En este la referencia a «la obra de un artista» está hecha pensando, muy probablemente, en creadores de las artes plásticas —campo en el que es frecuente emplear la palabra «artista» como sinónima de «autor»—, y en la noción de *obra* como conjunto de las creaciones de un determinado creador. Desde este punto de vista, el pastiche consistiría en una suerte de apropiación del *estilo* de otro creador a partir de la utilización de partes características procedentes de su universo creativo. Por aquí asoma, dicho sea de paso, una nueva falta de rigor técnico-jurídico, puesto que sabemos que el estilo no es un aspecto protegible por el derecho de autor, y por tanto no cabría hablar en sentido propio de plagio ni de imitación. Una razón más para no haber tomado como guía la definición del diccionario de la RAE.

redundante es preferible suprimirlo porque tarde o temprano puede ser fuente de inseguridad jurídica⁶⁷.

V. MEDIDAS PARA MEJORAR LAS PRÁCTICAS DE CONCESIÓN DE LICENCIAS Y GARANTIZAR UN MAYOR ACCESO A LOS CONTENIDOS

El título III de la Directiva contiene hasta cuatro medidas para mejorar las prácticas de concesión de licencias y garantizar un mayor acceso a los contenidos. La regulación de esas medidas presenta sin embargo una densidad normativa muy desigual, lo mismo que el impacto en el ordenamiento de los Estados miembros de cada una de esas medidas.

La primera medida se refiere a las obras y prestaciones fuera del circuito comercial (arts. 8 a 11), y se dirige a que los Estados miembros dispongan un mecanismo de licencias extendidas para favorecer el uso de aquellas obras y prestaciones por instituciones responsables del patrimonio cultural, así como una excepción o limitación con esa misma finalidad que operaría por defecto, en caso de que ninguna entidad de gestión suficientemente representativa pudiera conceder aquel tipo de licencias. Nuestro legislador ha transpuesto el régimen de las obras y prestaciones fuera de circuito comercial en el artículo 71 del RD-ley 24/2021, con el añadido de algunas definiciones que se localizan en el artículo 66.

La segunda medida se refiere a las medidas para facilitar la concesión de licencias colectivas con efecto ampliado, las cuales son concebidas como un mecanismo opcional que los Estados miembros podrán establecer (art. 12). Aparentemente nuestro legislador no ha hecho uso de esta facultad, pero como explicaremos *infra* el mecanismo de legitimación del artículo 150 TRLPI debe considerarse un mecanismo para la concesión de licencias con efecto ampliado.

En cuanto al mandato contenido en el artículo 13 de la Directiva, conforme al cual los Estados miembros deben procurar que las partes que estén en trance de alcanzar un acuerdo para poner a disposición obras audiovisuales en servicios de vídeo a la carta, y que se encuentren con dificultades para ello, puedan contar con la asistencia de un organismo imparcial o de mediadores, se trata de un mandato de baja intensidad que ha encontrado reflejo en nuestro ordenamiento mediante la asignación a la Sección Primera de la CPI de una nueva competencia de mediación en esta materia.

⁶⁷ Al legislador le ha traicionado el subconsciente, por decirlo de manera gráfica: dado que el motivo de la inclusión del límite está asociado a la previsión del artículo 17.7 de la Directiva 2019/790 para favorecer a los usuarios de servicios para compartir contenidos en línea, cree estar en la necesidad de aclarar que, además de en ese entorno, el límite podrá dar cobertura a usos no digitales. Eso supone olvidar que las leyes se interpretan y aplican a partir de lo que disponga su articulado y no sobre la base de los motivos o razones que movieron al legislador a introducir una previsión legal, en la medida en que estos no hayan tenido reflejo en la letra de la ley.

Por último, el capítulo IV del título III de la Directiva dispone una medida dirigida a favorecer un mayor acceso a contenidos no protegidos, como son las obras de arte visual en dominio público, con el objetivo de que no pueda surgir un derecho afín derivado de la mera reproducción de dichas obras. En nuestro ordenamiento interno esta previsión ha quedado ubicada en el artículo 72 del RD-ley 24/2021, aunque como se explicará en el epígrafe correspondiente se trata de una ubicación desafortunada, o cuando menos lo es no haberla acompañado de una intervención en paralelo sobre el artículo 128 TRLPI.

1. USO DE OBRAS Y PRESTACIONES FUERA DEL CIRCUITO COMERCIAL POR INSTITUCIONES RESPONSABLES DEL PATRIMONIO CULTURAL

La regulación de las obras y prestaciones fuera de circuito comercial hay que enmarcarla en los esfuerzos que vienen realizando las instituciones comunitarias para preservar el patrimonio cultural europeo y hacerlo accesible al público en la era digital. El punto de arranque fue, en 2005, la Comunicación de la Comisión que definía la iniciativa de las Bibliotecas Digitales y que constituyó el primer hito del recorrido que, en 2008, desembocó en el lanzamiento de la Biblioteca Digital Europea bajo el nombre de Europeana.

Desde sus inicios, este proyecto se enfrentó a dificultades en relación con la obtención de las autorizaciones de los titulares de derechos cuyas obras y prestaciones se querían digitalizar y hacer accesibles a través de internet, dificultades que aumentan en los casos de obras y prestaciones huérfanas y de obras y prestaciones fuera del circuito comercial. El legislador comunitario enfrentó el problema de las obras huérfanas en la Directiva 2012/28/UE, y en la Directiva 2019/790 ha acometido en los artículos 8 a 11 la regulación de un marco jurídico que pretende favorecer la digitalización y puesta a disposición del público de las obras y prestaciones que se encuentran fuera del circuito comercial por parte de instituciones responsables del patrimonio cultural.

El legislador de la UE es consciente de lo extremadamente complicado que puede ser obtener la autorización previa de los titulares de derechos individuales, dadas las especiales características de las colecciones de obras y prestaciones que están fuera del circuito comercial. Ello puede ser consecuencia de la antigüedad de las obras y prestaciones, de su limitado valor comercial o del hecho de que nunca estuvieron destinadas a usos comerciales o nunca se explotaron comercialmente.

Para intentar dar solución a esta problemática la Directiva 2019/790 hace lo siguiente:

- i. El artículo 8 configura un régimen mixto para el uso de obras o prestaciones fuera de circuito comercial, para fines no comerciales, por parte de instituciones responsables del patrimonio cultural. Con carácter principal

se prevé un mecanismo de concesión de licencias por parte de las entidades de gestión colectiva suficientemente representativas, a favor de las instituciones responsables del patrimonio cultural, para la reproducción, distribución, comunicación al público o puesta a disposición de obras o prestaciones fuera del circuito comercial que se encuentren de forma permanente en su colección.

Para cuando no existan entidades de gestión suficientemente representativas en un determinado sector, la Directiva ordena que los Estados miembros también tengan prevista una excepción o limitación para permitir la puesta a disposición de obras u otras prestaciones que estén fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural.

Este régimen se cierra con una facultad de tipo *opt out* a favor de los titulares de derechos, que deberán poder en cualquier momento excluir sus obras o prestaciones tanto del mecanismo de concesión de licencias como de la aplicación de la excepción o limitación, ya sea de forma general o en casos concretos.

- ii. El artículo 9 regula los usos transfronterizos de las obras o prestaciones fuera de circuito comercial por las instituciones beneficiarias de la licencia o de la excepción o limitación.
- iii. El artículo 10 estructura un conjunto de medidas de publicidad a los fines de identificar las obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial amparadas por la licencia o usadas en virtud de la excepción o limitación.
- iv. El artículo 11 llama al diálogo de los Estados miembros con las partes interesadas antes de fijar los requisitos específicos en relación con los artículos que le preceden.

Nuestro legislador ha regulado el uso de obras y prestaciones fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural en el artículo 71 RD-ley 24/2021, que incorpora en parte las previsiones reguladas en los artículos 8 y 9 de la Directiva 2019/790. No se encuentran referencias a las medidas de publicidad del artículo 10 de la Directiva. Tampoco al artículo 11, si bien este está más encaminado a promover el diálogo de los Estados miembros con las partes interesadas que a ser transpuesto a Derecho nacional.

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|--|--|
| <p>Artículo 8. Uso de obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural</p> | <p>Artículo 71. Uso de obras y prestaciones fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural</p> |
| <p>1) Los Estados miembros dispondrán que una entidad de gestión colectiva pueda, conforme a los mandatos que le hayan otorgado los titulares de derechos, concluir un contrato de licencia no exclusiva para fines no comerciales con una institución responsable del patrimonio cultural a los fines de la reproducción, distribución, comunicación al público o puesta a disposición del público de obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial y se hallan de forma permanente en la colección de la institución, con independencia de si todos los titulares de derechos amparados por la licencia han otorgado mandato a la entidad de gestión colectiva, siempre que:</p> <p>a) la entidad de gestión colectiva, sobre la base de sus mandatos, sea suficientemente representativa de los titulares de derechos en el tipo pertinente de obras u otras prestaciones y de los derechos objeto de la licencia, y</p> <p>b) se garantice a todos los titulares de derechos igualdad de trato en relación con los términos de la licencia.</p> <p>2) Los Estados miembros establecerán una excepción o limitación a los derechos establecidos en el artículo 5, letras a), b), d) y e), y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE, los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29/CE, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2009/24/CE y el artículo 15, apartado 1, de la presente Directiva para permitir a las instituciones res-</p> | <p>2) Las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual podrán, de acuerdo con los mandatos efectivos otorgados por los correspondientes titulares de derechos, otorgar a una institución responsable del patrimonio cultural una autorización no exclusiva para proceder con fines no comerciales a la reproducción, distribución, comunicación al público o puesta a disposición del público de obras u otras prestaciones que estén fuera del circuito comercial y se hallen de forma permanente en la colección de la institución, con independencia de si todos los titulares de derechos amparados por la autorización han otorgado mandato en este sentido a la entidad de gestión colectiva, siempre que:</p> <p>a) La entidad de gestión colectiva, sobre la base de sus mandatos, sea suficientemente representativa de los titulares de derechos sobre la categoría de obras u otras prestaciones correspondientes y de los derechos objeto de la autorización. Estos derechos deben estar contemplados en el objeto social de la entidad.</p> <p>b) Se garantice a todos los titulares de derechos la igualdad de trato en relación con los términos de la autorización no exclusiva.</p> <p>4) En el caso de que no exista una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que cumpla los requisitos establecidos en el apartado 2, las instituciones responsables del patrimonio cultural no necesitarán autorización para proceder con fines no comerciales a la reproducción, distribución, comunicación al público o puesta a disposición del público de</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|--|---|
| <p>ponsables del patrimonio cultural que pongan a disposición, con fines no comerciales, obras u otras prestaciones fuera del circuito comercial que se encuentren en su colección permanente, a condición de que:</p> <p>a) se indique el nombre del autor o de cualquier otro titular de derechos identificable, excepto cuando esta indicación sea imposible, y</p> <p>b) dichas obras u otras prestaciones se pongan a disposición en sitios web no comerciales.</p> <p>3) Los Estados miembros establecerán que la excepción o limitación establecida en el apartado 2 se aplique solamente a los tipos de obras u otras prestaciones para las que no existe ninguna entidad de gestión colectiva que cumpla las condiciones previstas en el apartado 1, letra a).</p> <p>4) <u>Los Estados miembros establecerán que todos los titulares de derechos puedan en cualquier momento, con facilidad y de manera efectiva, excluir sus obras u otras prestaciones del mecanismo de concesión de licencias contemplado en el apartado 1 o de la aplicación de la excepción o limitación a que se refiere el apartado 2, en general o en casos concretos, también después de la conclusión de un contrato de licencia o después de que comience el uso de que se trate.</u></p> <p>5) Se considerará que una obra u otra prestación está fuera del circuito comercial cuando pueda presumirse de buena fe que la totalidad de la obra u otra prestación no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales, después de haberse hecho un esfuerzo razonable para determinar si está a disposición del público.</p> | <p>obras u otras prestaciones que estén fuera del circuito comercial y se hallen de forma permanente en la colección de la institución, a condición de que:</p> <p>a) Se indique el nombre del autor o de cualquier otro titular de derechos identificable, siempre que sea posible.</p> <p>b) Dichas obras y prestaciones se pongan a disposición en sitios web no comerciales.</p> <p>1) Se considerará que una obra o prestación está fuera del circuito comercial cuando pueda presumirse de buena fe que la totalidad de dicha obra o prestación no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales, después de haberse hecho un esfuerzo razonable para determinar si está a disposición del público.</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|---|
| <p><u>Los Estados miembros podrán establecer requisitos específicos como una fecha límite para determinar si las obras y otras prestaciones pueden ser objeto de licencias con arreglo al apartado 1 o ser usadas al amparo de la excepción o limitación establecida en el apartado 2. Estos requisitos no serán más estrictos de lo que es necesario y razonable y no excluirán la posibilidad de determinar que un conjunto de obras u otras prestaciones está fuera del circuito comercial en su totalidad, cuando sea razonable presumir que todas las obras u otras prestaciones están fuera del circuito comercial.</u></p> <p>6) Los Estados miembros dispondrán que las licencias contempladas en el apartado 1 deban obtenerse de una entidad de gestión colectiva que sea representativa del Estado miembro donde esté establecida la institución responsable del patrimonio cultural.</p> <p>7) El presente artículo no se aplicará a los conjuntos de obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial si, <u>sobre la base del esfuerzo razonable a que se refiere el apartado 5</u>, hay pruebas de que dichos conjuntos se componen preponderantemente de:</p> <p>a) obras u otras prestaciones que no sean obras cinematográficas o audiovisuales, publicadas por primera vez o, a falta de publicación, emitidas por primera vez en un tercer país;</p> <p>b) obras cinematográficas o audiovisuales cuyos productores tengan su sede o residencia habitual en un tercer país, o</p> <p>c) obras u otras prestaciones de nacionales de un tercer país cuando, tras un esfuerzo razonable, no se haya podido determinar un Estado miembro o un tercer país según las letras a) y b).</p> | <p>(Vid. apartado de las Definiciones del RD-ley 24/2021 debajo)</p> <p>5) Quedan excluidos del régimen de uso previsto en el presente artículo los conjuntos de obras compuestos principalmente por:</p> <p>a) Obras que no sean obras cinematográficas o audiovisuales, publicadas por primera vez o, a falta de publicación, emitidas por primera vez en un tercer país.</p> <p>b) Obras cinematográficas o audiovisuales cuyos productores tengan su sede o residencia habitual en un tercer país.</p> <p>c) Obras de nacionales de un tercer país cuando, tras un esfuerzo razonable, no se haya podido determinar un Estado miembro o un tercer país según las dos letras anteriores.</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|---|
| <p>Como excepción a lo dispuesto en el párrafo primero, el presente artículo se aplicará cuando la entidad de gestión colectiva sea suficientemente representativa, en el sentido del apartado 1, letra a), de los titulares de derechos del tercer país de que se trate.</p> | <p>Estas exclusiones no serán aplicables cuando la entidad de gestión colectiva sea suficientemente representativa de los titulares de derechos del tercer país de que se trate.</p> <p>6) No será aplicable lo dispuesto en el artículo 166 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual al uso de obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural.</p> <p>7) Sin perjuicio de lo dispuesto en la regulación legal sobre reproducciones provisionales y copia privada, no se necesitará la autorización del autor de una base de datos protegida legalmente y que haya sido divulgada, cuando se trate de puesta a disposición de obras fuera del circuito comercial.</p> <p>8) Cuando se trate de la puesta a disposición de obras y prestaciones fuera del circuito comercial, no será necesaria la autorización del titular para llevar a cabo, por parte de una institución cultural y para fines no comerciales:</p> <p>a) La reproducción total o parcial, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuese permanente o transitoria. Cuando la distribución o comunicación al público de la obra o prestación necesiten tal reproducción sí deberá disponerse de autorización para ello, que otorgará el titular del derecho.</p> <p>b) La transformación de la obra y la reproducción de los resultados de tal acto de transformación, sin perjuicio de los derechos de la persona que realice tal transformación.</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|--|---|
| | <p>c) Cualquier forma de distribución de la obra o prestación.</p> <p>9) El usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que ésta haya sido divulgada, podrá, sin autorización del fabricante de la base, extraer y/o reutilizar una parte sustancial del contenido de la misma cuando se trate de puesta a disposición de obras fuera del circuito comercial.</p> |
| Artículos 9. Usos transfronterizos | |
| <p>1) Los Estados miembros garantizarán que las licencias concedidas de conformidad con el artículo 8 puedan autorizar el uso de obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial por una institución responsable del patrimonio cultural en cualquier Estado miembro.</p> <p>2) Se considerará que los usos de obras y otras prestaciones al amparo de la excepción o limitación establecida en el artículo 8, apartado 2, se producen solamente en el Estado miembro en el que está establecida la institución responsable del patrimonio cultural que haga dicho uso.</p> | <p>3) Las autorizaciones otorgadas al amparo del apartado 2 podrán permitir el uso mencionado a una institución de patrimonio cultural en cualquier Estado miembro. En tal caso, el uso se entenderá producido únicamente en territorio español.</p> |
| Artículo 10. Medidas de publicidad | |
| <p>1) Los Estados miembros velarán por que la información de las instituciones responsables del patrimonio cultural, las entidades de gestión colectiva o las autoridades públicas pertinentes, a los fines de identificar las obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial amparadas por una licencia concedida de conformidad con el artículo 8, apartado 1, o usadas al amparo de la excepción o limitación establecida en el artículo 8, apartado 2, así como la información sobre las opciones disponibles para los titulares de derechos mencionadas en el artículo 8, apartado 4 y, tan pronto como esté disponible y cuando sea pertinente,</p> | <p>Sin correlativo.</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|--|-----------------------|
| <p>la información sobre las partes de la licencia, los territorios cubiertos y los usos, sea accesibles permanentemente, con facilidad y de manera efectiva en un único portal público en línea a partir de seis meses como mínimo antes de que las obras u otras prestaciones se distribuyan, comuniquen al público o pongan a disposición del público de conformidad con la licencia o al amparo de la excepción o limitación.</p> <p>El portal será creado y gestionado por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 386/2012.</p> <p>2) Los Estados miembros establecerán que, si fuera necesario para conocimiento general de los titulares de derechos, se tomen medidas de publicidad adecuadas adicionales sobre la facultad de las entidades de gestión colectiva de conceder licencias para obras u otras prestaciones conforme al artículo 8, las licencias concedidas, los usos al amparo de la excepción o limitación establecida en el artículo 8, apartado 2, y las opciones de que disponen los titulares de derechos a que se refiere el artículo 8, apartado 4.</p> <p>Las medidas de publicidad adecuadas a que se refiere el párrafo primero del presente apartado se tomarán en el Estado miembro en el que se haya solicitado la licencia conforme al artículo 8, apartado 1, o, para usos al amparo de la excepción o limitación a que se refiere el artículo 8, apartado 2, en el Estado miembro en el que esté establecida la institución responsable del patrimonio cultural. Si hay pruebas, como el origen de las obras u otras prestaciones, que indiquen que se podría aumentar más eficazmente el conocimiento de los titulares de derechos en otros Estados miembros o terceros países, tales medidas de publicidad podrían cubrir también estos Estados miembros y terceros países.</p> | |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|--|---|
| <p>Artículo 11. Diálogo entre las partes interesadas.</p> | <p>Sin correlativo.</p> |
| <p>Los Estados miembros consultarán a los titulares de derechos, las entidades de gestión colectiva y las instituciones responsables del patrimonio cultural por cada sector antes de establecer requisitos específicos de conformidad con el artículo 8, apartado 5, y alentarán un diálogo regular entre las organizaciones de usuarios y titulares de derechos representativas, incluidas las entidades de gestión colectiva, y cualquier otra organización interesada, sobre una base sectorial, para fomentar la relevancia y facilidad de uso de los mecanismos de concesión de licencias contemplados en el artículo 8, apartado 1, y para garantizar que las salvaguardias para los titulares de los derechos a que se refiere el presente capítulo sean eficaces.</p> | |
| <p>Sin correlativo</p> | <p>Artículo 66. Definiciones</p> |
| | <p>4) <i>(Viene con motivo del artículo 8.6 de la Directiva)</i> «Entidad de gestión colectiva suficientemente representativa»: toda entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual sobre la cual el Ministerio de Cultura y Deporte haya resuelto favorablemente la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales al inicio de la actividad de la misma, conforme al texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.</p> <p>En aquellos casos en que más de una entidad de gestión colectiva sea representativa en un ámbito de obras u otras prestaciones, será exigible una licencia conjunta o un acuerdo entre las correspondientes entidades de gestión.</p> |

Los apartados 1 a 5 del artículo 71 RD-ley 24/2021 transponen, de forma bastante literal, gran parte de las previsiones contenidas en los artículos 8 y 9 de la Directiva, aunque con ciertas imprecisiones e importantes omisiones. Los apartados 6 a 9 regulan, sin embargo, un contenido que tiene difícil anclaje en la Directiva. De todo ello daremos cuenta en los siguientes subapartados.

1.1. Definición de obras o prestaciones fuera del circuito comercial

El artículo 71.1 RD-ley 24/2021, en consonancia con el artículo 8.5 de la Directiva 2019/790, considera que una obra u otra prestación está fuera del circuito comercial cuando pueda presumirse de buena fe que la totalidad de la obra u otra prestación no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales, después de haberse hecho un esfuerzo razonable para determinar si está a disposición del público⁶⁸.

El artículo 8.5 de la Directiva deja abierta la posibilidad de que los Estados miembros fijen requisitos específicos para determinar si una obra o prestación está fuera del circuito comercial, como por ejemplo establecer una fecha límite de modo que una obra o prestación comercializada antes de esa fecha se considere como fuera del circuito comercial. No obstante, el legislador español no ha hecho uso de esta facultad y se ha limitado a trasponer literalmente la definición de obra o prestación fuera del circuito comercial que se incluye en la Directiva, sin aclarar tampoco cuál es el estándar de «esfuerzo razonable» que debe desplegarse para determinar si una obra o prestación se halla a disposición del público⁶⁹.

⁶⁸ El considerando (37) de la Directiva matiza que cuando una obra u otra prestación esté disponible en cualquiera de sus versiones, como ediciones posteriores de obras literarias y versiones diferentes de obras cinematográficas, o en cualquiera de sus distintas manifestaciones, como los formatos digital e impreso de una misma obra, no debe considerarse que esa obra u otra prestación está fuera del circuito comercial. A la inversa, la disponibilidad comercial de adaptaciones, incluidas otras versiones lingüísticas o adaptaciones audiovisuales de una obra literaria, no debe impedir que una obra u otra prestación en una lengua determinada se considere que está fuera del circuito comercial. Por otra parte, el considerando (38) explica que no debe considerarse como disponibilidad para el público en los canales comerciales habituales aquellos casos en los que haya una disponibilidad limitada de la obra o prestación (v. gr. disponibilidad en tiendas de segunda mano), o la posibilidad teórica de poder obtener una licencia para una obra u otra prestación. Ninguno de estos matices que ofrecen los considerandos de la Directiva 2019/790 han sido recogidos en el RD-ley 24/2021.

⁶⁹ Lo tenía fácil porque el considerando (38) de la Directiva da algunas pautas. Por ejemplo, que deberán tenerse presentes las características de la obra o prestación concreta o del conjunto de las mismas; que ese esfuerzo razonable no debe implicar una acción repetida en el tiempo, pero sí tener en cuenta cualesquiera pruebas fácilmente accesibles de la disponibilidad futura de las obras u otras prestaciones en los canales comerciales habituales; o que solo debe exigirse una evaluación individual de cada obra cuando se considere razonable teniendo en cuenta la disponibilidad de información pertinente, la probabilidad de la disponibilidad comercial y el coste esperado de la operación. Sobre el «esfuerzo razonable» y su similitud con la «búsqueda diligente» de la Directiva de obras huérfanas, *vid.* R. EVANGELIO LLORCA, «La regulación de las obras y prestaciones fuera

1.2. Mecanismo de concesión de licencias

El artículo 71.2 del RD-ley 24/2021 recoge de forma también literal el contenido del artículo 8.1 de la Directiva, estableciendo que una entidad de gestión colectiva pueda, conforme a los mandatos que le hayan otorgado los titulares de derechos, concluir un contrato de licencia no exclusiva para fines no comerciales⁷⁰ con una institución responsable del patrimonio cultural al objeto de la reproducción, distribución, comunicación al público o puesta a disposición del público de obras u otras prestaciones que estén fuera del circuito comercial y se hallen de forma permanente en la colección de la institución⁷¹, siempre que:

- a) La entidad de gestión, sobre la base de sus mandatos, sea suficientemente representativa, en el Estado miembro donde esté establecida la institución de patrimonio cultural, de los titulares de derechos para el tipo de obras o prestaciones y los derechos objeto de licencia. Se aclara que estos derechos deben estar contemplados en el objeto social de la entidad.

En relación con qué debe entenderse como una entidad de gestión colectiva suficientemente representativa, la Directiva concede flexibilidad a los Estados miembros para que estos puedan determinar los criterios con base en los cuales entender que una entidad de gestión reúne esa condición, siempre que esa determinación se base en un número significativo de titulares de derechos en los tipos de obras u otras prestaciones pertinentes que hayan otorgado un mandato por el que autorizan la concesión de licencias para el tipo de uso en cuestión (considerando [33]). Asimismo, la Directiva aclara que los Estados miembros podrán establecer las reglas para resolver las situaciones en las que más de una entidad de gestión sea representativa para las obras o prestaciones en cuestión.

del circuito comercial en la Directiva (UE) 2019/790», en *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo* (dir. C. Saiz García y R. Evangelio Llorca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 229-230.

⁷⁰ Sin perjuicio de que los fines no puedan ser lucrativos, el legislador UE, siendo consciente de que la digitalización de las colecciones de las instituciones responsables del patrimonio cultural conllevan inversiones considerables, trata de suavizar la prohibición y matiza que las licencias concedidas en el marco de este artículo no han de impedir que las instituciones responsables del patrimonio cultural sufraguen los costes de licencia y los costes de digitalización y difusión de las obras u otras prestaciones amparadas por la licencia (considerando [40]). Esta aclaración no ha sido recogida en el artículo 71 del RD-ley 24/2021, pero sin duda tendrá que ser tenida en cuenta.

⁷¹ De nuevo, nuestro legislador deja pasar la oportunidad de especificar cuándo se ha de considerar que una obra o prestación se halla de forma permanente en la colección de una institución de patrimonio cultural. Como señalamos al tratar del límite de conservación del patrimonio cultural, el considerando (29) de la Directiva indica que debe entenderse que las obras o prestaciones se hallan de forma permanente en la colección de una institución responsable del patrimonio cultural cuando las copias de esas obras u otras prestaciones: (i) son propiedad de dicha institución; u (ii) obran en su poder de manera permanente, por ejemplo, como consecuencia de una transmisión de la propiedad, acuerdos de licencia, obligaciones de depósito legal o acuerdos de custodia permanente.

El artículo 66.4 RD-ley 24/2021 considera «entidad de gestión colectiva suficientemente representativa» a toda aquella entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual sobre la cual el MCUD haya resuelto favorablemente la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales al inicio de la actividad de la misma, conforme al TRLPI (cfr. arts. 147 y 148). Con esta definición, el legislador ha pasado por alto el criterio de la Directiva de exigir que la entidad en cuestión sea «suficientemente representativa» en el sentido de reunir un número significativo de titulares que, en relación con los tipos de obras o prestaciones de que se trate, hayan otorgado un mandato por el que autorizan la concesión de licencias para el tipo de uso en cuestión.

El legislador español lo que ha hecho ha sido sencillamente hacer equivaler el estatus de entidad de gestión autorizada por el MCUD al de entidad de gestión suficientemente representativa, lo cual es desacertado, dado que entre las condiciones de la autorización para ser entidad de gestión no está la de ser suficientemente representativa en su sector, por lo que no se puede considerar una característica ínsita a toda entidad de gestión por el hecho de serlo⁷². Baste comprobar que, de acuerdo con el artículo 159.d) TRLPI, para poder constituir una entidad de gestión tan solo se exige un número de miembros no inferior a diez, lo cual es indicativo de que el TRLPI no parte de la premisa de que toda entidad de gestión autorizada vaya a ser de forma automática una entidad suficientemente representativa en su sector.

En consecuencia, podría ocurrir que entidades de gestión que estén muy alejadas de ser representativas según el estándar de la Directiva, conforme a la norma de transposición sean consideradas entidades de gestión colectiva suficientemente representativas a los efectos de conceder licencias para la utilización de obras fuera de circuito comercial por instituciones de patrimonio cultural, contraviniéndose así lo preceptuado por el Derecho UE.

Por lo demás, el artículo 66.4 RD-ley 24/2021 *in fine* establece que, en aquellos casos en que más de una entidad de gestión colectiva sea repre-

⁷² Conforme al artículo 148 TRLPI, los requisitos que deben cumplimentarse para poder obtener la autorización del MCUD para operar como entidad de gestión son: (i) que los estatutos de la entidad solicitante cumplan los requisitos establecidos en este título; (ii) que la entidad solicitante reúna las condiciones necesarias para asegurar la eficaz administración de los derechos, cuya gestión le va a ser encomendada, en todo el territorio español; (iii) que la autorización favorezca los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual. Para valorar estos dos últimos factores, a su vez, se tendrán en cuenta la capacidad de una gestión viable de los derechos encomendados, la idoneidad de sus estatutos y sus medios materiales para el cumplimiento de sus fines, y la posible efectividad de su gestión en el extranjero. Como puede verse, ninguna de las condiciones está ligada a la suficiente representatividad de la entidad dentro de su sector.

sentativa en un ámbito de obras u otras prestaciones, lo que con el criterio seguido por nuestro legislador será más fácil que ocurra, será exigible una licencia conjunta o un acuerdo entre sendas entidades de gestión.

- b) Se garantice a todos los titulares de derechos igualdad de trato en relación con los términos de la licencia.

1.3. Usos transfronterizos en relación con el mecanismo de concesión de licencias

El artículo 71.3 RD-ley 24/2021 se encarga de transponer la disposición sobre usos transfronterizos contemplada en el artículo 9 de la Directiva. A tal fin, establece que las autorizaciones otorgadas al amparo del artículo 71.2 RD-ley 24/2021 podrán permitir el uso mencionado a una institución de patrimonio cultural en cualquier Estado miembro, añadiendo que en tal caso el uso se entenderá producido únicamente en territorio español.

Esto supone mezclar y confundir lo dispuesto en los dos apartados del artículo 9 de la Directiva, en el que se distingue entre los usos de obras y otras prestaciones fuera de circuito comercial hechos bajo la cobertura de una licencia y los realizados al amparo de la excepción o limitación.

- a) Con respecto a los primeros, el artículo 9.1 de la Directiva ordena a los Estados miembros garantizar que las licencias concedidas de acuerdo con el artículo 8 puedan autorizar el uso de obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial por una institución responsable del patrimonio cultural en cualquier Estado miembro.
- b) Con relación a los segundos, el artículo 9.2 dice que se considerará que los usos de obras y otras prestaciones al amparo de la excepción o limitación establecida en el artículo 8.2, se producen solamente en el Estado miembro en el que está establecida la institución responsable del patrimonio cultural que haga dicho uso.

Es decir, el principio de país de origen solo se establece en la Directiva para los usos efectuados con arreglo a la excepción, no para los que se realicen bajo licencia. La entidad de gestión suficientemente representativa podrá conceder una licencia que permita a la institución responsable de patrimonio cultural el uso en cualquier Estado miembro, aunque en ese caso no se dice que el uso se entenderá únicamente realizado en el Estado miembro donde esté establecida la institución responsable de patrimonio cultural. Nuestro legislador, paradójicamente, no ha regulado el aspecto ligado con el uso transfronterizo cuando la institución responsable de patrimonio cultural realice la utilización al amparo del límite, supuesto en el que sí sería válido aplicar el principio de país de origen.

1.4. Límite

Para las situaciones en las que el mecanismo de licencias no ofrezca una solución adecuada a las instituciones responsables del patrimonio cultural⁷³, el artículo 71.4 del RD-ley 24/2021 regula la excepción prevista en el artículo 8.2 de la Directiva para permitir a las instituciones responsables del patrimonio cultural que pongan a disposición, con fines no comerciales, obras u otras prestaciones fuera del circuito comercial que se encuentren en su colección permanente, a condición de que:

- c) se indique el nombre del autor o de cualquier otro titular de derechos identificable, excepto cuando esta indicación sea imposible; y
- d) dichas obras u otras prestaciones se pongan a disposición en sitios web no comerciales.

Respecto de la transposición de este artículo 8.2 de la Directiva, el artículo 71.4 RD-ley 24/2021, incurre en un desajuste en relación con los derechos afectados, pues establece que afectará a «los derechos de reproducción, distribución, comunicación al pública o puesta a disposición». Sin embargo, en la Directiva ese abanico de derechos —que incluye el derecho de distribución— está referido únicamente al mecanismo de concesión de licencias, mientras que para la excepción o limitación se pormenorizan los derechos que podrán verse afectados, distinguiendo además en función de clases de titulares y tipos de obras, debiendo observarse que únicamente en relación con los programas de ordenador la excepción o limitación alcanzaría al derecho de distribución⁷⁴.

Por otra parte, tanto el artículo 8.2 de la Directiva como los considerandos que lo complementan guardan silencio sobre la posibilidad de que los Estados

⁷³ A modo de ejemplo, puede citarse el caso de que no exista una práctica de gestión colectiva para los derechos de un determinado tipo de obra u otra prestación, o que la entidad de gestión colectiva pertinente no sea suficientemente representativa de la categoría de los titulares y derechos en cuestión.

⁷⁴ En concreto, el artículo 8.2 de la Directiva establece que la excepción o limitación afectará: (i) al derecho de reproducción y a los derechos de comunicación al público y de puesta a disposición del público previstos con carácter transversal en los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29/CE; (ii) al derecho de reproducción, distribución y transformación a favor de los titulares de los derechos sobre los programas de ordenador previstos en el artículo 4.1 de la Directiva 2009/24/CE; (iii) al derecho de reproducción y de puesta a disposición del público de los editores de publicaciones de prensa; y (iv) a los derechos de reproducción, transformación y comunicación al público a favor de los autores de bases de datos previstos en el artículo 5, letras a), b), d) y e) de la Directiva 96/9/CE y a los derechos de extracción y de reutilización reconocidos a favor del fabricante de una base de datos en el artículo 7.1 de la Directiva 96/9/CE. Como luego veremos, los apartados 7 a 9 del artículo 71 RD-ley 24/2021 contienen algunas referencias a bases de datos, pero vienen a crear, probablemente sin pretenderlo, una suerte de límites en paralelo, sin rodearlos de requisitos de aplicación y con muy poca precisión técnica.

miembros puedan o, por el contrario, deban abstenerse de prever una indemnización para los titulares de derechos por los usos realizados al amparo de esta excepción o límite. Dicho lo cual, lo cierto es que el precepto admite que los Estados miembros establezcan tanto una excepción como una limitación, siendo así que, como hemos visto *supra*, este segundo término se asocia a la posibilidad de prever una compensación equitativa por el uso legalmente permitido. Nuestro legislador ha optado, podemos decir que con acierto, por no establecer una compensación equitativa anudada a esta excepción para obras y prestaciones fuera del circuito comercial, lo que sin duda supondrá un incentivo para que las instituciones responsables del patrimonio cultural hagan uso de este límite.

Como acabamos de señalar *supra*, para el caso de que la institución responsable de patrimonio cultural realice el uso al amparo de esta excepción, nuestro legislador ha olvidado indicar que ese uso se entenderá realizado únicamente en el territorio español, incluso aunque tenga alcance transfronterizo.

1.5. Obras y prestaciones que están fuera del circuito comercial excluidas del régimen del artículo 71 RD-ley 24/2021

El artículo 71.5 RD-ley 24/2021 viene a transponer, de nuevo con algún desajuste, el artículo 8.7 de la Directiva, que por motivos de cortesía internacional excluye del régimen mixto de concesión de licencias y de la excepción o limitación a los conjuntos de obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial, si, sobre la base del esfuerzo razonable, hay pruebas de que dichos conjuntos se componen preponderadamente de:

- a) obras u otras prestaciones que no sean cinematográficas o audiovisuales, que se hayan publicado por primera vez o, a falta de publicación, que se hayan emitido por primera vez en un tercer país no miembro de la UE;
- b) obras cinematográficas o audiovisuales cuyos productores tengan su sede o residencia habitual en un tercer país no miembro de la UE;
- c) obras u otras prestaciones de nacionales de un tercer país no miembro de la UE cuando, tras un esfuerzo razonable, no se haya podido determinar un Estado miembro o un tercer país según las letras anteriores a) y b).

La Directiva contempla, a su vez, una excepción a la exclusión de estas obras y prestaciones: el mecanismo de licencias regulado se aplicará en todo caso cuando la entidad de gestión colectiva sea suficientemente representativa de los titulares de derechos del tercer país no miembro de la UE de que se trate.

Nuestro precepto no se atiene completamente a la norma de cuya transposición se trata, en parte como consecuencia de algunas omisiones o desviaciones

cometidas con anterioridad. Así, el artículo 71.5 RD-ley 24/2021 no hace referencia a que la conclusión acerca de que los conjuntos de obras se componen principalmente de las tres clases de obras o prestaciones que a continuación se enumeran, se ha de basar en el mismo tipo de esfuerzo razonable al que alude el artículo 8.5, y sobre el que da pautas el considerando (38) de la Directiva. Nuestro legislador, como hemos señalado *supra*, ni siquiera se ha tomado la molestia de definir en qué ha de consistir el esfuerzo razonable para llegar a determinar que una obra o prestación se encuentra fuera del circuito comercial. De manera consecuente con esa indolencia, tampoco ahora se preocupa de recordar que la constatación a la que se refiere el artículo 71.5 del RD-ley 24/2021 se ha de basar en la misma clase de esfuerzo razonable.

Por otro lado, con relación al último inciso del precepto, en el que se traza una excepción a las exclusiones señaladas en él, el problema radica en que la excepción se apoya en el dato de que la entidad de gestión que conceda la licencia sea suficientemente representativa de los titulares de ese tercer país no comunitario. Puesto que la definición de entidad de gestión suficientemente representativa que ha hecho nuestro legislador consiste simplemente en aceptar que cualquier entidad de gestión autorizada lo es, también aquí bastará con este mismo requisito para aceptar que puede representar suficientemente a titulares procedentes de ese tercer país, lo cual no parece tener mucho sentido, y viene a corroborar lo erróneo de la definición de entidad suficientemente representativa acogida por nuestro legislador.

1.6. Ausencia de facultad de opt out a favor de los titulares de derechos

Cabe ahora destacar una de las grandes omisiones cometidas por nuestro legislador en la transposición de la Directiva 2019/790, y es que no ha incorporado a Derecho interno la facultad de *opt-out* contemplada en el artículo 8.4 de la Directiva. Se trata de una pieza esencial del régimen de utilización obras y prestaciones fuera del circuito comercial por parte de instituciones responsables del patrimonio cultural, y es la facultad que debe concederse a los titulares de derechos para que puedan en cualquier momento, de manera fácil y efectiva, excluir sus obras o prestaciones tanto del mecanismo de concesión de licencias como de la aplicación de la excepción o limitación, en general o en caso concretos, también después de la conclusión de un contrato de licencia o de que haya comenzado el uso de que se trate⁷⁵.

⁷⁵ Según el considerando (35) de la Directiva, cuando un titular excluya la aplicación de los mecanismos de licencia o de la excepción o limitación, a una o varias obras o prestaciones, se deberá poner fin dentro de un plazo de tiempo razonable a los usos actuales y, si tuvieran lugar al amparo de una licencia colectiva, la entidad de gestión colectiva, una vez informada, deberá dejar de expedir licencias para los usos de que se trate. En cualquier caso, esta exclusión aplicada por los titulares de derechos no afectará a sus reclamaciones de remuneración por el uso efectivo de la obra o prestación objeto de la licencia.

No se entiende que el legislador español haya pasado por alto la transposición de un aspecto tan absolutamente esencial en la regulación de esta materia. Pero lo que todavía se entiende menos es que, además de no incorporar el mecanismo de *opt out*, se haya ocupado de anular cualquier otra posibilidad que tendrían los titulares para invocar bajo Derecho español la exclusión de sus obras o prestaciones del mecanismo de concesión de licencias por las entidades de gestión suficientemente representativas.

En efecto, el artículo 71.6 RD-ley 24/2021 dispone que no será aplicable lo dispuesto en el artículo 166 TRLPI al uso de obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural. Recordemos que el artículo 166 TRLPI⁷⁶ excluye las obras de gran derecho y las utilidades singulares que requieran la autorización individualizada de su titular del ámbito de las obligaciones impuestas a las entidades de gestión colectiva en el ejercicio de su actividad gestora ordinaria. Queda claro, por tanto, que nuestro legislador no ha querido dejar al titular ningún resquicio para excluir sus obras o prestaciones fuera del circuito comercial del mecanismo de concesión de licencias por las entidades de gestión colectiva, lo cual resulta diametralmente opuesto a lo contemplado por la Directiva.

1.7. ¿Nuevos límites ajenos a la Directiva en relación con el uso de obras y prestaciones fuera del circuito comercial?

Apenas el intérprete de la norma está intentando salir de la perplejidad causada por la ausencia de contemplación del mecanismo de *opt out* en el apartado 6 del artículo 71 RD-ley 24/2021, cuando se topa con el cúmulo de desaciertos condensados en los últimos tres apartados del precepto. Literalmente, lo que parecen incorporar estos tres apartados son límites a diversos derechos, dos de ellos relativos a bases de datos (apartados 7 y 9) y otro a todo tipo de obras y prestaciones (apartado 8). No es posible saber en qué relación se encontrarían con respecto al límite ya definido en el apartado 4 del artículo, y de hecho parecen prescindir de los requisitos de aplicación de este, por lo que más que leyes especiales que vienen a modularlo se comportan como meros agregados que se solapan con él y que presentan unos contornos mucho menos definidos.

El apartado 7 señala que, sin perjuicio de lo dispuesto en la regulación legal sobre reproducciones provisionales y copia privada, no se necesitará la autorización del autor de una base de datos que haya sido divulgada, cuando se trate de la puesta a disposición de obras fuera del circuito comercial. El apartado 9

⁷⁶ Que literalmente dice: «Lo dispuesto en los artículos anteriores sobre concesión de autorizaciones no exclusivas, tarifas generales y acuerdos sectoriales no resultará de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular».

hace lo propio con relación a la extracción y/o reutilización de una parte sustancial de una base de datos protegida por el derecho *sui generis* cuando se trate de la puesta a disposición de obras fuera del circuito comercial⁷⁷.

Estos límites parecen proyectarse sobre el derecho de reproducción y los derechos de extracción y reutilización⁷⁸, y no sobre el propio acto de puesta a disposición. Es difícil encontrar una explicación para haber introducido estas dos excepciones aquí, pues no había motivo para pensar que las bases de datos, al menos las protegidas como obras, no estaban ya cubiertas por el límite del apartado 4. Pero si lo que el legislador está dando a entender es que ese límite general no se aplica a bases de datos, el apartado 7 debería haber exceptuado los mismos derechos a los que se refiere el apartado 4, empezando por la propia puesta a disposición⁷⁹.

Por lo demás, los apartados 7 y 9 ni siquiera aluden —como sí hace el apartado 4— a que estos límites solo favorecen a instituciones responsables del patrimonio cultural, es más, el apartado 9 se refiere de manera genérica al «usuario legítimo de una base de datos», lo que dota a esta excepción de un carácter general; aunque al encontrarse dentro del artículo 71 RD-ley 24/2021 debe interpretarse que su ámbito estricto de aplicación es el delimitado por este precepto: el uso de obras y prestaciones fuera del circuito comercial por instituciones de patrimonio cultural. Tampoco se recogen los demás requisitos de aplicación del límite del apartado 4, a saber, que no exista una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que sea lo suficientemente representativa de los titulares de derechos correspondientes y de los derechos objeto de la autorización, que se proceda con fines no comerciales, que las bases de datos en cuestión se hallen de forma permanente en la colección de la institución, que se indique el nombre del autor o el titular cuando sea posible, y que las obras se pongan a disposición en sitios web no comerciales.

Si nos trasladamos al apartado 8 del artículo 71 RD-ley 24/2021 descubrimos que la escala de los desatinos tenía todavía un nivel superior. De la lectura de este apartado parece deducirse que se regula un nuevo límite a los derechos de reproducción, de transformación y de distribución en relación con la puesta a disposición de obras y prestaciones fuera del circuito comercial, lo que viene a

⁷⁷ Tanto el apartado 7 como el 9 hablan solo de «obras» fuera del circuito comercial. El apartado 8 se refiere en cambio a «obras y prestaciones».

⁷⁸ En el caso del apartado 7, realmente obliga a hacer esa inferencia, porque no llega a establecer para qué no se necesitará autorización del titular de la base de datos. Por otra parte, se ignora cuál es la finalidad de la salvedad que contiene ese apartado, pues el «sin perjuicio» juega de manera distinta para cada uno de los dos límites mencionados: mientras que el de reproducciones provisionales (art. 31.1 TRLPI), se aplica a todo tipo de obras y prestaciones, el de copia privada no se aplica a las bases de datos electrónicas (art. 31.3.b/ TRLPI).

⁷⁹ O, casi mejor, los derechos a los que se refiere el artículo 8.2 de la Directiva 2019/790: los de las letras a/, b/, d/ y e/ del artículo 5 de la Directiva 96/9.

significar un solapamiento casi perfecto con el límite descrito en el apartado 4 del precepto, que afecta a los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y puesta a disposición con respecto a obras y prestaciones fuera del circuito comercial.

Por si ello fuese poco, la redacción de este nuevo límite está impregnada de una incoherencia intrínseca importante, pues el artículo 71.8 RD-ley 24/2021 parte de la premisa de que, «cuando se trate de la puesta a disposición de obras y prestaciones fuera del circuito comercial» no será necesaria la autorización del titular para llevar a cabo, por parte de una «institución cultural»⁸⁰ y para fines no comerciales una serie de actos. Pero el límite no da cobertura al propio acto de puesta a disposición, que por lo tanto tendría que ser previamente autorizado por el titular, o entenderse cubierto por el límite al derecho de puesta a disposición del apartado 4 de la norma.

Los actos a los que alcanzaría este límite del artículo 71.8 RD-ley 24/2021 son:

- a) la reproducción total o parcial, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria, con la salvedad de que cuando la distribución o comunicación al público de la obra o prestación necesiten tal reproducción sí deberá disponerse de autorización para ello, que otorgará el titular del derecho.

No se entiende muy bien este último añadido. La premisa de la que parte el precepto es que se trata de realizar un acto de puesta a disposición, no de distribución o cualquier otro tipo de comunicación al público, aunque por otro lado la distribución queda también amparada por el límite, como se observa a continuación. Es extraño que si se dispone de licencia para la puesta a disposición, o este acto se entiende cubierto por otro límite, la reproducción se considere libre, pero en cambio no cuando se tenga licencia para distribuir (o para comunicar al público), o este acto se entienda cubierto por este mismo límite o por algún otro⁸¹.

- b) La transformación de la obra y la reproducción de los resultados de tal acto de transformación, sin perjuicio de los derechos de la persona que realice la transformación.

⁸⁰ Aquí el legislador ha olvidado que el término definido es una «institución responsable del patrimonio cultural» y no una «institución cultural», introduciendo un nuevo componente de inseguridad jurídica.

⁸¹ Es fácil ver la situación paradójica que se crea con el límite del apartado 4. Conforme a este, una institución responsable del patrimonio cultural no necesita autorización para proceder con fines no comerciales a la reproducción, distribución, comunicación pública o puesta a disposición del público de obras u otras prestaciones que estén fuera del circuito comercial. Sin embargo, conforme al límite regulado en el apartado 8, cuando la institución realizase un acto de reproducción en relación con una distribución o comunicación pública de una obra o prestación fuera del circuito comercial, sí que necesitaría una autorización por parte del titular.

El artículo 8.2 de la Directiva no regula ningún límite con respecto al derecho de transformación, el cual ni siquiera se trata de un derecho armonizado.

c) Cualquier forma de distribución de la obra o prestación.

Si lo que se trata de regular son límites en relación con el acto de puesta a disposición, no se entiende el sentido de regular un límite al derecho de distribución, que para obras y prestaciones en general se refiere a ejemplares tangibles. Recordemos que la Directiva establece el límite al derecho de distribución solo en relación con los programas de ordenador, precisamente porque en ese ámbito el derecho de distribución sí abarca la transmisión en línea de una copia del programa.

Finalmente, al regular este nuevo límite se prescinde, igual que en los apartados 7 y 9, de parte de los requisitos establecidos para la aplicación del límite del apartado 4: que no exista una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual lo bastante representativa de los titulares de derechos sobre la categoría de obras y prestaciones correspondientes y de los derechos objeto de la autorización, que las obras y prestaciones en cuestión se hallen de forma permanente en la colección de la institución, que se indique el nombre del autor o el titular cuando sea posible, y que las obras y prestaciones se pongan a disposición en sitios web no comerciales.

Como decimos, el resultado *de facto* es que se ha venido a crear un segundo límite para el uso de obras fuera del circuito comercial por instituciones de patrimonio cultural, pero con requisitos más laxos que el apartado 4, por ejemplo sin exigir que esas obras estén de manera permanente dentro de su colección. Ello supondría una clara desviación respecto de la Directiva, la cual precisamente ha querido someter la excepción de obras y prestaciones fuera de circuito comercial a requisitos muy específicos que los Estados miembros deben respetar.

1.8. Falta de regulación de medidas de publicidad concretas

Con el fin de que las salvaguardas para los titulares de derechos reguladas en el artículo 8.4 de la Directiva sean efectivas, el artículo 10 de la Directiva determina que los Estados miembros deberán velar por dar publicidad adecuada a la información de las instituciones de patrimonio cultural, las entidades de gestión o las autoridades públicas sobre los usos actuales y futuros de las obras y prestaciones que estén fuera del circuito comercial amparados por el mecanismo de licencia o la excepción o limitación. De igual manera, deberá facilitarse información sobre las opciones de que disponen los titulares de derechos conforme al artículo 8.4 y, cuando sea pertinente, sobre las partes

de la licencia, los territorios cubiertos y los usos⁸². De forma complementaria, la Directiva admite que los Estados miembros establezcan, si lo consideran necesario para conocimiento general de los titulares de derechos, medidas de publicidad adicionales⁸³.

Ninguna de estas previsiones ha sido incorporada a nuestro Derecho interno.

2. CONCESIÓN DE LICENCIAS COLECTIVAS CON EFECTO AMPLIADO

El apartado 1 del artículo 12 de la Directiva 2019/790 permite a los Estados miembros establecer que cuando una entidad de gestión colectiva, en virtud de los mandatos otorgados por los titulares, concluya un acuerdo de licencia para la explotación de su repertorio, ese acuerdo se pueda extender también a titulares de la misma clase que no le hayan encomendado la gestión, o bien que, con respecto a dicho acuerdo, la entidad tiene mandato legal o se presume que goza de legitimación para representar incluso a titulares que no le hayan autorizado para que los represente⁸⁴.

La premisa es que estos mecanismos de licencias colectivas con efecto ampliado pueden aportar seguridad jurídica a los usuarios, a la vez que dan a los titulares la posibilidad de beneficiarse de la utilización lícita de sus obras, al propiciar la celebración de acuerdos en algunos ámbitos en que la concesión de licencias colectivas basadas en una autorización de los titulares no permite garantizar que esas licencias abarquen todas las obras o prestaciones que se han de utilizar.

No obstante, los mecanismos de concesión de licencias a que se refiere el apartado 1 se han de acotar a sectores bien definidos, en los que obtener auto-

⁸² Conforme a la Directiva, todo ese conjunto de información deberá ser accesible de forma permanente, con facilidad y de manera efectiva en un único portal público en línea, como mínimo a partir de seis meses antes del uso de las obras o prestaciones por las instituciones de patrimonio cultural, de conformidad con la licencia o al amparo de la excepción o limitación. Ese portal, que deberá crear y gestionar la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, ha de servir para que los titulares puedan excluir sus obras o prestaciones de la aplicación de los mecanismos de licencia, o de la excepción o limitación relativas a las obras fuera del circuito comercial.

⁸³ Estas medidas se tomarían en el Estado miembro en el que se haya solicitado la licencia, o para usos al amparo de la excepción o limitación en el Estado miembro en el que esté establecida la institución responsable del patrimonio cultural. Si hay indicios, como el origen de las obras o prestaciones, de que podría aumentarse el conocimiento de los titulares de derechos en otros Estados miembros o terceros países no miembros de la UE, tales medidas de publicidad podrían cubrir también esos territorios.

⁸⁴ El apartado 5 del artículo 12 prevé que los Estados miembros deberán informar a la Comisión si adoptan un sistema de concesión de licencias colectivas ampliadas, especificando las variantes que han permitido, los datos de las entidades que puedan concederlas, y el modo de obtener información sobre la concesión de esas licencias y sobre las opciones de que disponen los titulares para excluir sus obras y prestaciones de ese mecanismo.

rizaciones individuales de los titulares resulte tan difícil y costoso que pudiera ser disuasorio para el usuario tratar de obtener una licencia. Por otro lado, esos mecanismos solo se podrán establecer para el uso dentro del territorio del respectivo Estado miembro, y a reserva de cuatro salvaguardas.

Primero, solo podrán conceder esta clase de licencias entidades de gestión que sean lo suficientemente representativas de la categoría de titulares y derechos a los que se refiera su gestión. Segundo, se deberá garantizar igualdad de trato a todos los titulares. En tercer lugar, aquellos titulares que no hayan autorizado a la entidad a conceder la licencia deberán poder excluir sus obras o prestaciones del mecanismo de concesión de licencias ampliadas en cualquier momento, de manera fácil y efectiva (*opt out*)⁸⁵. Y por último, se deberán articular medidas de publicidad adecuadas y con una antelación razonable, para informar a los titulares tanto de que la entidad está capacitada para conceder licencias con efecto ampliado, como de que los titulares están facultados para excluir sus obras o prestaciones del sistema de licencias extendidas.

El legislador español no ha introducido ninguna modificación en nuestra normativa interna a los efectos de trasponer el artículo 12 de la Directiva. En particular, ha decidido no incorporar la figura de las licencias extendidas a que se refiere la letra a) de su apartado primero⁸⁶. No obstante, cabe considerar que existe en nuestro ordenamiento uno de los mecanismos alternativos que menciona el artículo 12.1 de la Directiva en su letra b), en concreto una presunción de que cuando las entidades de gestión celebran acuerdos de licencia lo hacen representando también a los titulares que no les hayan encomendado la gestión, con tal de que pertenezcan a la clase de titulares cuyos derechos constituyen el objeto de la gestión de la entidad⁸⁷.

⁸⁵ Dice el considerando (48) que es esencial que se ofrezca a los titulares una oportunidad real de excluir la aplicación de esos mecanismos a sus obras o prestaciones, ya sea para todos los usos o para algunos usos determinados, y tanto antes de la conclusión de un contrato de licencia como durante la vigencia de la misma, en cuyo caso debe ponerse fin a los usos en curso dentro de un plazo de tiempo razonable. Por otro lado, la exclusión por parte de los titulares no debe afectar a sus reclamaciones de remuneración por el uso efectivo de la obra o prestación que haya tenido lugar.

⁸⁶ Naturalmente, con independencia de las licencias extendidas contempladas en el artículo 71.2 del RD-ley, procedente del artículo 8 de la Directiva 2019/790, que se refieren específicamente al uso de obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural. Asimismo, debe consignarse el caso recogido en el artículo 77.2 del propio RD-ley 24/2021, que procede del artículo 4.2 de la Directiva 2019/789, en materia de retransmisión, y que tiene su antecedente en el artículo 20.4.c) TRLPI, procedente del artículo 3.2 de la Directiva Satélite y Cable, en materia de retransmisión por cable.

⁸⁷ Obsérvese que las licencias extendidas son solo uno de los tres mecanismos de «licencias colectivas con efecto ampliado» que regula la Directiva. Se aprecia bien en el considerando (44), según el cual «los mecanismos de concesión de licencias colectivas con efecto ampliado permiten que una entidad de gestión colectiva ofrezca licencias como órgano de concesión de licencias colectivas en nombre de los titulares de derechos, independientemente de que estos hayan autorizado o no a la entidad a hacerlo. Los sistemas basados en tales mecanismos, como la concesión de licencias colectivas ampliadas, los mandatos legales o las presunciones de representación, constituyen prácticas consolidadas en varios Estados miembros y se pueden utilizar en diversos ámbitos».

Nos referimos al artículo 150 TRLPI, que contiene una regla de legitimación de las entidades de gestión a fin de poder actuar en el tráfico en nombre de todos los titulares de la clase a la que se refieran sus estatutos. El artículo está concebido en clave de legitimación procesal, pero es obvio que su virtualidad se proyecta en las relaciones extraprocesales de las entidades con sus usuarios, los cuales conocen que la entidad podrá hacer valer esa extraordinaria legitimación en un eventual procedimiento judicial o administrativo, y que las vías de defensa se encontrarán tasadas a los tres motivos de oposición que señala el segundo párrafo del precepto, que por tanto serán las mismas que el usuario podrá emplear en sus negociaciones con la entidad: el hecho de que la entidad carezca de representación en un caso concreto, porque conste que el titular no le ha encomendado la gestión (v. gr. por habérsela encargado a otra entidad de gestión o a un operador de gestión independiente), el haber obtenido autorización directa de manos del titular del derecho, o el dato de haber pagado ya la remuneración correspondiente.

A continuación contrastamos el artículo 12 de la Directiva con el artículo 150 TRLPI.

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|---|--|
| <p>Artículo 12. Concesión de licencias colectivas con efecto ampliado</p> | <p>Artículo 150. Legitimación</p> |
| <p>1) Cuando una entidad de gestión colectiva sujeta a la normativa nacional por la que se aplica la Directiva 2014/26/UE, de conformidad con los mandatos que le hayan otorgado los titulares de derechos, concluya un acuerdo de licencia para la explotación de obras u otras prestaciones, los Estados miembros podrán establecer, por lo que se refiere al uso en su territorio y a reserva de las salvaguardas establecidas en el presente artículo, que:</p> <p>a) <u>dicho acuerdo pueda extenderse para aplicarse a los derechos de los titulares de derechos que no hayan autorizado a esa entidad de gestión colectiva para que los represente mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual, o,</u></p> <p>b) con respecto a dicho acuerdo, <u>la entidad ostente un mandato legal</u> o se presuma de ella que representa a titulares de derechos que no hayan autorizado a la entidad en consecuencia.</p> | <p>Las entidades de gestión, una vez autorizadas conforme a lo previsto en este título, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales.</p> |

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|---|--|
| <p>2) Los Estados miembros garantizarán que el mecanismo de concesión de licencias a que se refiere el apartado 1 se aplique solamente en sectores de uso bien definidos, cuando obtener autorizaciones de los titulares de derechos de manera individual resulte generalmente oneroso y dificultoso hasta un grado tal que haga improbable la operación requerida para obtener una licencia, debido a la naturaleza del uso de los tipos de obras u otras prestaciones de que se trate, y garantizarán que ese mecanismo de licencia salvaguarde los intereses legítimos de los titulares de derechos.</p> <p>3) <u>A efectos del apartado 1, los Estados miembros establecerán las siguientes salvaguardas, consistentes en que:</u></p> <p>a) <u>la entidad de gestión colectiva sea, sobre la base de sus mandatos, suficientemente representativa de los titulares de derechos por lo que se refiere al tipo pertinente de obras u otras prestaciones y de los derechos objeto de la licencia, para el Estado miembro de que se trate;</u></p> <p>b) <u>se garantice a todos los titulares de derechos igualdad de trato, también en relación con los términos de la licencia;</u></p> <p>c) <u>los titulares de derechos que no hayan autorizado a la entidad a conceder la licencia puedan en cualquier momento, con facilidad y de manera efectiva, excluir sus obras u otras prestaciones del mecanismo de concesión de licencias establecido conforme al presente artículo, y</u></p> | <p>Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado solo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente.</p> |

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|---|-------|
| <p>d) <u>se tomen medidas de publicidad adecuadas, que se apliquen a partir del inicio de un período razonable antes de que las obras u otras prestaciones sean utilizadas al amparo de la licencia, para informar a los titulares de derechos de la facultad de la entidad de gestión colectiva de conceder licencias para obras u otras prestaciones, de que la concesión de la licencia se efectúa conforme al presente artículo y de las opciones de que disponen los titulares de derechos a que se refiere la letra c). Las medidas de publicidad serán efectivas sin necesidad de tener que informar a título Individual a cada titular de derechos.</u></p> <p>4) El presente artículo no afectará a la aplicación de mecanismos de concesión de licencias colectivas con efecto ampliado de conformidad con otras disposiciones del Derecho de la Unión, en particular las disposiciones que permiten excepciones o limitaciones.</p> <p>El presente artículo no se aplicará a la gestión colectiva de derechos obligatoria.</p> <p>El artículo 7 de la Directiva 2014/26/UE se aplicará al mecanismo de concesión de licencias establecido por el presente título.</p> <p>5) Si un Estado miembro establece en su Derecho nacional un mecanismo de concesión de licencias de conformidad con el presente artículo, informará a la Comisión del alcance de las correspondientes disposiciones nacionales, de la finalidad y los tipos de licencias que puedan introducirse en virtud de dichas disposiciones, de los datos de contacto de las entidades que concedan licencias conforme a ese mecanismo de concesión de licencias, así como del modo en que pueda obtenerse información sobre la concesión de licencias y las opciones de que disponen los titulares de derechos a que</p> | |

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|--|-------|
| <p>se refiere el apartado 3, letra c). La Comisión publicará esa información.</p> <p>6) Sobre la base de la información recibida de conformidad con el apartado 5 del presente artículo y de las consultas en el seno del Comité de contacto establecido en el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2001/29/CE, la Comisión, a más tardar el 10 de abril de 2021, presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre el uso en la Unión de los mecanismos de concesión de licencias a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, sus efectos en la concesión de licencias y para los titulares de derechos, incluidos los que no sean miembros de organizaciones que concedan las licencias o que sean nacionales de otro Estado miembro o residan en otro Estado miembro, su eficacia para facilitar la difusión de contenidos culturales y su impacto en el mercado interior, en particular en la prestación transfronteriza de servicios y la competencia. Ese informe irá acompañado, en su caso, de una propuesta legislativa, en particular por lo que se refiere a los efectos transfronterizos de esos mecanismos nacionales.</p> | |

Todo apunta a que la presunción de legitimación del artículo 150 TRLPI equivale a un mecanismo de licencias colectivas con efecto ampliado, en concreto el de la letra b) *in fine* del artículo 12.1 de la Directiva, referido precisamente a la presunción de que cuando una entidad de gestión otorgue un acuerdo de licencia, la entidad actúa representando también a titulares que no le hayan autorizado.

Si esto es así, ello significa que nuestro legislador, al decidir el mantenimiento de la norma del artículo 150 TRLPI, debería haber incorporado las cuatro salvaguardas a las que se refiere el artículo 12.3 de la Directiva, y al no haberlo hecho ha venido a colocar ese precepto en una situación de falta de conformidad sobrevinida con el Derecho de la UE⁸⁸.

⁸⁸ Como dice el considerando (46) de la Directiva: «Habida cuenta de la importancia cada vez mayor que reviste la capacidad de ofrecer sistemas de licencia flexibles en la era digital, y del uso cada vez mayor de esos sistemas, los Estados miembros deben poder prever mecanismos de licencia

En efecto, la presunción del artículo 150 TRLPI no se restringe a entidades que sean suficientemente representativas de los titulares de derechos por lo que se refiere al tipo de obras o prestaciones objeto de la licencia, sino que se aplica a cualesquiera entidades de gestión autorizadas para operar en España. Debería aclararse por tanto que esa especial legitimación de las entidades de gestión para representar a todos los titulares de la clase a la que se refieren sus estatutos, solo beneficia a las entidades que sean suficientemente representativas en su sector.

Por otro lado, nuestra Ley no impone a las entidades de gestión que garanticen una igualdad de trato, también en cuanto a los términos de la licencia, hacia los titulares cuyos derechos gestionen sin haber recibido de ellos autorización para hacerlo, sino solo a los titulares cuyos derechos gestionen en virtud de un encargo de gestión⁸⁹. Sería necesario alterar este estado de cosas para asegurar que la igualdad de trato alcanza a todos los titulares representados por la entidad, hayan o no encomendado su gestión a la misma.

En tercer lugar —y esto parece lo más importante— no se configura un mecanismo de *opt out* para que los titulares que no hayan autorizado a la entidad a conceder la licencia en su nombre puedan excluir sus obras o prestaciones del mecanismo de concesión de licencias basadas en la presunción de legitimación del artículo 150 TRLPI. Esa facultad debería reconocerse de manera expresa, permitiendo de ese modo dar visibilidad a la falta de representación de la que el propio artículo habla aunque sin indicar de qué modo podrá articularse la constancia de esa falta de representación.

En fin, no se dispone ninguna medida de publicidad para informar a los titulares de que la entidad puede conceder licencias en su nombre aunque no le hayan otorgado la representación, y de las opciones de que disponen para retirar sus obras o prestaciones de ese mecanismo de representación presunta. Sería por tanto necesario introducir una previsión que obligara a las entidades suficientemente representativas a que dispusieran medidas de publicidad de ese tipo.

que permitan a las entidades de gestión colectiva concluir contratos de licencia, de forma voluntaria, independientemente de que todos los titulares de derechos hayan autorizado a la entidad interesada a hacerlo. Los Estados miembros deben poder conservar e introducir esos mecanismos de conformidad con sus tradiciones, prácticas o circunstancias nacionales, a reserva de las salvaguardias previstas en la presente Directiva y en cumplimiento del Derecho de la Unión y las obligaciones internacionales de la Unión».

⁸⁹ Según el artículo 156.5 TRLPI, «las entidades de gestión no discriminarán a los titulares cuyos derechos gestionen en virtud de un acuerdo de representación, en particular, con respecto a las tarifas aplicables, los descuentos de gestión y las condiciones de recaudación de los derechos y del reparto y pago de sus importes».

3. MECANISMO DE NEGOCIACIÓN PARA GARANTIZAR EL ACCESO Y DISPONIBILIDAD DE OBRAS AUDIOVISUALES EN PLATAFORMAS DE VÍDEO A LA CARTA

El legislador de la Unión, como se explica en el considerando (51) de la Directiva, considera que los servicios de vídeo a la carta desempeñan un rol decisivo en la difusión de contenidos audiovisuales, pero observa que no hay muchas obras audiovisuales —en particular europeas— disponibles en tales servicios, lo que conecta con la dificultad para celebrar acuerdos sobre la explotación en línea de esas obras. Esta dificultad, a su vez, puede provenir de que el titular de los derechos en cierto territorio encuentre pocos incentivos económicos para explotar la obra en línea, o porque se los esté reservando para llevar a cabo más adelante esa explotación.

Se trataría pues de salir al paso de esa situación e intentar favorecer que haya más obras audiovisuales disponibles en los servicios de vídeo a la carta, pero la fórmula elegida es de baja intensidad pues, a diferencia de la retransmisión, no se ha dado el paso de configurar el derecho de puesta a disposición de obras audiovisuales para servicios de vídeo a la carta como un derecho de gestión colectiva obligatoria. La Directiva se limita a ordenar a los Estados miembros que tengan disponibles organismos o mediadores que puedan asistir a las partes, en caso de que estas estén tratando de concluir un acuerdo relativo a la puesta a disposición de obras audiovisuales en servicios de vídeo a la carta y se encuentren con dificultades para lograr la concesión de una licencia (art. 13).

No hay la menor obligación de que, en caso de que dos partes interesadas en alcanzar un acuerdo se encuentren con dificultades para lograrlo, deban acudir a un mediador o a un organismo imparcial. Tal y como previene el considerando (52) de la Directiva, la participación en ese tipo de mecanismos de negociación y la eventual celebración de un acuerdo deben ser voluntarias y no afectar a la libertad contractual de las partes⁹⁰.

En suma, el mandato del artículo 13 de la Directiva 2019/790 resulta inocuo porque, aunque esta norma no existiera, las partes interesadas podrían acudir a la mediación de un tercero neutral, mecanismo que como medio alternativo de solución de conflictos está arraigado en la cultura jurídica europea, y presente en los ordenamientos de los Estados miembros, desde hace décadas⁹¹.

⁹⁰ Naturalmente, para empezar, tampoco hay obligación de que los titulares de derechos sobre las obras audiovisuales se deban prestar a negociar con los proveedores de servicios de vídeo a la carta. Estando en juego derechos exclusivos el titular goza de un *ius prohibendi*, esto es, de un derecho soberano de autorizar o prohibir la explotación de que se trate, que además puede gestionar a título individual.

⁹¹ *Vid.* Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles ellos, ya traspuesta a todos los Estados miembros. Para el último Informe de seguimiento sobre la aplicación de dicha Directi-

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|--|---|
| Artículo 13. Mecanismo de negociación | Artículo 194.5 (añadido por el artículo 80 nueve del RD-ley 24/2021) |
| <p>Los Estados miembros velarán por que las partes que se enfrenten a dificultades relacionadas con la concesión de licencias de derechos al tratar de concluir un acuerdo para poner a disposición obras audiovisuales en servicios de vídeo a la carta puedan contar con la asistencia de un organismo imparcial o de mediadores. El organismo imparcial establecido o designado por un Estado miembro a efectos del presente artículo y los mediadores prestarán asistencia a las partes en sus negociaciones y las ayudarán a alcanzar un acuerdo, para lo cual podrán también, en su caso, presentarles propuestas.</p> <p>Los Estados miembros notificarán a la Comisión el organismo o los mediadores a que se refiere el párrafo primero, a más tardar el 7 de junio de 2021. Cuando los Estados miembros hayan optado por recurrir a la mediación, se incluirá como mínimo en la notificación a la Comisión, de estar disponible, la fuente en la que pueda encontrarse información pertinente sobre los mediadores responsables.</p> | <p>El ámbito material de actuación de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual en el ejercicio de sus funciones de mediación y/o arbitraje señaladas en los apartados 1 y 2 del presente artículo podrá comprender, asimismo, los siguientes aspectos:</p> <p>a) Mediación para prestar asistencia, ayudar a alcanzar acuerdos y presentar propuestas en aquellos casos en que las partes encuentren dificultades relacionadas con alcanzar un acuerdo con la concesión de autorizaciones para poner a disposición obras audiovisuales en servicios de vídeo a la carta.</p> <p>[...]</p> |

El RD-ley 24/2021 traspone el artículo 13 de la Directiva mediante la asignación de una nueva competencia a la Sección Primera CPI en el artículo 194.5 TRLPI. Es decir, de las dos opciones que da la Directiva nuestro legislador se decanta por echar mano de un organismo ya existente, en lugar de uno de nueva creación.

Esa nueva función de la Sección Primera CPI consiste en la mediación para ayudar a alcanzar acuerdos y presentar propuestas en aquellos casos en que las partes encuentren dificultades relacionadas con alcanzar un acuerdo con la concesión de autorizaciones para poner a disposición obras audiovisuales en servicios de vídeo a la carta.

va y la resolución posterior del Parlamento Europeo *vid.* http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0238_ES.html?redirect.

Tratándose de una función de mediación, no se entiende bien que el apartado 5 del artículo 194 TRLPI diga que esa nueva competencia implica la extensión del ámbito material de actuación de la Sección Primera de la CPI en el ejercicio de sus funciones de mediación y/o arbitraje señaladas en los apartados 1 y 2 de dicho artículo. La referencia al arbitraje es evidente que sobra, puesto que lo único que se permitirá al organismo es asistir a las partes en las negociaciones, ayudarles a que logren un acuerdo, y a lo sumo presentarles propuestas, pero nunca dictar una resolución o laudo arbitral que ponga fin a la controversia.

Por lo demás, la extensión de las funciones establecidas en los dos primeros apartados del artículo 194 TRLPI lo es no solo desde el punto de vista cuantitativo sino también cualitativo. No se trata solo de que la Sección Primera de la CPI vaya a ser competente para mediar en un mayor número de asuntos de la misma naturaleza de los que estaban previstos hasta ahora, sino de que extiende su competencia para mediar en un tipo de asuntos de naturaleza distinta. Hasta ahora, conforme al artículo 194.1 TRLPI, la labor de mediación de la Sección Primera de la CPI se refería a materias relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual y a la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión por parte de los titulares de los derechos de propiedad intelectual a las empresas de distribución por cable. A partir de ahora, con arreglo a la letra a) del artículo 194.5 TRLPI, las negociaciones encaminadas a la concesión de autorizaciones para poner a disposición obras audiovisuales en servicios de vídeo a la carta no tienen por qué ser *materias relacionadas con la gestión colectiva*, ya que la negociación puede tener lugar entre un solo titular y una plataforma de vídeo a la carta, es decir, puede ser un conflicto individual en el que no intervenga una entidad de gestión colectiva, y desde luego nada tiene que ver esta materia con la distribución por cable.

4. OBRAS DE ARTE VISUAL EN DOMINIO PÚBLICO

En su preocupación por garantizar un mayor acceso a los contenidos, la Directiva 2019/790 ha introducido una previsión dirigida a impedir que puedan surgir nuevos derechos de propiedad intelectual a partir del tratamiento de determinados materiales en dominio público. Es la primera vez que el legislador comunitario se ocupa de temas que guardan relación con las obras caídas en dominio público⁹², y que en lugar de asignar o reconocer un derecho, viene a

⁹² No había una preocupación por salvaguardar el dominio público en la Directiva 93/98/CEE, la cual ni siquiera llegaba a formular lo que ahora se afirma en el primer inciso del considerando (53) de la Directiva 2019/790 («la expiración del plazo de protección de una obra conlleva que esa obra pasa a ser de dominio público»). Al revés, el artículo 5 de la Directiva 93/98/CEE permitía a los Estados miembros proteger las ediciones críticas y científicas de obras que hayan pasado a ser de dominio público, mientras que su considerando (27), ligado al artículo 10, daba a entender que derechos ya decaídos podrían restablecerse en aplicación de los nuevos plazos de protección, con la cautela del respeto a los derechos adquiridos y las expectativas legítimas.

dictar una norma llamada a impedir el surgimiento de un derecho de propiedad intelectual.

La intervención no es transversal sino que se circunscribe a las obras de arte visual en dominio público, al haberse observado que la circulación de reproducciones fieles de las mismas en un entorno digital contribuye al acceso del patrimonio cultural. Debido a esto, la protección de tales reproducciones por medio de derechos de autor o derechos afines es incoherente con la expiración del plazo de protección sobre las obras en ellas reproducidas, máxime si se añaden las diferencias de protección de esas reproducciones en los diferentes países miembros, lo que aumenta la inseguridad jurídica y afecta a la difusión transfronteriza de obras de arte visual de dominio público.

Como consecuencia de ese estado de cosas, el legislador de la Unión ha entendido que solo algunas reproducciones de obras de arte visual de dominio público merecen estar protegidas por derechos de propiedad intelectual. En concreto, aquellas que a su vez constituyan ellas mismas una obra original en el sentido de ser una creación intelectual de su autor.

Nuestro legislador se ha limitado a transponer el texto del artículo 14 de la Directiva en el artículo 72 del Real Decreto-ley, como vemos en la tabla a continuación.

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|--|
| Artículo 14. Obra de arte visual de dominio público | Artículo 72. Obras de arte visual de dominio público |
| Los Estados miembros dispondrán que, cuando haya expirado el plazo de protección de una obra de arte visual, cualquier material resultante de un acto de reproducción de dicha obra no esté sujeto a derechos de autor o derechos afines, a menos que el material resultante de dicho acto de reproducción sea original en la medida en que sea una creación intelectual de su autor. | Cuando hayan expirado los derechos de explotación de una obra de arte visual, cualquier material resultante de un acto de reproducción de dicha obra no estará sujeto a derechos de propiedad intelectual, a menos que el material resultante de dicho acto de reproducción sea original en la medida en que sea una creación intelectual de su autor. |

Nada se puede reprochar a la dicción del artículo 72 RD-ley 24/2021, en la medida en que representa una transposición fiel del artículo 14 de la Directiva. Sin embargo, su sede natural era otra, y de hecho resulta incorrecto haberse limitado a efectuar esta transposición mimética del artículo 14 de la Directiva sin haber llevado a cabo ninguna intervención en esa sede natural.

Nos referimos al artículo 128 TRLPI, el cual contiene la protección de las meras fotografías a través de un derecho conexo. De conformidad con ese precepto,

que no se ha modificado con motivo de la transposición, «quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas. Este derecho tendrá una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción».

Esta previsión ya no es cierta para un cierto conjunto de casos, concretamente el de las fotografías y en general reproducciones de obras de arte visual en dominio público, las cuales precisamente cuando no alcancen a ser obras protegidas conforme al Libro I del TRLPI, ya no atribuirán a su realizador derecho exclusivo alguno por ningún periodo de tiempo.

En otras palabras, nuestro legislador ha venido a generar una antinomia parcial entre el nuevo artículo 68 RD-ley 24/2021 y el artículo 128 TRLPI, antinomia que habrá que resolver mediante el principio de *lex posterior derogat anterior*, pero que lógicamente hubiese sido deseable —al tiempo que enormemente fácil— evitar que se produjera.

VI. MEDIDAS PARA GARANTIZAR EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE DERECHOS DE AUTOR

Las medidas que recoge el Título IV de la Directiva 2019/790 «para garantizar el correcto funcionamiento del mercado de derechos de autor», son de muy distinto alcance y naturaleza, aunque todas ellas están llamadas a tener una gran resonancia.

La primera consiste nada menos que en el reconocimiento de un nuevo derecho conexo a favor de los editores de publicaciones de prensa. Reconocer un derecho a favor de una nueva categoría de titulares es algo que el legislador de la UE no había hecho desde la Directiva 2001/84/CE, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, y sin duda se trata de la intervención de mayor intensidad que se puede hacer para armonizar los ordenamientos de los Estados miembros.

La segunda medida se dirige a disciplinar el uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea. Se trata de una intervención igualmente de gran calado, ya que el legislador comunitario ha decidido dar el paso de proclamar que este tipo de prestadores realizan un acto de comunicación al público o de puesta a disposición al público de los contenidos cargados por sus usuarios, y por tanto tienen que proveerse de una autorización o situarse, alternativamente, bajo la cobertura de un puerto

seguro que la Directiva diseña. De nuevo, una fórmula que el legislador de la UE no practicaba desde la configuración de los puertos seguros en la DCE.

Por último, también el tercer bloque de medidas de este Título resulta excepcional, pues establece diversos principios y derechos a favor de los autores y artistas en el marco de los contratos de explotación con sus cesionarios y licenciarios, pudiendo considerarse ciertamente inédito que desde el Derecho de la UE se disciplinen aspectos relacionados con el Derecho contractual primario de autor y de artistas.

1. PROTECCIÓN DE LAS PUBLICACIONES DE PRENSA EN LO RELATIVO A LOS USOS EN LÍNEA

La primera de las medidas para garantizar el correcto funcionamiento del mercado de derechos de autor es la protección de las publicaciones de prensa en lo relativo a los usos en línea, probablemente una de las materias que se han prestado a mayor discusión, antes de la elaboración de la Directiva, durante su tramitación y con posterioridad a su aprobación, pues se trata de una regulación clave tanto para las editoriales de publicaciones de prensa como para los servicios de agregación de noticias en línea.

La Directiva constata que en la actualidad las nuevas tecnologías han propiciado la proliferación no solo de publicaciones de prensa disponibles en línea, sino también de nuevos servicios en línea, entre los que destacan los agregadores de noticias o servicios de seguimiento de medios de comunicación, para los que la reutilización de publicaciones de prensa forma una parte vital de su modelo de negocio.

Ante ese panorama, el legislador UE muestra su preocupación por los problemas que pueden tener las editoriales de prensa para la concesión de licencias para la explotación en línea de sus publicaciones por parte de esos nuevos prestadores de servicios, lo que a su vez podría complicar la recuperación de las inversiones realizadas⁹³.

Esta preocupación no es nueva en el ámbito europeo. En concreto, en España a través de la Ley 21/2014, se introdujo un nuevo límite que facultaba a los prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos periodísticos para poner a disposición del público breves fragmentos no significativos de contenidos divulgados en publicaciones periódicas, sin necesidad de obtener la autorización previa de los titulares (art. 32.2.I TRLPI). Como contrapartida, se reguló el pago de una compensación equitativa a cargo de estos agregadores y

⁹³ El considerando (54) afirma que el hecho de que las editoriales de prensa no estén reconocidas como titulares de derechos conlleva que el otorgamiento de licencias y la observancia de los derechos en las publicaciones de prensa en relación con los usos en línea a través de servicios de la sociedad de la información resultan a menudo complejos e ineficientes.

a favor de los editores o demás titulares de derechos sobre los contenidos, de carácter irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria.

Con anterioridad, en Alemania, la Ley de 7 de mayo de 2013, de modificación de la Ley de Derechos de Autor (arts. 87.f/ a 87.h/), había introducido un nuevo derecho conexo a favor de los editores de prensa que les atribuía la exclusiva sobre la puesta a disposición del público del contenido total o parcial de sus publicaciones durante un año. Este derecho se configuró como transmisible y, por tanto, susceptible de gestión individual por los propios titulares, que podían optar por renunciar al cobro de cantidades por el uso que los agregadores de noticias hagan de sus publicaciones de prensa. La regulación alemana ha servido de inspiración al legislador comunitario a la hora de diseñar el nuevo derecho conexo de los editores de prensa en la Directiva 2019/790.

El legislador de la UE, siendo consciente de la necesidad de establecer una protección jurídica armonizada para las publicaciones de prensa en relación con los usos en línea por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información, ha reconocido un nuevo derecho conexo exclusivo a favor de las editoriales de publicaciones de prensa relativo a los usos en línea, dando libertad a cada editor para gestionarlo como prefiera.

El artículo 15 de la Directiva ordena a los Estados miembros introducir un nuevo derecho afín para la reproducción y puesta a disposición del público de publicaciones de prensa de editoriales establecidas en un Estado miembro⁹⁴, en relación con los usos en línea por parte de proveedores de servicios de la sociedad de la información.

La Directiva entiende por «publicación de prensa» una recopilación compuesta principalmente por obras literarias de carácter periodístico, que también puede incluir otras obras o prestaciones y que⁹⁵:

- a) constituye un elemento unitario dentro de una publicación periódica o actualizada regularmente bajo un único título, como un periódico o una revista de interés general o especial;

⁹⁴ El concepto de «editorial» de publicaciones de prensa comprende a los prestadores de servicios, como las editoriales de noticias o las agencias de noticias, cuando publican publicaciones de prensa en el sentido de la Directiva. El nuevo derecho conexo beneficia a las editoriales establecidas en un Estado miembro y que tengan su sede oficial, administración central o centro principal de actividades den la Unión (considerando [55]).

⁹⁵ No son publicaciones de prensa a los efectos de la Directiva las publicaciones periódicas que se publican con fines científicos o académicos, como las revistas científicas. También quedan excluidos de la protección que brinda el artículo 15 los sitios webs, como blogs, que proporcionan información como parte de una actividad que no se lleva a cabo por iniciativa ni con la responsabilidad y control editorial de un prestador de servicios, como una editorial de noticias.

- b) tiene por finalidad proporcionar al público en general información sobre noticias u otros temas, y
- c) se publica en cualquier medio de comunicación por iniciativa y bajo la responsabilidad editorial y el control de un prestador de servicios.

Los derechos de reproducción y puesta a disposición del público reconocidos a las editoriales de publicaciones de prensa deben tener el mismo alcance que el que corresponde a esos derechos tal y como son reconocidos en los artículos 2 y 3.2 de la Directiva 2001/29, en la medida en que se refieren a usos en línea por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información⁹⁶.

No obstante, este nuevo derecho conexo no se aplicará: (i) al uso privado o no comercial de las publicaciones de prensa por parte de usuarios individuales; (ii) a los actos de hiperenlace; ni (iii) al uso de palabras sueltas o de extractos muy breves de una publicación de prensa⁹⁷. La protección del artículo 15 de la Directiva tampoco debe extenderse a los meros hechos comunicados en las publicaciones de prensa.

Por otra parte, los nuevos derechos a favor de las editoriales de publicaciones de prensa deben estar sujetos a las mismas excepciones y limitaciones que las aplicables a los derechos establecidos en la Directiva 2001/29, incluida la excepción en el caso de citas con fines tales como la crítica o la reseña (establecida en su art. 5.3.h/)⁹⁸.

El nuevo derecho reconocido a los editores de publicaciones de prensa expirará en el plazo de dos años tras haberse publicado la publicación de prensa (art. 15.4 de la Directiva). El *dies a quo* para el cómputo de este plazo será el 1 de enero del año siguiente a la fecha en que se publique la respectiva publi-

⁹⁶ Si bien la Directiva 2019/790 no lo recoge expresamente, los nuevos derechos de los editores de prensa son, por su propia naturaleza, renunciables y susceptibles de gestión individual, sin que los Estados miembros tengan la opción de dotarlos de carácter irrenunciable o de establecer una gestión colectiva obligatoria de los mismos. Por tanto, si los editores de publicaciones de prensa consideran que, a pesar de no recibir una contraprestación asociada a la autorización o cesión de su derecho, los usos en línea no les perjudican sino que les favorecen, estará en sus manos omitir hacer valer su nuevo derecho conexo frente a determinados prestadores de servicios.

⁹⁷ El considerando (58) de la Directiva destaca que el uso de palabras sueltas o de extractos muy breves de publicaciones de prensa por los prestadores de servicios de la sociedad de la información puede que no perjudique a las inversiones realizadas por las editoriales de publicaciones de prensa para la publicación de los contenidos. De ahí la conveniencia de prever que el uso de palabras sueltas o extractos muy breves no entre en el ámbito de aplicación de los derechos contemplados en la Directiva.

⁹⁸ Los artículos 6 a 8 de la Directiva 2001/29 (obligaciones relativas a medias tecnológicas, obligaciones relativas a la información para la gestión de los derechos y sanciones y recursos) también se aplicarán, *mutatis mutandis*, a los derechos conexos regulados en el artículo 15 de la Directiva 2019/790.

cación de prensa. El derecho no se aplicará a las publicaciones de prensa que se hayan publicado por primera vez antes del 6 de junio de 2019.

La Directiva obliga a los Estados miembros a asegurar que los autores de las obras incorporadas a una publicación de prensa reciban una parte adecuada de los ingresos que las editoriales perciban como resultado de este nuevo derecho conexo⁹⁹. Asimismo, el nuevo derecho reconocido a las editoriales de prensa no modificará ni afectará en modo alguno a los derechos que pudieran corresponder a los autores y otros titulares de derechos, en particular en lo que se refiere a la facultad para explotar sus obras o prestaciones independientemente de la publicación a la que estén incorporadas, en la medida en que gocen de ella (considerando [59]).

En el mismo sentido, el artículo 15 matiza que, si una obra u otra prestación se ha incorporado a una publicación de prensa en virtud de una licencia no exclusiva, la editorial no podrá invocar el nuevo derecho conexo para prohibir la utilización de esa obra o prestación por otros usuarios que hayan sido también autorizados. Tampoco podrá una editorial de publicación de prensa invocar el nuevo derecho conexo para prohibir la utilización de obras o prestaciones cuya protección haya expirado.

Nuestro legislador ha realizado la transposición del artículo 15 de la Directiva 2019/790 de la siguiente manera:

- El derecho conexo se ha regulado en el nuevo artículo 129 bis TRLPI (introducido por el art. 80.7 RD-ley 24/2021). El apartado 5 del artículo 129 bis TRLPI recoge a su vez la definición de «publicación de prensa», procedente del artículo 2.4 de la Directiva.
- Se suprime, en el primer párrafo del artículo 32.2 TRLPI (a través del art. 80.2 RD-ley 24/2021), el límite que permitía el uso de fragmentos no significativos de contenidos procedentes de publicaciones de prensa, sin necesidad de autorización de los editores, aunque anudado a una compensación equitativa irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria.
- La duración de dos años del nuevo derecho conexo se incluye en el artículo 130.3 TRLPI (modificado a través del art. 80.8 RDL).
- Se introduce una nueva disposición transitoria vigésima segunda en el TRLPI (a través del art. 80.10 RD-ley 24/2021) con el objetivo de incorporar el régimen transitorio previsto en el artículo 15 de la Directiva para este nuevo derecho conexo.

⁹⁹ El considerando (59) de la Directiva aclara que esto debe entenderse sin perjuicio de la normativa nacional de los Estados miembros sobre la propiedad o el ejercicio de derechos en el contexto de los contratos de trabajo, siempre que cumplan lo dispuesto en el Derecho de la Unión.

A continuación, mostramos cómo ha quedado la nueva redacción del artículo 32.2 TRLPI tras la transposición de la Directiva y contrastamos el texto del artículo 15 de la Directiva con los distintos preceptos del TRLPI que han sido modificados a través del RD-ley 24/2021.

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|---|--|
| <p>Artículo 15. Protección de las publicaciones en prensa en lo relativo a usos en línea</p> | <p>Artículo 129 bis. Derechos de las editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias respecto a los usos en línea de sus publicaciones de prensa (añadido por el artículo 80 siete del RD-ley 24/2021)</p> |
| <p>1) Los Estados miembros reconocerán a las editoriales de publicaciones de prensa establecidas en un Estado miembro los derechos establecidos en el artículo 2 y en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2001/29/CE para el uso en línea de sus publicaciones de prensa por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información.</p> <p>Los derechos contemplados en el párrafo primero no se aplicarán al uso privado o no comercial de las publicaciones de prensa por parte de usuarios individuales.</p> <p>La protección otorgada en virtud del párrafo primero no se aplicará a los actos de hiperenlace.</p> <p>Los derechos contemplados en el párrafo primero no se aplicarán al uso de palabras sueltas o de extractos muy breves de una publicación de prensa.</p> <p>2) Los derechos contemplados en el apartado 1 no modificarán en absoluto ni afectarán en modo alguno a los derechos que el Derecho de la Unión establece para los autores y otros titulares de derechos, en relación con las obras y otras prestaciones incorporadas a una publicación de prensa. Los derechos contemplados en el apartado 1 no se invocarán frente a los autores y otros titulares de derechos y, en particular, no les privarán del derecho a explotar sus obras y otras prestaciones</p> | <p>1) Las editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias establecidas en el territorio español, cuando publican publicaciones de prensa en el sentido de este artículo, tendrán el derecho exclusivo de reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de una publicación de prensa así como el derecho exclusivo de puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos inalámbricos para el uso en línea de sus publicaciones de prensa por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información.</p> <p>Estos derechos no podrán ser invocados frente a los autores y otros titulares de derechos y, en particular, por sí mismos no privarán a éstos del derecho a explotar sus obras y otras prestaciones con independencia de la publicación de prensa a la que se incorporen.</p> |

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|--|--|
| <p>con independencia de la publicación de prensa a la que se incorporen.</p> <p>Cuando una obra u otra prestación se incorpore a una publicación de prensa sobre la base de una licencia no exclusiva, los derechos contemplados en el apartado 1 no se invocarán para prohibir su utilización por otros usuarios autorizados. Los derechos contemplados en el apartado 1 no se invocarán para prohibir la utilización de obras u otras prestaciones cuya protección haya expirado.</p> <p>3) Los artículos 5 a 8 de la Directiva 2001/29/CE, la Directiva 2012/28/UE y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo (19) se aplicarán, mutatis mutandis, en lo que respecta a los derechos contemplados en el apartado 1 del presente artículo.</p> <p>4) Los derechos contemplados en el apartado 1 expirarán dos años después de haberse publicado la publicación de prensa. Este plazo se calculará a partir del 1 de enero del año siguiente a la fecha en que se publicó dicha publicación de prensa.</p> <p>El apartado 1 no se aplicará a las publicaciones de prensa que se publiquen por vez primera antes del 6 de junio de 2019.</p> | <p>2) La reproducción o puesta a disposición del público por terceros usuarios de cualquier texto, imagen, obra fotográfica o mera fotografía que sean objeto de este derecho estará sujeta a autorización y no excluirá la responsabilidad civil o penal del tercero usuario que eventualmente se pudiera derivar de la utilización no autorizada del contenido publicado.</p> <p>3) Las editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias podrán autorizar el ejercicio de los derechos reconocidos en el apartado 1 del presente artículo a los prestadores de servicios de la sociedad de la información. La negociación de dichas autorizaciones se realizará de acuerdo con los principios de buena fe contractual, diligencia debida, transparencia y respeto a las reglas de la libre competencia, excluyendo el abuso de posición de dominio en la negociación.</p> <p>Dicha autorización se recogerá en un acuerdo celebrado al efecto con el prestador de servicios de la sociedad de la información, que deberá reunir los siguientes requisitos:</p> |

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|--------------------|---|
| | <ul style="list-style-type: none">a) Se deberá respetar la independencia editorial de las editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias.b) El prestador de servicios de la sociedad de la información, en el marco de la relación contractual que establezca con la editorial de publicaciones de prensa o agencia de noticias, deberá informar de forma detallada y suficiente sobre los parámetros principales que rigen la clasificación de los contenidos y la importancia relativa de dichos parámetros principales, atendiendo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Esta información deberá mantenerse actualizada.c) No cabrá establecer otros contratos o prestaciones vinculados a este acuerdo que no se refieran a las explotaciones de las publicaciones de prensa.d) Será competente para conocer de las cuestiones litigiosas sobre el acuerdo la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, contra cuyas resoluciones cabrá recurso ante los órganos jurisdiccionales españoles que resulten competentes. <p>4) No obstante, lo establecido en el apartado anterior, las editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias podrán otorgar las autorizaciones para</p> |

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|--------------------|---|
| | <p>el ejercicio de los derechos reconocidos en el apartado 1 a través de los mecanismos de gestión colectiva, según lo establecido en la presente ley. En estos casos, deberán también respetarse los requisitos del apartado anterior.</p> <p>5) A los efectos de este artículo, se entenderá por publicación de prensa una recopilación compuesta principalmente por obras literarias de carácter periódico que también incluye otro tipo de obras, en particular fotografías y videos, u otras prestaciones, y que:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Constituye un cuerpo unitario publicado de forma periódica o actualizado regularmente bajo un único título, como un periódico o una revista de interés general o especial; b) Tiene por finalidad proporcionar al público en general información sobre noticias u otros temas, y c) Se publica en cualquier medio de comunicación por iniciativa y bajo responsabilidad de la editorial y el control de un prestador de servicios. <p>6) Los derechos reconocidos en el apartado 1 no serán aplicables a:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) El uso privado o no comercial de las publicaciones de prensa por parte de usuarios individuales. b) Los actos de hiperenlace. c) Al uso de palabras sueltas o extractos muy breves o poco significativos, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, de publicaciones de prensa por los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando dicho uso en línea no perjudique a las inversiones realizadas por las editoriales de publicaciones de prensa y agencias |

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|---|---|
| <p>5) Los Estados miembros dispondrán que los autores de las obras incorporadas a una publicación de prensa reciban una parte adecuada de los ingresos que las editoriales de prensa perciban por el uso de sus publicaciones de prensa por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información.</p> | <p>de noticias para la publicación de los contenidos y no afecte a la efectividad de los derechos reconocidos en el presente artículo.</p> <p>d) Los contenidos literarios que no tengan la condición de publicación de prensa, que se registrarán por lo establecido al efecto en el presente texto refundido.</p> <p>e) Las publicaciones periódicas con fines científicos o académicos, como las revistas científicas.</p> <p>f) Los sitios web, como blogs, que proporcionan información como parte de una actividad que no se lleva a cabo por iniciativa ni con la responsabilidad y control editorial de un prestador de servicios como los que caracterizan a una editorial de noticias.</p> <p>g) Los contenidos cuyo uso esté amparado por una excepción o un límite a los derechos de autor o los derechos afines.</p> <p>7) No podrán invocarse los derechos reconocidos en este artículo:</p> <p>a) Para prohibir su utilización por otros usuarios autorizados, cuando una obra u otra prestación sea incorporada a una publicación de prensa sobre la base de una autorización no exclusiva.</p> <p>b) Para prohibir la utilización de obras cuya protección haya expirado.</p> <p>8) Los autores de las obras incorporadas a una publicación de prensa recibirán una parte adecuada de los ingresos que las editoriales de publicaciones de prensa o agencias de noticias perciban por el uso de sus publicaciones de prensa por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información. Para el ejercicio de este derecho,</p> |

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|--|---|
| | <p>los autores podrán también acudir, de forma potestativa, a los mecanismos de gestión colectiva establecidos en la presente ley.</p> |
| | <p>Artículo 130.3 Duración de los derechos (añadido por el artículo 80 ocho del RD-ley 24/2021)</p> |
| | <p>Los derechos reconocidos en el artículo 129 bis durarán dos años contados desde el 1 de enero del año siguiente al de la fecha de la publicación de prensa.</p> |
| | <p>Disposición transitoria vigésima segunda. Publicaciones de prensa (añadido por el artículo 80 diez del RD-ley 24/2021)</p> |
| | <p>Los derechos reconocidos a las editoriales de prensa y agencias de noticias para el uso en línea de sus publicaciones por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información no se aplicarán a las publicaciones de prensa que se hayan publicado por vez primera antes del 6 de junio de 2019.</p> |
| <p>Artículo 2. Definiciones</p> | <p>Definición incluida en artículo 129. bis.5</p> |
| <p>4. «publicación de prensa»: una recopilación compuesta principalmente por obras literarias de carácter periodístico, pero que también puede incluir otras obras u otras prestaciones, y que:</p> <p>a) constituye un elemento unitario dentro de una publicación periódica o actualizada regularmente bajo un único título, como un periódico o una revista de interés general o especial;</p> <p>b) tiene por finalidad proporcionar al público en general información sobre noticias u otros temas, y</p> | <p>A los efectos de este artículo, se entenderá por publicación de prensa una recopilación compuesta principalmente por obras literarias de carácter periodístico que también incluye otro tipo de obras, en particular fotografías y videos, u otras prestaciones, y que:</p> <p>a) Constituye un cuerpo unitario publicado de forma periódica o actualizado regularmente bajo un único título, como un periódico o una revista de interés general o especial;</p> <p>b) Tiene por finalidad proporcionar al público en general información sobre noticias u otros temas, y</p> |

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|---|---|
| <p>c) se publica en cualquier medio de comunicación por iniciativa y bajo la responsabilidad editorial y el control de un prestador de servicios.</p> <p>Las publicaciones periódicas que se publican con fines científicos o académicos, como las revistas científicas, no son publicaciones de prensa a los efectos de la presente Directiva.</p> | <p>c) Se publica en cualquier medio de comunicación por iniciativa y bajo responsabilidad de la editorial y el control de un prestador de servicios.</p> |
| <p>Sin correlativo</p> | <p>Artículo 32.2 (modificado por el artículo 80 dos del RD-ley 24/2021)</p> |
| | <p>La puesta a disposición del público, por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos, de textos o fragmentos de textos de publicaciones de prensa objeto de derechos de propiedad intelectual requerirá la concesión, por parte de los titulares de derechos en lo relativo a usos en línea, de la correspondiente autorización prevista en el artículo 129 bis.</p> <p>Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios que faciliten instrumentos de búsqueda de palabras aisladas no estará sujeta a autorización ni remuneración siempre que tal puesta a disposición del público se produzca sin finalidad comercial propia y se realice estrictamente circunscrita a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda en respuesta a consultas previamente formuladas por un usuario al buscador y siempre que la puesta a disposición del público incluya un enlace a la página de origen de los contenidos.</p> |

En términos generales, los artículos 129 bis, 130.3 y la nueva disposición transitoria vigésimo segunda del TRLPI (introducidos, respectivamente, por los artículos 80.7, 80.8 y 80.10 del RD-ley 24/2021) se atienen, como es lógico, al artículo 15 de la Directiva 2019/790. Sin embargo, el legislador español ha añadido algunos elementos que no provienen de la Directiva, creando dudas acerca de su idoneidad y/o de su conformidad con esta.

Entre los elementos procedentes del artículo 15 de la Directiva, están:

- i. El propio reconocimiento del nuevo derecho conexo, en virtud del cual las editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias establecidas en territorio español, cuando publican publicaciones de prensa tienen el derecho exclusivo de reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de una publicación de prensa así como el derecho exclusivo de puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, respecto del uso en línea de sus publicaciones de prensa por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información —artículo 129 bis.1, primer párrafo—.

Junto con el reconocimiento de este nuevo derecho conexo, el legislador español aprovecha para eliminar en el primer párrafo del artículo 32.2 TRLPI (a través del artículo 80.2 RD-ley 24/2021), el límite que permitía el uso de fragmentos no significativos de contenidos procedentes de publicaciones de prensa, sin necesidad de autorización de los editores, aunque anudado a una compensación equitativa irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria. Dicho límite no debe confundirse con el establecido a favor de los prestadores de servicios que faciliten instrumentos de búsqueda, que se ha mantenido en el segundo párrafo del artículo 32.2 TRLPI, con apenas un ligero cambio de redacción (modificado también a través del artículo 80.2 RD-ley 24/2021).

- ii. La definición de publicación de prensa —artículo 129 bis.5—, citando expresamente las fotografías y vídeos como ejemplos de otro tipo de obras que pueden acompañar a las obras literarias de carácter periodístico, tal y como hace el considerando (56) de la Directiva.
- iii. La regla de que el derecho de los editores no podrá invocarse frente a los autores y otros titulares, ni privará a estos del derecho a explotar sus obras y prestaciones con independencia de la publicación de prensa a la que se incorporen —artículo 129 bis.1, párrafo segundo—.
- iv. La referencia a que, si una obra u otra prestación se ha incorporado a una publicación de prensa en virtud de una licencia no exclusiva, la editorial no podrá invocar el nuevo derecho conexo para prohibir la utilización de esa obra o prestación por otros usuarios que hayan sido también autorizados. Del mismo modo que tampoco podrá una editorial de publicación de prensa invocar el nuevo derecho conexo para prohibir la utilización de obras o prestaciones cuya protección haya expirado —artículo 129 bis.7—.
- v. El principio de que los autores de las obras incorporadas a una publicación de prensa habrán de recibir una parte adecuada de los ingresos que los

editores perciban por el uso de sus publicaciones de prensa por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información —artículo 129 bis.8—. Nuestro legislador añade (o más bien, recuerda) que los autores podrán acudir, de forma potestativa, a los mecanismos de gestión colectiva.

- vi. La duración de dos años de este nuevo derecho conexo, que se computarán desde el día 1 de enero del año siguiente al de la fecha de la publicación de prensa. —artículo 130.3 TRLPI—.
- vii. El régimen transitorio, de forma que el nuevo derecho conexo no se aplicará a las publicaciones de prensa que se hayan publicado por primera vez antes del 6 de junio de 2019 —disposición transitoria vigésima segunda del TRLPI—.

Por otra parte, entre los elementos añadidos de propia mano por el legislador español, encontramos los que enumeramos y analizamos a continuación.

1.1. Uso por terceros de obras o prestaciones incorporadas en una publicación de prensa: posible responsabilidad civil o penal

El artículo 15.2 de la Directiva 2019/790 señala que: (i) el derecho conexo reconocido a los editores de publicaciones de prensa no modificará ni afectará a los derechos de los autores y otros titulares, en relación con las obras y otras prestaciones incorporadas a una publicación de prensa; (ii) el derecho conexo de los editores no se invocará frente a los autores y otros titulares de derechos, a los que no privará del derecho a explotar sus obras y otras prestaciones con independencia de la publicación de prensa a la que se incorporen; y (iii) cuando una obra u otra prestación se incorpore a una publicación de prensa sobre la base de una licencia no exclusiva, los derechos de los editores de prensa no se invocarán para prohibir su utilización por otros usuarios autorizados.

Mientras que esta última cuestión ha quedado literalmente recogida en el artículo 129 bis.7 TRLPI, y la segunda ha quedado traspuesta en el segundo párrafo del apartado primero del artículo 129 bis TRLPI, nuestro legislador parece haber querido reflejar la primera en el artículo 129 bis.2 TRLPI. Sin embargo, lo hace de un modo inexacto y agregando un elemento que resulta absolutamente superfluo.

En efecto, ese segundo apartado del artículo establece que, si bien la reproducción o puesta a disposición del público por terceros usuarios de cualquier texto, imagen, obra fotográfica o mera fotografía que sean objeto de este nuevo derecho conexo estará sujeta a autorización, ello no excluirá la responsabilidad civil o penal del tercer usuario que se pudiera derivar de la utilización no autorizada del contenido publicado.

La descripción del supuesto de hecho es inexacta porque los textos, imágenes, obras fotográficas o meras fotografías no son lo que constituye el objeto del nuevo derecho conexo de los editores, sino que este derecho recae sobre la publicación de prensa en sí, y precisamente lo que la Directiva indica es que este derecho sobre la publicación es compatible y no debe afectar ni modificar al derecho de los autores y otros titulares sobre las obras y prestaciones que hayan sido incorporadas a la publicación.

Por tanto, el precepto debería haberse referido a la utilización por terceros usuarios «de cualquier texto, imagen, obra fotográfica o mera fotografía incorporados en una publicación de prensa», para indicar que ese tipo de utilización, protagonizada por terceros usuarios, deberá ser objeto de una autorización *ad hoc*. Y, lógicamente, si el uso en cuestión se realiza sin haber sido autorizado y sin amparo en un límite, como en cualquier otro caso similar, se desencadenará la responsabilidad correspondiente¹⁰⁰. No hacía falta recordar esta consecuencia de manera específica en este caso, habiendo bastado con subrayar que los usos separados de elementos integrados en la publicación de prensa seguirán su propio régimen de autorización.

1.2. Negociación y acuerdos de autorización para el ejercicio del nuevo derecho

El apartado 3 del artículo 129 bis TRLPI dispone —o simplemente recuerda— que las negociaciones en relación con la autorización del ejercicio de los nuevos derechos por parte de las editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias deberán realizarse conforme a los principios de buena fe contractual, diligencia debida, transparencia y respeto a las reglas de la libre competencia, excluyendo el abuso de posición de dominio¹⁰¹.

No se puede sino suscribir los principios enunciados en esta cláusula, no ya desde la óptica de la negociación de los nuevos derechos de los editores de prensa en relación con el uso de sus publicaciones por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información, sino en general desde el punto de vista de cualquier negociación contractual. De hecho, se trata de principios que tienen reflejo en normas generales y que serían de aplicación aunque no se hubiesen fijado en este precepto¹⁰².

¹⁰⁰ Las acciones de las que dispone el titular de derechos de propiedad intelectual contra un presunto infractor se regulan en los artículos 138 y siguientes del TRLPI, mientras que los delitos en materia de propiedad intelectual se encuentran tipificados en los artículos 270 y siguientes del Código Penal.

¹⁰¹ Una cláusula similar la encontramos en relación con las negociaciones de la autorización que deben intentar obtener los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea (artículo 73 RD-ley 24/2021) y con el principio de remuneración adecuada y proporcionada (artículo 74 RD-ley 24/2021).

¹⁰² *Vid.* artículo 7º.2 del Código civil (principio general de la buena fe), artículos 1265 a 1270 del Código civil (vicios del consentimiento), artículo 1104 del Código civil (diligencia en el cumplimiento de cualquier obligación), artículo 4º de la Ley de Competencia desleal (proscripción de cualquier

El legislador parece haber sentido la necesidad de acentuar que, con motivo de esta negociación, se aplique un comportamiento leal, diligente, transparente y respetuoso con la libre competencia. Sin embargo, habría que preguntarse cuáles son los especiales riesgos que ha detectado y que pretende conjurar con la invocación cumulativa de todos estos principios, porque a priori nos encontramos en un escenario habitual en el ámbito de las autorizaciones de derechos de propiedad intelectual, de modo que las mismas razones que hayan aconsejado incluir aquí la proclamación de estos principios existirían para hacerlo en la parte general del Derecho contractual primario de autor, es decir, en los artículos 43 a 57 del TRLPI, donde se regulan con carácter general los mecanismos de cesión y licencias de derechos¹⁰³.

En nuestra opinión, no hay ningún rasgo diferencial en la negociación entre editores de publicaciones de prensa y prestadores de servicios de la sociedad de la información interesados en hacer usos en línea de esas publicaciones, que aconseje efectuar esa especial llamada a la buena fe contractual, la diligencia debida, la transparencia y la libre competencia. De hecho, no por casualidad, la Directiva 2019/790 no contiene una llamada en este sentido.

Los editores de publicaciones de prensa son investidos de dos nuevos derechos exclusivos, de autorizar o prohibir, de manera que disponen de la palanca para permitir o no la explotación en la que estén interesados los prestadores de servicios de la sociedad de la información. No pueden ser obligados por nadie a licenciar ese derecho, aunque sí pueden verse movidos a ello en función de los beneficios esperables que puedan obtener en caso de acceder a licenciar el uso en línea de sus publicaciones por un determinado prestador de servicios de la sociedad de la información.

Dicho lo cual, si los editores actuasen a través de una entidad de gestión, estas sí están obligadas a licenciar sus derechos con los usuarios que lo soliciten, salvo motivo justificado (art. 163.1 TRLPI). En este campo, por cierto, sí es frecuente encontrar un riesgo para la libre competencia, como lo muestran las numerosas resoluciones de la Autoridad de competencia que sancionan el abuso de posición de dominio por parte de entidades de gestión¹⁰⁴. Sintomá-

comportamiento en el mercado contrario a la buena fe) y artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia (prohibición de toda conducta que pueda restringir o falsear la competencia). Finalmente, cabe referir la doctrina jurisprudencial sobre la ruptura injustificada de tratos preliminares fundada en el artículo 1902 del Código civil.

¹⁰³ A partir de ahí, habría bastado con la correspondiente remisión interna a dichas normas, para lo cual por cierto sería suficiente con ampliar el alcance de la remisión establecida en el artículo 132 TRLPI.

¹⁰⁴ Entre otras, cabe citar Resoluciones del TDC de 12 de julio de 1991 (Expte. 287/90 SGAE), 27 de julio de 2000 (Expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual), 15 de enero de 2002 (Expte. 511/01, Vale Music/SGAE) y 13 de julio de 2006 (Expte. 593/05, Televisión); Resoluciones de la CNC de 24 de junio de 2008 (Expte. 630/07 DAMA SGAE), 9 de diciembre de 2008 (Expte. 636/07, Fonogramas), 23 de julio de 2009 (Expte. 651/08, AIE/Tele5), 23 de febrero de 2011 (Expte. 2785/07 AIE), 23 de marzo de 2011 (S/0156/09, AISGE), 19 de diciembre de 2011 (S/0208/09 AISGE CINES), 2 de marzo de

ticamente, el apartado 4 del artículo 129 bis TRLPI indica que las editoriales de publicaciones de prensa podrán otorgar las autorizaciones para el ejercicio de los derechos reconocidos en el apartado 1 a través de los mecanismos de gestión colectiva, y subraya que en este caso también deberán respetarse los requisitos del apartado anterior.

En cuanto a los acuerdos de autorización para el ejercicio del nuevo derecho, se contempla que:

- i. El prestador de servicios de la sociedad de la información deberá respetar la independencia editorial de las editoriales de prensa.
- ii. El prestador de servicios de la sociedad de la información, en el marco de la relación contractual que establezca con la editorial de publicaciones de prensa, deberá facilitar información suficiente, detallada y actualizada sobre los parámetros principales que rigen la clasificación de los contenidos y la importancia relativa de los mismos, atendiendo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.
- iii. No se vinculen a ellos otros contratos o prestaciones no referidos a la explotación de las publicaciones de prensa.

Al respecto, creemos que el legislador español se ha excedido al regular esta prohibición. No se entiende por qué una editorial de prensa no puede aceptar como contrapartida a la concesión de la autorización un acuerdo relativo a publicidad, explotación de datos, posicionamiento, etcétera. Es una limitación al ejercicio de un derecho exclusivo, y a la propia autonomía de la voluntad contractual, que no proviene de la Directiva y que restringe la libertad que tienen las editoriales de publicaciones de prensa de negociar con su nuevo derecho conexo de la forma que estimen más conveniente y fijando las contraprestaciones que deseen; y

- iv. Las cuestiones litigiosas que surjan en relación con esos acuerdos se decidan por la Sección Primera de la CPI, cuyas resoluciones serán revisables por los órganos jurisdiccionales competentes.

Quizás sea este otro de los preceptos más desacertados de la transposición y que conlleva un mayor esfuerzo interpretativo.

2012 (S/0157/09 EGEDA), 14 de junio de 2012 (S/0297/10 AGEDI/AIE), 3 de julio de 2012 (S/0220/10 SGAE) y 26 de agosto de 2013 (S/0360/11, AGEDI); y Resoluciones de la CNMC de 6 de noviembre de 2014 (S/0460/13, SGAE Conciertos), 9 de julio de 2015 (S/0466/13 SGAE Autores), 26 de noviembre de 2015 (S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO) y 30 de mayo de 2019 (S/DC/0590/6 DAMA vs SGAE).

En primer lugar, cuando se refiere a «cuestiones litigiosas sobre el acuerdo», el precepto parece estar pensando en cuestiones relacionadas con la ejecución del acuerdo, no con su negociación, pues esa suerte de sometimiento a la Sección Primera CPI, para ser operativa, presupone que el acuerdo se haya celebrado.

En segundo lugar, el precepto asigna esta nueva función a la Sección Primera de la CPI, pero ni en él ni en el artículo 194 TRLPI, donde se regulan las competencias de ese órgano, se ha regulado ningún procedimiento a través del cual encauzar esta nueva competencia. Como es sabido, la Sección Primera CPI tiene encomendadas funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas y control.

Como veremos más adelante, a través del apartado nueve del artículo 80 del RD-ley 24/2021 se ha añadido un apartado 5 al artículo 194 TRLPI para ampliar el ámbito material de actuación de la Sección Primera de la CPI, y en concreto para contemplar el arbitraje en relación con algunas de las nuevas materias que se regulan en el RD-ley 24/2021, tales como los conflictos relacionados con la obligación de transparencia y la acción de revisión en favor de autores y artistas, o los litigios relacionados con el acceso y retirada de obras por aplicación de la regulación legal del uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea.

Sin embargo, y por chocante que resulte, ninguna mención o referencia hay a la función de arbitraje de la Sección Primera CPI en relación con los acuerdos que tengan por objeto el nuevo derecho conexo de los editores de publicaciones de prensa. Podría pensarse que, pese a ese olvido, es la función en la que estaba pensando nuestro legislador, ya que las otras tres funciones que a día de hoy tiene encomendadas la Sección Primera CPI son descartables de raíz¹⁰⁵.

Sin embargo, la canalización de los litigios relativos a los acuerdos que venimos hablando a través del arbitraje es asimismo inidónea, puesto que el arbitraje es por esencia voluntario y no resulta viable concebir una especie de sumisión *ope legis* al mismo.

En este sentido conviene desterrar cualquier equivocidad derivada del empleo del verbo en futuro («será competente para conocer de las cuestiones

¹⁰⁵ En efecto, (i) en la mediación no se emiten «resoluciones» por parte de la Sección Primera CPI que puedan ser revisables por órganos jurisdiccionales; (ii) el procedimiento de determinación de tarifas está definido para el establecimiento de tarifas de las entidades de gestión y solo cuando estén en juego derechos de gestión colectiva obligatoria, lo que no es el caso; y (iii) el procedimiento de control se refiere de nuevo a tarifas de las entidades de gestión y no culmina en ninguna resolución sino en una comunicación, en su caso, a la Autoridad de competencia.

litigiosas»). Si se está pensando en una función de tipo arbitral, no cabe interpretar que estos litigios deban ser conocidos de manera excluyente por la Sección Primera CPI. Como indica el artículo 194.2 TRLPI, y es coherente con la naturaleza esencialmente voluntaria de todo arbitraje¹⁰⁶, la SCPI actuará en su función de arbitraje previo sometimiento voluntario de las partes. Es decir, suponiendo que se deba interpretar que el procedimiento a través del cual deberá actuar la Sección Primera CPI es el de arbitraje —lo que nuestro legislador no ha llegado a explicitar—, lo que no es dudoso es que esa competencia deberá entenderse como concurrente y no excluyente, de manera que las partes no están obligadas a someter los posibles conflictos al conocimiento de la Sección Primera CPI. El artículo 129 bis.3.d) TRLPI debe leerse como si dijera «[p]odrá ser competente para conocer de las cuestiones litigiosas sobre el acuerdo (...)». Cualquier otra interpretación resultaría contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución española.

En tercer y último lugar, al igual que ni siquiera aclara el procedimiento en el marco del cual la Sección Primera CPI desempeñará esta nueva función, y cabría decir que a causa de ello, el precepto tampoco indica cuáles son los órganos jurisdiccionales encargados de revisar las resoluciones que este órgano dicte en el ejercicio de la misma. Obviamente, esos órganos jurisdiccionales no serán los mismos si se está pensando en un procedimiento administrativo de nuevo cuño —aún sin regular— que si se considera la posibilidad de que la Sección Primera CPI ejerza esta nueva función, previo sometimiento de las partes, a través de un procedimiento de arbitraje.

1.3. Inaplicabilidad de los derechos reconocidos a los editores de prensa a ciertos casos

El artículo 129 bis.6 TRLPI, transponiendo el artículo 15.1 y los considerandos (56) a (58) de la Directiva, determina la inaplicabilidad de los derechos reconocidos a los editores de prensa a una serie de casos.

¹⁰⁶ Sobre el carácter esencialmente voluntario del arbitraje, en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, entre otras, en su sentencia 1/2018, de 11 de enero: «Ello quiere decir que la falta de la necesaria concurrencia de la voluntad de ambas partes litigantes para someterse a este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos y su imposición a una de ellas, en principio, no se compadece bien con el básico aspecto contractual del arbitraje y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales (art. 24.1 CE). La razón estriba en que ha de entenderse que en el mecanismo arbitral, la renuncia al ejercicio del derecho fundamental proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto, y ello, correctamente entendido, no implica una renuncia general al derecho fundamental del artículo 24 CE, sino a su ejercicio en un determinado momento, no quebrantándose principio constitucional alguno (SSTC 174/1995, 75/1996 y 176/1996)».

Así, además de no aplicarse en los casos en que las publicaciones afectadas no tengan la condición de «publicación de prensa» (v. gr. publicaciones científicas o académicas, o sitios web —como blogs— en los que no hay un control editorial por un prestador de servicios), ni tampoco cuando el uso esté amparado por un límite o excepción, los derechos de los editores de publicaciones de prensa no tendrán virtualidad frente a: (i) los actos de hiperenlace; (ii) el uso privado o no comercial de las publicaciones de prensa por usuarios individuales; y (iii) el uso de palabras sueltas o extractos muy breves, añadiendo nuestra Ley en este caso, «o poco significativos tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo», siempre que dicho uso «no perjudique a las inversiones realizadas por las editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias», ni afecte a la efectividad de sus derechos.

En este último inciso se produce un alejamiento entre la Directiva y la transposición española. Aquella solo dice que los nuevos derechos reconocidos a las editoriales de publicaciones de prensa «no se aplicarán al uso de palabras sueltas o extractos muy breves de una publicación de prensa». Sin embargo, nuestro legislador ha decidido añadir dos requisitos para que estos derechos no se apliquen a palabras sueltas o extractos muy breves, a saber: (i) que su uso no perjudique a las inversiones realizadas por las editoriales de publicaciones de prensa para la publicación de los contenidos; y (ii) que su uso no afecte a la efectividad de los derechos reconocidos en el presente artículo. Se trata de dos requisitos de difícil interpretación que conllevarán una gran inseguridad jurídica, dificultando el uso libre de palabras sueltas o extractos muy breves y, en definitiva, contraviniendo el régimen plasmado en la Directiva 2019/790.

2. RECLAMACIONES DE COMPENSACIÓN EQUITATIVA

Según se explica en el considerando (60) de la Directiva 2019/790, las editoriales —de libros, partituras, publicaciones científicas o prensa—, que tienen cedidos los derechos de los autores y que, con base en esa cesión, efectúan una inversión con vistas a la explotación de las obras, pueden verse privadas de ingresos cuando dichas obras se utilizan al amparo de excepciones o limitaciones, como las aplicables en materia de copia privada, reprografía o préstamo público. El legislador comunitario, consciente de que en varios Estados miembros la compensación por los usos realizados al amparo de esas excepciones o limitaciones se reparte entre autores y editores, ha creído oportuno ofrecer mayor seguridad jurídica a todas las partes interesadas, en el sentido de permitir explícitamente que los Estados miembros con sistemas vigentes de ese tipo los puedan mantener; sin al mismo tiempo obligar a los Estados miembros en cuya tradición jurídica no exista, a introducir ese reparto de compensaciones.

Conforme al artículo 16 de la Directiva, los Estados miembros podrán establecer que, cuando un autor haya cedido o concedido una licencia de un derecho a

una editorial, tal cesión o licencia sea fundamento jurídico suficiente para que la editorial tenga derecho a una parte de la compensación por el uso de la obra que se haya efectuado al amparo de una excepción o limitación del derecho cedido u objeto de licencia.

El considerando (60) de la Directiva puntualiza que esta previsión resulta de especial importancia para aquellos Estados miembros que disponían de tales sistemas de reparto de compensaciones antes del 12 de noviembre de 2015. Esta referencia se explica por la sencilla razón de que se trata de la fecha de la sentencia del TJUE dictada en el asunto *Hewlett-Packard Belgium SPRL y Reprobel SCRL (C-572/13)*, la cual dictamina que el artículo 5.2.a) y b) de la Directiva 2001/29 se oponen a una normativa nacional que atribuya a los editores una parte de la compensación equitativa correspondiente a las obras creadas por los autores, sin que los editores estén a su vez obligados a hacer partícipes, siquiera indirectamente, a los autores de la parte de la compensación de la que estos se ven privados.

Tras esta sentencia, los Estados miembros no podían mantener sistemas de reparto de compensaciones ligadas a excepciones o limitaciones entre autores y editores, al menos no si tales sistemas no permitían asegurar a favor del autor un cierto retorno, aunque fuera parcial, de la parte de la compensación percibida por el editor. Así que cuando la Directiva habla de ofrecer mayor seguridad jurídica a todas las partes interesadas, a lo que se refiere es a revertir el estado de cosas creado por la Sentencia «Reprobel».

Nuestra legislación interna siempre ha contemplado a los editores como acreedores de la compensación equitativa por copia privada, sin que a su vez se garantizase a los autores un retorno de la parte de la compensación percibida por el editor. En ese sentido, España era uno de los países miembros cuyo ordenamiento no superaba el estándar de la Sentencia «Reprobel», y en los que por tanto existía la clase de inseguridad jurídica que la Directiva dice querer paliar.

Nuestro legislador ha decidido, de manera consecuente, mantener ese reparto de la compensación equitativa por copia privada, trasponiendo la previsión del artículo 16 de la Directiva 2019/790 a través de una modificación del artículo 58 TRLPI, al cual se le viene a agregar un nuevo segundo apartado por virtud del artículo 80 del RD-ley 24/2021. En el cuadro a continuación aparecen contrastados el artículo 16 de la Directiva y el artículo 58 del TRLPI.

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|---|--|
| Artículo 16. Reclamaciones de compensación equitativa | Artículo 58. Concepto (modificado por el artículo 80 cinco del RD-ley 24/2021) |
| <p>Los Estados miembros podrán establecer que, cuando un autor haya cedido o concedido una licencia de un derecho a una editorial, tal cesión o licencia constituya un fundamento jurídico suficiente para que la editorial tenga derecho a una parte de la compensación por el uso de la obra que se hayan efectuado al amparo de una excepción o limitación del derecho cedido u objeto de licencia.</p> <p>El párrafo primero se entenderá sin perjuicio de las disposiciones vigentes y futuras en los Estados miembros en materia de derechos de préstamo público.</p> | <p>1) Por el contrato de edición el autor o sus derechohabientes ceden al editor, mediante compensación económica, el derecho de reproducir su obra y el de distribuirla. El editor se obliga a realizar estas operaciones por su cuenta y riesgo en las condiciones pactadas y con sujeción a lo dispuesto en esta ley.</p> <p>2) Esta cesión constituye fundamento jurídico suficiente para que el editor tenga derecho a una parte de la compensación equitativa prevista en el artículo 25».</p> |

Como puede verse, la intervención en esta materia se ha limitado al reparto de la compensación equitativa por copia privada, que sin embargo no es el único supuesto de reparto de compensación o remuneración conectada a un límite entre autores y editores que hay en nuestro ordenamiento. En sede de ilustración con fines educativos o de investigación científica, el artículo 32.4 TRLPI prevé que, en defecto de acuerdo entre el titular del derecho y el centro universitario u organismo de investigación, y salvo que dicho centro u organismo sea titular de los derechos sobre las obras utilizadas al amparo del límite regulado en ese precepto, autores y editores tendrán un derecho irrenunciable a percibir de los centros usuarios una remuneración equitativa de gestión colectiva obligatoria. En este sentido la transposición del artículo 16 de la Directiva no habría sido completa y la inseguridad jurídica derivada de la doctrina de la Sentencia «Reprobel» continuaría existiendo en parte.

Por otro lado, la manera de abordar esta cuestión, mediante la inserción de ese segundo apartado en el artículo 58 TRLPI, denota que para nuestro legislador el único fundamento jurídico posible para el reparto de la compensación equitativa por copia privada es el contrato de edición. El considerando (60) de la Directiva alude a los casos en que un autor haya cedido o concedido licencias de sus derechos a una editorial o contribuya de otro modo con sus obras a una publicación. La manera de contribuir a una publicación no necesariamente ha de articularse a través de un contrato de edición. El artículo 52 TRLPI regula la transmisión de derechos para publicaciones periódicas basada en el envío de una obra para una publicación de ese tipo. Los editores de esas publicaciones

también deben beneficiarse de la compensación por copia privada y merecen la misma seguridad jurídica aunque la cesión del derecho de reproducción no se articule a través del contrato de edición. En definitiva, el fundamento jurídico para que el editor tenga derecho a una parte de la compensación equitativa por copia privada no debería haberse ceñido al contrato de edición, y la previsión al respecto debiera haber sido situada en otra sede, probablemente en la regulación de la compensación equitativa por copia privada y en la de cualesquiera otras compensaciones anudadas a límites que se compartan entre autores y editores, como la del artículo 32.4 TRLPI.

3. USO DE CONTENIDOS PROTEGIDOS POR PARTE DE PRESTADORES DE SERVICIOS PARA COMPARTIR CONTENIDOS EN LÍNEA

3.1. *Construcción de un nuevo puerto seguro: primera variante*

El artículo 73 del RD-ley 24/2021, relativo al uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, contiene la transposición del artículo 17 de la Directiva 2019/790, sin duda uno de los que más controversia suscitó a lo largo de la tramitación parlamentaria, habida cuenta de la complejidad de su contenido en términos jurídicos y de la importancia de los intereses subyacentes en términos económicos. En el artículo 66.6 del RD-ley 24/2021 se recoge la definición de «prestadores de servicios para compartir contenidos en línea», procedente del artículo 2.6 de la Directiva.

La Directiva caracteriza a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea como un tipo de prestadores de servicios de la sociedad de la información, combinando una definición y un catálogo de exclusiones. La definición se apoya en varios elementos de difícil determinación. Así, cuando se dice que el fin principal, o uno de los fines principales de estos prestadores, debe ser almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras o prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio ha de organizar y promociona con fines lucrativos, puede ser problemático establecer si un determinado prestador tiene el fin descrito como uno de sus *finés principales*, o a partir de qué umbral el volumen de obras o prestaciones cargadas por los usuarios merece considerarse una *gran cantidad*, o cuál es el nivel de «organización» y «promoción» del servicio necesario para calificar a este tipo de prestadores, así como si persiguen o no una finalidad lucrativa.

En cuanto al catálogo de exclusiones, no deben considerarse prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, entre otros: (i) las enciclopedias en línea sin fines lucrativos; (ii) los repositorios científicos o educativos sin fines lucrativos; (iii) las plataformas para desarrollar y compartir programas informáticos de código abierto; (iv) los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas; (v) los mercados en línea; y (vi) los prestadores de servicios

entre empresas y en la nube, que permiten que los usuarios carguen contenido para su propio uso. La exclusión se dice trazada a los efectos de la Directiva 2019/790, lo que evidencia que en principio podrían encajar en la definición, de ahí la necesidad de realizar una exclusión expresa.

La regulación de esta materia parte de la premisa de que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de comunicación al público, o de puesta a disposición del público, cuando ofrezcan al público el acceso a obras o prestaciones protegidas que hayan sido cargadas por sus usuarios en la red o plataforma en que su servicio consista¹⁰⁷. Por eso necesitan obtener una autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual para llevar a cabo esa explotación, sin que puedan beneficiarse del puerto seguro previsto en la legislación de comercio electrónico para alojadores de contenidos, dado que se les considera proveedores de contenidos y no prestadores de un servicio de intermediación.

Se trata del puerto seguro para los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información consistentes en el almacenamiento de datos, contemplado tanto en el artículo 16 de la LSSICE como en el artículo 14 de la DCE. La no aplicación de ese puerto seguro no se extiende a prestadores de servicios que no consistan en la compartición de contenidos en línea, ni tampoco obsta a su posible aplicación a los propios prestadores de servicios para compartir contenidos en línea con respecto a intereses distintos de los derechos de propiedad intelectual¹⁰⁸. Por otro lado, en la medida en que se admita que el servicio puede dar acceso a los contenidos compartidos por medio de enlaces a otros sitios de la red (aunque el servicio obviamente no *almacene* dichos contenidos), al menos en nuestro Derecho interno debería haberse añadido la no aplicación del puerto seguro establecido en el artículo 17 LSSICE¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Esto supone un ensanchamiento del concepto de comunicación al público de la Directiva 2001/29, en la línea de lo que había venido haciendo hasta ahora el TJUE. La configuración de la actividad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea como un supuesto de comunicación al público habría que conectarla con la serie de sentencias que han ido perfilando la noción de «comunicación», en particular con la Sentencia de 14 de junio de 2017 (Stichting Brein y Ziggo BV, XS4ALL Internet BV, C-610/15), dictada en el célebre asunto *The Pirate Bay*, en la que se concluye que hace un acto de comunicación quien pone a disposición y gestiona en Internet una plataforma de intercambio que indexa metadatos relativos a obras protegidas y proporciona un motor de búsqueda, de forma que los usuarios de la plataforma pueden localizar dichas obras e intercambiarlas en la red entre sí. Siguiendo esa estela, el artículo 2.6 de la Directiva 2019/790 caracteriza a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea como comunicadores sobre la base de que lleven a cabo actos de organización y promoción con fines lucrativos de los contenidos cargados por sus usuarios.

¹⁰⁸ Como dice el artículo 73.3.II del RD-ley 24/2021 (en concordancia con el artículo 17.3.II in fine de la Directiva), «*la limitación de responsabilidad mencionada en este artículo no afectará a prestadores de servicios con respecto a fines ajenos al ámbito de aplicación del presente artículo*».

¹⁰⁹ Como se sabe, el artículo 17 LSSICE diseña un puerto seguro, que no está en la DCE, conforme al cual los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la

La referencia a actos de comunicación al público junto a los de puesta a disposición del público causa no poca tensión conceptual. Dada su caracterización primaria como prestadores de servicios de la sociedad de la información, su servicio debe ser prestado a petición individual de un destinatario del servicio, lo que parece conducir exclusivamente al ámbito del derecho de puesta a disposición, en el que los contenidos son accesibles a demanda de cada miembro del público.

La autorización que los titulares concedan al prestador de un servicio para compartir contenidos en línea está llamada a cubrir no solo la explotación protagonizada por el propio prestador del servicio, sino también la efectuada por los usuarios del servicio cuya actividad no tenga carácter comercial ni genere ingresos significativos. La actividad de los usuarios que sí tenga carácter comercial o que genere ingresos significativos deberá ser autorizada de manera separada por los titulares.

En caso de no lograr esa autorización, y esta es la clave del régimen legal, se crea un nuevo puerto seguro a favor de este tipo de prestadores, en virtud del cual no podrán ser hechos responsables por la comunicación al público no autorizada siempre que: (i) hayan hecho sus mayores esfuerzos por obtener una autorización; (ii) hayan hecho sus mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de las obras y prestaciones respecto de las que los titulares les hayan facilitado la información pertinente y necesaria; y (iii) hayan actuado de forma expeditiva al recibir una notificación lo bastante motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras o prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, así como sus mayores esfuerzos por evitar que se carguen de nuevo en el futuro.

Veamos con algo más de detenimiento las tres condiciones de aplicación del puerto seguro delineado en el apartado 4 del artículo 17 de la Directiva, que son igualmente recogidas en el artículo 73.4 del RD-ley 24/2021.

3.2. Intento de obtención de una autorización

Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea pueden ser hechos responsables por los actos de comunicación al público que realizan. Ahora bien, como estamos en un sector regido principalmente por derechos exclusivos, podría ocurrir que los titulares, una vez localizados, denegasen el otorgamiento de licencia con base en su derecho exclusivo de autorizar o prohibir¹¹⁰.

que remiten es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero, o si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

¹¹⁰ El derecho de puesta a disposición del público es un derecho exclusivo para todas las clases de titulares (arts. 20.2.i/, 108.1.b/, 116.1, 122.1 y 126.1.c/ TRLPI), aunque en nuestro sistema

Por eso, para poder exonerarse de responsabilidad, a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea no se les exige que obtengan licencia de manos de los titulares sino que hagan sus *mayores esfuerzos* por obtenerla. En otras palabras, que pongan los medios que, conforme al canon de la buena fe, podrían conducir a obtener una licencia, lo que básicamente implica el intento diligente de localizar al titular y el intento de negociar de manera leal los términos y condiciones de la licencia. Así se desprende de las *Orientaciones sobre el artículo 17 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital*, aprobadas por Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo [4.6.2021 COM (2021) 288 final], en ejecución de lo previsto en el artículo 17.10 de la Directiva (las «Orientaciones»)¹¹¹.

Ello no significa que el prestador esté obligado a aceptar las condiciones que el titular pretenda imponerle, pero sí debe haber puesto de su parte como para conocer cuáles son esas condiciones, y en su caso intentar negociar unas condiciones distintas. Bajo estas premisas, es obvio que el titular no está obligado a conceder la licencia si no quiere, pero tampoco se podría reprochar al prestador del servicio no haber realizado sus mayores esfuerzos para intentar ser autorizado en el sentido del puerto seguro¹¹².

los artistas que hayan cedido ese derecho al productor fonográfico o audiovisual conservan un derecho a una remuneración equitativa de gestión colectiva obligatoria (art. 108.2 y 3 TRLPI). El derecho de comunicación al público [a distancia] es exclusivo para los autores (art. 20.2.c/, d/, e/ y f/ TRLPI) y para productores audiovisuales (art. 122.1 TRLPI). Productores de fonogramas y artistas intérpretes o ejecutantes solo poseen un derecho remuneratorio de gestión colectiva obligatoria (arts. 116.2 y 108.4 y 5 TRLPI). Las entidades de radiodifusión solo tienen el derecho exclusivo de retransmisión, de gestión colectiva obligatoria (art. 126.1.d/ y e/ TRLPI), derecho que también asiste, con esa misma característica, a autores (art. 20.4 TRLPI), artistas (art. 108.1.III TRLPI), productores de fonogramas (art. 116.1.II TRLPI) y productores audiovisuales (art. 122.1.II TRLPI).

¹¹¹ En concreto, sobre los mayores esfuerzos para la localización del titular, las Orientaciones señalan que *«para demostrar que han realizado los mayores esfuerzos, los prestadores de servicios deben, como mínimo, tratar de forma proactiva con los titulares de derechos que puedan ser identificados y localizados fácilmente, en particular con aquellos que representen un amplio catálogo de obras u otras prestaciones. En particular, el contacto proactivo con las sociedades de gestión colectiva que actúen de conformidad con la Directiva 2014/26/UE para obtener una autorización debe considerarse un requisito mínimo para todos los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea»* (pp. 11-12).

¹¹² A propósito de la negociación de los términos de la licencia, las Orientaciones indican: *«el concepto de «mayores esfuerzos» debe abarcar también los esfuerzos realizados por los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, en cooperación con los titulares de derechos, para llevar a cabo negociaciones de buena fe y celebrar acuerdos de licencia justos (...). Puede considerarse que los prestadores de servicios que se nieguen a celebrar un acuerdo de licencia ofrecido en condiciones justas y que mantenga un equilibrio razonable entre las partes no han hecho los mayores esfuerzos para obtener una autorización. Por otra parte, no debe exigirse a los prestadores de servicios que acepten ofertas de celebración de contratos cuyas condiciones no sean justas y que no mantengan un equilibrio entre las partes. La cuestión de qué se entiende por condiciones justas y por un equilibrio razonable entre las partes se determinará caso por caso»* (p. 12).

3.3. *Garantía de indisponibilidad de obras y prestaciones de las que hayan informado los titulares*

En segundo lugar, a falta de una autorización, para exonerarse de responsabilidad los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deberán realizar sus mayores esfuerzos para garantizar la indisponibilidad de obras y prestaciones respecto de las cuales los titulares les hayan facilitado información pertinente y necesaria.

Al prestador se le juzgará en función de las medidas que tomaría un operador diligente para impedir que estén disponibles en su web obras o prestaciones no autorizadas, teniendo en cuenta las mejores prácticas sectoriales, la eficacia de las medidas tomadas a la luz de los medios técnicos existentes, y el principio de proporcionalidad. Para evaluar si ha cumplido con esta obligación se tendrán en cuenta aspectos tales como: (i) el tipo, la audiencia y la magnitud del servicio, así como el tipo de obras o prestaciones cargadas por los usuarios del servicio; y (ii) la disponibilidad de medios adecuados y eficaces y su coste para los prestadores de servicios (*vid.* art. 73.6 del RD-ley 24/2021 y art. 17.5 de la Directiva).

Por su parte, los titulares tienen que asumir un papel activo de identificación de sus obras y prestaciones, respecto de las cuales se han negado a dar licencia, pues si no facilitan información pertinente y necesaria sobre sus obras o prestaciones, el prestador del servicio no podrá hacer los mayores esfuerzos por evitar que estén disponibles en él, y no debería ser hecho responsable de los actos no autorizados de comunicación al público o puesta a disposición del público de obras o prestaciones no identificadas.

El precepto está pensando en tecnologías de reconocimiento de contenidos, sobre todo en la conocida como huella digital (*digital fingerprint*). Como dicen las Orientaciones, durante el diálogo entre la Comisión y las partes interesadas, se puso de manifiesto que la tecnología de reconocimiento de contenidos se utiliza actualmente de forma habitual para gestionar el uso de contenidos protegidos por parte de los principales prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, y en concreto la basada en huellas digitales es muy utilizada en lo que respecta a los contenidos de vídeo y audio. Aunque no es la única, ni se debe considerar necesariamente un estándar de mercado, en especial para los prestadores más pequeños: las Orientaciones mencionan también el *hashing*, la marca de agua digital, el uso de metadatos o la búsqueda de palabras clave¹¹³.

¹¹³ Como explica J. LÓPEZ RICHART, «Responsables, *ma non troppo*: las reglas de exención de responsabilidad de las plataformas para el intercambio de contenidos en línea en la directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital», en *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo* (dir. C. Saiz García y R. Evangelio Llorca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 339-341, las huellas digitales pueden ser creadas por los propios titulares o por el prestador del servicio, pero en todo caso será necesario que los titulares faciliten a este una copia de las obras o prestaciones

Sobre este deber de garantía de indisponibilidad de obras y prestaciones conviene notar dos cosas. En primer lugar, el suministro de esta información por parte de los titulares no consiste en señalar que las obras o prestaciones estén siendo efectivamente objeto de uso en el servicio, que podrían no estarlo, sino en pedir al prestador que se ocupe en todo caso de que no lo estén ni lo lleguen a estar.

En segundo lugar, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deben actuar siempre sobre la base de información previamente facilitada por los titulares, y por lo tanto no estamos hablando aquí de ninguna *obligación general de supervisión* de su servicio, a la búsqueda de cualesquiera contenidos que deban ser retirados por no contar con la preceptiva autorización. La prohibición de establecer un deber general de supervisión, establecida en el artículo 15 DCE, no solo sigue vigente sino que es objeto de reiteración para el ámbito que nos ocupa en el artículo 17.8 de la Directiva 2019/790, del cual ha pasado al artículo 73.9 del RD-ley 24/2021.

La República de Polonia ha promovido un recurso de anulación ante el TJUE de la letra b) del artículo 17.4 de la Directiva 2019/790, así como de la letra c) *in fine* de ese mismo apartado, en la medida en que se refiere a la mención «y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro de conformidad con la letra b)»¹¹⁴. A su modo de ver, para cumplir los requisitos previstos en esas disposiciones, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deben llevar a cabo una supervisión preventiva de los contenidos cargados por sus usuarios, para la cual deberán utilizar herramientas informáticas que permitan filtrar de forma automática los contenidos. En opinión de la recurrente, ello implica una *censura general automatizada de carácter preventivo* en los servicios para compartir contenidos en línea por parte de sus prestadores, lo cual comporta una grave injerencia en el ejercicio del derecho de libertad de expresión y de información consagrado en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En sus conclusiones, de 15 de julio de 2021, el abogado general señala que, ciertamente, la Directiva impone a los prestadores para compartir contenidos en línea que apliquen un filtrado preventivo de sus servicios para impedir que estén disponibles las obras y prestaciones de las que los titulares les hayan facilitado información pertinente y necesaria. Sin embargo, se trata de una obligación de supervisión específica, y no general, y por tanto compatible con el derecho a la libertad de expresión, porque si bien el prestador debe super-

cuya indisponibilidad pretendan, así como metadatos o información sobre los propios contenidos. Esta sería la información *pertinente* y *necesaria* que los titulares deben proveer al prestador del servicio, en ausencia de la cual no se activa el deber de este de efectuar sus mayores esfuerzos para asegurar la indisponibilidad de los contenidos.

¹¹⁴ Vid. asunto C-401/19. *República de Polonia contra Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea*.

visar todos los contenidos que sus usuarios ponen en línea, lo ha de hacer para buscar, únicamente, las obras y prestaciones específicas respecto de las que los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria.

Según el abogado general, el derecho a la libertad de expresión queda salvaguardado porque, tal y como está diseñado, el artículo 17 de la Directiva establece suficientes garantías para minimizar el riesgo de un bloqueo excesivo por parte de los prestadores. En efecto, estos tienen que garantizar igualmente que los usuarios de sus servicios puedan llevar a cabo usos lícitos de los contenidos, por ejemplo amparados en un límite a los derechos, lo que garantiza un justo equilibrio entre los derechos de propiedad intelectual y la libertad de expresión. El abogado general pone cuidado en subrayar que ya desde el diseño de las medidas de filtrado, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deben ser consciente de que, al igual que han de evitar la puesta en línea de contenidos que reproducen de forma ilícita las obras y prestaciones identificadas por los titulares, han de asegurar la disponibilidad de los contenidos que reproducen dichas prestaciones de forma lícita. Y opina que, en las situaciones dudosas, en que quepa razonablemente prever la aplicación de un límite a los derechos de autor, los contenidos no deben ser objeto de una medida de bloqueo preventiva¹¹⁵.

3.4. Inhabilitación de acceso, retirada y garantía de indisponibilidad tras notificación motivada de los titulares

Sucede que, incluso si se ha hecho todo lo posible por parte del prestador del servicio y los titulares han facilitado previamente la información pertinente y necesaria, es posible que pese a todo determinadas obras o prestaciones no autorizadas aparezcan disponibles en el servicio. Cuando este sea el caso, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea podrán ser hechos responsables si, a la recepción de una notificación suficientemente motivada proveniente de los titulares, no actúan de modo expeditivo para inhabilitar el acceso a las obras o prestaciones objeto de la notificación o retirarlas de sus sitios web¹¹⁶, y no realizan los mayores esfuerzos por impedir que en el futuro

¹¹⁵ En el apartado 207 de las conclusiones del abogado general leemos: «*En efecto, como han subrayado el Parlamento, el Consejo y la Comisión, la obligación de resultado que establece el artículo 17, apartado 7, párrafo primero, de la Directiva 2019/790 de no impedir la puesta en línea de contenidos lícitos, es, a este respecto, más exigente que la obligación de hacer los «mayores esfuerzos» que se deriva de las disposiciones impugnadas, y que constituye una obligación de medios. Esto significa que el legislador de la Unión ha pretendido garantizar, acertadamente a mi entender, que, en ese supuesto, los prestadores de servicios para compartir contenidos den prioridad a la libertad de expresión. Dicho de otro modo, el legislador ha considerado que los «falsos positivos», consistentes en bloquear contenidos legales, son más graves que los «falsos negativos», que suponen pasar por alto ciertos contenidos ilícitos».*

¹¹⁶ Aquí sí, a diferencia de la segunda etapa del puerto seguro, los titulares deben señalar obras o prestaciones concretas que estén siendo efectivamente objeto de uso en el servicio, y cuya retirada o inhabilitación solicitan de forma motivada.

esas mismas obras o prestaciones no autorizadas vuelvan a estar disponibles en su servicio.

Esto último requerirá en cualquier caso, como en el paso descrito en la letra b) del artículo 17.4 de la Directiva, que los titulares proporcionen al prestador información necesaria y pertinente para que este pueda realizar sus mayores esfuerzos de cara a garantizar su indisponibilidad en el servicio¹¹⁷.

3.5. *Construcción de un nuevo puerto seguro: segunda variante*

A fin de facilitar la actividad de las empresas emergentes cuyo modelo de negocio se base en la compartición de contenidos en línea, se contempla una segunda variante de puerto seguro, la cual se aplica a aquellos prestadores de servicios para compartir contenidos en línea cuyos servicios lleven menos de tres años operando en la Unión Europea y cuyo volumen de negocios anual sea inferior a diez millones de euros.

A estos prestadores se les aplican unos requisitos de exoneración más livianos, puesto que no se les imponen obligaciones de filtrado, solo tendrán que acreditar que: (i) han hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización de manos de los titulares, y (ii), cuando reciban una notificación suficientemente motivada del titular, han actuado expeditivamente para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web. En este caso además, pero solo si tuviesen un promedio de más de cinco millones de visitantes únicos mensuales, estos prestadores tendrán que hacer los mayores esfuerzos por evitar nuevas cargas de las obras o prestaciones objeto de la notificación, siempre bajo información pertinente y necesaria facilitada por los titulares.

3.6. *El equilibrio entre la propiedad intelectual y otros derechos fundamentales*

La cooperación entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos a los efectos de implementar el régimen de limitación de responsabilidad descrito, no debe impedir la disponibilidad de obras o prestaciones cargadas por usuarios que no infrinjan derechos de propiedad intelectual, ya sea porque su uso esté amparado por un acuerdo de licencia, ya porque se

¹¹⁷ Como explican las Orientaciones, la obligación de no reposición de la parte final de la letra c) del artículo 17.4 de la Directiva remite a la letra b) del mismo apartado, lo que significa que, para que los prestadores puedan hacer sus mayores esfuerzos por evitar futuras cargas de los contenidos, los titulares deben proporcionarles el mismo tipo de información «pertinente y necesaria» que para la aplicación de la letra b). Ello implica que si un prestador utiliza tecnología de huellas digitales para evitar futuras cargas de obras notificadas, recibir como información únicamente los datos facilitados en una notificación de retirada sería insuficiente: habría que proporcionar al prestador las huellas digitales o archivos de contenidos para que esté en situación de garantizar la indisponibilidad futura del contenido.

trate de material en dominio público, o porque pueda entenderse amparado en una excepción o limitación.

En particular, según el artículo 17.7 de la Directiva, se ha de garantizar que los usuarios puedan ampararse en las excepciones o limitaciones de: (i) citas, críticas y reseñas; y (ii) usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche¹¹⁸. Según el considerando (70) garantizar estas excepciones es clave a fin de lograr un equilibrio entre el derecho de propiedad intelectual y las libertades de expresión y de creación artística. No obstante, dada la amenaza de responsabilidad directa que pende sobre los prestadores de esta clase de servicios, estos tenderán a adoptar una postura conservadora en evitación de riesgos, lo que irá en detrimento de estas libertades.

Como hemos visto, en sus conclusiones al asunto C-401/19, el abogado general considera que una correcta interpretación del artículo 17 de la Directiva pasa por entender que el legislador de la Unión ha querido dar prevalencia al derecho a la libertad de expresión sobre los derechos de propiedad intelectual, partiendo de la premisa —avalada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— de que en una sociedad democrática, no se puede exigir una eficacia absoluta —y, por tanto, un riesgo cero por lo que respecta a las posibles vulneraciones de los derechos de autor— cuando ello tenga por efecto que se bloquee una cantidad no insignificante de contenidos lícitos. Para el abogado general, el apartado 7 del artículo 17 impone a los prestadores de estos servicios una obligación de resultado de no impedir la disponibilidad, en sus servicios, de contenidos que reproducen de forma legal obras y otras prestaciones, mientras que la obligación para con los titulares de derechos es una obligación de medios tendente a bloquear los contenidos manifiestamente infractores.

3.7. Garantías para los usuarios de los servicios de compartición de contenidos en línea

Puesto que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, en un intento de evitar incurrir en responsabilidad frente a los titulares de derechos, pueden retirar o inhabilitar el acceso a contenidos *por exceso*, se articula un mecanismo de reclamación de los usuarios del servicio en caso de que discrepen sobre la inhabilitación de acceso o la retirada de obras o prestaciones cargadas por ellos.

¹¹⁸ Como hemos visto *supra*, nuestro legislador ha considerado insuficiente el reconocimiento del límite de parodia en el artículo 39 TRLPI, y ha decidido incorporar explícitamente en nuestro sistema el límite de pastiche, aunque lo ha hecho a través de un precepto *ad hoc* (art. 73 RD-ley 24/2021). Paradójicamente, no ha hecho lo propio con la caricatura.

Estas reclamaciones, cuyos motivos han de estar suficientemente justificados, han de tramitarse con agilidad —el artículo 73.11 del RD-ley 24/2021 ha previsto un plazo de diez días—, y las decisiones de inhabilitar el acceso a los contenidos cargados o de retirarlos estarán sujetas a examen por parte de personas.

En el artículo 17.9 de la Directiva se dice que, cuando los titulares de derechos soliciten que se inhabilite el acceso a obras u otras prestaciones específicas suyas o que se retiren tales obras o prestaciones, deberán justificar debidamente los motivos de su solicitud. Esa justificación permitirá al prestador del servicio dirimir la eventual queja presentada a su vez por el usuario de su servicio que se haya visto afectado por la decisión de inhabilitación de acceso o la retirada de la obra o prestación.

Asimismo, se debe garantizar a los usuarios la posibilidad de acudir a mecanismos de solución extrajudicial de controversias, lo que nuestro legislador ha articulado asignando a la Sección Primera de la CPI funciones de mediación o arbitraje en los litigios relacionados con el acceso y retirada de obras en el marco de los servicios para compartir contenidos en línea (art. 73.12 RD-ley 24/2021).

3.8. *Autorregulación y orientaciones de la Comisión sobre la aplicación de la norma*

El último apartado del artículo 17 de la Directiva 2019/790 dispone que la Comisión, junto con los Estados miembros, organizará diálogos entre las partes interesadas para discutir las mejores prácticas para la cooperación entre los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y los titulares de derechos. Esa cooperación se referirá a aspectos como la forma en que los titulares de derechos suministrarán información a fin de que los prestadores puedan hacer indisponibles las obras y prestaciones señalizadas, o el modo de articularse las notificaciones de retirada o inhabilitación de acceso de las obras y prestaciones que, pese a todo, hayan podido quedar disponibles en el servicio.

Como resultado de esos diálogos, y en consulta con los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, los titulares de derechos, las organizaciones de usuarios y otras partes interesadas, la Comisión dictará orientaciones sobre la aplicación del artículo 17. Como ya hemos señalado, en ejecución de este mandato la Comisión aprobó las Orientaciones. Como en ellas se explica, aunque no son jurídicamente vinculantes, su objetivo es apoyar una transposición correcta y coherente del artículo 17 en todos los Estados miembros, prestando especial atención a la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre los derechos fundamentales y el uso de excepciones y limitaciones.

3.9. Análisis de la transposición

No parece que nuestro legislador se haya guiado en exceso por las Orientaciones a la hora de realizar la transposición del artículo 17 de la Directiva, pues por un lado no se ha hecho eco de los matices que en aquellas se contienen, y por otro se introducen elementos de nuevo cuño que carecen de anclaje en las mismas. A continuación contrastamos el texto del artículo 17 de la Directiva con el del artículo 73 del RD-ley 24/2021 —complementado con el nuevo artículo 194.5.c) TRLPI introducido por el artículo 80 del RD-ley 24/2021—, y seguidamente analizaremos los desajustes que cabe apreciar entre los dos preceptos.

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|--|---|
| Artículo 2. Definiciones | Artículo 66. Definiciones |
| <p>5) «servicio de la sociedad de la información»: todo servicio en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535;</p> <p>6) «prestador de servicios para compartir contenidos en línea»: un prestador de un servicio de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos.</p> <p>Los prestadores de servicios como las enciclopedias en línea sin fines lucrativos, los repositorios científicos o educativos sin fines lucrativos, las plataformas para desarrollar y compartir programas informáticos de código abierto, los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas <u>tal como se definen en la Directiva (UE) 2018/1972</u>, los mercados en línea y los prestadores de servicios entre empresas y en la nube, que permiten que los usuarios carguen contenido para su propio uso, no son prestadores de servicios para compartir contenidos en línea a los efectos de la presente Directiva.</p> | <p>5) «Servicio de la sociedad de la información»: todo servicio en el sentido de la letra a), del anexo la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico.</p> <p>6) «Prestador de servicios para compartir contenidos en línea»: todo prestador de un servicio de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar al público acceso a obras u otras prestaciones protegidas, en gran número o con un alto nivel de audiencia en España, cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos directos o indirectos.</p> <p>Los prestadores de servicios como las enciclopedias en línea sin fines lucrativos directos ni indirectos, los repositorios científicos o educativos sin fines lucrativos directos ni indirectos, las plataformas para desarrollar y compartir programas informáticos de código abierto, los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, los mercados en línea y los prestadores de servicios entre empresas y en la nube, que permiten que los usuarios carguen contenido para su propio uso, no serán considerados prestadores de servicios para compartir contenidos en línea a los efectos del presente real decreto-ley.</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|--|
| <p>Artículo 17. Uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea</p> | <p>Artículo 73. Uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea</p> |
| <p>1) Los Estados miembros dispondrán que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público a efectos de la presente Directiva cuando ofrecen al público el acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas que hayan sido cargadas por sus usuarios.</p> <p>Por consiguiente, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deberán obtener una autorización de los titulares de derechos a que se refiere el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/29/CE, por ejemplo, mediante la celebración de un acuerdo de licencia, con el fin de comunicar al público o de poner a su disposición obras u otras prestaciones.</p> <p>2) Los Estados miembros dispondrán que, si un prestador de servicios para compartir contenidos en línea obtiene una autorización, por ejemplo a través de la conclusión de un acuerdo de licencia, dicha autorización comprenda también los actos realizados por usuarios de los servicios que entren en el ámbito de aplicación del artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE cuando no actúen con carácter comercial o en caso de que su actividad no genere ingresos significativos.</p> | <p>1) Se considerará que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público a efectos de la presente ley, cuando ofrezcan al público el acceso a obras o prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual que hayan sido cargadas por sus usuarios.</p> <p>En consecuencia, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deberán obtener previamente la autorización de los titulares de los derechos referidos a los actos de comunicación pública que define el artículo 20 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, para llevar a cabo dicho acto de explotación. La negociación de las correspondientes autorizaciones se realizará de acuerdo con los principios de buena fe contractual, diligencia debida, transparencia y respeto a la libre competencia, lo que excluye el ejercicio de posición de dominio.</p> <p>2) Cuando un prestador de servicios para compartir contenidos en línea solicite y obtenga una autorización a esos efectos, ésta incluirá también, dentro del alcance de la autorización concedida y en las mismas condiciones, los actos realizados por usuarios de dichos servicios que entren en el ámbito de aplicación del artículo 20 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual siempre que dichos usuarios no actúen con carácter comercial o su actividad no genere ingresos significativos.</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|--|---|
| <p>3) Cuando los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea sean responsables de actos de comunicación al público o de puesta a disposición del público en las condiciones establecidas en la presente Directiva, la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE no se aplicará a las situaciones contempladas por el presente artículo.</p> <p>El párrafo primero del presente apartado no afectará a la posible aplicación del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE a esos prestadores de servicios con respecto a fines ajenos al ámbito de aplicación de la presente Directiva.</p> <p>4) En caso de que no se conceda una autorización, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea serán responsables de los actos no autorizados de comunicación al público, incluida la puesta a disposición de este, de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor, a menos que demuestren que:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) han hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización, y b) han hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria, y en cualquier caso c) han actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para | <p>3) Cuando los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea sean responsables de actos de comunicación al público o de puesta a disposición del público en las condiciones establecidas en el presente artículo, no se beneficiarán de la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio.</p> <p>La limitación de responsabilidad mencionada en este artículo no afectará a prestadores de servicios con respecto a fines ajenos al ámbito de aplicación del presente artículo.</p> <p>4) En caso de que el titular de los citados derechos de comunicación pública o puesta a disposición del público no otorgue la citada autorización, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea serán responsables de los actos no autorizados de comunicación al público, incluida la puesta a disposición de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, a menos que demuestren que:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Han hecho sus mayores esfuerzos por obtener una autorización, y b) Han hecho, de acuerdo con estrictas normas sectoriales de diligencia profesional, sus mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de las obras y prestaciones respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria; y, en cualquier caso c) Han actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|---|
| <p>retirarlas de sus sitios web, y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro de conformidad con la letra b).</p> <p>5) Al determinar si el prestador del servicio ha cumplido con sus obligaciones en virtud del apartado 4 y a la luz del principio de proporcionalidad, deben tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes elementos:</p> <p>a) el tipo, la audiencia y la magnitud del servicio, así como el tipo de obras u otras prestaciones cargadas por los usuarios del servicio, y</p> | <p>retirarlas de sus sitios web, y han hecho sus mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro de conformidad con la letra b).</p> <p>En relación a los contenidos en directo, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deben inhabilitar el acceso a los mismos o retirarlos de su sitio web durante la retransmisión del evento en directo en cuestión.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, los titulares de derechos podrán ejercer las acciones legales dirigidas a restablecer el daño patrimonial, tales como la acción de enriquecimiento injusto, en el caso de que, aunque los proveedores de servicios hayan hecho sus mayores esfuerzos para eliminar el contenido no autorizado, éste continúe siendo explotado por ellos, causando un perjuicio significativo a los titulares de derechos.</p> <p>5) En los casos en que un prestador de servicios para compartir contenidos en línea sea responsable de los actos no autorizados de comunicación al público, será de aplicación, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que en su caso incurra el prestador, el régimen de acciones y procedimientos establecido en los artículos 138 y siguientes del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.</p> <p>6) Para determinar si el prestador del servicio ha cumplido con sus obligaciones en virtud del apartado 4, y a la luz del principio de proporcionalidad, se tendrán en cuenta, al menos, los siguientes elementos:</p> <p>a) El tipo, la audiencia y la magnitud del servicio, así como el tipo de obras u otras prestaciones cargadas por los usuarios del servicio, y</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|---|
| <p>b) la disponibilidad de medios adecuados y eficaces y su coste para los prestadores de servicios.</p> <p>6) Los Estados miembros dispondrán que, respecto de los nuevos prestadores de servicios para compartir contenidos en línea cuyos servicios lleven menos de tres años a disposición del público en la Unión y cuyo volumen de negocios anual sea inferior a 10 000 000 EUR, calculado con arreglo a la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión (20), los requisitos que les sean aplicables en virtud del régimen de responsabilidad establecido en el apartado 4 se limiten al cumplimiento de la letra a) de dicho apartado y a la actuación expeditiva, al recibir una notificación suficientemente motivada, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web.</p> <p>Cuando el promedio de visitantes únicos mensuales de dichos prestadores de servicios supere los cinco millones, calculado sobre la base del año civil anterior, estos demostrarán asimismo que han hecho los mayores esfuerzos por evitar nuevas cargas de las obras y otras prestaciones notificadas respecto de las cuales los titulares de derechos hayan facilitado la información pertinente y necesaria.</p> <p>7) La cooperación entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos no dará lugar a que se impida la disponibilidad de obras u otras prestaciones cargadas por usuarios que no infrinjan los derechos de autor y derechos afines, también cuando a dichas obras o prestaciones <u>se les aplique una excepción o limitación.</u></p> <p>Los Estados miembros garantizarán que los usuarios en cada Estado miembro puedan ampararse en cualquiera de las siguientes excepciones o limita-</p> | <p>b) La disponibilidad de medios adecuados y eficaces y su coste para los prestadores de servicios.</p> <p>7) A los nuevos prestadores de servicios para compartir contenidos en línea que lleven menos de tres años operando en la Unión Europea y cuyo volumen de negocios anual sea inferior a 10.000.000 euros, calculado con arreglo a la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión Europea, se les aplicarán los requisitos del régimen de responsabilidad establecido en el apartado 4 limitados al cumplimiento de la letra a) de dicho apartado y a la actuación expeditiva, al recibir una notificación suficientemente motivada, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web.</p> <p>Cuando el promedio de visitantes únicos mensuales de dichos prestadores de servicios supere los cinco millones, calculado sobre la base del ejercicio anual anterior, éstos demostrarán asimismo que han hecho sus mayores esfuerzos por evitar nuevas cargas de las obras y otras prestaciones notificadas respecto de las cuales los titulares de derechos hayan facilitado la información pertinente y necesaria.</p> <p>8) La cooperación entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos no impedirá que los usuarios carguen y pongan a disposición del público contenidos de obras u otras prestaciones que no infrinjan tales derechos o que se hagan con fines de cita, análisis, comentario o juicio crítico, reseña, ilustración, parodia o pastiche.</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|---|
| <p>ciones vigentes al cargar y poner a disposición contenidos generados por usuarios en los servicios para compartir contenidos en línea:</p> <p>a) citas, críticas, reseñas;</p> <p>b) usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche.</p> <p>8) La aplicación del presente artículo no dará lugar a ninguna obligación general de supervisión.</p> <p>Los Estados miembros dispondrán que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea proporcionen a los titulares de derechos que lo soliciten información adecuada sobre el funcionamiento de sus prácticas en relación con la cooperación a que se refiere el apartado 4, así como, cuando se celebren acuerdos de licencia entre prestadores de servicios y titulares de derechos, información sobre el uso de los contenidos contemplados por los acuerdos.</p> <p>9) Los Estados miembros dispondrán que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea establezcan un mecanismo de reclamación y recurso ágil y eficaz que esté a disposición de los usuarios de sus servicios en caso de litigio sobre la inhabilitación del acceso a obras u otras prestaciones cargadas por ellos o sobre su retirada.</p> <p>Cuando los titulares de derechos soliciten que se inhabilite el acceso a obras u otras prestaciones específicas suyas o que se retiren tales obras o prestaciones, deberán justificar debidamente los motivos de su solicitud. Las reclamaciones presentadas con arreglo al mecanismo establecido en el párrafo primero se tramitarán sin dilación indebida y las decisiones de inhabilitar el acceso a los contenidos cargados o de retirarlos estarán sujetas a examen</p> | <p>9) Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea no tendrán una obligación general de supervisión. Deberán proporcionar a los titulares de derechos que lo soliciten información adecuada, con carácter semestral, sobre el funcionamiento de sus prácticas en relación con la cooperación a que se refiere el apartado 4. Asimismo, cuando se celebren acuerdos de licencia, proporcionarán información sobre el uso de los contenidos contemplados por dichos acuerdos entre prestadores de servicios y titulares de derechos.</p> <p>10) Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea establecerán un mecanismo de reclamación y recurso ágil y eficaz a disposición de sus usuarios en caso de conflicto sobre la inhabilitación del acceso a obras o prestaciones cargadas por ellos o sobre su retirada. Las obras y prestaciones que sean objeto del procedimiento de reclamación y recurso no se mantendrán accesibles en el servicio del prestador mientras se resuelva dicho procedimiento.</p> <p>11) Cuando los titulares de derechos soliciten que se inhabilite el acceso a obras o prestaciones específicas suyas o que se retiren tales obras o prestaciones, justificarán debidamente los motivos de su solicitud. Las reclamaciones presentadas con arreglo al mecanismo establecido en el apartado 10 se tramitarán en un plazo no superior a 10 días hábiles y las decisiones de inhabilitar el acceso a los contenidos cargados o de retirarlos</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|---|
| <p>por parte de personas. Los Estados miembros garantizarán además que se disponga de mecanismos de solución extrajudicial de litigios. Dichos mecanismos permitirán una resolución imparcial de los litigios y no privarán al usuario de la protección jurídica que ofrece el Derecho nacional, <u>sin perjuicio de los derechos de los usuarios de emplear otros recursos judiciales eficaces. En particular, los Estados miembros garantizarán que los usuarios tengan acceso a un tribunal o a otro órgano jurisdiccional competente a fin de invocar el uso de una excepción o limitación a los derechos de autor y derechos afines.</u></p> <p><u>La presente Directiva no afectará en modo alguno a las utilizaciones lícitas, tales como usos al amparo de excepciones y limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión, y no conducirá a identificación alguna de usuarios concretos ni al tratamiento de sus datos personales, salvo si es conforme con la Directiva 95/46/CE, la Directiva 2002/58/CE y el Reglamento (UE) 2016/679.</u></p> <p>Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea informarán a los usuarios, en sus condiciones generales, de que pueden utilizar las obras y otras prestaciones al amparo de las excepciones o limitaciones a los derechos de autor y derechos afines establecidas en el Derecho de la Unión.</p> <p>10) A partir del 6 de junio de 2019, la Comisión, en cooperación con los Estados miembros, organizará diálogos entre las partes interesadas para discutir las mejores prácticas para la cooperación entre los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y los titulares de derechos. En consulta con los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, los titulares de derechos, las organizaciones de usuarios y otras partes interesadas, y teniendo en cuenta los resultados de los diálogos con las partes interesadas, la Comisión</p> | <p>estarán sujetas a examen por parte de personas, esto es, sin intervención automatizada de robots u otros medios análogos.</p> <p>12) La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá las funciones de mediación o arbitraje en los litigios relacionados con el acceso y retirada de obras por aplicación de este artículo.</p> <p>13) Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea informarán a sus usuarios sobre sus condiciones generales y sobre los límites a los derechos de propiedad intelectual a los fines establecidos en el presente artículo y en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|--|
| <p>dictará orientaciones sobre la aplicación del presente artículo, en particular en lo relativo a la cooperación a que se refiere el apartado 4. Al discutir las mejores prácticas se tendrán especialmente en cuenta, entre otros aspectos, la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre los derechos fundamentales y el uso de excepciones y limitaciones. A efectos de los diálogos entre las partes interesadas, las organizaciones de usuarios tendrán acceso a información adecuada de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea sobre el funcionamiento de sus prácticas en lo que se refiere al apartado 4.</p> | |
| | TRLPI |
| | <p>Artículo 194.5.c (añadido por el artículo 80 nueve del RD-ley 24/2021)</p> <p>5. El ámbito material de actuación de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual en el ejercicio de sus funciones de mediación y/o arbitraje señaladas en los apartados 1 y 2 del presente artículo podrá comprender, asimismo, los siguientes aspectos:</p> <p>[...]</p> <p>c) Mediación o arbitraje en los litigios relacionados con el acceso y retirada de obras por aplicación de la regulación legal del uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea.</p> <p>[...]</p> |

En líneas generales el artículo 73 del RD-ley 24/2021 se atiene con fidelidad a la norma de cuya transposición se trata. No obstante, nuestro legislador ha añadido en algunos de sus apartados ciertos elementos que no provienen del artículo 17 de la Directiva, y de cuya conformidad con ésta cabe dudar en algún caso.

En cuanto a la definición de prestadores para compartir contenidos en línea, ubicada en el artículo 66.6 del RD-ley 24/2021, no hay grandes variaciones respecto del artículo correspondiente de la Directiva. Así, nuestro legislador ha precisado, al hablar de la presencia o ausencia de fines lucrativos, que estos podrán ser «directos o indirectos». Mayor importancia tiene que, en lugar de hablar —como la Directiva— de dar acceso «a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios», nuestro legislador se refiere a dar acceso a obras o prestaciones protegidas «en gran número o con un alto nivel de audiencia en España», lo cual obviamente no es lo mismo, pues si un servicio para compartir contenidos en línea no alberga una gran cantidad de obras o prestaciones, aunque tenga un alto nivel de audiencia en España, no debería estar sujeto al régimen que la Directiva diseña en el artículo 17.

i) Principios que han de regir la negociación

El primero de esos elementos añadidos aparece en el último inciso del párrafo segundo de su apartado 1, donde se señala que la negociación de la autorización del derecho de comunicación pública que deben intentar obtener los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, «se realizará de acuerdo con los principios de buena fe contractual, diligencia debida, transparencia y respeto a la libre competencia, lo que excluye el ejercicio de posición de dominio»¹¹⁹.

Al igual que dijimos en relación con esta misma cláusula insertada en el artículo 129 bis TRLPI, no cabe sino estar de acuerdo con la aplicación de todos estos principios, que no dejan de ser principios informadores de cualquier negociación contractual basados en reglas generales de nuestro ordenamiento. Como decíamos igualmente allí, no se alcanza a ver —la Directiva tampoco lo hace— cuál es el especial riesgo detectado por el legislador en esta negociación, que le lleva a invocar todos estos principios.

Puesto que el único dato diferencial que se podría apreciar en el contexto de la negociación a la que se refiere el artículo 73.1 del RD-ley 24/2021 es la presencia en ella de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, pareciera que el legislador ha considerado que es esa presencia la que podría dar lugar a una negociación no ajustada a los principios de buena fe contractual, diligencia debida, transparencia y libre competencia.

A nuestro modo de ver, sin embargo, este diagnóstico no resulta acertado, por cuanto los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea no son

¹¹⁹ Obsérvese que esta misma cláusula aparece en el artículo 74 y también en el artículo 129 bis TRLPI. En éste sin embargo, con mayor precisión, se habla del principio de libre competencia, lo que excluye el abuso de posición de dominio, que es lo técnicamente correcto, ya que «el ejercicio de posición de dominio» por sí solo no es ningún comportamiento que pueda calificarse de contrario a la competencia.

el tipo de usuario cuya posición negociadora pueda hacer temer una falta de respeto a los principios enunciados, si se tiene en cuenta que el derecho de comunicación pública, en particular en su modalidad de puesta a disposición del público, es un derecho exclusivo de autorizar o prohibir, de modo que los titulares poseen el resorte para permitir o no la explotación, sabedores además de que en caso de no dar autorización el prestador del servicio se verá sujeto a una prolija batería de acciones si quiere verse exonerado de responsabilidad¹²⁰.

Dicho de otra forma, si alguna de las dos partes de la negociación ostenta una posición de fuerza, esa será la de los titulares, en particular si estos actúan reunidos a través de una entidad de gestión colectiva, cuya tendencia a abusar de su posición de dominio en el mercado, por lo demás, está más que contrastada a través de numerosas resoluciones de la Autoridad de competencia, tal y como ya hemos señalado.

ii) Retransmisión de eventos en directo

El segundo elemento añadido por nuestro legislador se encuentra en el apartado 4 del artículo 73 del RD-ley 24/2021. En su letra c) aparece una precisión a propósito de los contenidos en directo, respecto de los cuales se dispone que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deben inhabilitar el acceso a los mismos o retirarlos de su sitio web durante la retransmisión del evento en directo en cuestión.

Vemos que esta regla no se refiere a todos los contenidos en directo que acaso suban los usuarios del servicio, sino solo a aquellos que sean objeto de «retransmisión», esto es, que estén basados en un previo acto de emisión o transmisión fuera de la plataforma, de tal modo que por definición el usuario no estaría generando un contenido propio sino redifundiendo un contenido ajeno. De manera típica los actos de emisión o transmisión son realizados por organismos de radio y televisión, por tanto lo retransmitido por el usuario será una señal de radio o televisión referida a un evento en directo, que a su vez tenderá a ser un evento de carácter deportivo, aunque cabe pensar en otros ejemplos. La legitimación para solicitar la retirada o inhabilitación de

¹²⁰ Como observa J. LÓPEZ RICHART, «Un nuevo régimen de responsabilidad para las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios en el mercado único digital», *pe. i. revista de propiedad intelectual* n° 60 (septiembre-diciembre 2018) refiriéndose a lo que entonces era la Propuesta de Directiva: «lo que hace en realidad es despojar de la protección de las reglas de puerto seguro, de la que hasta ahora gozaban, a las plataformas de alojamiento de contenidos generados por usuarios, que son los principales actores en Internet en nuestros días, y ello con la finalidad declarada de dotar a los titulares de derechos de un instrumento de presión en la negociación de licencias que les permitan participar en los beneficios que obtienen estas plataformas por los contenidos protegidos cargados por sus usuarios, un objetivo que no es exactamente el que tradicionalmente ha inspirado la regulación del derecho de autor, (...)» (p. 126).

acceso correspondería a la entidad de radiodifusión, que ostenta un derecho conexo que le faculta para autorizar o prohibir los actos de retransmisión (art. 126.1.d/ TRLPI)¹²¹.

Con relación a esos contenidos lo que se exige del prestador es que inhabilite el acceso a los mismos o los retire de su sitio web durante la retransmisión del evento en cuestión, es decir, en tiempo real, puesto que la retransmisión se define como un acto que ocurre de modo simultáneo a la transmisión de origen (cfr. arts. 20.2.f/ TRLPI y 66.8 RD-ley 24/2021). La exigencia se configura como una extensión de la tercera de las piezas del puerto seguro: el prestador debe llevar a efecto la inhabilitación o retirada toda vez que se produzca una notificación motivada del titular¹²².

La terminología es también la misma que la del primer párrafo de la letra c) del artículo 73.4 RD-ley 24/2021, la cual manda a estos prestadores actuar de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para *inhabilitar el acceso* a las obras u otras prestaciones notificadas o para *retirarlas* de sus sitios web. De alguna manera, lo que hace el segundo párrafo de la letra c) es añadir un marco temporal máximo dentro del cual debe moverse esa reacción expeditiva para el caso de los contenidos retransmitidos en directo: la inhabilitación o retirada debe ocurrir durante la propia retransmisión.

Esta exigencia se puede traducir en la práctica en un deber de cumplimiento muy variable, dado que no es posible determinar a priori la duración del contenido en directo que se retransmite, y en todo caso puede colocar al prestador en tesituras en las que llevar a cabo la inhabilitación o retirada en tiempo real resulte virtualmente inviable¹²³.

¹²¹ Ciertamente, las razones para poner coto en tiempo real a la retransmisión de eventos en directo previamente emitidos o transmitidos por un organismo de radiodifusión, serían extensibles a la transmisión de eventos en directo captados por el propio usuario con un dispositivo personal. Sin embargo, la norma española se aplica solo a los actos de retransmisión, y no a los directos que son generados y transmitidos primariamente por los propios usuarios del servicio.

¹²² En teoría los titulares de derechos podrían señalar anticipadamente al prestador del servicio que va a tener lugar la emisión de un evento en directo, y pedirle que haga sus mayores esfuerzos para que haga indisponible cualquier retransmisión del mismo. Lo que ocurre es que, al ser un contenido aún inexistente, no será factible proporcionar al prestador del servicio la información pertinente y necesaria que le permita garantizar esa indisponibilidad.

¹²³ Como hemos dicho, aunque los contenidos retransmitidos en directo pueden ser de muy distinta naturaleza, de manera típica se tratará de eventos deportivos, en los cuales el visionado en tiempo real cobra un especial valor. Pues bien, a efectos de lograr la inhabilitación de acceso o la retirada durante la retransmisión, es obvio que la diligencia que debe aplicar el prestador si el contenido en cuestión consiste en un torneo de golf es muy diferente de si se trata de la final olímpica de los cien metros lisos, hasta el punto de que en este segundo caso la inhabilitación o retirada tempestivas podrían no ser técnicamente viables ni aun aplicando la máxima diligencia imaginable.

Por todo ello, habría sido más razonable no introducir ninguna precisión con relación a los contenidos en directo, bastando con el mandato general de la letra c) del artículo 73.4 RD-ley 24/2021 de la inhabilitación o retirada de modo expeditivo; o a lo sumo no configurar este deber específico relativo a los contenidos retransmitidos en directo como una obligación de resultado sino como una obligación de medios basada en los mayores esfuerzos del prestador, de manera análoga a los dos primeros requisitos del puerto seguro, de las letras a) y b) del mismo precepto.

iii) Acciones residuales de enriquecimiento injusto

A continuación del párrafo sobre los contenidos en directo, todavía dentro del apartado 4 del artículo 73 del RD-ley 24/2021, nuestro legislador ha introducido otro párrafo conforme al cual: *«sin perjuicio de lo anterior, los titulares de derechos podrán ejercer las acciones legales dirigidas a restablecer el daño patrimonial, tales como la acción de enriquecimiento injusto, en el caso de que, aunque los proveedores de servicios hayan hecho sus mayores esfuerzos para eliminar el contenido no autorizado, éste continúe siendo explotado por ellos, causando un perjuicio significativo a los titulares de derechos»*¹²⁴.

Parecería que la intención del legislador es crear una vía de acción residual a favor de los titulares de derechos, situada aparentemente fuera de la órbita de la responsabilidad extracontractual, para cuando los contenidos continúen subidos en el servicio a pesar de los esfuerzos del titular por eliminarlos.

Esta previsión resulta problemática por varios órdenes de razones. La principal tal vez sea que se aparta del régimen armonizado de la Directiva dando lugar a una contravención del Derecho UE. En segundo lugar, se apoya en un supuesto de hecho que —aunque parezca lo contrario— no puede acontecer, si se observan las tres acciones en que se apoya el régimen de exoneración descrito en las letras a), b) y c) del artículo 73.4 RD-ley 24/2021. Y tercero, la propia idea de que en la tesitura descrita en la norma podría ejercerse una acción de enriquecimiento injusto es errónea, por cuanto existe un obstáculo estructural que daría sistemáticamente al traste con la prosperidad de esa clase de acción. Veamos cada una de estas razones con algo de detenimiento.

¹²⁴ Puede haber dudas sobre el rango que deba darse a este párrafo en el marco del artículo 73.4 del RD-ley 24/2021, pues el inciso «sin perjuicio de lo anterior» podría ir referido tanto al segundo párrafo de la letra c) del artículo como a todos los párrafos anteriores de ese apartado. Es decir, podría tratarse de una precisión hecha únicamente respecto de los contenidos en directo, y de hecho este último párrafo vuelve a emplear este término («contenidos») en lugar de referirse a «obras y prestaciones». En la duda, es preferible interpretarlo como un segundo párrafo de todo el apartado cuarto y no como un tercer párrafo de la letra c), por tanto, como una regla que se proyecta sobre el puerto seguro en su conjunto. En cualquier caso, las consideraciones que a continuación se realizan serían válidas, aunque el ámbito de aplicación se circunscribiese al supuesto de las retransmisiones de eventos en directo.

Por lo que se refiere a la falta de conformidad con la Directiva y en general con el Derecho de la UE, la norma de este último párrafo del artículo 73.4 del RD-ley 24/2021 viene a configurar una suerte de puerto seguro «plus», pues la única forma de estar a resguardo de una acción de tipo indemnizatorio o compensatorio sería, además de cumplir con los tres requisitos del puerto seguro que provienen del artículo 17 de la Directiva, eliminar todo contenido no autorizado o, en su defecto, no causar al titular un perjuicio que pueda considerarse *significativo*.

Dicho de otro modo, en el esquema de nuestra ley el puerto seguro para los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea no sería realmente *seguro*, pues con tal de que permaneciera subido un contenido no autorizado susceptible de causar a los titulares un perjuicio significativo, el prestador del servicio seguiría teniendo que asumir un pago a favor de los titulares. Con arreglo al diseño de la Directiva, sin embargo, el prestador del servicio no puede merecer la exoneración de responsabilidad pero estar expuesto, al mismo tiempo, a una acción residual por parte de los titulares que acaba traducándose *de facto* en una vía alternativa para exigir responsabilidad¹²⁵.

No hay ninguna mención en la Directiva a la posibilidad de que los prestadores situados bajo el puerto seguro del artículo 17 estén expuestos, pese a todo, a una acción de enriquecimiento injusto. Al contrario, todo indica que el régimen de exoneración del artículo 17 pretende ser autosuficiente. El considerando (66) solo deja fuera del ámbito de la exoneración las acciones de cesación y las acciones de responsabilidad por infracciones distintas de los derechos de autor¹²⁶. Tampoco en las Orientaciones hay ninguna referencia a una posible acción residual de enriquecimiento injusto.

De esta manera, un prestador de servicios para compartir contenidos en línea se puede encontrar con que, para su actividad en España, a pesar de cumplir con las condiciones del puerto seguro, puede tener que hacer frente a una acción de enriquecimiento injusto instada por los titulares, lo que va en contra del efecto armonizador de la Directiva y de las Orientaciones, que precisamente persiguen que el régimen de responsabilidad y exoneración de este tipo de prestadores

¹²⁵ Obsérvese que, aunque se habla de una acción de enriquecimiento injusto, se está pensando en clave de responsabilidad extracontractual, como lo delata el uso de términos como «restablecer el *daño* patrimonial» o causar «un *perjuicio* significativo», siendo así que el fundamento de la acción de enriquecimiento injusto no es indemnizar daños y perjuicios sino restaurar un desequilibrio patrimonial. Es decir, bajo la apariencia de una acción de enriquecimiento injusto, nuestra norma está en realidad dando nueva vida a la acción de responsabilidad extracontractual, que sin embargo debería ser una vía clausurada toda vez que el prestador cumpla con los requisitos del puerto seguro.

¹²⁶ «Ello debe entenderse sin perjuicio de los recursos previstos por el Derecho nacional para casos que no sean de responsabilidad por infracciones de los derechos de autor, ni de que los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas nacionales puedan emitir requerimientos en cumplimiento del Derecho de la Unión».

sea homogéneo, pues de otro modo estaríamos lejos del objetivo de lograr un mercado único digital en el conjunto de la Unión¹²⁷.

En segundo lugar, el párrafo que venimos analizando se apoya en un supuesto de hecho que en rigor no puede realmente acontecer, pues se refiere a que los proveedores de servicios hayan hecho sus *mayores esfuerzos para eliminar* el contenido no autorizado, siendo así que:

- la obligación de mayores esfuerzos de la letra b) y del segundo inciso de la letra c) del artículo 73.4 del RD-ley 24/2021, se refiere a la indisponibilidad de las obras y prestaciones respecto de las que los titulares hayan facilitado al prestador información pertinente y necesaria. Pero, por definición, si pese a esos esfuerzos algún contenido continuara siendo explotado en el servicio, los titulares tienen la carga de remitir al prestador una notificación lo bastante motivada solicitando la *inhabilitación de acceso* o la *retirada* del sitio web de dicho contenido, ya que de otro modo el prestador no tiene la obligación de *eliminar* ningún contenido en particular, y obviamente tampoco se podría desencadenar responsabilidad por no hacerlo¹²⁸.
- la obligación del primer inciso de la letra c) del artículo 73.4 del RD-ley 24/2021, no se configura como un deber de medios basado en el despliegue de mayores esfuerzos, sino que, una vez recibida la notificación, de no proceder a la inhabilitación o retirada del contenido en cuestión de manera expeditiva se pierde la cobertura del puerto seguro.

Así las cosas, no puede suceder que el prestador del servicio haya fracasado por, pese a haber hecho sus mayores esfuerzos, no haber logrado la eliminación del contenido. El binomio «mayores esfuerzos / eliminación» no se contempla en el artículo 73.4 del RD-ley 24/2021. Si estamos en fase de realizar mayores esfuerzos, el prestador seguirá bajo el puerto seguro en tanto el titular no proceda a notificarle solicitando la inhabilitación o retirada de un contenido y haya fracasado en eliminarlo. Si, por el contrario, nos hallamos en la fase de

¹²⁷ A este respecto, merece recordarse lo observado por el abogado general en sus conclusiones al asunto C-401/19, ya citado [apartado 152]: «*Conviene añadir que es indispensable que el legislador de la Unión establezca el contenido esencial de esas garantías para asegurar una aplicación uniforme de la legislación de la Unión en todos los Estados miembros, uniformidad que es tanto más necesaria cuanto se trata, en este caso, de una directiva de armonización adoptada sobre la base del artículo 114 TFUE. Los prestadores de servicios para compartir contenidos que operan a nivel internacional no deberían tener que someterse a veintisiete regímenes nacionales de responsabilidad que pueden diferir en cuanto al alcance de las obligaciones de filtrado que les imponen. Sobre todo, los usuarios de esos servicios deberían disfrutar de una protección sustancialmente idéntica contra las medidas de bloqueo abusivas o arbitrarias, al margen del Estado miembro en el que se encuentren*». Aunque el razonamiento se focaliza en los temas objeto del recurso, es obvio que resulta igualmente trasladable a la materia que nos ocupa.

¹²⁸ En realidad, en ningún lugar del artículo 73.4 del RD-ley 24/2021, salvo en su último párrafo, se habla de «eliminación» de contenidos.

inhabilitación o retirada bajo notificación motivada, no ha lugar a considerar si el prestador ha hecho o no sus mayores esfuerzos.

Para finalizar con este último párrafo del artículo 73.4, aun admitiendo hipotéticamente que no fuese contrario al régimen de la Directiva, y que estuviera basado en un supuesto de hecho consistente con el resto del precepto, resulta que la acción de enriquecimiento injusto no podría prosperar por falta de concurrencia de los requisitos en que se basa.

De acuerdo con la jurisprudencia, son cuatro los requisitos sobre los que se debe apoyar el ejercicio de una acción de enriquecimiento injusto: (i) la obtención por el demandado de un enriquecimiento ligado al objeto de la demanda; (ii) el padecimiento por parte del actor de un empobrecimiento; (iii) la conexión entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante; y (iv) la ausencia de justa causa para que el demandado experimente esa atribución patrimonial a expensas del demandante.

En este caso, podría acaso pensarse en la concurrencia de los dos primeros requisitos. De un lado, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, de acuerdo con su propia definición, deben perseguir fines lucrativos; de otro, todo uso de una obra o prestación ajena que no esté amparado por un límite supone detraer un potencial lucro a su titular, pues los derechos de propiedad intelectual otorgan al titular una exclusiva de explotación sobre la obra o prestación sobre la que se proyectan.

Ahora bien, sería más difícil de acreditar la correlación o nexo de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, pues tendría que poderse aislar, de entre todas las ganancias experimentadas por el prestador procedentes de su servicio, aquellas que se pudieran entender vinculadas con el mantenimiento de la explotación del contenido en cuestión, tras haber realizado sus mayores esfuerzos para eliminarlo. En función del modelo de negocio del servicio, puede ser complicado efectuar esa trazabilidad.

Pero el requisito que, a nuestro parecer, no se cumpliría de forma sistemática es el último, ya que siempre cabría apreciar la existencia de una justa causa de la atribución patrimonial eventualmente experimentada por el prestador. Tal y como señalan doctrina y jurisprudencia, no hay ausencia de causa cuando la atribución patrimonial se pueda justificar en la existencia de un contrato o de una disposición legal.

Pues bien, el legislador ha diseñado un régimen de exoneración de responsabilidad *ad hoc* para los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea. Se trata de un mecanismo diseñado con precisión y basado en un sistema de pesos y contrapesos, como se observa en el artículo 17.5 de la Directiva y en el artículo 73.6 del RD-ley 24/2021: para evaluar si el prestador

ha cumplido con las obligaciones que le permitan beneficiarse de la exoneración de responsabilidad, se ordena tener en cuenta «a la luz del principio de proporcionalidad» diversos factores, tales como el tipo, la audiencia y la magnitud del servicio, la clase de obras o prestaciones cargadas por los usuarios, así como la disponibilidad de medios adecuados y eficaces y su coste para los prestadores de servicios.

Esto significa que cualquier eventual enriquecimiento que experimentase el prestador sería fruto de una disposición legal que, no obstante la existencia en el servicio de algún contenido no autorizado, ha considerado equilibrado que el prestador quede blindado frente a cualquier posible acción del titular, siempre y cuando haya cumplido con los tres requisitos del puerto seguro¹²⁹. Dicho de otro modo, esa atribución patrimonial a su favor sí tendría causa, precisamente la voluntad del legislador de resolver del modo en que lo ha hecho la contraposición de intereses entre titulares y prestadores de estos servicios. Digamos que el legislador ha hecho una asignación del riesgo consistente en que queden en el servicio algunos contenidos no autorizados pese al cumplimiento de los requisitos del puerto seguro, y ha decidido colocar ese riesgo sobre los hombros de los titulares de derechos de propiedad intelectual y no de los prestadores de los servicios para compartir contenidos en línea¹³⁰.

Como ha explicado el abogado general en sus conclusiones al asunto C-401/19, ya citadas [apartados 215 a 217], no se puede aspirar a eliminar todo riesgo de que se difunda un contenido ilícito en un servicio para compartir contenidos en línea, sobre la base de que esa difusión podría ocasionar a los titulares un perjuicio irreparable, dada la rapidez con la que la información circula en Internet. El abogado general recuerda que el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que «no se desprende en absoluto del artículo 17, apartado 2,

¹²⁹ Recuérdese que en el diseño general del Derecho UE, en concreto en la Directiva 2004/48/CE, sobre el respeto a los derechos de propiedad intelectual, la acción de indemnización de daños a que deben hacer frente los responsables de una infracción ya incluye, entre otras posibles partidas, el beneficio o lucro obtenido por el propio sujeto infractor (art. 13.1). Lo que significa que, cuando la Directiva 2019/790 ha configurado el puerto seguro de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, el legislador UE ha sido perfectamente consciente de que la exoneración de responsabilidad iba a incluir toda posible reclamación relativa al beneficio o ganancias obtenidos por el prestador.

¹³⁰ Piénsese que el legislador comunitario habría tenido otras opciones de política legislativa y se decantó por esta. En concreto, podría haber configurado la actividad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea como una utilización permitida pero sujeta al pago de una compensación equitativa. Frente a esa aproximación, se ha querido equilibrar el *value gap* mediante la consideración de que estos prestadores no son unos intermediarios, sino auténticos proveedores de contenidos y por ello deben obtener una licencia. Y ha considerado igualmente equilibrado que no deban hacer frente a una obligación de indemnizar a los titulares si, a pesar de sus mayores esfuerzos por lograrlo no obtienen esa licencia, y a continuación se atienen al resto de requisitos del puerto seguro. Establecer que, sin perjuicio de todo eso, tendrán que seguir compensando a los titulares por el uso residual de contenidos no autorizados, sitúa la cuestión en el terreno de la compensación equitativa por una utilización que no se puede impedir, lo que precisamente es la opción de política legislativa descartada.

de la Carta que el derecho de propiedad intelectual sea intangible y que, por lo tanto, su protección deba garantizarse en términos absolutos»¹³¹.

iv) Acciones para exigir la responsabilidad

Otro elemento de nuevo cuño en el artículo 73 del RD-ley 24/2021 es su apartado quinto, según el cual, cuando un prestador de servicios para compartir contenidos en línea sea responsable de los actos no autorizados de comunicación al público, será de aplicación el régimen de acciones y procedimientos establecido en los artículos 138 y siguientes del TRLPI, sin perjuicio de la posible responsabilidad penal en que en su caso incurra el prestador.

Se trata de una previsión criticable por dos motivos. El primero es que es redundante, pues es palmario que la vía para exigir responsabilidad a quien haya infringido derechos de propiedad intelectual es la de las acciones que regula el TRLPI, aunque tal vez como consecuencia de haber localizado la regulación del puerto seguro en un cuerpo legal separado del TRLPI, nuestro legislador se ha sentido en la necesidad de trazar esta remisión. Por su parte, la alusión a la eventual responsabilidad penal es igualmente excedentaria¹³².

En segundo lugar, resulta censurable que el legislador se haya sentido inclinado a trazar esa conexión con el artículo 138 TRLPI, y sin embargo no haya considerado la necesidad, mucho más evidente, de ampliar la salvaguarda que se contiene en el segundo inciso del artículo 138.II TRLPI. Como se sabe, el segundo párrafo del artículo 138 TRLPI amplía la legitimación pasiva de las acciones de responsabilidad por infracción de derechos de propiedad intelectual a quienes induzcan la conducta infractora, a quienes cooperen conscientemente con la misma, y a quienes, teniendo un interés económico directo en los resul-

¹³¹ A renglón seguido [apartado 218 de sus conclusiones] el abogado general observa que eso no supone que los titulares se hallen ni mucho menos desprotegidos, y que el hecho de que ciertos contenidos que reproducen de manera ilícita obras y otras prestaciones protegidas no se bloqueen en el momento de su puesta en línea, no impide a los titulares de derechos solicitar que sean retirados o que se inhabilite el acceso a los mismos mediante una notificación conforme al artículo 17.4.c) de la Directiva. El abogado general recuerda que del considerando (66) se desprende que el legislador de la Unión ya había previsto que, en ciertos casos, ese modo de proceder sea el único que permite garantizar la indisponibilidad de un determinado contenido. Y añade que, en caso de que la ilicitud no sea patente debido a que el contenido plantee cuestiones jurídicas complejas o nuevas en materia de derechos de autor, será necesaria la intervención del juez, a quien, sobre la base del artículo 8.3 de la Directiva 2001/29, corresponderá pronunciarse acerca del contenido y, suponiendo que sea ilícito, ordenar que se bloquee.

¹³² Estaría en la línea de la del artículo 13.1 de la LSSICE, en el que se hace referencia a la posible responsabilidad penal, entre otros, de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información. También el artículo 138 TRLPI deja a salvo «otras acciones» que pudiera interponer el titular. En fin, el artículo 195.8 TRLPI, en sede del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información, señala que lo dispuesto en él se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que fueran procedentes.

tados de la conducta infractora, tengan capacidad de control sobre la conducta del infractor. A continuación, el precepto puntualiza que *«lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación»*. Puesto que para los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea el artículo 16 LSSICE ha dejado de ser aplicable, la salvedad de ese segundo inciso del artículo 138.II TRLPI debería ser corregida para referirse también al artículo 73 del RD-ley 24/2021.

v) Garantía de los usos basados en límites

En el apartado 8 del artículo 73 RD-ley 24/2021 leemos que la cooperación entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos no deberá impedir que los usuarios carguen y pongan a disposición del público contenidos de obras u otras prestaciones que no infrinjan los derechos, en particular porque el uso se haga al amparo de un límite con la finalidad de cita, análisis, comentario o juicio crítico, reseña, ilustración, parodia o pastiche.

Esta lista de finalidades no coincide del todo con la del artículo 17.7 de la Directiva, en el que se mencionan las citas, críticas y reseñas por un lado, y la caricatura, parodia o pastiche por otro. Es decir, el legislador español se ha olvidado de la caricatura, tal vez al considerar que queda integrada en el concepto de parodia, mientras que ha añadido la referencia a la ilustración, término que en nuestro ordenamiento solo funciona como límite cuando se refiere a fines educativos y de investigación científica. Sin embargo, al no haber introducido esta especificación, nuestro legislador podría haber creado, tal vez de forma inadvertida, un nuevo límite de contornos difusos, el cual podría dar lugar a dificultades interpretativas, tanto en las relaciones entre titulares y prestadores de estos servicios, como en las relaciones entre estos y sus usuarios.

vi) Suministro de información a los titulares

En el apartado 9 del artículo 73 RD-ley 24/2021, en relación con la facilitación de información por parte de los prestadores de los servicios a los titulares de derechos sobre el funcionamiento de sus prácticas en relación con la cooperación a que se refiere el apartado 4, a pesar de mantenerse la previsión de la Directiva de que esa provisión de información se hará *a los titulares que lo soliciten*, se especifica que ese suministro de información deberá hacerse *con carácter semestral*.

Creemos que convertir esta obligación de suministro de información en un deber a cumplimentar periódicamente tiene poco sentido. Si se observa el considerando (68) de la Directiva, la información de la que estamos hablando se refiere al

tipo de medidas tomadas por el prestador y al modo en que se implementan. El considerando especifica igualmente que, salvo acuerdo entre las partes, los prestadores no deben estar obligados a proporcionar a los titulares información pormenorizada e individualizada respecto de cada obra u otra prestación identificada. Así pues, dado que no se trata de información individualizada sobre obras o prestaciones, no se ve la razón de configurarla como una obligación semestral, ya que las medidas adoptadas y su implementación no estarán sujetas a una evolución que demande una renovación tan frecuente de la información.

vii) Mecanismos internos de reclamación y recurso

En el apartado 10 del artículo 73 RD-ley 24/2021, relativo al mecanismo de reclamación y de recurso ágil y eficaz que los prestadores del servicio deberán poner a disposición de sus usuarios en caso de conflicto sobre la inhabilitación del acceso a obras o prestaciones cargadas por ellos o sobre su retirada, nuestro legislador ha introducido una especificación relevante, y es que las obras y prestaciones objeto del procedimiento de reclamación y recurso *no se mantendrán accesibles en el servicio mientras se resuelva dicho procedimiento*.

Esto supone introducir una presunción a favor de que la inhabilitación o la retirada son correctas y por tanto, aunque se haya producido una reclamación o recurso por parte de un usuario, con carácter preventivo la obra o prestación no debe permanecer accesible mientras se ventila la queja. Ello a su vez implica conferir a priori mayor valor a las razones que los titulares habrán debido dar para justificar su solicitud de inhabilitación o retirada, que a los motivos en que el usuario haya basado su queja contra la decisión de inhabilitación o retirada.

Ciertamente, la Directiva no contiene una previsión de esta naturaleza, pero tampoco indica que la inhabilitación o la retirada, que obviamente deberán haberse verificado para que se produzca una reclamación, deben revertirse cautelarmente por el hecho de que un usuario haya interpuesto una queja. Por otro lado, hay que admitir que esta regla introduce previsibilidad y simplifica la labor del prestador del servicio, que no tendrá que efectuar una valoración preliminar de los motivos aducidos por el usuario y decidir si merecen prevalecer sobre las causas alegadas por el titular en tanto se sustancia el procedimiento de reclamación.

Obsérvese que, por otra parte, el legislador español ha concretado el mandato de la Directiva de que las quejas se tramiten *sin dilación indebida*, fijando un plazo máximo de diez días hábiles para tramitar el procedimiento de reclamación. De nuevo, esto proporciona un marco de referencia seguro para los prestadores del servicio. Como en la Directiva, se especifica que las decisiones sobre inhabilitar el acceso a los contenidos cargados o retirarlos —se entiende, sobre mantener o no la inhabilitación o la retirada a pesar de la reclamación presentada por un usuario— estarán sujetas a examen por parte de personas,

matizándose en nuestro precepto interno «*sin intervención automatizada de robots u otros medios análogos*».

viii) Procedimientos de solución extrajudicial de controversias

Finalmente, el apartado 12 del artículo 73 RD-ley 24/2021 concreta el mandato del artículo 17.9 de la Directiva, en virtud del cual los Estados miembros han de garantizar que los usuarios de estos servicios dispongan, más allá del procedimiento de quejas de la propia plataforma, de mecanismos de solución extrajudicial de litigios que permitan una resolución imparcial de los litigios. En concreto, lo ha hecho asignando a la Sección Primera de la CPI funciones de mediación y arbitraje en los litigios relacionados con el acceso y retirada de obras en el marco de los servicios para compartir contenidos en línea. A tal fin, el artículo 80 del RD-ley 24/2021 modifica el artículo 195.4 del TRLPI para atribuir a la Sección Primera de la CPI esa nueva función de mediación y arbitraje.

Los conflictos podrían surgir entre el prestador del servicio y sus usuarios, por haber inhabilitado el acceso o retirado un contenido como consecuencia de una solicitud motivada de los titulares, o entre el prestador del servicio y los titulares por lo contrario, esto es, por haber revocado la inhabilitación del acceso o la retirada del contenido como consecuencia de acoger una reclamación o recurso formulados por un usuario.

No estamos persuadidos de que la opción de asignar competencias a la Sección Primera de la CPI en este tipo de controversias sea la más práctica, puesto que este órgano se encuentra, además de especializado en otra clase de conflictos, todos ellos relacionados con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, dotado de insuficientes medios humanos y materiales para asumir esta nueva función, que además se une a otras nuevas funciones que también se le encomiendan por el RD-ley 24/2021. No obstante, la atribución a la Sección Primera de la CPI de esta competencia no es excluyente: dado que se trata de procedimientos voluntarios, las partes podrían acudir a otras instancias arbitrales o mediadoras, existentes o que pudieran surgir, para dirimir estos conflictos.

Nuestro legislador no ha creído necesario recordar, como sí hace la Directiva, que la existencia de esos medios alternativos de resolución de controversias no privará al usuario de acudir a la vía jurisdiccional para hacer valer sus derechos, en particular para invocar el amparo de una excepción o limitación a los derechos. Asimismo, tampoco ha considerado oportuno subrayar que, como consecuencia de la cooperación entre titulares y prestadores del servicio y de los sistemas internos de reclamación, no se dará lugar a identificación alguna de usuarios concretos ni al tratamiento de sus datos personales, salvo si es conforme con la normativa que disciplina esa materia.

4. REMUNERACIÓN EQUITATIVA DE LOS AUTORES Y ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES EN LOS CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN

El capítulo 3 del título IV de la Directiva 2019/790 (arts. 18 a 23) contiene una serie de principios y reglas generales aplicables a los contratos por los que autores y artistas ceden o licencian sus derechos a un cesionario o licenciataria con vistas a articular la explotación de la obra o prestación de que se trate. Estas reglas y principios están presididos por la idea de que autores y artistas ocupan una posición contractual débil cuando ceden o licencian sus derechos en el marco de un contrato de explotación, por lo que resulta preciso dispensarles una especial protección¹³³.

Este conjunto de reglas y principios vendrían a constituir lo más parecido a una parte general del Derecho contractual primario de autor que existe en Derecho UE¹³⁴, o al menos el núcleo de esa parte general en torno al cual podrían agregarse más adelante nuevas previsiones, ya que ciertamente no nos encontramos ante una reglamentación completa sobre transmisión *inter vivos* de derechos de propiedad intelectual. Se trata de una intervención normativa en una materia hasta ahora prácticamente inédita para el legislador de la Unión.

Los instrumentos regulados en los artículos 18 a 22 de la Directiva están presididos por la idea de garantizar a autores y artistas el logro de una remuneración equitativa, cada uno desde un ángulo distinto. Así, el principio de remuneración adecuada y proporcionada (art. 18) tiende a asegurar que la relación del autor o del artista con su contraparte contractual esté presidida, desde el inicio, por la finalidad de que la retribución pactada sea justa y apropiada. La obligación de transparencia (art. 19) sirve para que el autor o el artista puedan ejercer un control sobre la marcha de la explotación, a fin de verificar que el cesionario respeta la remuneración pactada. El mecanismo de adaptación de contratos (art. 20) permite recomponer el equilibrio

¹³³ Conforme al considerando (72) de la Directiva 2019/790, «los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes suelen estar en la posición contractual más débil cuando conceden licencias o ceden sus derechos, en particular a través de sus propias sociedades, para fines de explotación a cambio de una remuneración, y esas personas físicas necesitan la protección que ofrece la presente Directiva para poder gozar plenamente de los derechos armonizados por el Derecho de la Unión». Esta idea late también bajo el artículo 55 TRLPI, conforme al cual se establece la irrenunciabilidad de los beneficios concedidos a los autores en materia de transmisión de sus derechos. Sobre ello, J. GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 55», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 4^a ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 981. Por su parte, C. SAIZ GARCÍA, «El principio de remuneración adecuada y proporcionada en la Directiva 2019/790/UE», en *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo* (dir. C. Saiz García y R. Evangelio Llorca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 373-375, analiza las razones por las que el autor o artista se halla en una situación de inferioridad contractual frente a su contraparte.

¹³⁴ Según la terminología acuñada por A. DIETZ, *El derecho de autor en España y Portugal* (trad. de R. E. López Sáez), Ministerio de Cultura, Madrid, 1992, p. 162. En nuestro ordenamiento interno este tipo de normas se localizaban, exclusivamente para los autores, en los artículos 43 a 57 TRLPI.

económico del contrato cuando se haya visto alterado de forma sobrevenida. En cuanto a la disponibilidad de procedimientos alternativos de resolución de litigios (art. 21), propicia que el autor o el artista entablen una acción para hacer valer sus derechos frente a la parte fuerte de la relación. Finalmente, el derecho de revocación (art. 22) posibilita que el autor o el artista recuperen los derechos cedidos y puedan reactivar la explotación, contrarrestando así la inercia de su cesionario.

El artículo 23 de la Directiva contiene dos previsiones transversales a todo el capítulo. Por un lado, su apartado 1 dota de carácter imperativo a algunas de las figuras reguladas en los artículos precedentes, concretamente a las disposiciones sobre transparencia, el mecanismo de adaptación de contratos y la posibilidad de acudir a procedimientos alternativos de resolución de litigios, que en consecuencia no podrán desplazarse por pacto en contrario. Como luego veremos, de manera incomprensible, nuestro legislador no ha reflejado, o no lo ha hecho correctamente, la imperatividad de esas tres figuras.

Por otro lado, el artículo 23.2 señala que las disposiciones de este capítulo de la Directiva no se aplican a los autores de programas de ordenador. Asimismo, el considerando (72) de la Directiva matiza que la necesidad de protección a los autores y los artistas no se plantea cuando la parte contratante actúa como usuario final o no explota por sí la obra o interpretación, como ocurre en algunos contratos de trabajo. La razón estriba en que, tanto en programas de ordenador como en general en las obras creadas por asalariados, el cesionario suele aplicar la obra en el seno de su propio proceso empresarial o industrial, y no en una actividad con terceros, que es lo que caracteriza un acto de explotación en el sentido de la legislación de propiedad intelectual. Debido a ello, no tiene sentido alinear la remuneración del autor con los ingresos de explotación, al igual que tampoco procedería aplicar la obligación de transparencia, el mecanismo de adaptación de contratos, la figura de la revocación, o prever la disponibilidad de procedimientos alternativos de resolución de litigios.

Nuestro legislador ha llevado a cabo la transposición de este capítulo 3 del título IV de la Directiva de forma discontinua, pues así como ha recogido el principio de remuneración adecuada y proporcionada y la obligación de transparencia en los artículos 74 y 75 del RD-ley 24/2021, la acción de revisión por remuneración no equitativa ha quedado situada en el artículo 47 TRLPI, el derecho de revocación en el artículo 48 bis TRLPI y la disponibilidad de medios alternativos de resolución de controversias en relación con la obligación de transparencia y la acción de revisión en el artículo 194.5.b) TRLPI.

Los principios y reglas de los artículos 18 a 23 de la Directiva son aplicables tanto a los autores como a los artistas. Su transposición, por consiguiente, va a dotar por primera vez a los artistas de unas normas generales de Derecho

contractual primario, inexistentes hasta este momento en nuestro sistema¹³⁵. A nivel interno, así como los instrumentos que han quedado regulados en el RD-ley 24/2021 se aplican por igual a ambas categorías de titulares, la aplicabilidad de la acción de revisión del artículo 47 TRLPI y el derecho de revocación del artículo 48 bis TRLPI se logra mediante la remisión que se hace a estos dos preceptos desde el artículo 110 TRLPI, en el cual también hay una llamada a la obligación de transparencia del artículo 75 RD-ley 24/2021, innecesaria porque este precepto es de directa aplicación a los artistas.

A continuación analizamos los principios y reglas sobre la remuneración equitativa de autores y artistas en los contratos de explotación, por el orden en que aparecen en la Directiva y contrastando con la regulación de cada figura en la norma de transposición.

4.1. Principio de remuneración adecuada y proporcionada

Conforme a este principio, enunciado en el artículo 18 de la Directiva, se deberá garantizar que, cuando los autores y los artistas concedan licencias o cedan sus derechos exclusivos para la explotación de sus obras o prestaciones, tengan derecho a recibir una remuneración adecuada y proporcionada.

La adecuación y proporción de la remuneración, siguiendo el considerando (73), se deben medir por referencia a parámetros como el valor económico real o potencial de los derechos objeto de licencia o cesión, la contribución del autor o el artista al conjunto de la obra o prestación, y en general todas las circunstancias del caso, como las prácticas de mercado o la explotación real de la obra.

Para apreciar la correlación entre la remuneración y el valor económico de los derechos cedidos o licenciados, será necesario delimitar con precisión el alcance de la cesión, así como establecer la conexión entre esa cesión y la explotación llevada a cabo por el cesionario: cuando la obra o prestación cumple un papel accesorio o secundario respecto de la actividad de que se trate, no

¹³⁵ Aunque pueda parecer extraño, nuestro ordenamiento ha venido careciendo de una regulación de los contratos de explotación celebrados entre artistas y productores (u otro tipo de cesionarios). Y tampoco les eran aplicables por remisión las normas generales sobre transmisión *inter vivos* de los derechos de autor, pues la cláusula del artículo 132 TRLPI, en virtud de la cual algunas partes del Libro I del TRLPI son aplicables «en lo pertinente» a los derechos de los artistas y demás derechos del Libro II TRLPI, no se proyecta sobre el Título V del Libro I («Transmisión de los derechos»). A lo sumo, podían encontrarse algunas presunciones de cesión de derechos por parte del artista que realiza su prestación en el marco de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios (art. 110 TRLPI), o en el marco de un contrato de producción en lo que respecta al derecho de puesta a disposición del público (art. 108.2 TRLPI) y al derecho de alquiler (art. 109.3.1º TRLPI). El art. 110 bis TRLPI da ciertas facultades de los artistas en sus relaciones con los productores fonográficos, derivadas de la ampliación de cincuenta a setenta años del plazo de protección de los fonogramas.

está justificada una remuneración tan alta como cuando se coloca en el núcleo de la explotación.

En segundo lugar, el autor o el artista no pueden aspirar a cobrar una retribución que no sea acorde con su contribución —en términos cuantitativos o cualitativos— dentro del conjunto de una obra o prestación compuesta por una suma de aportaciones autorales o artísticas.

Tercero, la falta de explotación efectiva ha de incidir sobre la remuneración, que no se vincula al hecho en sí de la cesión, sino a la explotación real de los derechos cedidos. El cesionario se ve en muchas ocasiones abocado a poner fin a una explotación que no está teniendo éxito, aunque tenga adquiridos los derechos por un periodo más extenso. En esa tesitura no está justificado seguir remunerando al autor o al artista, sin perjuicio de mecanismos de resolución o reversión de los derechos por falta de explotación.

Por otro lado, asumiendo que es difícil dar pautas generales válidas para todo tipo de sectores, la Directiva hace una llamada a que la remuneración se adecue a las prácticas de mercado y a las circunstancias que rodeen la explotación. Así, cuando la ley conceda un derecho de remuneración a cobrar de manos del usuario, la remuneración pactada en el contrato se ajustará al hecho de que el autor o el artista percibirán una parte, mayor o menor, de su retribución a través de aquella vía.

En cuanto al carácter *proporcionado* de la remuneración, el considerando (73) aclara que eso no significa que deba atenerse a una fórmula *proporcional* con respecto a los ingresos de explotación del cesionario. Es decir, una remuneración a tanto alzado también puede satisfacer el requisito de remuneración proporcionada, si bien la fórmula del tanto alzado no puede erigirse en la regla general sino que debe ser aplicable en determinados casos específicos, según las especialidades de cada sector.

Es más, debe admitirse que el autor o el artista cedan o licencien gratuitamente sus derechos, por razones de pura liberalidad, o por perseguir ganar una visibilidad que a la larga redunde en una elevación de su caché. Como dice el propio artículo 18 de la Directiva, el principio de remuneración adecuada y proporcionada debe entenderse sin perjuicio del principio de libertad contractual y de la garantía del justo equilibrio entre derechos e intereses¹³⁶.

¹³⁶ Y de acuerdo con el considerando (82), las disposiciones de la Directiva no deben interpretarse «en el sentido de que impide que los titulares de derechos exclusivos de conformidad con el Derecho de la Unión en materia de derechos de autor autoricen el uso gratuito de sus obras u otras prestaciones mediante licencias gratuitas no exclusivas en beneficio de cualquier usuario». Aunque se refiere a las licencias públicas generales, no hay motivo para negar la admisibilidad de otros casos de cesión o licencia gratuita de derechos. Téngase presente que si se trata de licencias no exclusivas, el autor o el artista no se verán privados de conceder otras licencias de carácter oneroso o de explotar

Finalmente, conforme al considerando (73), se deja a los Estados miembros la facultad de dar cauce al principio de remuneración adecuada y proporcionada a través de mecanismos diversos, existentes o de nueva introducción, incluidos los de negociación colectiva. Se trata de una previsión novedosa, ya que aunque la negociación colectiva de las condiciones económicas de los contratos de explotación de autores y artistas es una práctica conocida y extendida en los países de *copyright*, no lo es en los países que siguen la tradición del *droit d'auteur*¹³⁷.

Nuestro legislador ha recogido el principio de remuneración adecuada y proporcionada en el artículo 74 del RD-ley 24/2021. Lo ha hecho de manera sucinta, sin reflejar ninguno de los matices plasmados en el considerando (73), e incluso de los contenidos en el segundo apartado del artículo 18 de la Directiva. Sin embargo, como se puede ver en el cuadro a continuación, ha agregado algunas indicaciones sobre la negociación de las cesiones o autorizaciones de autores y artistas que no tienen respaldo en la Directiva.

En paralelo, se ha decidido mantener intacto el artículo 46 del TRLPI, donde se recoge el juego de la remuneración proporcional y a tanto alzado en el ámbito de la transmisión de derechos de autor. Asimismo, permanece invariable la regulación de un mecanismo de negociación colectiva que se contiene en nuestro ordenamiento, aunque suele pasar bastante inadvertido.

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|--|---|
| Artículo 18. Principio de remuneración adecuada y proporcionada | Artículo 74. Principio de remuneración adecuada y proporcionada |
| 1) Los Estados miembros garantizarán que, cuando los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes concedan licencias o cedan sus derechos exclusivos para la explotación de sus obras u otras prestaciones, tengan derecho a | Cuando los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes concedan autorizaciones o cedan sus derechos exclusivos para la explotación de sus obras u otras prestaciones, tendrán derecho a recibir una remuneración |

por sí mismos sus obras o prestaciones; y si fuesen exclusivas podrán acudir al mecanismo de revocación del artículo 22 de la Directiva.

¹³⁷ En la tradición europea, y en particular en la española, la posición de autores y artistas se ha reforzado mediante otros expedientes, como el reconocimiento de derechos de simple remuneración de gestión colectiva obligatoria. Ello también trae consigo una sindicación de los intereses de autores y artistas, pero para apuntalar no su posición negociadora vis a vis con el editor o el productor, sino la de la entidad de gestión que los representa frente a los usuarios de las obras y prestaciones. Y es que atribuir a los autores y artistas un derecho de simple remuneración supone renunciar a mejorar su posición en el marco de los contratos de explotación con sus cesionarios, y proporcionarles un título para que lo hagan valer en el mercado secundario de derechos de propiedad intelectual a través de una entidad de gestión: el centro de gravedad se desplaza hacia la relación de las entidades con los usuarios, lo que reduce la presión en el juego de las relaciones directas entre autores y artistas con sus cesionarios, aunque a costa de incrementarla en el marco de las relaciones entre entidades y usuarios.

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|---|
| <p>recibir una remuneración adecuada y proporcionada.</p> <p>2) Al transponer al Derecho interno el principio establecido en el apartado 1, los Estados miembros podrán utilizar diferentes mecanismos y tendrán en cuenta el principio de libertad contractual y el justo equilibrio entre derechos e intereses.</p> <p><i>Los Estados miembros dispondrán que los artículos 18 a 22 de la presente Directiva no se apliquen a los autores de un programa de ordenador en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2009/24/CE (artículo 23.2 de la Directiva)</i></p> | <p>adecuada y proporcionada. La negociación de las correspondientes autorizaciones o cesiones se realizará de acuerdo con los principios de buena fe contractual, diligencia debida, transparencia y respeto a la libre competencia, lo que excluye el ejercicio de posición de dominio.</p> |

Como se puede ver, el artículo 18.1 de la Directiva ha sido incorporado de manera lineal en el primer inciso del artículo 74 del RD-ley 24/2021. Sin embargo, se ha perdido la oportunidad de precisar algunas cosas en torno al principio de remuneración adecuada y proporcionada, como que la remuneración debe ser acorde con el valor económico real o potencial de los derechos objeto de licencia o cesión y estar en relación con la contribución del autor o artista al conjunto de la obra o prestación, y que ha de estarse a las prácticas de mercado, a la explotación real de la obra y a las circunstancias del caso.

Paradójicamente, se introduce en el segundo inciso del artículo 74 RD-ley 24/2021 una serie de pautas a las que deberá atenerse la negociación de la cesión o autorización, que no tienen que ver por tanto con la remuneración, sino con el comportamiento de las partes durante la fase de negociación. Se trata de las mismas pautas que se han incluido en el artículo 73.1 del RD-ley 24/2021 en relación con las licencias que deben intentar obtener los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, y en el artículo 129 bis TRLPI a propósito de la negociación entre editores de publicaciones de prensa y prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Si nuestro legislador considera que se trata de principios dotados de gran generalidad, debería haberlos proclamado en el TRLPI para toda clase de contratos que tengan por objeto la transmisión de derechos de propiedad intelectual¹³⁸. Si no lo son, cuesta pensar que sea necesario establecer esas cautelas para tres negociaciones de características tan distintas. En particular, la llamada

¹³⁸ Ya hemos indicado que, en rigor, los principios enunciados en esa cláusula general están ya reflejados en el Código civil, la Ley de Competencia desleal y la Ley de Defensa de la Competencia.

al principio de libre competencia y la exclusión del ejercicio de posición de dominio¹³⁹, no parece una precaución necesaria en el contexto de las relaciones entre un autor o un artista y su cesionario o licenciataria: desde el punto de vista de la posición contractual del autor o del artista su *ius prohibendi* no equivale a lo que en Derecho de la competencia se conoce como posición de dominio, y desde el ángulo de la posición del cesionario o licenciataria, es altamente improbable que en ninguno de los mercados de explotación de derechos de autor o de artistas exista un único operador que ostente semejante posición dominante.

Al no haberse introducido ningún cambio en el artículo 46 TRLPI, se desprende que nuestro legislador ha considerado que no hace falta adecuar dicho precepto a la Directiva, consideración con la que estamos básicamente de acuerdo. En efecto, ese precepto no da por sentado que toda cesión o licencia de derechos de autor tenga que ser necesariamente onerosa, y refleja correctamente la combinación entre una regla general de remuneración proporcional y una serie de supuestos excepcionales en que se permite pactar una remuneración a tanto alzado en función de las circunstancias de cada sector.

Dicho esto, el legislador ha olvidado que ese precepto solo es aplicable a los autores, de modo que habría que haber introducido una regulación análoga en sede de artistas intérpretes o ejecutantes o trazar una remisión desde la regulación de estos al artículo 46 TRLPI. Sin embargo, si se repasan los cambios introducidos en el artículo 110 TRLPI ninguno sirve para trazar un reenvío al artículo 46 TRLPI, con lo que en nuestro sistema el juego de la remuneración proporcional como regla y la remuneración a tanto alzado como excepción para una serie de casos no es aplicable a los artistas.

Quizás se habría evitado este indeseable efecto si el principio de remuneración adecuada y proporcionada se hubiera enunciado en el propio artículo 46 TRLPI, antes de sentar los criterios de remuneración proporcional y a tanto alzado, de modo que desde el artículo 110 TRLPI se hubiese después establecido una remisión a todo ese precepto, igual que se ha hecho con la acción de revisión del artículo 47 TRLPI o con la facultad de revocación del artículo 48 bis TRLPI.

Por lo demás, y aunque no se aprecia ni en el RD-ley 24/2021 ni en el TRLPI, lo cierto es que nuestro legislador ha hecho uso de la facultad concedida en el considerando (73) de la Directiva de mantener un mecanismo de negociación colectiva que afecta a aspectos remuneratorios. Nos referimos a la disposición adicional del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización y regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su

¹³⁹ Como hemos dicho *supra*, no es correcto hablar de «ejercicio de posición de dominio», sino en su caso de «abuso de posición de dominio», pues el ostentar una posición de dominio, por sí sola, no es un comportamiento contrario a la competencia.

cuantía, introducida por la disposición final quinta de la Ley 2/2019, de 1 de marzo, de modificación del TRLPI, y a la que ya hemos aludido *supra*¹⁴⁰.

Según previene esa disposición los autores, a través de sus asociaciones o sindicatos representativos, podrán acordar con sus empleadores o con asociaciones de empresarios condiciones generales para el contrato de producción que contemplen, entre otros aspectos, los remunerativos. A falta de tales acuerdos, las asociaciones o sindicatos de los autores podrán publicar a efectos informativos listados de honorarios e información no vinculantes sobre precios medios del mercado.

Esta última posibilidad iría probablemente más allá de lo previsto en el considerando (73), pues este no habla de que, en ausencia de acuerdo, las asociaciones o sindicatos de autores puedan hacer públicos unilateralmente listados de honorarios e información sobre precios medios del mercado. Pero incluso condiciones pactadas a nivel colectivo podrían encontrar algún obstáculo legal, tal y como apunta el propio considerando (73) al alertar de que los mecanismos de negociación colectiva deberán ser «conformes con el Derecho aplicable de la Unión». No en vano la fijación mediante acuerdos colectivos, así como las recomendaciones colectivas de condiciones sobre precios pueden comportar una infracción de Derecho de la competencia¹⁴¹. Y aunque una norma legal puede amparar ese tipo de acuerdos o recomendaciones, (art. 4º.1 de la Ley de Defensa de la Competencia), ello es «sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia»¹⁴².

Sea como fuere, llama la atención que el legislador no haya considerado oportuno, no ya realizar una intervención sobre él para acompañarlo a la Directiva, sino ni tan siquiera efectuar una alusión o remisión a ese mecanismo de negociación colectiva que, por lo demás, ha decidido mantener en la disposición adicional del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización y regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía.

¹⁴⁰ Un mecanismo de negociación colectiva, aunque circunscrito al contrato de edición y sin hacer referencia expresa a los aspectos remunerativos, se contempla también en el artículo 73 TRLPI, a tenor del cual, «[l]os autores y editores, a través de las entidades de gestión de sus correspondientes derechos de propiedad intelectual o, en su defecto, a través de las asociaciones representativas de unos y otros, podrán acordar condiciones generales para el contrato de edición dentro del respeto a la ley».

¹⁴¹ Conforme al artículo 1º de la Ley 5/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (ídem art. 101.1 TFUE): «[s]e prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:// a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio».

¹⁴² Es decir, en último extremo, aun con la habilitación que se derivaría de la disposición adicional del Real Decreto-ley 3/2004, los acuerdos sobre remuneración eventualmente alcanzados entre asociaciones de autores y artistas y asociaciones de cesionarios o licenciarios, tendrán que ajustarse al estándar establecido en el artículo 101.3 del TFUE.

Para terminar, debe observarse que nuestro legislador no ha incorporado la precisión de que este principio no es aplicable a los autores de programas de ordenador, precisión que, siguiendo el artículo 23.2 de la Directiva, sí se efectúa en relación con la obligación de transparencia, el mecanismo de adaptación de contratos y la figura de la revocación.

4.2. Obligación de transparencia

La Directiva constata que para los autores y artistas es esencial disponer de información para poder poner en relación la remuneración pactada en sus contratos de cesión o licencia con el valor económico de los derechos cedidos o licenciados. Sin embargo, en la práctica los contratos de explotación de autores y artistas se desenvuelven bajo el signo de una notable falta de transparencia por parte de los cesionarios y licenciarios, de ahí la necesidad de imponerles un deber a este respecto.

El artículo 19 de la Directiva regula esa obligación de transparencia, la cual se traduce en asegurar que los autores y los artistas reciban periódicamente, y por lo menos una vez al año, teniendo en cuenta las características específicas de cada sector, información actualizada, pertinente, comprensible y exhaustiva sobre la explotación de sus obras e interpretaciones por las partes a las que hayan concedido licencias o cedido sus derechos, o los derechohabientes de estos, especialmente en lo referido a los modos de explotación, la totalidad de los ingresos generados y la remuneración correspondiente.

Cuando los derechos hayan sido objeto de sublicencia, se debe habilitar la posibilidad de obtener información sobre la explotación llevada a cabo por los sublicenciarios, en caso de que la información facilitada por el primer licenciario no sea suficiente para evaluar el valor económico de los derechos licenciados en el ámbito de actuación del sublicenciario.

La Directiva admite que, cuando la carga derivada de la obligación de transparencia resulte desproporcionada en relación con los ingresos generados por la explotación, la obligación se limite a los tipos y al nivel de información que se pueda estimar razonable en esas circunstancias. Es más, se deja margen a los Estados miembros para que decidan no aplicar la obligación de transparencia en los casos en que la contribución del autor o del artista no sea significativa en relación con la obra o la interpretación o ejecución en su conjunto, salvo que el autor o el artista demuestre que necesita esa información para el ejercicio de la acción de revisión prevista en el artículo 20 de la Directiva.

En otro orden de cosas, la Directiva 2019/790 no cree necesario aplicar la obligación de transparencia a los acuerdos celebrados entre titulares de derechos y entidades de gestión colectiva, pues estas ya están sometidas

a obligaciones de transparencia en virtud del artículo 18 de la Directiva 2014/26/UE.

Nuestro legislador ha recogido la obligación de transparencia en el artículo 75 del RD-ley 24/2021. En la tabla a continuación este precepto aparece contrastado con el artículo 19 de la Directiva.

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|---|--|
| <p>Artículo 19. Obligación de transparencia</p> | <p>Artículo 75. Obligación de transparencia</p> |
| <p>1) Los Estados miembros se asegurarán de que los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes reciban periódicamente, y por lo menos una vez al año, <u>teniendo en cuenta las características específicas de cada sector, información actualizada, pertinente y exhaustiva</u> sobre la explotación de sus obras e <u>interpretaciones o ejecuciones</u> por las partes a las que hayan concedido licencias o cedido sus derechos, o de los derechohabientes de estos, especialmente en lo que se refiere a los modos de explotación, la totalidad de los ingresos generados y la remuneración correspondiente.</p> <p>2) Los Estados miembros garantizarán que, cuando los derechos contemplados en el apartado 1 hayan sido objeto de sucesivas licencias, los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes o sus representantes reciban de los sublicenciatarios que lo soliciten información adicional en caso de que la primera parte contratante no disponga de toda la información necesaria a efectos del apartado 1.</p> <p>Cuando se solicite esa información adicional, la primera parte contratante de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes facilitará información sobre la identidad de los sublicenciatarios.</p> <p>Los Estados miembros podrán disponer que toda solicitud a los sublicenciatarios con arreglo al párrafo primero se haga directa o indirectamente a través</p> | <p>1) El cesionario de unos derechos de explotación o titular de una autorización para el uso de una obra o prestación o de un repertorio administrado por una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual deberá facilitar a los autores o a los artistas intérpretes o ejecutantes, al menos una vez al año y por medios electrónicos, información actualizada sobre la explotación de sus obras o prestaciones, especialmente en lo que se refiere a los modos de explotación, la totalidad de los ingresos generados y la remuneración correspondiente.</p> <p>En el caso de que la autorización sea cedida por su titular a terceros, los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes podrán solicitar al titular cedente la identidad de los sucesivos cesionarios y requerir a estos, directamente o a través del titular cedente, la información adicional que necesiten.</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|--|--|
| <p>de la parte contratante del autor o del artista intérprete o ejecutante.</p> <p>3) La obligación establecida en el apartado 1 será proporcionada y efectiva para garantizar un nivel elevado de transparencia en cada sector. Los Estados miembros podrán disponer que, en casos debidamente justificados en que la carga administrativa derivada de la obligación prevista en el apartado 1 pasaría a ser desproporcionada en relación con los ingresos generados por la explotación de la obra o interpretación o ejecución, la obligación se limite a los tipos y al nivel de información que se pueda razonablemente esperar en tales casos.</p> <p>4) Los Estados miembros podrán decidir que la obligación establecida en el apartado 1 del presente artículo no sea aplicable cuando la contribución del autor o del artista intérprete o ejecutante no sea significativa en relación con la obra o la interpretación o ejecución en su conjunto, a menos que el autor o el artista intérprete o ejecutante demuestre que necesita esa información para el ejercicio de sus derechos en virtud del artículo 20, apartado 1, y que la solicita a tal efecto.</p> <p>5) <u>Los Estados miembros podrán disponer que, en el caso de acuerdos sujetos a convenios de negociación colectiva o basados en estos, sean aplicables las normas de transparencia del correspondiente convenio de negociación colectiva a condición de que estos cumplan los criterios establecidos en los apartados 1 a 4.</u></p> <p>6) <u>Cuando sea de aplicación el artículo 18 de la Directiva 2014/26/UE, la obligación prevista en el apartado 1 del presente artículo no se aplicará a los acuerdos celebrados por las entidades definidas en el artículo 3, letras a) y b), de la citada Directiva o por otras entidades sujetas a la normativa</u></p> | <p>2) En aquellos casos en que la obligación derivada del apartado 1 resulte ser desproporcionada en relación con los ingresos generados por la explotación de la obra o prestación, ésta se limitará a un nivel de información razonable, proporcionado y efectivo.</p> <p>3) La presente obligación no será aplicable cuando la contribución del autor o del artista intérprete o ejecutante no sea significativa en relación con la obra o prestación, a menos que necesite esa información para el ejercicio de la acción prevista en el artículo 47 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, o cuando sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 167 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.</p> <p>4) Los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes podrán ejercer este derecho de información por sí mismos o por medio de sus representantes.</p> <p>5) Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los autores de programas de ordenador.</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|--|--|
| <p><u>nacional por la que se aplica dicha Directiva.</u></p> <p><u>Los Estados miembros velarán por que ninguna disposición contractual que impida el cumplimiento de este artículo sea de aplicación a autores y artistas. (artículo 23.1 de la Directiva)</u></p> <p>Los Estados miembros dispondrán que los artículos 18 a 22 de la presente Directiva no se apliquen a los autores de un programa de ordenador en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2009/24/CE (artículo 23.2 de la Directiva)</p> <p><u>Los acuerdos de licencia o cesión de derechos de autores y artistas intérpretes o ejecutantes estarán sujetos a la obligación de transparencia establecida en el artículo 19 a partir del 7 de junio 2022 (Artículo 27 de la Directiva, sin correlativo en el RD-ley 24/2021)</u></p> | |
| | <p style="text-align: center;">TRLPI</p> <p>Artículo 110. Contrato de trabajo y arrendamiento de servicios (modificado por artículo 80 seis del RD-ley 24/2021)</p> <p>4) El derecho de revocación regulado en artículo 48 bis, y las obligaciones de información del cesionario o licenciataria de derechos de propiedad intelectual, establecidas en el artículo 75 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por</p> |

| Directiva 2019/790 | RD-ley 24/2021 |
|--------------------|---|
| | carretera limpios y energéticamente eficientes, serán aplicables con respecto a los artistas, intérpretes o ejecutantes en los términos establecidos en el citado artículo 48 bis y en dicha legislación. |

La transposición de la obligación de transparencia a nuestro ordenamiento interno se ha llevado a cabo de forma poco cuidada, manejando con escasa propiedad algunos conceptos, omitiendo reflejar aspectos relevantes que están en la Directiva, añadiendo elementos que contravienen lo dispuesto en ella y dejando de precisar cuestiones que exigen ser concretadas por los legisladores nacionales; a lo que se añade —lo que viene siendo una señal de identidad de toda la transposición— una total falta de consideración y de concordancia con las previsiones sobre transparencia que ya existen en el TRLPI.

Con relación a la falta de propiedad en el manejo de algunos conceptos, cabe mencionar al menos tres ejemplos. En el primer apartado del artículo 75 RD-ley 24/2021 se habla del «*cesionario de unos derechos de explotación o titular de una autorización para el uso de una obra o prestación*». La noción de *autorización para el uso* es incorrecta, puesto que el contexto en el que se mueve la obligación de transparencia es el de los contratos de explotación, de ahí que la Directiva hable en todo momento de contratos de cesión o licencia. Las autorizaciones para uso las reciben los usuarios finales de las obras o prestaciones, señaladamente los usuarios legítimos de programas de ordenador o de bases de datos, o cualquier otro usuario de una obra o prestación sujeta a medidas tecnológicas de protección a quien se haya autorizado el uso en determinados términos. Por definición, este tipo de autorizados no llevan a cabo una explotación comercial de los derechos autorizados de la que deban rendir cuentas al autor o al artista. Nuestro legislador debería haber mantenido el binomio cesión/licencia o haber hablado de una autorización para explotar.

En el segundo párrafo de ese mismo artículo 75.1 RD-ley 24/2021 se alude al caso de que *la autorización sea cedida por su titular a terceros*, para establecer que entonces los autores y artistas podrán solicitar al cedente la identidad de los sucesivos cesionarios y requerir a estos la información adicional que necesiten. Concebir la posibilidad de que una autorización sea objeto de cesión constituye una incorrección técnica. No ya solo porque no es la «autorización» lo que se cede, sino los derechos que han sido objeto de cesión o de licencia, sino porque, con arreglo a los artículos 48, 49 y 50 TRLPI, solo los cesionarios en exclusiva pueden transmitir a otro su derecho o conceder autorizaciones o licencias no exclusivas a terceros. Aquellos que han recibido una cesión o

licencia no exclusiva no pueden transmitir su derecho más que en caso de disolución o cambio de titularidad de la empresa cesionaria.

Por otra parte, debe observarse que lo que nuestro precepto interno ha terminado por contemplar no es exactamente el mismo caso que se regula en la Directiva. En esta se habla de la concesión de sucesivas licencias que dan lugar a la aparición de sublicenciarios. Por definición, cuando hablamos de un sublicenciario es porque el licenciario principal no ha cedido su posición contractual y continúa vinculado al cedente. En cambio, nuestra norma habla de ceder la autorización. Más allá de la impropiedad que ello encierra, lo relevante es que cuando se cede la propia posición contractual no surge ningún sublicenciario sino un nuevo cesionario que reemplaza al anterior. De esta forma, constituye un error concebir que en esa hipótesis el cedente pueda requerir la información tanto al nuevo cesionario como al anterior («titular cedente» en la terminología del artículo)¹⁴³.

En tercer lugar, el artículo 75.1 del RD-ley 24/2021 se refiere en todo momento a «obras y prestaciones», cuando el artículo 19 de la Directiva alude de forma más específica a «obras e interpretaciones o ejecuciones». El empleo del término «prestaciones» podría hacer pensar en una ampliación del ámbito de aplicación del precepto a otra clase de contratos de explotación cuyo objeto fuesen prestaciones distintas de interpretaciones o ejecuciones artísticas.

A propósito de aspectos de relieve que la Directiva trata pero que no han hallado reflejo en nuestra norma interna, tal vez lo más reseñable es que el artículo 75 RD-ley 24/2021 omite incluir diversos elementos caracterizadores del tipo de información que los cesionarios y licenciarios deben proporcionar a los autores y artistas en el marco de esta obligación de transparencia. Todo lo más, el artículo 75 alude a que la información deberá ser *actualizada* —lo cual es sin duda importante porque la información debe ser facilitada en tiempo oportuno—, pero en cambio no señala otros rasgos que también debe reunir esa información conforme al artículo 19 y el considerando (75) de la Directiva, como que debe ser *pertinente, exhaustiva y comprensible*. Es decir, que debe transmitir al cedente datos que puedan servirle para conocer la marcha de la explotación, referidos a cuantos extremos sea necesario y formulados de un modo que le permita entender aquello de lo que se le está informando.

¹⁴³ Ciertamente, el artículo 49 TRLPI dispone que el cesionario en exclusiva necesita consentimiento del autor cedente para transmitir a otro su derecho, y que a falta de ese consentimiento, los dos cesionarios responderán solidariamente frente al primer cedente de las obligaciones de la cesión. Pero se entiende que cuando el artículo 75.1.II RD-ley 24/2021 se refiere a la «cesión de la autorización» no está pensando en el caso anómalo de que esa cesión sea ineficaz por no haberse producido con el debido consentimiento, sino al caso ordinario en el que la cesión cuenta con ese requisito y por lo tanto es plenamente eficaz.

Tampoco alerta nuestro precepto interno, como en cambio sí hacen el artículo 19 de la Directiva y su considerando (77), que la implementación de la obligación de transparencia se llevará a cabo «teniendo en cuenta las características de cada sector», ya sea éste el musical, el audiovisual o el editorial.

Aunque la Directiva lo contempla como algo facultativo, nuestro legislador no ha previsto en el artículo 75 RD-ley 24/2021 la posibilidad de que los contratos de cesión o licencia estén sujetos a convenios de negociación colectiva o basados en estos, y por tanto sean de aplicación las normas de transparencia del correspondiente convenio de negociación colectiva, siempre que estas se atengan a los requisitos marcados en el artículo 19 de la Directiva. Sin embargo, recordemos que hay normas preexistentes en nuestro ordenamiento que prevén la posibilidad de alcanzar convenios de negociación colectiva en algunos sectores¹⁴⁴, y que en esos convenios podrían preverse deberes de transparencia, por lo que habría sido apropiada alguna mención relativa a que, cuando así sea, esas previsiones deberán ser acordes con la obligación de transparencia regulada en el artículo 75 RD-ley 24/2021.

Si pasamos ahora a aquellos elementos que constituyen un añadido de nuestro legislador y que no tienen anclaje en la Directiva, sin duda el más destacable es el que aparece en el apartado primero del artículo 75 RD-ley 24/2021, conforme al cual el deber de información sentado en ese precepto se extiende no solo al cesionario de unos derechos de explotación o al titular de una autorización para el uso —léase, *explotación*— de una obra o prestación, sino también a quien sea titular para la utilización de *un repertorio administrado por una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual*.

Mediante esta última adición nuestro legislador ha desbordado los contornos del deber de transparencia regulado en la Directiva y lo ha trasladado a un ámbito que nada tiene que ver con los contratos de explotación de autores y artistas¹⁴⁵. Las autorizaciones para la utilización del repertorio de una entidad de gestión no son dadas por los autores y artistas, sino obviamente por las propias entidades de gestión, y los usuarios que las reciben deben abonar una tarifa que puede no guardar relación en absoluto con sus ingresos de explotación, y que en todo caso no se liga a la explotación de una obra o prestación en concreto,

¹⁴⁴ *Vid.* artículo 73 TRLPI, relativo a las condiciones generales para el contrato de edición, y la disposición adicional del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización y regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, que prevé la celebración de convenios de negociación colectiva para el contrato de producción, entre los autores por un lado, a través de sus asociaciones o sindicatos representativos, y los correspondientes empleadores o asociaciones de empresarios por otro.

¹⁴⁵ Sobre la no aplicación del deber de transparencia de la Directiva 2019/790 en el marco de las relaciones entre las entidades de gestión y sus usuarios, *vid.* LL. CABEDO SERNA, «La obligación de transparencia de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital: ¿Un paso más hacia una remuneración adecuada para los autores?», en *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo* (dir. C. Saiz García y R. Evangelio Llorca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 453-454.

sino del repertorio de la entidad en su conjunto. La tarifa se satisface además a la entidad, que recauda los pagos efectuados por todos los usuarios y reparte después entre sus miembros esa recaudación. Es decir, el usuario de una entidad de gestión no abona ninguna remuneración a ningún autor o artista en el marco de un contrato trabado con ellos.

En fin, los usuarios de las entidades de gestión ya están sujetos a unos deberes de información, regulados en el artículo 167 TRLPI, que se ventilan en el plano de la relación entre la entidad y el usuario. Carece de sentido superponer a esos deberes una obligación de transparencia que, tomada al pie de la letra, implica que el usuario debe además proporcionar información a los autores y artistas directamente, los cuales, cuando hablamos del repertorio de una entidad de gestión, pueden contarse por miles.

Por todo ello, resulta erróneo y disconforme con lo preceptuado por el legislador de la Unión, haber establecido que los autorizados a emplear el repertorio de una entidad de gestión deban rendir cuentas, en el marco de la obligación de transparencia del artículo 19 de la Directiva, a los autores y artistas cuyas obras o interpretaciones utilicen.

Por lo que se refiere a extremos que han quedado faltos de concreción o desarrollo, debe mencionarse el apartado 2 del artículo 75 RD-ley 24/2021, según el cual *«en aquellos casos en que la obligación derivada del apartado 1 resulte ser desproporcionada en relación con los ingresos generados por la explotación de la obra o prestación, ésta se limitará a un nivel de información razonable, proporcionado y efectivo»*. Trasponer una Directiva no consiste en transcribirla. Sin embargo, esto es lo que se ha limitado a hacer aquí el legislador español¹⁴⁶, dejando el trabajo de transposición a medio hacer.

Lo que el artículo 19.3 de la Directiva prevé es que los Estados miembros dispongan en qué casos, debidamente justificados, en que la carga administrativa derivada de la obligación de transparencia pasaría a ser desproporcionada en relación con los ingresos generados por la explotación de la obra o interpretación o ejecución, la obligación se limite a los tipos y al nivel de información que se pueda razonablemente esperar en tales casos. No se espera del legislador nacional que vuelva a enunciar esa posibilidad como si hubiera todavía un tercer nivel en el que otra instancia fuese a concretar esos casos, sino que es la norma de transposición la que está llamada a especificar en qué casos existe esa desproporción y por tanto la obligación de transparencia debe limitarse.

¹⁴⁶ E incluso ni siquiera ha hecho un ejercicio de transcripción muy esmerado. Mientras que la Directiva habla de la posibilidad de limitar la obligación de transparencia *«a los tipos y al nivel de información que se pueda razonablemente esperar en tales casos»*, nuestro precepto interno habla solo de *nivel* de información, no de *tipos* de información, y apela no solo al canon de lo razonable sino también al carácter *proporcionado y efectivo* del nivel de información.

Así, lo esperable habría sido que nuestra legislación hubiera dispuesto, por ejemplo, que en los casos en que se admite la posibilidad de pactar una remuneración a tanto alzado (art. 46.2 TRLPI), la carga administrativa derivada de la obligación de transparencia resulta excesiva en relación con los ingresos de explotación y por tanto debe limitarse a unos tipos y un nivel de información razonables.

Algo parecido sucede con lo previsto en el apartado 3 del artículo 75 RD-ley 24/2021, en el que se habla de la no aplicabilidad de la obligación de transparencia *cuando la contribución del autor o del artista intérprete o ejecutante no sea significativa* en relación con la obra o prestación. Habría sido deseable que el legislador hubiese hecho un esfuerzo por concretar en qué supuestos cabe estimar que la contribución de un autor o de un artista no es significativa con relación a la obra o interpretación en su conjunto.

Dicho lo cual, en este apartado encontramos también un añadido digno de comentario. Y es que esa no aplicación del deber de transparencia en caso de contribución no significativa del autor o del artista se exceptúa, a su vez, cuando estos necesiten la información no solo para el ejercicio de la acción de revisión prevista en el artículo 47 TRLPI —caso previsto en la Directiva—, sino también *cuando sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 167 del TRLPI* —caso que la Directiva no prevé—.

No es posible entender la lógica que subyace a esta última salvedad. El artículo 167 TRLPI regula la obligación de los usuarios de facilitar a la entidades de gestión información pormenorizada y pertinente que esté a su disposición sobre la utilización de los derechos representados por la entidad y que resulte necesaria para la recaudación de los derechos y el reparto y pago de sus importes debidos a los titulares. No hay la menor posibilidad de que un autor o un artista, a título individual, ejercite ninguna acción con base en ese precepto, por lo que nunca podrá *ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 167 TRLPI* para justificar, excepcionalmente, la entrega de información al autor o al artista que han realizado una contribución no significativa a una obra o a una interpretación o ejecución conjunta.

Si nos trasladamos ahora al párrafo segundo del apartado primero del artículo 75 RD-ley 24/2021, descubrimos de nuevo un ejercicio de falta de concreción o de decantación por parte de nuestro legislador. Como sabemos, en dicho precepto se señala que, *«en el caso de que la autorización sea cedida por su titular a terceros, los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes podrán solicitar al titular cedente la identidad de los sucesivos cesionarios y requerir a estos, directamente o a través del titular cedente, la información adicional que necesiten»*.

Además de que, como ya hemos explicado *supra*, nuestro precepto no habla realmente de sublicenciatarios que convivan con el licenciatarario o cesionario

primario, sino de cesionarios sucesivos que sustituyen a un primer cesionario, suponiendo que el precepto hablase correctamente de cesionario o licenciario y de sublicenciarios, sucede que el legislador español no ha optado por canalizar la obligación de transparencia a través de aquel o de estos, sino que admite ambas posibilidades: que el autor o el artista requieran la información directamente a los sublicenciarios y que lo hagan a través de la parte contratante inicial. No es esto, sin embargo, lo contemplado por el legislador de la UE. De acuerdo con el considerando (76) de la Directiva, la solicitud de información a los sublicenciarios *«debe efectuarse bien directamente ante los sublicenciarios o a través de las partes contratantes de autores y de artistas intérpretes o ejecutantes»*. Se capta con claridad el carácter disyuntivo o excluyente de ambas opciones, de modo que los legisladores nacionales podrán escoger una alternativa o la otra, pero no admitir a la vez ambas posibilidades.

Un desajuste adicional con respecto a lo preceptuado en la Directiva lo encontramos en el apartado 4 del artículo 75 RD-ley 24/2021. En él se dispone, con carácter general, que los autores y los artistas podrán ejercer el derecho de información por sí mismos o por medio de sus representantes. Sin embargo, la posibilidad de actuar a través de representantes la contempla el artículo 19.2 de la Directiva únicamente para el caso en que los derechos hayan sido objeto de sucesivas licencias y se trate de recabar información adicional de los sublicenciarios, ante la incapacidad de la primera parte contratante de proporcionar toda la información necesaria.

Por otro lado, ya hemos dicho que no hay la menor contemplación hacia la obligación de transparencia que ya existe en los dos principales contratos de explotación que tipifica el TRLPI, el de edición y el de representación teatral (cfr. arts. 64.5° y 78.5° TRLPI). Si la obligación general de transparencia, aplicable a toda cesión, es más amplia y detallada que la prevista en esos preceptos, lo oportuno habría sido trazar desde ellos una remisión al artículo 75 RD-ley 24/2021. Si los deberes de transparencia fijados para el contrato de edición y el de representación teatral son más exigentes o precisos, lo correcto habría sido efectuar una salvedad de esos preceptos en el artículo 75 del RD-ley 24/2021. Es decir, en cualquiera de las hipótesis habría sido aconsejable establecer alguna referencia cruzada entre los preceptos de nuestro sistema que regulan deberes de transparencia en contratos de explotación de derechos de autor o de artistas.

Curiosamente, el legislador no ha creído necesario establecer esas referencias, pero en cambio sí ha incluido una para coordinar algo que no necesitaba ser coordinado. Nos referimos a la remisión que se ha incluido en el apartado 4 del artículo 110 TRLPI, para señalar que las obligaciones de información del cesionario o licenciario de derechos de propiedad intelectual establecidas en el artículo 75 del RD-ley 24/2021 serán aplicables a los artistas intérpretes

o ejecutantes en los términos establecidos en ese precepto. Se trata, como es obvio, de una remisión absolutamente innecesaria desde el momento en que el artículo 75 RD-ley 24/2021 está concebido desde su inicio para ser aplicado tanto a los autores como a los artistas intérpretes o ejecutantes.

Para terminar, debemos resaltar que nuestro legislador no ha reflejado el carácter imperativo de la obligación de transparencia, el cual sin embargo es establecido por el artículo 23.1 de la Directiva. Además, al haber regulado esta obligación en el RD-ley 24/2021 en lugar del TRLPI, no se proyecta sobre ella lo previsto en el artículo 55 del TRLPI, conforme al cual, salvo disposición de la propia Ley, los beneficios que se otorgan a los autores y a sus derechohabientes en el Título sobre transmisión de los derechos serán irrenunciables.

Tampoco se ha hecho eco nuestro legislador de lo dispuesto en el artículo 27 de la Directiva, en virtud del cual los acuerdos de licencia o cesión de derechos de autores y artistas intérpretes o ejecutantes estarán sujetos a la obligación de transparencia establecida en el artículo 19 a partir del 7 de junio 2022.

4.3. Mecanismo de adaptación de contratos

La fijación de la remuneración en un contrato de explotación de derechos de propiedad intelectual no es una cuestión fácil, por cuanto no es sencillo determinar a priori cuál será el éxito comercial de la obra o prestación en el mercado. La Directiva observa que algunos contratos de explotación son de larga duración y ofrecen a los autores y artistas pocas oportunidades de renegociarlos en caso de que el valor económico de los derechos resulte ser significativamente superior a lo estimado en un principio.

Por ello, prevé un mecanismo de adaptación de contratos para el caso de que la remuneración inicialmente acordada al amparo de una licencia o cesión de derechos llegue a ser desproporcionadamente baja en comparación con los ingresos obtenidos por la contraparte derivados de la explotación de la obra o de la prestación donde haya quedado fijada la interpretación o ejecución del artista.

Según el considerando (72) de la Directiva 2019/790, el mecanismo se aplicará a contratos que se refieran a alguno de los derechos armonizados por el Derecho de la Unión, esto es, los de reproducción, distribución y comunicación al público. Por consiguiente, en sede de transposición, no es necesario prever su aplicación a contratos en los que se ceda el derecho de transformación.

Este mecanismo se contempla en el artículo 20 y con base en él, salvo que existan convenios de negociación colectiva que prevean un mecanismo similar, los autores y los artistas, deberán tener derecho a reclamar una remuneración adicional, adecuada y equitativa, a la parte con la que hayan celebrado un

contrato para la explotación de sus derechos, o a los derechohabientes de esta, en caso de que la remuneración inicialmente pactada resulte ser desproporcionadamente baja en comparación con la totalidad de los ingresos subsiguientes derivados de la explotación de las obras o actuaciones.

Nótese que artículo 20 de la Directiva 2019/790 habla de una remuneración adicional a la «inicialmente pactada», lo que por definición nos conduce al ámbito de las cesiones a título oneroso, únicas en las cuales puede haber habido un pacto inicial sobre remuneración susceptible de ser revisada. Ello abona la tesis de que la Directiva 2019/790 no pretende excluir la existencia de cesiones o licencias gratuitas.

La Directiva no subordina la posibilidad de pedir la revisión a que la remuneración inicial se hubiera pactado a tanto alzado, sino que admite que la excesiva desproporción pueda darse también en los casos de remuneración inicial proporcional¹⁴⁷.

Para evaluar si la remuneración es desproporcionadamente baja, la Directiva 2019/790 (*vid.* considerando [78]) manda computar todos los ingresos pertinentes, incluidos si los hay los generados por la comercialización de productos (*merchandising*). También ordena tener en cuenta las circunstancias de cada caso, por ejemplo la importancia relativa de la contribución del autor o artista a la obra o prestación, o las prácticas de remuneración en los distintos sectores de contenidos.

Los facultados para hacer uso de este mecanismo de revisión de contratos son los autores y los artistas. Por diversas alusiones en los considerandos de la Directiva se está pensando en una protección de «personas físicas», por lo que es dudoso aplicar este mecanismo a favor de un «autor» persona jurídica (v. gr. obra colectiva).

Sí se contempla la posibilidad de que el autor o artista haya actuado a través de un agente o representante, el cual estaría facultado para activar la revisión. Cabe una actuación sindicada de varios autores o artistas a través de un mismo representante, que podría ser una entidad de gestión o un operador de gestión independiente, siempre que se salvaguarden los respectivos intereses de todos ellos evitando incurrir en un conflicto de interés. Pero se trata solamente de sustituir al autor o al artista en su acción de revisión frente al cesionario o licenciatario, pues el mecanismo no se aplica a los acuerdos celebrados entre entidades de gestión u operadores de gestión independientes y los usuarios (artículo 20.2 de la Directiva), de modo que estas no están legitimados para pedir la revisión de los contratos-autorización celebrados por cuenta de sus

¹⁴⁷ Esto no es lo mismo que decir que el mecanismo de revisión puede servir para convertir una remuneración pactada a tanto alzado en una remuneración proporcional.

titulares, aunque el usuario licenciado haya experimentado tales ingresos que pudiera pensarse que la tarifa cobrada ha resultado ser desproporcionadamente baja.

Por otra parte, el mecanismo de adaptación de contratos no se sujeta en la Directiva 2019/790 a un plazo temporal máximo.

Otro punto controvertido, que incidirá en una notable desarmonización de la figura, es el de la posible aplicación retroactiva de este mecanismo, es decir, si es susceptible de aplicarse a contratos concluidos con antelación a su entrada en vigor —y en tal caso solo si la desproporción se manifestare después de esa entrada en vigor, o también aunque se hubiese manifestado antes—, o solo será aplicable a contratos posteriores a la vigencia de esta previsión, y por tanto a situaciones de desproporción manifestadas necesariamente también con posterioridad.

En España, la redacción del artículo 47 TRLPI previa a la transposición de la Directiva contemplaba la posibilidad de que el autor, dentro de los diez años siguientes al de la cesión, pidiese la revisión del contrato cuando, habiéndose pactado una cesión a tanto alzado, se produjese una manifiesta desproporción entre su remuneración y los beneficios obtenidos por el cesionario. En defecto de acuerdo, el autor podía acudir al Juez para que fijase una remuneración equitativa, atendidas las circunstancias del caso.

El precepto no era enteramente acorde con lo preceptuado en la Directiva 2019/790, por lo que ha sido adaptado con motivo de la transposición. Para empezar, el artículo 20 de la Directiva no subordina la posibilidad de pedir la revisión a que la remuneración hubiera sido pactada a tanto alzado, sino que admite que la excesiva desproporción pueda darse también en los casos de remuneración proporcional. Segundo, la Directiva no somete el ejercicio de este derecho a un plazo máximo de ejercicio y admite que el autor o el artista se dirijan también frente al derechohabiente del cesionario. Por último, el mecanismo de adaptación de contratos del artículo 20 ha de beneficiar por igual a autores y a artistas, lo que no sucedía en nuestra legislación nacional.

Nuestro legislador ha llevado a cabo la transposición del artículo 20 de la Directiva modificando la redacción del artículo 47 TRLPI (a través del artículo 80.tres RD-ley 24/2021). Asimismo, la aplicabilidad de la acción de revisión del artículo 47 TRLPI a la categoría de los artistas se logra mediante la remisión que se hace a ese precepto desde el artículo 110 TRLPI, modificado a través del artículo 80.seis RD-ley 24/2021.

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|--|---|
| <p>Artículo 20. Mecanismo de adaptación de contratos</p> | <p>Artículo 47. Acción de revisión por remuneración no equitativa (modificado por artículo 80 tres del RD-ley 24/2021)</p> |
| <p>1) Los Estados miembros velarán por que, de no existir convenios de negociación colectiva que prevean un mecanismo comparable al establecido en el presente artículo, los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes <u>o sus representantes</u> tengan derecho a reclamar una remuneración <u>adicional</u>, adecuada y equitativa, a la parte con la que hayan celebrado un contrato para la explotación de sus derechos, o a los derechohabientes de esta, en caso de que la remuneración inicialmente pactada resulte ser <u>desproporcionadamente baja</u> en comparación con la totalidad de los ingresos subsiguientes derivados de la explotación de las obras o interpretaciones o ejecuciones.</p> <p>2) El apartado 1 del presente artículo no será aplicable a los acuerdos celebrados por las entidades definidas en el artículo 3, letras a) y b), de la Directiva 2014/26/UE o por otras entidades que ya estén sujetas a la normativa nacional por la que se aplica dicha Directiva.</p> <p><i>Los Estados miembros velarán por que ninguna disposición contractual que impida el cumplimiento de este artículo sea de aplicación a autores y artistas. (artículo 23.1 de la Directiva)</i></p> <p><i>Los Estados miembros dispondrán que los artículos 18 a 22 de la presente Directiva no se apliquen a los autores de un programa de ordenador en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2009/24/CE (artículo 23.2 de la Directiva)</i></p> | <p>1) Si en la cesión se produjese una manifiesta desproporción entre la remuneración inicialmente pactada por el autor en comparación con la totalidad de los ingresos subsiguientes derivados de la explotación de las obras obtenidos por el cesionario o su derechohabiente, aquel podrá pedir la revisión del contrato y, en defecto de acuerdo, acudir al Juez para que fije una remuneración adecuada y equitativa, atendidas las circunstancias del caso.</p> <p>2) Esta facultad podrá ejercitarse dentro de los diez años siguientes al de la cesión, siempre que no exista pacto expreso acordado al efecto, convenio colectivo o acuerdo sectorial entre los representantes de los autores y los cesionarios que prevean un procedimiento de revisión de la remuneración no equitativa por la cesión de derechos como el indicado en el apartado anterior.</p> <p>3) Esta acción de revisión no será aplicable a los autores de los programas de ordenador en el sentido del artículo 97, ni a las autorizaciones exclusivas concedidas por las entidades de gestión y los operadores de gestión independiente regulados en el Título IV del Libro II.»</p> |

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|--------------------|--|
| | <p>Artículo 110. Contrato de trabajo y arrendamiento de servicios (modificado por artículo 80 seis del RD-ley 24/2021)</p> <hr/> <p>[...]</p> <p>3) A la remuneración pactada por el artista, intérprete o ejecutante con el empresario o arrendatario por la cesión de sus derechos, le será aplicable lo dispuesto en el artículo 47.</p> |

Como hemos indicado, el artículo 20 de la Directiva 2019/790 ha sido incorporado al TRLPI a través de la acción combinada de una modificación de la acción de revisión que ya contemplaba el artículo 47 TRLPI para cesiones de derechos autorales en las que la remuneración hubiese quedado fijada a tanto alzado, y la inclusión de una remisión a ese precepto desde el artículo 110 TRLPI. El resultado es que se regula por primera vez en nuestro Derecho interno la acción de revisión tanto para autores como para artistas, y tanto para remuneraciones iniciales fijadas a tanto alzado como para remuneraciones iniciales proporcionales.

Como en otras partes de la transposición, nuestro legislador ha reformulado los términos de la Directiva 2019/790, lo que podría acarrear consecuencias en sede aplicativa. Así, en primer lugar, y aunque se trate de una mera cuestión terminológica, mientras que la Directiva 2019/790 se refiere al «mecanismo de adaptación de contratos», el artículo 47 TRLPI mantiene la terminología previa a la transposición, «acción de revisión», a la que añade la coletilla «por remuneración no equitativa». Esta última precisión no solo es sobrante sino que puede ser contraproducente. El concepto de remuneración equitativa tiene un significado muy específico en nuestro ordenamiento interno, poniéndonos en conexión con derechos de tipo remuneratorio de gestión colectiva obligatoria (cfr. arts. 108.3 y 4, 116.2 122.3 TRLPI), por lo que resulta preferible no emplearlo en un contexto en el que, por definición, el objeto del contrato es un derecho susceptible de ser cedido o licenciado de manera individual por el autor o el artista a cambio de una remuneración nacida del propio instrumento de cesión o licencia.

Se observa también que frente a la fórmula «desproporcionadamente baja» que emplea la Directiva 2019/790, el artículo 47 TRLPI habla de «manifiesta desproporción», lo que no necesariamente es lo mismo, ya que podría haber una manifiesta desproporción sin que la remuneración inicial pueda llegar a calificarse de desproporcionadamente *baja*, teniendo en cuenta las especifici-

dades del sector o la contribución del autor o artista. Al mismo tiempo, que la remuneración inicial podría resultar desproporcionadamente baja aunque este efecto no resulte *manifiesto*, lo que parece incluso añadir una exigencia para la aplicación de esta figura en perjuicio del autor o del artista.

El legislador español no ha hecho un esfuerzo por intentar fijar unas pautas que sirvan de guía para determinar el estándar de la «manifiesta desproporción»¹⁴⁸. Ni siquiera ha trasladado las indicaciones que se ofrecen en el considerando 78 de la Directiva 2019/790, que establece que en todo caso para la evaluación del contrato entre los ingresos generados por la explotación y la remuneración inicialmente pactada, deberá tenerse en cuenta la contribución del autor o del artista, así como las especificidades y prácticas de remuneración en los distintos sectores de contenidos. Tampoco se ha recogido en nuestro precepto interno que los ingresos que deberán tenerse en cuenta para la evaluación son todos los ingresos pertinentes para el caso concreto, incluidos, en su caso, los ingresos generados por la comercialización de productos.

Por otro lado, el precepto interno señala que la acción de revisión puede conducir a fijar una remuneración «adecuada y equitativa», siendo así que la Directiva 2019/790 se refiere a una remuneración «adicional, adecuada y equitativa». El término «adicional» empleado en la Directiva 2019/790 trata de subrayar el matiz de que el mecanismo de adaptación de contratos está disponible solo en el ámbito de las cesiones a título oneroso, de forma que no podrá recurrirse a este mecanismo para tratar de corregir cesiones efectuadas de forma gratuita. Hubiese sido preferible que nuestro legislador hubiese añadido también ese término, si bien es cierto que al aludir el artículo 47 TRLPI a «la remuneración inicialmente pactada» se da por sentado que el contrato debe haber previsto algún tipo de remuneración.

Lo que no aclara nuestra norma interna —tampoco lo hace la Directiva 2019/790— es si se deberá respetar la tipología de remuneración inicialmente pactada, de forma que una remuneración a tanto alzado solo sea susceptible de adaptación, en su caso, mediante una remuneración adicional a tanto alzado, y una remuneración a porcentaje mediante una corrección al alza del porcentaje inicialmente acordado; o si, por el contrario, también se podrá revisar la tipología de la remuneración y no solo corregir su *quantum*. En nuestra opinión, con la redacción recogida en el artículo 47 TRLPI, nada impide que la revisión pueda ir referida tanto a la tipología como al *quantum*.

Una omisión importante del artículo 47 TRLPI, frente a la Directiva 2019/790, es que no contempla la posibilidad de que el autor o el artista actúen a través

¹⁴⁸ En nuestra jurisprudencia, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001 [ECLI:ES:TS:2001:2601], calificó como remuneración desproporcionadamente baja, que da derecho al autor a pedir una revisión de la misma, la consistente en una suma alzada equivalente al dos por ciento de lo que la cesionaria obtuvo por la explotación de la obra

de un agente o representante, el cual estaría facultado para activar la revisión en nombre de uno o varios de ellos, salvaguardando siempre cualquier posible conflicto de interés.

En otro orden de cosas, y tal como se recoge en la Directiva 2019/790, el artículo 47 TRLPI esta vez sí ha trasladado correctamente que la revisión se podrá actuar frente a la contraparte en el contrato de cesión o licencia, o frente a un derechohabiente de la misma, es decir, alguien que se subroga en la posición contractual del cesionario¹⁴⁹. Aunque no está claro si la facultad de pedir la revisión del contrato es transmisible entre vivos¹⁵⁰, sí parece admisible la transmisión *mortis causa*, de modo que un heredero del autor o artista podría activar la revisión¹⁵¹.

Pero, sin duda, el mayor desatino en la transposición del mecanismo de adaptación de contratos lo encontramos en el apartado 2 del artículo 47 TRLPI, el cual indica que la acción de revisión no podrá ejercitarse, además de cuando exista un convenio o acuerdo sectorial entre los representantes de los autores y los cesionarios que prevea un procedimiento de revisión de la remuneración no equitativa por la cesión de derechos como el indicado en el apartado anterior, cuando exista un pacto expreso entre las partes con ese mismo contenido.

El artículo 20 de la Directiva 2019/790, por su parte, prevé que el mecanismo sea accionable siempre que no haya un mecanismo *comparable* previsto en convenios de negociación colectiva. Así, el carácter supletorio del mecanismo de adaptación legal se predica solo respecto de otras figuras de adaptación análogas previstas en convenios de negociación colectiva. Esto parece implicar que la norma comunitaria no contempla la posibilidad de introducir una disposición contractual acordada a nivel individual que prevea una fórmula de revisión para caso de desproporción sobrevenida de la remuneración inicial, ni siquiera

¹⁴⁹ Se excluye la posibilidad de reclamar una remuneración adicional frente a un sublicenciario no exclusivo del cesionario.

¹⁵⁰ La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1902) estableció que la acción de revisión por remuneración no equitativa está atribuida solo al titular originario de los derechos de autor, no siendo transmisible por el autor cuando transmite *inter vivos* derechos de propiedad intelectual, de forma que esa acción no puede ejercitarla un titular derivativo de derechos de autor que, a su vez, haya cedido por tanto alzado a un tercero determinados derechos de explotación de la obra, produciéndose una eventual desproporción en el marco de esta segunda cesión.

¹⁵¹ Conforme al artículo 1257 del CC, «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley». No habiendo disposición legal que lo impida, y a salvo un pacto en contrario [que, conforme al régimen de la Directiva, no sería admisible], no parece que la naturaleza de esta facultad de revisión, que atiende a un aspecto puramente económico, la haga intransmisible a favor de los herederos.

aunque contenga un mecanismo supuestamente *comparable* al prevenido en la ley. Dicha estipulación contractual admitiría ser calificada como una renuncia, siendo así que el mecanismo de adaptación de contratos no es renunciable a tenor del artículo 23.1 de la Directiva 2019/790.

Obsérvese de paso que, si bien al estar incardinada la acción de revisión en el artículo 47 TRLPI, sería de aplicación lo previsto en el artículo 55 TRLPI («*Salvo disposición de la propia Ley, los beneficios que se otorgan en el presente Título a los autores y a sus derechohabientes serán irrenunciables*»), lo cierto es que precisamente la previsión del artículo 47.2 TRLPI sería esa «disposición de la propia Ley» que permite desplazar el beneficio, con lo que no se consigue dotar al mecanismo de adaptación de contratos del carácter imperativo que quiere la Directiva¹⁵².

El artículo 47 TRLPI sujeta el ejercicio de la acción de revisión al plazo temporal de los diez años siguientes al de la cesión. Aunque el aspecto temporal del ejercicio de este derecho no es objeto de regulación en la Directiva, nos inclinamos a pensar que los Estados miembros tienen margen para fijar un plazo máximo para el ejercicio de la acción, de forma que esta previsión no necesariamente contravendría el Derecho UE.

El apartado 3 del artículo 47 TRLPI señala que la acción de revisión no será aplicable a los autores de programas de ordenador en el sentido del artículo 97 (transponiéndose así lo regulado en el artículo 23.2 de la Directiva 2019/790) ni a las autorizaciones exclusivas concedidas por las entidades de gestión y los operadores de gestión independientes regulados en el Título IV del Libro II (transponiéndose de esta forma lo previsto en el artículo 20.2 de la Directiva 2019/790). La mención al Libro II del TRLPI se trata de un error de nuestro legislador que deberá ser corregido, ya que la regulación de las entidades de gestión colectiva y operadores de gestión independientes se localiza en el Título IV del Libro III de la Ley, al que debe entenderse hecha la remisión.

Finalmente, recordemos que la Directiva no ha indicado si será posible la aplicación retroactiva de este nuevo mecanismo de adaptación de contratos. Tampoco nuestro legislador ha incluido una previsión en relación al régimen transitorio de la acción de revisión tal y como se configura con la nueva regulación del artículo 47 TRLPI.

Acudiendo a las reglas generales, sabemos que «*las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario*» (art. 2.3 CC), y que el régimen transitorio del TRLPI se basa en respetar que los contratos celebrados con arre-

¹⁵² Por otro lado, el artículo 55 TRLPI no es aplicable a los artistas intérpretes o ejecutantes, ni a través de la remisión específica del artículo 110 TRLPI, introducida con motivo de la transposición, ni en virtud de la remisión más general del artículo 132 TRLPI.

glo a la legislación anterior surtan sus efectos conforme a lo previsto en ella (disposición transitoria tercera TRLPI), lo que no deja de ser una aplicación de lo previsto en la disposición transitoria segunda del CC, siendo así que la disposición transitoria decimocuarta del TRLPI llama en cualquier caso a la aplicación supletoria de las transitorias del Código civil.

Por tanto, a falta de una disposición expresa en el RD-ley 24/2021, deberá interpretarse que el nuevo régimen regulado en el artículo 47 del TRLPI solo será aplicable a los contratos firmados a partir de la entrada en vigor del RD-ley 24/2021 (4 de noviembre de 2021) y no a los perfeccionados con anterioridad, con independencia de que la desproporción se manifieste después de la entrada en vigor del RD-ley 24/2021. La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000¹⁵³, que fue dictada precisamente a propósito de la acción de revisión, señaló que dicho mecanismo no era aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del TRLPI, ni siquiera en cuanto a los efectos de los mismos que se produjeran con posterioridad a dicha entrada en vigor.

4.4. Procedimiento alternativo de resolución de litigios

El artículo 21 de la Directiva previene que los litigios relativos a la obligación de transparencia y al mecanismo de adaptación de contratos previstos en los artículos 19 y 20 respectivamente, deberán poder someterse a un procedimiento alternativo de resolución de litigios de carácter voluntario, es decir sin merma alguna para el derecho de las partes a invocar sus derechos recurriendo a la vía judicial¹⁵⁴. El artículo 21 ordena también a los Estados miembros garantizar que los organismos que representan a los autores y los artistas puedan iniciar tales procedimientos a petición expresa de uno o varios autores o artistas.

La transposición de este artículo de la Directiva 2019/790 a nuestro ordenamiento interno se ha realizado a través del artículo 80 del RD-ley 24/2021, que modifica el artículo 195.4.b) del TRLPI para atribuir a la Sección Primera de la CPI esa nueva función de mediación y arbitraje. A continuación, contrastamos ambos artículos y seguidamente analizaremos algunos desajustes detectables en la norma de transposición.

¹⁵³ ECLI:ES:TS:2000:306.

¹⁵⁴ La razón que anima al legislador UE a introducir esta previsión es la constatación de que los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes suelen ser reacios a hacer valer sus derechos frente a sus socios contractuales ante un órgano jurisdiccional.

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|---|--|
| <p>Artículo 21. Procedimiento alternativo de resolución de litigios</p> | <p>Artículo 194.5 (añadido por el artículo 80 nueve del RD-ley 24/2021)</p> |
| <p>Los Estados miembros dispondrán que los litigios relativos a la obligación de transparencia prevista en el artículo 19 y el mecanismo de adaptación de contratos establecido en el artículo 20 puedan someterse a un procedimiento alternativo de resolución de litigios de carácter voluntario. Los Estados miembros garantizarán que los organismos que representan a los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes puedan iniciar tales procedimientos a petición expresa de uno o varios autores o artistas intérpretes o ejecutantes.</p> <p><i>Los Estados miembros velarán por que ninguna disposición contractual que impida el cumplimiento de este artículo sea de aplicación a autores y artistas. (artículo 23.1 de la Directiva)</i></p> <p><i>Los Estados miembros dispondrán que los artículos 18 a 22 de la presente Directiva no se apliquen a los autores de un programa de ordenador en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2009/24/CE (artículo 23.2 de la Directiva)</i></p> | <p>5. El ámbito material de actuación de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual en el ejercicio de sus funciones de mediación y/o arbitraje señaladas en los apartados 1 y 2 del presente artículo podrá comprender, asimismo, los siguientes aspectos:</p> <p>a) [...].</p> <p>b) Mediación o arbitraje en los conflictos relacionados con la obligación de transparencia en favor de los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes regulada en el artículo 110, conforme a lo previsto legalmente sobre la transparencia respecto a la remuneración equitativa de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes en los contratos de explotación, y con la acción de revisión prevista para autores, artistas, intérpretes o ejecutantes en los artículos 47 y 110.</p> <p>c) [...].</p> <p>d) [...].</p> |

El artículo 194.5.b) TRLPI añade una nueva función de mediación y arbitraje a la Sección Primera de la CPI en los conflictos relacionados con la obligación de transparencia y con la acción de revisión en favor de los autores y artistas, tal y como ordena el artículo 21 de la Directiva 2019/790. No obstante, nuestro legislador ha incurrido en una serie de imprecisiones u omisiones, que pasamos a destacar:

En primer lugar, y en relación con la obligación de transparencia, el artículo 194.5.b) TRLPI hace referencia a que esta obligación se encuentra regulada en el artículo 110 del TRLPI. Se trata de un error, ya que es el artículo 75 del RD-ley 24/2021 el que regula esa obligación en relación tanto con autores como con artistas intérpretes o ejecutantes. Por tanto, la remisión del artículo 194.5.b) TRLPI debería haberse dirigido al artículo 75 del RD-ley 24/2021. De hecho, como ya hemos señalado en otro lugar, el artículo 110.4

del TRLPI señala innecesariamente que las obligaciones de información del cesionario o licenciataria de derechos de propiedad intelectual establecidas en el artículo 75 del RD-ley 24/2021 serán aplicables también a los artistas intérpretes o ejecutantes, desde el momento en que el artículo 75 RD-ley 24/2021 está concebido desde su inicio para ser aplicado tanto a autores como a artistas.

En segundo lugar, y también en relación con la obligación de transparencia, nuestro legislador alude a esta obligación en relación con la «remuneración equitativa» de autores y artistas, lo cual es poco riguroso. La obligación de transparencia se predica con respecto al principio de «remuneración adecuada y proporcionada», establecido en el artículo 18 de la Directiva 2019/790 y transpuesto a nuestro ordenamiento interno a través del artículo 74 del RD-ley 24/2021. Como hemos visto en otros lugares de la transposición, y concretamente al analizar la acción de revisión del artículo 47 TRLPI, nuestro legislador tiene tendencia a emplear la expresión «remuneración equitativa» con cierta ligereza, como si fuera equivalente a otras nociones que maneja la Directiva, cuando lo cierto es que se trata de un concepto con un significado muy concreto en nuestro Derecho interno, que no debería emplearse sin el debido rigor técnico.

En tercer lugar, se observa que no se ha llevado a cabo la transposición del segundo mandato contenido en el artículo 21 de la Directiva 2019/790, que ordena a los Estados miembros garantizar que los organismos que representan a los autores y los artistas puedan iniciar tales procedimientos a petición expresa de uno o varios autores o artistas. Ninguna alusión al respecto se ha introducido en el artículo 194.5 del TRLPI.

Cierto es que el artículo 75.4 RD-ley 24/2021 relativo a la obligación de transparencia, recoge que los autores y artistas podrán ejercer el derecho de información por sí mismos o por medio de representantes. Así, aunque sea de forma indirecta, podría entenderse que los representantes también podrán actuar ante la Sección Primera CPI. Sin embargo, con la transposición no se ha incluido una previsión similar con respecto a la acción de revisión y, por tanto, en este caso, ni siquiera hay un reconocimiento indirecto de que los representantes de estos podrán actuar frente a la CPI.

Finalmente, y tal y como hemos expresado *supra*, no creemos que la opción de asignar nuevas competencias a la Sección Primera de la CPI sea la más práctica, puesto que es un órgano que está especializado en conflictos de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, y que, al menos de momento, cuenta con insuficientes medios para asumir estas nuevas funciones. En cualquier caso, recordemos que la atribución a la Sección Primera de la CPI de esta competencia no es excluyente. Así, las partes podrán acudir a otras instancias arbitrales o mediadores para dirimir estos conflictos.

4.5. Derecho de revocación

El artículo 22 de la Directiva prevé que, cuando un autor o un artista haya cedido sus derechos o concedido una licencia de forma exclusiva, aquel pueda revocar en todo o en parte esa cesión o licencia si la obra o prestación objeto del contrato no se está explotando transcurrido un plazo de tiempo razonable, a menos que la falta de explotación sea imputable al propio autor o artista cedente o concedente de la licencia.

La idea que late bajo esta previsión es que los autores y artistas que ceden sus derechos o conceden una licencia, en particular cuando lo hacen en régimen de exclusiva, para poder obtener algún rendimiento económico de la explotación de su obra o prestación dependen enteramente de que el cesionario o licenciatarario mantenga una actitud proactiva en lo tocante a la explotación. De ahí que, para cuando esa actitud proactiva no se dé, sea procedente conceder al autor o artista la facultad de recuperar los derechos cedidos o licenciados, de modo que puedan explotar la obra o prestación por sí mismos, o volver a cederlos o licenciarlos a otro sujeto.

La revocación se basa en una falta de explotación, lo que la diferencia del mecanismo de reversión que existe en algunas leyes de derechos de autor. En los casos de reversión el derecho retorna al titular, normalmente un derechohabiente *mortis causa* del cedente, una vez transcurrido determinado plazo de tiempo desde la cesión u otro hito temporal.

Según la Directiva, el derecho de revocación debe ser adaptado en función de las peculiaridades de cada sector y de los tipos de obras e interpretaciones o ejecuciones. En particular, debe tenerse en cuenta si la obra o prestación incluye la contribución de más de un autor o artista, y de cuál sea la importancia relativa de la contribución individual del autor o artista interesado en la revocación en comparación con los intereses legítimos del resto. Por este motivo, se deja a los Estados miembros la posibilidad de excluir determinadas obras o prestaciones de la aplicación del mecanismo de revocación si suelen incluir contribuciones de varios autores o artistas intérpretes o ejecutantes. También tienen margen los Estados miembros para establecer que la facultad de revocación solo pueda ejercitarse dentro de un plazo máximo, así como para disponer que los autores o artistas puedan optar por poner fin a la exclusividad del contrato en lugar de revocar la licencia o la cesión de los derechos.

En cualquier caso, para el ejercicio de la facultad de revocación deberá haber transcurrido un plazo razonable tras la conclusión del contrato de licencia o de cesión, y el autor o artista deberán notificar al licenciatarario o cesionario su intención de revocar, dándole un plazo adecuado para que reactive la explo-

tación. Vencido este plazo, el autor o el artista podrán revocar la licencia o la cesión o, en su caso, poner fin a la exclusividad del contrato.

Nuestro legislador ha traspuesto el artículo 22 de la Directiva mediante la introducción de un artículo 48 bis en el TRLPI. A continuación se contrastan ambos preceptos.

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|--|---|
| Artículo 22. Derecho de revocación | Artículo 48.bis (añadido por el artículo 80 cuatro del RD-ley 24/2021) |
| <p>1) Los Estados miembros garantizarán que, cuando un autor o un artista intérprete o ejecutante haya concedido una licencia o cedido sus derechos en una obra u otra prestación protegida de forma exclusiva, el autor o el artista intérprete o ejecutante pueda <u>revocar</u> en todo o en parte esa licencia o cesión de derechos si dicha obra u otra prestación protegida no se está explotando.</p> <p>2) Podrán establecerse en el Derecho nacional disposiciones específicas relativas al mecanismo de revocación establecido en el apartado 1, teniendo en cuenta lo siguiente:</p> <p>a) las especificidades de los diferentes sectores y los diferentes tipos de obras e interpretaciones o ejecuciones, y</p> <p>b) cuando una obra u otra prestación incluya la contribución de más de un autor o artista intérprete o ejecutante, la importancia relativa de las contribuciones individuales y los intereses legítimos de todos los autores y artistas intérpretes o ejecutantes afectados por la aplicación del mecanismo de revocación por un autor o un artista intérprete o ejecutante.</p> | <p>1) Cuando un autor haya concedido una autorización o cedido sus derechos sobre una obra de forma exclusiva podrá resolver, en todo o en parte, la autorización o cesión si la obra no está siendo explotada.</p> <p>El autor podrá optar, como alternativa a la resolución anterior, por poner fin a la exclusividad del contrato.</p> <p>El presente apartado no será de aplicación si la ausencia de explotación se debe principalmente a circunstancias que se puede razonablemente esperar sean subsanadas por el autor o el artista intérprete o ejecutante.</p> <p>2) Quedan excluidas de lo dispuesto en el apartado anterior las obras colectivas, las obras en colaboración y los programas de ordenador.</p> <p>3) Este derecho podrá ejercerse, previa comunicación, una vez transcurridos cinco años desde la autorización o cesión de los derechos siempre que no exista pacto expreso acordado al efecto, convenio colectivo o acuerdo sectorial en el que se regule el ejercicio de este derecho. La comunicación del autor fijará un plazo no inferior a un año vencido el cual podrá decidir poner fin a la autorización, a la cesión o a la exclusividad del contrato.</p> |

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|---|---|
| <p>Los Estados miembros podrán excluir las obras u otras prestaciones de la aplicación del mecanismo de revocación si dichas obras o prestaciones suelen incluir contribuciones de varios autores o artistas intérpretes o ejecutantes.</p> <p>Los Estados miembros podrán disponer que el mecanismo de revocación solo se ejerza dentro de un plazo específico, cuando dicha restricción esté debidamente justificada por las especificidades del sector o por el tipo de obra u otra prestación protegida de que se trate.</p> <p>Los Estados miembros podrán disponer que los autores o artistas intérpretes o ejecutantes puedan optar por poner fin a la exclusividad del contrato en lugar de revocar la licencia o la cesión de los derechos.</p> <p>3) Los Estados miembros dispondrán que la revocación prevista en el apartado 1 solo pueda ejercitarse una vez transcurrido un plazo razonable tras la conclusión del contrato de licencia o la cesión de derechos. El autor o el artista, intérprete o ejecutante lo notificará a la persona a la que se le haya concedido la licencia o cedido los derechos y fijará un plazo adecuado para la explotación de los derechos objeto de licencia o cesión. Una vez vencido dicho plazo, el autor o el artista, intérprete o ejecutante podrá decidir poner fin a la exclusividad del contrato en lugar de revocar la licencia o la cesión de derechos.</p> <p>4) El apartado 1 no se aplicará si la ausencia de explotación se debe principalmente a circunstancias que se puede razonablemente esperar sean subsanadas por el autor o el artista intérprete o ejecutante.</p> <p>5) Los Estados miembros podrán disponer que toda disposición contractual que suponga una excepción al meca-</p> | <p>4) El derecho regulado en este artículo será irrenunciable.</p> |

| Directiva 2019/790 | TRLPI |
|---|--|
| <p>nismo de revocación establecido en el apartado 1 solo sea ejecutable si se basa en un convenio de negociación colectiva.</p> <p><i>Los Estados miembros dispondrán que los artículos 18 a 22 de la presente Directiva no se apliquen a los autores de un programa de ordenador en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2009/24/CE (artículo 23.2 de la Directiva)</i></p> | <p>Artículo 110. Contrato de trabajo y arrendamiento de servicios <i>(modificado por el artículo 80 seis del RD-ley 24/2021)</i></p> <p>4) El derecho de revocación regulado en artículo 48 bis, y las obligaciones de información del cesionario o licenciataria de derechos de propiedad intelectual, establecidas en el artículo 75 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, serán aplicables con respecto a los artistas, intérpretes o ejecutantes en los términos establecidos en el citado artículo 48 bis y en dicha legislación.</p> |

El mecanismo de revocación ha quedado recogido en el nuevo artículo 48 bis TRLPI, justo a continuación del artículo que regula las cesiones en exclusiva de derechos de autor. La ubicación es la correcta, por más que lógicamente obligue a trazar la oportuna remisión en sede de artistas, lo que nuestro legislador ha hecho concretamente a través de una llamada en el artículo 110 TRLPI. Ob-

sérvese, no obstante, que el párrafo tercero del primer apartado del artículo 48 bis se refiere a la no aplicabilidad del mecanismo de revocación cuando la falta de explotación se deba «a circunstancias que se puede razonablemente esperar sean subsanadas por el autor o el artista intérprete o ejecutante». La alusión aquí al artista intérprete o ejecutante es asistemática, por cuanto estamos en sede de transmisión de derechos de autor y el mecanismo de revocación se aplica a los artistas merced a la remisión del artículo 110 TRLPI.

En lo sustancial, la transposición de esta materia ha seguido razonablemente la guía del artículo 22 de la Directiva. Ahora bien, como en otros casos que ya hemos comentado, no se entiende la resistencia de nuestro legislador a emplear los términos técnicamente apropiados. Por ejemplo, en lugar de cesión o licencia, se refiere a la concesión de una cesión o *autorización*, término éste que el TRLPI no aplica al ámbito de la transmisión de derechos entre un autor y su contraparte, sino que emplea en el marco de la relación entre un cesionario en exclusiva y sus sublicenciatarios (art. 48.II TRLPI) o en el de las entidades de gestión con los usuarios de su repertorio (art. 50.2 TRLPI). En ambos casos las autorizaciones se caracterizan además como instrumentos no exclusivos, con lo que su empleo es doblemente inadecuado en el contexto de una figura que, como la facultad de revocación, está concebida para ser aplicada a contratos de explotación con pacto de exclusiva.

Otro término empleado con poco rigor es el de la propia figura a la que el precepto se refiere. A pesar de que el artículo se titula «Derecho de revocación», tal y como hace la Directiva, en su redacción de lo que habla es de la facultad del autor de *resolver* la cesión si la obra no está siendo explotada, y de que el autor podrá optar por poner fin a la exclusividad como alternativa a la *resolución* anterior. En nuestro ordenamiento el término «resolución» se asocia a supuestos de incumplimiento de una obligación, y la acción de resolución es por eso compatible con la de daños y perjuicios (art. 1124 CC). La Directiva ha evitado calificar la falta de explotación del cesionario como un caso de incumplimiento, tan solo pretende dar al autor una herramienta de recuperación de sus derechos, sin prejuzgar ningún otro aspecto. Al emplear el término «resolución», nuestro legislador ha abierto la puerta a la consideración de la situación como la propia de un incumplimiento, lo cual no es necesariamente ventajoso para el autor o el artista, porque como sabemos solo los incumplimientos graves tienen trascendencia resolutoria, de modo que se estaría sometiendo el ejercicio de esta acción a una carga adicional que el legislador comunitario no ha contemplado.

Nuestro precepto interno ha recogido algunas de las opciones previstas en la Directiva. Así, se contempla que, en lugar de revocar la cesión o licencia, el autor —o el artista— pueda optar alternativamente por poner fin a la exclusividad del contrato. También ha excluido determinados tipos de obras de la aplicación del mecanismo de revocación, en el entendimiento de que suelen

incluir contribuciones de varios autores. En concreto, ha excluido las obras colectivas, las obras en colaboración y los programas de ordenador. La exclusión de estos últimos era preceptiva, en cualquier caso, por así disponerlo el artículo 23 de la Directiva.

En cuanto a las obras colectivas y las obras en colaboración, no es que «suelan incluir» contribuciones de varios autores, es que es de su esencia incluirlas. El legislador comunitario está pensando en la exclusión de tipos de obras en razón de la materia (v. gr. obras audiovisuales, enciclopedias) que, de forma habitual, respondan a una estructura subjetiva compleja. La exclusión de toda clase de obras colectivas y de obras en colaboración puede tener una parte positiva, y es que no afecta a las obras por su objeto, como las audiovisuales, si acaso no tienen una estructura subjetiva compleja; pero también tiene un efecto negativo, y es que no permite matizar los casos en los que, a pesar de tratarse de una obra subjetivamente compleja, tiene sentido permitir que alguno de los contribuyentes ejercite la facultad de revocación.

Si se observa, la Directiva permite que en el Derecho nacional se prevean disposiciones específicas relativas al mecanismo de revocación teniendo en cuenta especificidades de los distintos sectores y diferentes tipos de obras y prestaciones, y la importancia relativa de las contribuciones individuales e intereses de todos los autores y artistas afectados por el mecanismo de revocación cuando una obra o prestación incluya la contribución de más de un autor o artista. Haciendo uso de este margen de actuación, cosa que no ha hecho¹⁵⁵, nuestro legislador habría podido establecer matices en cuanto al ejercicio de la facultad de revocación en el caso de obras colectivas y en colaboración, por ejemplo en función del porcentaje de participación de los respectivos contribuyentes o coautores, en lugar de trazar una exclusión completa y sin paliativos del mecanismo de revocación para esas dos clases de obras.

Por otro lado, la traslación de esta exclusión a los artistas *en los términos establecidos en el artículo 48 bis*, tal y como manda hacer el artículo 110 TRLPI, no resulta factible. Al menos en lo que se refiere a las interpretaciones colectivas, su régimen no se asemeja al de las obras colectivas. Conforme al artículo 111 TRLPI, el ejercicio de los derechos en esta clase de actuaciones se realiza a través de un representante del colectivo, lo que simplificaría, llegado el caso, el ejercicio de la facultad de revocación. Por otra parte, la actuación a través de ese representante no alcanza a los solistas ni a los directores de orquesta o

¹⁵⁵ Salvo que consideremos que el mantenimiento del artículo 68.1, letras b) y e), del TRLPI, en sede de contrato de edición, es una de esas especificaciones. En la primera de esas letras se faculta al autor a resolver el contrato por falta de explotación tras haber requerido primero expresamente al editor exigiéndole el cumplimiento. En la segunda, se prevé la posibilidad asimismo de resolución del contrato cuando, previstas varias ediciones y agotada la última realizada, el editor no efectúe la siguiente edición en el plazo de un año desde que fuese requerido para ello por el autor.

de escena, los cuales por tanto prestan su autorización de forma separada, y de esta misma forma podrían también en su caso ejercitar la facultad de revocación, teniendo en cuenta la sustancialidad de su aportación. Como puede verse, el encaje de este mecanismo en el supuesto de las interpretaciones artísticas colectivas no es tan sencillo como para articularlo mediante una mera remisión a los términos establecidos en el artículo 48 bis TRLPI.

Por lo que se refiere al ejercicio de esta facultad de revocación desde una perspectiva temporal, la Directiva ordena disponer que esa facultad solo pueda ejercitarse una vez transcurrido un plazo razonable tras la conclusión del contrato de licencia o cesión, debiendo el autor o artista dirigir una notificación al cesionario o licenciataria de sus derechos otorgándole a su vez un plazo adecuado para que reactive la explotación, de modo que si esa reactivación no se produce dentro de dicho término el autor o artista pueda revocar el contrato o poner fin a la exclusividad de la cesión o licencia.

En aplicación de esta previsión, nuestro legislador ha dispuesto el transcurso de un plazo de cinco años desde la autorización o cesión de los derechos para que pueda ser activado el mecanismo de revocación por parte del autor o artista, el cual a su vez no podrá fijar un plazo inferior al año para que el cesionario o licenciataria reactive la explotación, so pena de poner fin a la cesión o a la exclusividad del contrato.

Se antojan plazos demasiado dilatados, en particular el primero¹⁵⁶. No es preciso un lustro para verificar si una obra o prestación está siendo explotada o no por el cesionario o licenciataria en exclusiva. Recuérdese que, conforme al artículo 48.II TRLPI, la cesión en exclusiva constituye al cesionario en la obligación de poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate, de modo que su obligación está sujeta a un exigente régimen de diligencia.

Cabe mencionar también la referencia temporal que proporciona la propia ley en sede de contrato de edición: de acuerdo con el artículo 67 TRLPI, el editor puede vender como saldo o destruir la edición, incluso sin consentimiento del autor, transcurridos dos años desde la inicial puesta en circulación de los ejemplares. Si un término de dos años es suficiente para que un editor com-

¹⁵⁶ El plazo de un año para que el cesionario o licenciataria puedan reactivar la explotación encuentra precedentes en algunas otras disposiciones. Por un lado, como hemos visto, es el término que el autor debe conceder al editor para que este, una vez agotada la edición de las varias previstas en el contrato, efectúe la siguiente edición a requerimiento de aquel (art. 68.1.e/ TRLPI). También es el plazo que los artistas del ámbito musical, supuesto que hayan transcurrido cincuenta años desde la publicación inicial del fonograma, deben conceder a los productores de fonogramas para que vendan copias del fonograma o lo pongan a disposición del público antes de poder resolver el contrato (art. 110 bis.1 TRLPI).

pruebe que la edición ha sido un fracaso y resulta por ello preferible destruir los ejemplares o venderlos como saldo, no parece que haya que aguardar cinco años para que un autor o un artista puedan activar la facultad de revocación por falta de explotación de su cesionario o licenciataria en exclusiva.

Por cierto que, habida cuenta de que una de las opciones consiste en revocar únicamente el carácter exclusivo de la cesión, se podría haber contemplado un plazo diferente —más breve— para activar el mecanismo de revocación en caso de que el autor o el artista solo buscasen desprover a su cesionario o licenciataria de la ventaja de la exclusividad.

El artículo 48 bis TRLPI prevé, en su apartado tercero, que lo dispuesto en cuanto al plazo temporal a que queda sometido el ejercicio del derecho de revocación por parte del autor o del artista, sea desplazado por lo previsto en un pacto expreso entre las partes acordado al efecto, o lo dispuesto en un convenio colectivo o acuerdo sectorial. Es decir, la regla de los cinco años es una regla supletoria, lo que podría significar que el pacto en contrario contemplase un plazo más breve o más largo. Esto último iría en detrimento del autor o del artista, parte débil de la relación, con lo que habría sido más adecuado que el plazo de los cinco años se configurase como un plazo máximo en todo caso, permitiendo solo que por pacto individual o colectivo ese plazo se acortase.

Obsérvese que el propio legislador ha acentuado el carácter tuitivo de esta regulación cuando en el último apartado del artículo 48 bis TRLPI señala que «el derecho regulado en este artículo será irrenunciable». Para que esa irrenunciabilidad sea plenamente efectiva, no debía haberse permitido pactar libremente en contrario sobre la duración del plazo temporal que permite al autor o al artista activar la revocación.

Por lo demás, llama la atención que el legislador haya determinado la irrenunciabilidad de este derecho, que no es dotado de carácter imperativo en la Directiva (art. 23.1). A cambio, la Directiva sí atribuye ese carácter a la obligación de transparencia, el mecanismo de revisión de contratos y el procedimiento alternativo de resolución de litigios. De manera paradójica, en la regulación que esas tres figuras han recibido a nivel interno, no se ha hecho contemplación de su carácter irrenunciable o imperativo.

VII. RÉGIMEN TRANSITORIO

Por lo que se refiere al ámbito temporal, la Directiva 2019/790, que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, se aplica a todas las obras y prestaciones que estén protegidas conforme al Derecho nacional a 7 de junio de 2021 o con posterioridad, sin perjuicio de los actos celebrados y de los derechos adquiridos antes de esa fecha.

Junto con ello, la Directiva incluye dos normas específicas de orden temporal. Una se refiere a la obligación de transparencia, respecto de la cual se ordena que los acuerdos de licencia o cesión de derechos de autores y artistas estén sujetos a la misma a partir del 7 de junio de 2022 (art. 27). La otra es relativa al derecho conexo de los editores de prensa, cuyo reconocimiento no se aplicará a las publicaciones de prensa que se publiquen por vez primera antes del 6 de junio de 2019 (art. 15.4).

El RD-ley 24/2021 tan solo tiene una disposición transitoria relacionada con materias de su Libro Cuarto, que es el que contiene la transposición de las Directivas 2019/789 y 2019/790. Se trata de su disposición transitoria cuarta, la cual contiene el régimen transitorio para el ejercicio de los derechos de retransmisión por titulares de derechos que no sean organismos de radiodifusión y para la transmisión de programas mediante inyección directa. De este modo, no hay en esa disposición contemplación alguna de cuestiones de régimen transitorio relacionadas con la Directiva 2019/790.

Por lo que se refiere a la aplicación temporal de la obligación de transparencia a contratos de licencia o cesión de derechos de autores y artistas a partir del 7 de junio de 2022, esta previsión tampoco se ha integrado en el cuerpo del propio artículo 75 del RD-ley 24/2021, donde se regula la obligación de transparencia, de tal forma que ese aspecto ha quedado sencillamente sin trasponer a nuestro ordenamiento interno.

La aplicación temporal del nuevo derecho conexo de los editores de publicaciones de prensa sí ha quedado recogida en la nueva disposición transitoria vigésima segunda del TRLPI, añadida por el artículo 80.10 del RD-ley 24/2021. Conforme a ella los derechos reconocidos a las editoriales de prensa y agencias de noticias para el uso en línea de sus publicaciones por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información no se aplicarán a las publicaciones de prensa que se hayan publicado por vez primera antes del 6 de junio de 2019.

VIII. CONCLUSIÓN

A lo largo de nuestro análisis han aflorado numerosos desajustes, en su mayoría muy relevantes, entre la Directiva 2019/790 y la norma de transposición a nuestro Derecho interno. No se trata del normal aprovechamiento del margen de adaptación que toda Directiva deja a los legisladores nacionales, sino que existen graves omisiones, a la vez que sonoras adiciones, que provocan una desviación del régimen armonizado con altas probabilidades de generar una regulación no conforme con el Derecho de la Unión.

Algunos de los defectos más recurrentes tienen que ver con la falta de reflejo exacto de los requisitos de aplicación de una figura, la falta de expresión de

su naturaleza imperativa, la renuncia a reflejar el máximo de definiciones y precisiones que la Directiva permite, o la descoordinación entre la nueva regulación, incorporada en el RD-ley 24/2021 y la antigua, mantenida en el TRLPI. Así vimos que sucedía con las limitaciones y excepciones de minería de textos y datos, utilización de obras y prestaciones en actividades pedagógicas digitales transfronterizas y conservación del patrimonio cultural, o con el mecanismo de concesión de licencias en relación con obras y prestaciones fuera del circuito comercial, donde se ha dejado de regular nada menos que la facultad de *opt-out* que la Directiva reconoce a los titulares de derechos. En otros casos la distorsión viene dada por la agregación de elementos que están ausentes en la Directiva, como sucede con la retirada o inhabilitación de acceso de las retransmisiones de contenidos en directo y con las acciones residuales tipo enriquecimiento injusto en sede de servicios para compartir contenidos en línea.

Hemos ido consignando esas omisiones, adiciones y desviaciones con el ánimo de contribuir a un potencial perfeccionamiento de nuestra legislación sobre propiedad intelectual, el cual sería deseable que aconteciera durante la tramitación del texto del RD-ley 24/2021 como proyecto de ley.

Asimismo, como decíamos en la introducción, sería idóneo que toda la legislación de propiedad intelectual se volcase en un solo molde normativo, pues ello reduce la inseguridad jurídica. No pocas de las inconsistencias que hemos observado en la transposición de la Directiva 2019/790 provienen de haber introducido un precepto en el RD-ley 24/2021 sin cohonestarlo con los preceptos subsistentes en el TRLPI.

Así las cosas, un primer ejercicio consistiría en integrar el contenido de los artículos 65 a 79 del RD-ley 24/2021 en el articulado del TRLPI, preservando así la integridad y plenitud de este. Creemos que, de resultados de ese ejercicio, se obtendría ya una mejora técnica por el solo hecho de hacer el esfuerzo de encajar las nuevas piezas en el contexto de las preexistentes. Junto con ello, y al hilo de ese ejercicio, el legislador debería poner cuidado en respetar las reglas de oro de toda transposición, a saber: (i) no omitir ningún elemento que sea de obligado reflejo por parte de los legisladores nacionales; (ii) no añadir ningún elemento de nuevo cuño que pueda desvirtuar el régimen armonizado plasmado en la directiva; y (iii) trasvasar el mayor número posible de precisiones, definiciones y matizaciones que la directiva permita.

Dicho lo cual, y regresando al evento histórico que nos servía de comparación en la introducción, nuestra fe en que se produzca la reunión del imperio de occidente y el imperio de oriente es limitada, como tampoco albergamos muchas esperanzas de que las intervenciones venideras en la materia puedan neutralizar los embates de los invasores bárbaros, los cuales se muestran resueltos a corromper con su mala técnica legislativa instituciones normativas largo tiempo preservadas.

En otras palabras, cabe pronosticar que la legislación sobre propiedad intelectual ya no volverá a estar refundida ni recuperará la calidad técnica que se logró durante la década posterior a su refundición¹⁵⁷. Antes bien auguramos que, una vez abierta la brecha y traspasado el *limes*, la dispersión y el desorden aumentarán hasta el punto de desdibujar definitivamente los contornos de lo que una vez fuera *la parte más hermosa de la Tierra y la porción más civilizada de la humanidad*.

¹⁵⁷ Aunque, al menos respecto de la refundición, cabe otra alternativa, no necesariamente más halagüeña: igual que se puede programar la urgencia de una legislación delegada, puede predisponerse la dispersión normativa en una cierta área. Así como aquella urgencia avala la regulación a través de un real decreto-ley, la dispersión abona al terreno para una futura nueva refundición mediante real decreto legislativo, la cual suele llevar aparejada la facultad para regularizar, aclarar o armonizar las disposiciones objeto de refundición. Como tiburón blanco que ha probado la carne humana, cuando el poder ejecutivo conoce los deleites de la legislación delegada solo piensa en volver a degustarla y es difícil lograr que regrese a su dieta ordinaria a base de potestad reglamentaria.