

*PROPIEDAD INTELECTUAL Y MERCADO ÚNICO
DIGITAL EUROPEO (CONCEPCIÓN SAIZ GARCÍA /
RAQUEL EVANGELIO LLORCA, DIR.),
TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2019.*

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

Uno de los títulos más destacables de la producción bibliográfica en materia de propiedad intelectual que nos dejó el año 2019, es este volumen dirigido por las profesoras C. SAIZ GARCÍA y R. EVANGELIO LLORCA, consagrado al estudio de diversas materias relacionadas con los derechos de propiedad intelectual en el contexto de lo que se ha dado en llamar el «mercado único digital». El eje en torno al cual giran la mayor parte de los trabajos contenidos en el libro lo constituye la Directiva (UE) 2019/790, del Parlamento y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (la «Directiva 2019/790» o la «Directiva»), aunque algunas contribuciones desbordan los contornos de la misma.

La obra es el fruto de diversos proyectos de investigación, tanto del Ministerio de Economía como del programa Prometeo, de la Generalitat Valenciana, en el marco de los cuales se ha desenvuelto la labor de investigadores que integran, a su vez, sendos grupos de investigación: el Grupo de I+D sobre Propiedad Industrial e Intelectual de la Universidad de Valencia y el Grupo de Investigación sobre Propiedad Intelectual de la Universidad de Alicante. Como las coordinadoras explican en el prólogo, el embrión de este volumen se encuentra en el congreso internacional celebrado los días 23 y 24 de noviembre de 2018 en la Universidad de Valencia, bajo el lema «Contratos y licencias de derechos de autor en el mercado único digital».

La estructura se ajusta en gran medida al orden sistemático de la propia Directiva 2019/790: una primera parte está dedicada a las limitaciones y excepciones a los derechos de autor, con especial atención a la nueva excepción y limitación de minería de textos y datos, a la que se refieren de forma directa los dos primeros capítulos, y con la que guarda relación el tercer capítulo, relativo a la libre circulación comunitaria de datos no personales. A continuación aparece un trabajo sobre el límite para favorecer los fines educativos, en especial la enseñanza en línea transfronteriza, y otro sobre el límite de reproducción para fines de conservación del patrimonio cultural. A caballo entre la primera y la segunda parte, encontramos el trabajo de la profesora EVANGELIO LLORCA acerca

de los usos de obras y prestaciones fuera del circuito comercial, desde la óptica tanto de las medidas que la Directiva dispone para mejorar la concesión de licencias, como de la excepción o limitación para favorecer esos usos.

La segunda parte contiene varios trabajos relacionados con las medidas para garantizar el correcto funcionamiento del mercado de los derechos de autor: el nuevo derecho conexo de los editores de prensa, el régimen a que habrán de atenerse los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, y las medidas relacionadas con la remuneración equitativa de autores y artistas en los contratos de explotación. En este tercer bloque aparecen un capítulo sobre el principio de remuneración adecuada y proporcionada, otro sobre la obligación de transparencia de los cesionarios y licenciarios, y un tercero —que quiebra la sistemática del libro y de la Directiva— relativo a la propuesta de crear un derecho de remuneración de los autores audiovisuales, derecho que no existe a día de hoy en el ámbito comunitario. Este es también el único capítulo que adopta un enfoque *de lege ferenda* y no exegético de un instrumento comunitario.

Los dos capítulos finales se dedican a temas relacionados con el mercado de los contenidos y servicios digitales desde una perspectiva contractual: (i) la portabilidad transfronteriza de los servicios en línea, haciendo balance de un año de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1128, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior; y (ii) la regulación de los contratos de contenidos y servicios digitales plasmada en la Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Se trata de dos temas que se hallan alejados, sobre todo el segundo, de cuestiones de propiedad intelectual en el mercado único digital, por lo que su inclusión introduce cierta heterogeneidad respecto del resto de estudios que integran el volumen.

A continuación, haremos una breve consideración sobre cada uno de los capítulos de la obra.

El capítulo con el que se inaugura el libro (pp. 27-71), está escrito por C. GEIGER, G. FROSIO y O. BULAYENKO, del Centro de Estudios sobre Propiedad Intelectual Internacional de la Universidad de Estrasburgo. Ellos fueron —como se da cuenta en la primera nota del trabajo— los autores del estudio encargado por la Comisión de asuntos jurídicos del Parlamento Europeo sobre esta excepción, tal y como estaba plasmada en la Propuesta de Directiva; por eso se refieren en diversos momentos de su artículo a si finalmente la Comisión y el Parlamento siguieron en mayor o menor medida sus sugerencias. Además de la publicación oficial del estudio ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/604941/IPOL_IDA\(2018\)604941_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/604941/IPOL_IDA(2018)604941_EN.pdf)), puede verse su artículo «Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform: Making the

EU Ready for an Age of Big Data?», *IIC- International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 49 (2018), n° 7, pp. 814-844.

El balance que realizan estos autores de la excepción y la limitación para minería de textos y datos introducidas en los artículos 3 y 4 de la Directiva no es excesivamente halagüeño.

Los autores plantean cuál era la situación de incertidumbre preexistente, pues ninguna de las excepciones 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 de reproducciones provisionales, la de fines de investigación y la de copia privada —como tampoco las excepciones para bases de datos de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos—, cubría de manera clara la minería de textos y datos, lo que generaba inseguridad a los investigadores. Diversos países habían introducido su propia excepción para minería de textos y datos, pero precisamente por ello se echaba en falta una armonización. Así que, como aspectos positivos que ha traído consigo la Directiva 2019/790, los autores anotan la existencia de una regulación armonizada para la minería de textos y datos, a lo que se une el carácter obligatorio de la excepción y limitación para los Estados miembros y la naturaleza imperativa, además, de la excepción, la cual no es desplazable por pacto en contra.

Sin embargo, GEIGER, FROSIO y BULAYENKO no tienen una opinión favorable de la manera en que la excepción y la limitación se han configurado en la Directiva 2019/790. Con respecto a la limitación, porque se hace depender de un mecanismo de *opt out*, de forma que al fin y al cabo los titulares podrán poner coto a esta actividad. Esto afecta a toda la minería no realizada por organismos de investigación, así como a la realizada por estos sin el cumplimiento de todos los requisitos que son exigibles incluso a estos sujetos. A su juicio, esta regulación, que implica no asumir el principio de que «el derecho a leer es el derecho a minar», limitará la aptitud de la limitación para promover la ventaja competitiva de las empresas europeas en el campo de la inteligencia artificial y otras tecnologías disruptivas.

En cuanto a la excepción propiamente dicha, tampoco les parece acertado haberla configurado sujeta a tantos requisitos. Primero, los beneficiarios son solo los organismos de investigación, los cuales deben operar sin ánimo de lucro o con reinversión de beneficios en su misión de interés público. En segundo lugar, deben realizar la minería de textos y datos para fines exclusivamente científicos. Tercero, deben tener *acceso legal* a las obras sujetas a minería, lo que hace dependiente esta excepción indirectamente de la manera de configurarse la relación con los licenciantes. Es cierto que la excepción no se puede desplazar por pacto en contrario, pero es claro que los licenciantes que saben

que el acceso lícito al contenido va a permitir el minado podrán encarecer el precio del producto (v. gr. bases de datos), lo que a la postre hará que solo las organizaciones de investigación con más poder de mercado puedan adquirir esas licencias y hacer minería de textos y datos. Por cierto que, aunque los autores no llegan a agotar el argumento, eso puede encarecer en general todas las bases de datos suministradas a organismos de investigación, hagan o no minería de textos y datos.

Sí plantean GEIGER, FROSIO y BULAYENKO otro aspecto dudoso, a saber: cuando se tiene una licencia para fines educativos, ¿ello constituye un acceso legal a la obra en el sentido de poder hacer minería de textos y datos para fines de investigación, o el acceso legal ha de serlo a efectos de investigación?

También está la relación entre la excepción y el respeto a las medidas técnicas de protección que los titulares podrán implementar, según el artículo 3 de la Directiva, para asegurar la integridad y seguridad de sus sistemas. Aunque la Directiva dice que esas medidas no podrán impedir la efectiva aplicación de la excepción, en la práctica podrían llegar a dificultarla más allá de lo permitido, pero eso no faculta al beneficiario a saltárselas.

En último extremo, los articulistas creen que el legislador europeo ha perdido la oportunidad de incluir una suerte de cláusula general, con la que se cerrase la lista de limitaciones y excepciones, para dar cobertura a posibles nuevas utilidades que surjan en el futuro y que podrían estar justificadas por razones imperantes de interés público y de salvaguarda de derechos fundamentales. De haberse incluido una cláusula de ese tipo, la minería de textos y datos habría sido candidata a beneficiarse de la misma, dada su finalidad de favorecer la investigación y la innovación.

El artículo se cierra con un muy completo listado bibliográfico y de documentos de referencia que ayudará a ir más allá en la investigación del tema.

El siguiente estudio (pp. 73-105), a cargo de GONZÁLEZ OTERO, explora el modo en que las medidas de ordenación privada —derecho contractual y medidas técnicas de protección— pueden interactuar con la excepción y limitación de minería de textos y datos y comprometer el desarrollo e innovación de sistemas de inteligencia artificial en Europa.

Por lo que se refiere a las medidas de índole contractual, señala esta autora que los titulares pueden eludir proporcionar un acceso legal a sus contenidos, o pueden condicionarlo al abono de una suscripción más cara, o restringir el conjunto de datos que pueden ser sujetos a minería, haciendo que la utilidad de la técnica se resienta. Junto con ello, las editoriales pueden limitar la minería a los usuarios registrados a través de la suscripción del organismo de investigación, y con ello vedar el otorgamiento de licencias individuales

a investigadores específicamente interesados en realizar la minería. Según GONZÁLEZ OTERO no es previsible que estos problemas se solventen con la nueva excepción de la Directiva, y desde luego no con la limitación, que está sujeta a un mecanismo de *opt out* cuando la minería de textos y datos se hace con fines comerciales. Por su parte, muchos interesados en esta actividad no podrán acogerse a la excepción por ser investigadores independientes, profesionales liberales o periodistas.

En cuanto a las medidas técnicas de protección, cree GONZÁLEZ OTERO que la experiencia de la compatibilidad entre aquella clase de medidas y el disfrute de los límites, a la luz del art. 6.4.IV de la Directiva 2001/29, permite albergar pocas esperanzas sobre la compatibilidad de esas medidas y la excepción de minería de textos y datos.

El tercero de los trabajos (pp. 107-158), del profesor LÓPEZ-TARRUELLA, también se refiere al tema de los datos, aunque desde una perspectiva más amplia, la de la libre circulación de los datos no personales a la luz del Reglamento (UE) 2018/1807, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea («Reglamento UE 2018/1807»); la cual, dice LÓPEZ-TARRUELLA, puede entenderse como libertad de circulación entre los Estados miembros, de modo que estos deben remover los obstáculos a la misma —caso en el cual los derechos de propiedad intelectual pueden comportar una excepción justificada de la misma—, o como promoción del libre flujo de datos en general, como objetivo que debe perseguirse en sí mismo, en cuyo caso estaría menos justificado que ese flujo pudiera verse afectado por los derechos de propiedad intelectual.

El autor se confiesa firme partidario de favorecer la inteligencia artificial, considerando desafortunado que se impida a cualquier sujeto entrenar libremente sus algoritmos porque hay quien pueda impedir *de facto* o *de iure* el acceso a los datos necesario para hacerlo. Habría en la inteligencia artificial algo intrínsecamente bueno para la innovación, que ya no se encuentra en la propiedad intelectual. Ésta —como el secreto comercial— lo que hace es generar parcelas de información acotadas. Se abona pues LÓPEZ-TARRUELLA a la tesis de A. STROWEL entre otros, según la cual cuando se hace minería de textos y datos no hay afectación de derechos de autor, porque estos protegen la expresión de una idea, y los sistemas de inteligencia artificial van a la búsqueda de los simples datos, sin comprometer la expresión de esa idea original.

En el trabajo se analizan los distintos niveles en que pueden encontrarse la información o los datos en Internet:

- (i) como información no divulgada, que el titular puede preservar mediante medidas técnicas de protección, pudiendo ser datos personales o no;

(ii) como información divulgada pero protegible por derechos de autor o afines. En este caso la interpretación amplia del concepto de originalidad en la UE, sumado al amplio alcance del derecho de reproducción, a la protección de objetos no originales, como fonogramas, grabaciones audiovisuales y meras fotografías, y a la protección de las bases de datos —incluso las no originales, por el derecho *sui generis*—, hacen que no se pueda llevar a cabo minería de textos y datos libremente, sino solo con base, en su caso, en una limitación o excepción. Según LÓPEZ-TARRUELLA, la Directiva 2019/790 no solo ha diseñado esta limitación o excepción de forma restrictiva, sino que además ha venido a crear un nuevo derecho conexo para los editores de prensa, sumando así un nuevo obstáculo al libre uso de los datos.

(iii) como información divulgada en Internet, sin derechos de propiedad intelectual, pero protegida por el titular, si no mediante medidas técnicas de protección, sí a través de condiciones contractuales;

(iv) por último, hay información divulgada más disponible, porque su titular la difunde bajo licencia pública general o por estar sujeta a reglas legales de reutilización, como la información del sector público, pero incluso en esos casos hay ciertas restricciones que lastran la minería de textos y datos. Incluso con los contenidos en dominio público puede haber obstáculos para la inteligencia artificial, ya que esos contenidos pueden estar en manos públicas o privadas que impidan *de facto* su reutilización, porque sus poseedores quieran cobrar algo a cambio o en cualquier caso someterla a condiciones contractuales. Por otro lado, como —a juicio del autor— la duración de los derechos es tan larga, nos podemos encontrar con que los datos de los materiales no protegidos estén desfasados (v. gr. países que no existen) o incluyan sesgos discriminatorios por razón de sexo, raza o religión. De ahí que LÓPEZ-TARRUELLA aconseje reducir el plazo de protección para que cuando se haga minería sobre materiales en dominio público, estos sean lo más recientes posible, libres de tales sesgos y obsolescencias.

La conclusión final del capítulo es que hay serios obstáculos a la innovación basada en los datos en el seno de la UE. Porque quien quiera hacer uso de los materiales donde se contienen los datos deberá pagar por la explotación, lo que no le permitirá competir con empresas de fuera de la UE que no tengan que hacerlo. A la larga LÓPEZ-TARRUELLA pronostica: (i) que lo acabará pagando el consumidor, pues a falta de competencia se aprovecharán los oligopolios, y (ii) que a menor número de ofertas disponibles, menor será la innovación en el sector.

La profesora RIBERA BLANES es la responsable del siguiente capítulo (pp. 159-212), sobre la excepción o limitación para el uso digital de obras y prestaciones a efectos de ilustración con fines educativos, en particular para propiciar

el uso de contenidos en actividades pedagógicas a distancia y potencialmente transfronterizas. Sobre esta temática, la autora había publicado anteriormente «La nueva regulación de la ilustración con fines educativos o de investigación científica introducida por la Ley 21/2014», en el volumen *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, ed. Dykinson-ALADDA, 2016, pp. 685-754.

Tras analizar los antecedentes del límite de ilustración en el Convenio de Berna y en la Directiva 2001/29, RIBERA BLANES, desgrana metódicamente las diferentes piezas en que se descompone el artículo 5 de la Directiva 2019/790, separando los requisitos o aspectos que la norma específicamente contempla, y aquellos otros que ha omitido.

Los primeros serían los derechos de explotación involucrados, la referencia al carácter digital de los usos, la finalidad docente, los sujetos afectados y la necesidad de indicar el nombre del autor y de la fuente. El tratamiento resulta bastante proporcionado, salvo por la extensión que se dedica —prácticamente la misma que a todos los restantes aspectos juntos—, dentro de los sujetos afectados, a las personas con discapacidad, aludidas en el Considerando (21).

En cuanto a los temas que no son objeto de tratamiento en la Directiva, se señalan el respeto al derecho de divulgación, la extensión del uso y las obras susceptibles de utilización al amparo del límite. Con respecto a esta última cuestión no obstante, como la autora consigna, si bien la Directiva no determina las obras o prestaciones que pueden usarse al amparo de la excepción, sí que admite la posibilidad de excluir de ella algunos tipos de obras, como los materiales destinados principalmente al mercado de la enseñanza y las partituras musicales, siempre que estén fácilmente disponibles en el mercado acuerdos de licencia adecuados que autoricen los actos a los que se refiere la excepción y estén adaptados a las necesidades de los centros de enseñanza.

Para finalizar, el capítulo aborda la posibilidad de implementar una compensación equitativa, elemento que se deja a discreción de los Estados miembros, y ofrece un balance de los pros y contras de tomar el criterio del «país de origen» —lugar donde se encuentre el establecimiento del centro de enseñanza— para determinar la normativa del Estado miembro que resultará de aplicación. Según RIBERA BLANES, aunque introduce una imprescindible seguridad jurídica, también podría fomentar que los centros de enseñanza desde donde se impartan programas educativos a distancia acaben implantándose en aquellos Estados miembros en los que los requisitos para la aplicación de la excepción sean menos rigurosos, por ejemplo por no estar prevista una compensación equitativa.

Aunque, conforme a un orden lógico, el capítulo dedicado al límite obligatorio al derecho de reproducción para fines de conservación en favor de instituciones de patrimonio cultural, contemplado en el artículo 6 de la Directiva, debería

haber ido a continuación del destinado a examinar el límite para favorecer la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas —y de hecho así se anuncia en el prólogo de la obra—, lo cierto es que finalmente entre el estudio de ambos límites se intercala el capítulo relativo a la regulación de las obras y prestaciones fuera del circuito comercial, que se encuentra plasmada en los artículos 8 a 11 de la Directiva.

Este tema es acometido por EVANGELIO LLORCA, quien ya lo había abordado en un trabajo previo, como ella misma recuerda al comienzo del capítulo, publicado en las páginas de esta revista: «Estrategias de la Unión Europea para facilitar el uso de obras fuera del circuito comercial por instituciones de patrimonio cultural en el Mercado Único Digital», *pe. i.*, n° 60 (septiembre-diciembre 2018), pp. 13-66.

Se trata, como el anterior, de un capítulo extenso (pp. 213-271), cuya dimensión es acorde con la importancia y complejidad del tema. Tras un primer apartado en el que se desgranán las razones por las que es necesario adoptar una regulación específica en materia de propiedad intelectual en relación con las obras y prestaciones fuera del circuito comercial, y en el que se explica —entre otras cosas— la diferenciación de la problemática entre estas obras y las obras huérfanas, encontramos un bloque sobre el ámbito de aplicación del régimen previsto para las obras y prestaciones fuera de circuito comercial, tanto desde el punto de vista objetivo (cuáles son las obras y prestaciones que, por considerarse fuera del circuito comercial, se someten al especial régimen diseñado por la Directiva) como subjetivo (cuáles son las instituciones responsables del patrimonio cultural que podrán protagonizar los usos correspondientes).

Este tratamiento conjunto del ámbito de aplicación es adecuado, pues ciertamente la materia admite estudiarse conjuntamente, con independencia de cuál sea la herramienta que permita la utilización de las obras o prestaciones fuera del circuito comercial, la licencia extendida o la excepción o limitación obligatoria.

El epígrafe sobre el ámbito objetivo de aplicación se centra sobre todo en el primero de los dos elementos que lo demarcan, a saber, la definición de las obras o prestaciones que cabe considerar fuera del circuito comercial. Es indiscutible que ese elemento merece ser analizado con el detalle que se le dedica, aunque también tiene su dificultad el otro requisito: que la obra o prestación se encuentre de forma permanente en la colección de la institución. En particular, parece difícil encajar la exigencia de que la obra o prestación pertenezca *permanentemente* a la colección del ente beneficiario, con la admisión de que esa pertenencia sea consecuencia de un acuerdo de licencia (cfr. considerando [29]); pues, de existir un acuerdo de licencia activo, parece inviable que se dé al mismo tiempo la condición de que la obra no esté a disposición del público a través de los canales comerciales al uso.

La aproximación que se hace al criterio que emplea la Directiva para determinar que una obra o prestación está fuera del circuito comercial —que pueda presumirse de buena fe que la totalidad de la obra o prestación no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales—, es más exegética que crítica. Parece haber la inclinación a considerar —y conste que quien esto escribe no se siente excluido de esa tendencia— que el legislador comunitario no puede equivocarse, y al intérprete no le queda más alternativa que entender (o no) lo que ese legislador ha dispuesto. Ciertamente, los procesos legislativos en la UE son largos y dan lugar a un escrutinio por parte de muchas instancias, lo que a priori es una garantía de acierto. Sin embargo, debido a esa complejidad y al carácter transaccional del resultado, no hay que descartar que las versiones finales de las directivas presenten inconsistencias o soluciones de consenso que no sean técnicamente las preferibles.

Anoto tres aspectos en los que me parece que se podría haber sido un poco más crítico con lo previsto en la Directiva.

En primer lugar, cuando se dice que, de conformidad con el considerando (37), pueden estar fuera del circuito comercial cualesquiera tipos de obras o prestaciones, incluidas —entre otras— las obras de arte únicas, cabe preguntarse cómo puede llegar a establecerse que una obra de arte única (por tanto, no una reproducción de una obra de arte), ha dejado de estar disponible al público a través de los canales comerciales habituales; pues todo apunta a que una obra de esa naturaleza, una vez adquirida por la institución responsable del patrimonio cultural, deja automáticamente de estar disponible en los canales comerciales habituales con tal de que la propia institución, propietaria de la misma, omita volver a ponerla en el mercado, lo que por otra parte ha de ocurrir para que pueda considerarse que la obra forma parte permanente de su colección.

En esta línea, debe llamarse también la atención sobre la referencia al software, pues cuesta imaginar instituciones de patrimonio cultural que tengan programas de ordenador, no como herramientas de gestión de su catálogo, sino como ítems integrantes de su colección. Por otro lado, en el hipotético caso de que las hubiera, surge el interrogante de si son igualmente válidas las razones de favorecer el acceso a la cultura y al conocimiento y de propiciar una mayor difusión de las obras, *incluso en favor de los propios titulares de derechos* —como reflexiona EVANGELIO LLORCA—, y cuál sería, puestos a implementar un sistema de licencias extendidas, la entidad de gestión que podría conceder tales licencias, dado que, en el campo del software, no son conocidas entidades de gestión dedicadas a administrar colectivamente explotaciones secundarias.

Un segundo aspecto tiene que ver con que la Directiva descarte la posibilidad de que una obra pueda considerarse fuera del circuito comercial cuando esté disponible en otras versiones, ediciones o formatos, pero en cambio —a diferencia de lo que se preveía en la Propuesta— el hecho de que estén disponibles

adaptaciones, incluidas otras versiones lingüísticas, no debe impedir que una obra en una lengua determinada se considere fuera del circuito comercial. De manera que si la traducción de una novela de Milan Kundera al español ha dejado de estar disponible, aunque la obra siga comercializada en checo, en inglés, en francés, en alemán y en italiano, la versión castellana podrá ser considerada fuera del circuito comercial. Por tanto, la decisión del autor de aceptar en un determinado momento que su obra sea vertida a otra lengua, se convierte para él en la carga de continuar la explotación en esa lengua sin solución de continuidad, si no quiere que su facultad de decidir sobre la explotación de su obra en esa lengua pueda verse interferida por una entidad de gestión local lo bastante representativa o por la aplicación de un límite. Obsérvese que el autor y su editor principal pueden ser en este punto *víctimas* de la inercia del editor local que publicó la traducción, y que la reactivación de la explotación en esa lengua les puede abocar al encargo de una nueva traducción. Todo esto se antoja una solución bastante expropiatoria y poco coherente con los principios sobre los que se asienta el sistema de derechos de autor.

En tercer lugar, quisiera apuntar un entendimiento diferente de lo que prevé la Directiva en su artículo 11.5.II *in fine* y en el considerando (38). Cuando en ellos se dice que no se excluirá la posibilidad de determinar que un conjunto de obras está fuera del circuito comercial en su totalidad, cuando sea razonable presumir que todas las obras de ese conjunto lo están, creo que se están refiriendo más a conjuntos en el sentido de fondos o catálogos de instituciones de patrimonio cultural que en el sentido de colecciones propiamente dichas (v. gr. ex artículo 12 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual). EVANGELIO LLORCA, en cambio, lo asocia con las antologías de obras, las enciclopedias, las obras completas o las compilaciones de cuentos (p. 230). En mi opinión, en estos casos prevalece el principio de que no puede considerarse fuera del circuito comercial una obra que no lo esté en su totalidad (art. 8.5 de la Directiva). Lo que se admite es simplificar las operaciones de comprobación cuando se pueda presumir que todos los ítems de una serie se encuentran en la misma situación. En una antología o en una compilación de cuentos, los elementos que los componen no tienen nada de seriados. Más allá del criterio del antólogo o compilador, esos elementos no tienen en común ningún rasgo por el que deban correr la misma suerte a efectos de su consideración como fuera del circuito comercial. De otro modo, el autor que haya aceptado la inclusión de un poema, cuento o canción suyos en una antología o compilación, podría verse perjudicado, aunque su obra individualmente considerada siga disponible en los canales comerciales habituales, si dejaran de estarlo la antología o la compilación. No estoy seguro de que sea eso lo que ha querido el legislador comunitario, pero de haber sido así, creo que la solución admite ser criticada.

El apartado cuarto del capítulo se refiere al análisis de las dos vías reguladas por la Directiva para articular el uso de obras y prestaciones fuera del circuito

comercial: la concesión de licencias con efecto ampliado y la previsión de una excepción o limitación.

El tratamiento de las licencias con efecto ampliado es, en mi opinión, la parte de mayor interés y dificultad técnica de todo el estudio, en particular lo relativo a la diferenciación entre gestión colectiva obligatoria y gestión mediante licencias con efecto ampliado, el contraste entre estas y las presunciones de representación, y el requisito de suficiente representatividad de las entidades de gestión colectiva para poder conceder licencias con efecto ampliado. Con respecto a este último, EVANGELIO LLORCA destaca que no es representativa una entidad a la que sus titulares no le hayan encomendado los derechos que pueden ser objeto de la licencia extendida (p. 252). Estoy completamente de acuerdo: si no los gestiona para los mandantes, todavía menos podría la entidad gestionar esos derechos para los no mandantes.

En cuanto a la excepción o limitación, interesa sobre todo su configuración como un remedio obligatorio y subsidiario de la gestión colectiva ampliada, para aquellas obras a las que ésta no alcance. La autora describe los derechos a los que afecta, los requisitos de aplicación y su aplicación transfronteriza con base en el criterio del país de origen.

El último apartado del capítulo se dedica a algunas disposiciones comunes, como la facultad de exclusión de los titulares, las medidas de publicidad y el diálogo entre las partes interesadas. De este bloque, me parece relevante que la autora pondere positivamente que la Directiva no imponga la necesidad de una publicidad o información individualizada, en contra de lo que parece desprenderse de la doctrina del TJUE en la sentencia *Soulier y Doke*, de 16 de noviembre de 2016 (C-301/15). La explicación que ofrece acerca de que las entidades de gestión tienen vínculos suficientes con la comunidad creativa para identificar y localizar a los correspondientes autores y titulares de derechos, me resulta poco persuasiva, si se tiene en cuenta lo colmadas que se encuentran en muchas entidades las bolsas de sumas recaudadas «pendientes de repartir» y «pendientes de identificar».

Quedan para una investigación ulterior algunas otras cuestiones que me parece que pueden ser problemáticas en la práctica. Así, cuando se dice que la facultad de exclusión corresponde al «titular», ¿a quién debemos entender por tal cuando haya una titularidad originaria (autor) y otra derivativa (editor)? ¿Bastará con que la exclusión la manifieste cualquiera de los dos, o se exigirá que ambos la formulen de consuno? Por otro lado, si el titular tiene a su alcance establecer una exclusión en general, ¿podría un editor, por ejemplo, excluir de una sola vez todas las obras de su catálogo presente y futuro, o deberá actualizar esta exclusión, y en este caso con qué alcance o periodicidad? Seguiremos atentos a las publicaciones de EVANGELIO LLORCA sobre esta materia, en la que sin duda continuará haciendo aportaciones de relieve como la que ahora nos ocupa.

Al límite de reproducción para fines de conservación por instituciones de patrimonio cultural se dedica un capítulo más breve, de apenas doce páginas, a cargo de J. OLAVARRÍA IGLESIA. En él el autor analiza las razones por las que la reproducción para fines de conservación es importante en un contexto de información digitalizada, y explica cómo se ha evolucionado desde un límite más genérico al derecho de reproducción en la Directiva 2001/29, a otro más específico, conectado en particular con el fin de conservación, en la Directiva 2019/790, con el importante añadido de que se trata de una excepción obligatoria y no facultativa para los Estados miembros.

El capítulo describe los preceptos en los que se contempla el derecho de reproducción que se ve afectado por el límite, y se refiere a la exigencia de que las obras formen parte de manera permanente de la colección de la institución de patrimonio cultural. Sin embargo, no hay una reflexión sobre qué significa esa relación de permanencia cuando haya un acuerdo de licencia, ni sobre si es lógico que esta definición sea la misma para este límite y para el de obras fuera del circuito comercial.

M. CLEMENTE MEORO acomete el estudio del nuevo derecho conexo de los editores de prensa, contemplado en el artículo 15 de la Directiva. Y lo hace en tono crítico, desde la premisa de que puede haber fórmulas más idóneas para compensar a los editores de prensa por el provecho que otros sacan de sus inversiones, garantizándoles probablemente más ingresos y eliminando barreras de entrada y costes de transacción y con menor sacrificio para el derecho de información.

El trabajo no llega a decir cuáles serían los modelos de negocio alternativos, a través de los cuales los editores de prensa podrían experimentar más ingresos que mediante un derecho conexo, con mayor eficiencia económica y bienestar social. Antes bien, el articulista va enunciando una serie de reparos que se han planteado frente a la idea de reconocer este derecho a los editores, y va dando réplica a cada uno de ellos.

Así, frente a los reparos técnicos, según los cuales los editores, si quisieran, podrían bloquear de raíz la posibilidad de que los agregadores hicieran uso de sus publicaciones, CLEMENTE MEORO responde que el bloqueo tecnológico no es cien por cien fiable, y además no permite articular auténticas licencias.

Al óbice de que los enlaces en sí son legales conforme a la jurisprudencia del TJUE, se contesta que la Directiva lo ha tenido en cuenta, razón por la cual no concede a los editores un control sobre actos de hiperenlace, y ni siquiera les faculta para impedir el uso de palabras sueltas o de extractos muy breves de sus publicaciones.

Frente al reparo de que este nuevo derecho conexo puede hacer más difícil el acceso a la información y causar un daño a los consumidores, arguye CLEMENTE

MEORO que la Directiva no impide el uso privado o no comercial de las publicaciones de prensa por usuarios individuales, y que la protección no se extiende a los meros hechos o a la información en sí, siendo así que la alternativa sería peor para los consumidores, ya que en ausencia de esa protección se producirían contenidos de menos calidad, habría menos información disponible online y se exigiría el pago por contenidos *premium*.

En cuanto a la objeción de que los editores ya tienen la condición de cesionarios de derechos de autor y no necesitan un derecho propio, CLEMENTE MEORO admite que el derecho de los editores puede afectar al de los autores, porque estos tendrán más dificultad para hacer una explotación independiente de sus contribuciones.

A continuación se refiere el articulista, de manera sucinta, a los precedentes alemán y español, aunque sin referir los litigios surgidos en Alemania —uno de los cuales derivó en la Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2019, dictada en el asunto C-299/17, *VG Media y Google LLC* (en el que las conclusiones del abogado general recayeron el 13 de diciembre de 2018)—, ni reflexionar acerca de si la regulación española es o no compatible con la Directiva.

Sí que hace CLEMENTE MEORO una valoración desde la óptica del Convenio de Berna, para decir que comparte la objeción de que las reseñas de prensa deberían ser tratadas como citas, pudiéndose hacer libremente, incluso en forma de colecciones periódicas, sin necesidad de autorización ni pago de compensación alguna. Sin embargo, debe recordarse que esa objeción se había hecho en relación con el límite del art. 32.2 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual. Lo que la Directiva crea es un nuevo derecho para los editores, el cual podrá tener o no su limitación, pero es desde este ángulo desde el que habría que examinar ahora la cuestión.

Uno de los capítulos importantes del libro, a cargo de J. LÓPEZ RICHART, es el dedicado al artículo 17 de la Directiva 2019/790 («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», pp. 307-366). El autor había ya acometido un estudio sobre la materia, cuando la Directiva aún estaba en proyecto, publicado en las páginas de esta revista («Un nuevo régimen de responsabilidad para las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios en el mercado único digital», *pe. i.*, n° 60 [septiembre-diciembre 2018], pp. 67-126).

Tras una breve introducción, el capítulo comienza presentando el régimen de responsabilidad del artículo 17 de la Directiva, cuando de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea se trata, como una derogación o especialización del más generoso contemplado en la Directiva de Comercio Electrónico para los prestadores de servicios de almacenamiento de datos, ana-

lizando con perspectiva histórica la evolución desde la Directiva 2000/31, de Comercio Electrónico, hasta la Directiva 2019/790 («Hacia una aproximación sectorial de la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento»).

A continuación describe los pormenores de la evolución del artículo 17 de la Directiva, que era el artículo 13 de la Propuesta de Directiva, desde su gestación hasta su configuración definitiva, poniendo de manifiesto los elementos que se han mantenido constantes desde la Propuesta inicial y la diferencia fundamental entre ambos textos («Del art. 13 de la Propuesta al art. 17 de la Directiva»). En este epígrafe se explica cómo el origen de esta regulación se encuentra en el intento de poner coto al llamado «value gap», entendido como *«el supuesto desequilibrio existente entre el valor que obtienen ciertas plataformas digitales de las obras y prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios y el retorno que reciben a cambio los titulares de derechos. Aunque estas plataformas generalmente no cobran por el acceso a los contenidos que almacenan y ponen a disposición del público, lo cierto es que obtienen importantes ingresos derivados de la emisión de anuncios publicitarios y por la comercialización de datos relativos a sus usuarios»* (p. 321). Como dice LÓPEZ RICHART, siendo determinante para el éxito de estos negocio el volumen de usuarios, no es indiferente qué contenidos sean objeto de intercambio. El artículo 17 de la Directiva representa pues una respuesta a la demanda de las industrias de contenidos, que habían venido denunciando que el marco jurídico existente les impedía alcanzar acuerdos de licencia en condiciones de igualdad con las plataformas de intercambio, que les asegurasen una remuneración equitativa por el uso de sus contenidos.

El apartado central del capítulo examina los diferentes aspectos que definen el nuevo régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, partiendo del principio de que, desde la óptica de la Directiva, los prestadores de este tipo de servicios realizan un acto de comunicación al público por el hecho de propiciar el acceso a obras y prestaciones protegidas por derechos de autor («La responsabilidad de las plataformas en línea por los contenidos protegidos cargados por sus usuarios»). A continuación LÓPEZ RICHART examina a qué tipo de servicios se aplica exactamente este régimen de responsabilidad («Ámbito de aplicación del artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790»). Tiene que tratarse de servicios: (i) que almacenen y pongan a disposición del público los contenidos (no basta que den referencias o enlacen a contenidos); (ii) que lo hagan en un gran cantidad y siendo esa su finalidad principal o una de las finalidades principales; y (iii) que organicen y promocionen con fines lucrativos los contenidos que almacenan y a los que dan acceso. Esa definición en positivo se complementa con una serie de casos concretos de prestadores que, pudiendo encajar en la definición, quedan no obstante excluidos de este régimen en todo caso. Aunque, como dice LÓPEZ RICHART, no se trata de supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la norma, sino que directamente no caen dentro del mismo por faltar en ellos algunos de los elementos que los definen (p. 332).

Después de un epígrafe dedicado a recalcar que el régimen sectorial de la Directiva 2019/790 excluye el puerto seguro del artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico («Exclusión del régimen de exención del responsabilidad de la Directiva 2000/31/CE»), el estudio se centra en los presupuestos de los que se hace depender la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, a saber: (i) la realización de los mayores esfuerzos para obtener una autorización, (ii) la realización de los mayores esfuerzos para garantizar la indisponibilidad de contenidos protegidos, y (iii) la actuación expeditiva para retirar o inhabilitar el acceso a contenidos denunciados por los titulares e impedir que vuelvan a ser subidos en la plataforma.

El último gran apartado del capítulo se consagra al estudio de la obligación de implementar técnicas de reconocimiento automatizado de contenidos y su compatibilidad con el Derecho de la Unión. Este apartado gira en torno a dos grandes cuestiones relativas al deber de filtrado, el cual, por un lado, no puede socavar la prohibición de imponer un deber general de supervisión a cargo de los prestadores de servicios intermediarios, y por otro podría colisionar con ciertos derechos fundamentales. En cuanto a lo primero, LÓPEZ RICHART propone un entendimiento del artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico, en virtud del cual no hay deber general de supervisión cuando el filtrado se aplica, con carácter general, pero para la detección de contenidos concretos previamente identificados por los titulares de derechos, en lugar de dirigirse a chequear en abstracto cualesquiera contenidos, para ver si son o no infractores, que es lo que prohíbe ese artículo. En cuanto a lo segundo, lo más delicado le parece lograr un equilibrio entre el deber de filtrado y la salvaguarda de la libertad de expresión e información de los usuarios, pues las técnicas de reconocimiento de contenidos no permiten garantizar, hasta la fecha, que no se detecten falsos positivos, es decir, contenidos considerados erróneamente como susceptibles de ser filtrados, pero que en realidad no son infractores de derechos, porque el uso está amparado por una excepción. En este sentido, el autor hace una lectura crítica del mecanismo de reclamación y recurso previsto en la Directiva para salvaguardar la posición de los usuarios, y cree que no va a ser suficiente en la práctica para garantizar el equilibrio entre la protección de los derechos de autor y el respeto a los límites mencionados en la Directiva, a saber: el de cita, crítica y reseña, y el de parodia, caricatura y pastiche.

Sobre la remuneración equitativa de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes en los contratos de explotación, encontramos dos capítulos consecutivos, el primero, a cargo de C. SAIZ GARCÍA, titulado «El principio de remuneración adecuada y proporcionada en la Directiva 2019/790/UE» (pp. 367-417), y el segundo, a cargo de 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?» (pp. 419-474).

SAIZ GARCÍA analiza el principio de remuneración adecuada y proporcionada del artículo 18 de la Directiva, aunque también dedica sendos epígrafes a la acción de revisión del artículo 20 de la Directiva y al derecho de revocación del artículo 22 de la Directiva, haciendo alguna referencia de pasada al procedimiento alternativo de solución de litigios del artículo 21 de la Directiva. Se puede decir por tanto que este capítulo viene a tratar todas las disposiciones de la Directiva sobre la remuneración equitativa de los autores y artistas, a salvo lo relativo a la obligación de transparencia, que es objeto del capítulo siguiente.

El punto de partida del análisis de SAIZ GARCÍA es que los cesionarios y ulteriores titulares derivativos de los derechos de explotación son quienes tienen realmente la información relativa a la explotación de la obra, la cual no suelen compartir con los autores y titulares cedentes de los derechos, y que esa falta de transparencia se ha agudizado, si cabe, en el entorno digital. Ello explica que el legislador europeo se haya inclinado por esta intervención, que supone reforzar la posición contractual de los creadores de contenidos de cara a paliar el desequilibrio en que estos normalmente se encuentran, frente a sus cesionarios, en todo lo relativo a su contraprestación. Con todo, según SAIZ GARCÍA, ninguna de las medidas de la Directiva sirve para corregir ese desequilibrio *ex ante*, en la primera fase del íter negocial, sino que consisten en medidas llamadas a corregir o rectificar situaciones ya consolidadas, lo que a su juicio las hace menos efectivas.

Sobre el principio de remuneración adecuada y proporcionada, dice SAIZ GARCÍA que no se trata de una referencia a la compensación equitativa ligada a un límite o licencia legal, sino la expresión de que el creador tiene que poder participar de manera adecuada y proporcionada en el valor real que genere la explotación de sus derechos, teniendo en cuenta su contribución a la obra, el tipo de obra, la naturaleza de la explotación y las peculiaridades de cada sector. Este principio no impide que, en función de sectores, circunstancias, tipos de obras y formas de explotación, la remuneración pueda pactarse a tanto alzado.

Refiere la autora que la Directiva contempla la posibilidad de que, entre los mecanismos para aplicar el principio de remuneración adecuada y proporcionada, los Estados miembros hagan uso de la negociación colectiva, y lamenta que la Directiva no haya considerado la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos de solución de controversias también para lo relacionado con la remuneración adecuada y proporcionada, y no solo para la transparencia y el derecho de revocación, si bien cree que en España esa función podría cumplirla la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, apreciación esta última con la que no puedo concordar puesto que este órgano, a menos que se modifiquen sus competencias, solo puede intervenir en conflictos de naturaleza colectiva, no individuales.

Respecto del necesario respeto a la libertad contractual, admite la autora que no se pueden reglar de forma tan estricta las condiciones contractuales de las

cesiones que no se deje margen a la autonomía de la voluntad, pero que los legisladores nacionales pueden acudir a otro tipo de fórmulas, como los derechos irrenunciables de remuneración de gestión colectiva obligatoria, que sirven a reforzar la posición de los creadores como parte débil de las cesiones. Asoma aquí —creo— alguna contradicción, pues más arriba se nos había dicho que la Directiva 2019/790 era criticable precisamente por no prever medidas que de forma directa sirviesen para garantizar *ex ante* el equilibrio entre las partes: la solución de implementar derechos remuneratorios de gestión colectiva obligatoria está aún más alejada de medidas relacionadas con el íter de la negociación entre las partes, antes bien supone la consagración de que nada cabe hacer a nivel de la relación individual entre creador y cesionario, y que por tanto todo debe fiarse al plano de las medidas a nivel colectivo.

Por lo que se refiere a las cesiones a título gratuito, SAIZ GARCÍA admite que pueden producirse, y que debe respetarse la autonomía de la voluntad, pero cree que debería propugnarse una interpretación restrictiva, de forma que salvo disposición expresa y exenta de duda, toda cesión debe presumirse onerosa. También aboga por incluir expresamente en nuestra Ley de Propiedad Intelectual una norma que permitiera al autor revocar *ad nutum* la cesión gratuita de sus derechos, sin perjuicio del deber de indemnizar los daños ocasionados. Y cree que debería extenderse la protección de consumidores y usuarios sobre cláusulas abusivas a los contratos de cesión, como medida garantista de la posición contractual de los creadores.

La autora echa en falta algunas medidas que habrían podido incluirse en la Directiva para mejor garantizar el principio de remuneración adecuada y proporcionada, como la prohibición de los contratos de compra en globo de derechos con ámbitos espacial y temporal ilimitados, y la obligada mención de las modalidades de explotación cedidas, así como la remuneración asignada al autor por cada una de ellas.

El capítulo se cierra con sendos epígrafes, sobre la acción de revisión o cláusula *best seller* y sobre el derecho de revocación.

Acerca de la primera, SAIZ GARCÍA duda de que la acción de revisión pueda someterse a un plazo de ejercicio, como hace el artículo 47 de la Ley de Propiedad Intelectual, y aprecia, acertadamente, que no puede limitarse a los casos en que se haya acordado una remuneración a tanto alzado, sino que deberá valer para toda clase de remuneración de partida. También se muestra partidaria de que no solo se instaure la acción para pedir una remuneración adicional a la inicial, sino para mutar una cesión a tanto alzado en una cesión bajo remuneración proporcional, si bien hay que decir que no parece que la Directiva obligue a esto último.

En cuanto al derecho de revocación, se examinan los requisitos obligatorios de aplicación, como el requerimiento y emplazamiento previos, los requisitos

facultativos que los Estados miembros podrán disponer, como la posibilidad de someter a plazo de ejercicio este derecho o de excluirlo para determinados tipos de obras, así como las causas de exoneración del deber de explotar la obra —que harían inviable el ejercicio del derecho— y su carácter irrenunciable.

El capítulo sobre la obligación de transparencia, a cargo de CABEDO SERNA, contiene una extensa introducción sobre el proceso de gestación y los antecedentes de la Directiva. En cuanto al análisis de la obligación de transparencia, comienza por el examen de su contenido, estructurado en torno a tres elementos: los modos de explotación, el cánón de la *totalidad* de los ingresos generados y la remuneración que corresponde al autor o al artista. En este apartado, hace también CABEDO SERNA alguna observación sobre los derechos a los que se extiende la obligación de transparencia (en principio solo los que hayan sido objeto de armonización por el Derecho de la UE, aunque según la autora también podría quedar cubierto indirectamente el derecho de transformación), la falta de mención del derecho de los autores a comprobar la información facilitada por los licenciarios, y el carácter no cerrado de los ingredientes de la obligación de transparencia, lo que hace que los Estados miembros puedan ampliarla a otros aspectos.

Por lo que se refiere a los requisitos de la obligación de transparencia, se analizan, de un lado, su periodicidad (al menos una vez al año) y de otro el estándar de transparencia (información actualizada, pertinente y exhaustiva, teniendo en cuenta las características de cada sector, así como la evitación de que se convierta en una carga administrativa desproporcionada).

En cuanto a los sujetos involucrados en la obligación de transparencia, CABEDO SERNA habla de los autores por una parte, y de los cesionarios y subcesionarios por otra, poniendo especial énfasis en señalar la exclusión de las licencias otorgadas por las entidades de gestión, las cuales se atienen a su propio régimen de transparencia conforme a la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines.

En el caso de los cesionarios, CABEDO SERNA entiende que la Directiva se refiere únicamente a aquellos que lleven a cabo una explotación comercial de la obra, y no a los usuarios finales que no explotan por sí mismo la obra. Asimismo, cree que la obligación de transparencia no es exigible en el caso de las licencias públicas generales concedidas por el autor (v. gr. *Creative Commons*), ni en general en supuestos de cesiones a título gratuito, pero sí cuando se trate de una cesión legal o de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, cuyo régimen se contiene en el artículo 17 de la Directiva.

Tras abordar el caso de que, por no ser significativa la contribución del autor, la obligación de transparencia puede exceptuarse, y referir la posibilidad de que

la obligación de transparencia sea objeto de acuerdos de negociación colectiva, el capítulo se cierra con un epígrafe a modo de recapitulación.

Los tres últimos capítulos del libro, como anuncié, no guardan relación con la Directiva 2019/790, ni propiamente con aspectos de propiedad intelectual en el mercado único digital.

El primero de ellos («La remuneración equitativa de los autores audiovisuales mediante un derecho de remuneración irrenunciable de gestión colectiva», a cargo de R. XALABARDER, pp. 475-510), tal y como se explica en la primera nota a pie, es un trabajo basado en otro de la misma autora («The equitable remuneration of audiovisual authors: a proposal of unwaivable remuneration rights under collective management»), publicado en la *Revue Internationale du Droit d'Auteur* (RIDA), vol. 255 (2018), pp. 5-71, que a su vez partía del estudio encargado por la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, accesible desde <https://www.cisac.org/CISAC-University/Library/Studies-Guides/AV-Remuneration-Study>.

El trabajo, como se desprende de su título, gira en torno a la posibilidad de instaurar a nivel internacional un derecho de remuneración equitativa a favor de los autores audiovisuales, de naturaleza irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria, siguiendo en parte el modelo del derecho previsto en el artículo 90.4 de la Ley de Propiedad Intelectual española, aunque con matices importantes. Así, en nuestra Ley no se contempla como un derecho residual que se retiene a cambio de haber cedido al productor el correspondiente derecho exclusivo, sino que puede llegar a solaparse con el derecho exclusivo, mientras que la propuesta de XALABARDER consiste en sugerir la instauración de un derecho remuneratorio de gestión colectiva obligatoria, que el autor retiene en su poder toda vez que haya cedido al productor el derecho exclusivo correspondiente, no pudiendo darse por tanto un solapamiento.

El capítulo comienza con un análisis introductorio sobre cómo funciona la comercialización de las obras audiovisuales, y cómo los autores audiovisuales se ven a menudo desprovistos de sus derechos a causa de la cesión al productor, sin llegar a ser partícipes de los rendimientos que genera la obra a la que han contribuido, existiendo una variedad de fórmulas alrededor de la titularidad de la obra audiovisual y de la acumulación de derechos a favor del productor que complica la armonización legislativa en la materia.

El estudio también describe algunos principios básicos sobre el rol de las entidades de gestión colectiva, lo que suponemos que tiene que ver con el hecho de que el trabajo fuese en origen un encargo de la CISAC, y estuviera probablemente concebido para difundirse en un gran número de países y a grupos de destinatarios muy desiguales en cuanto a su conocimiento de dichos principios. Algo similar cabe decir de las referencias a la función de los derechos remuneratorios

y a su plasmación en algunos instrumentos internacionales y comunitarios. Mayor interés para un lector avezado tiene el repaso de los derechos remuneratorios existentes en Estados miembros de la UE que pueden beneficiar a los autores audiovisuales, análisis que se extiende luego a países terceros, desde Georgia, Rusia o la India, hasta México, Argentina, Chile o Colombia.

El núcleo del estudio es la parte en la que se formula y explica la propuesta conforme a la cual XALABARDER propone articular ese derecho de remuneración, de carácter irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria, a favor de los autores audiovisuales, a cambio de la cesión de sus derechos exclusivos al productor (pp. 492-500).

Conforme a la propuesta, el derecho remuneraría «cualesquiera actos de explotación» de las obras audiovisuales, y sería abonada «directamente por los licenciarios» [del productor; se entiende]. A mi modo de ver, al efecto de facilitar una eventual implementación práctica del derecho, ambos aspectos admitirían ser perfilados. Así, sería preferible ceñir explícitamente el derecho a las modalidades de explotación que, para empezar, hayan sido objeto de cesión al productor (v. gr. algunas formas de transformación no suelen serlo). Por otro lado, algunas explotaciones secundarias de las obras audiovisuales son protagonizadas por sujetos que no son licenciarios contractuales del productor (v. gr. operadores de retransmisión por cable, establecimientos hoteleros), y que, en muchas jurisdicciones, se encuentran ya remuneradas a favor de los autores a través de un derecho de gestión colectiva obligatoria.

Frente a la apreciación de que un derecho de esta naturaleza no afectaría al productor, en la medida en que sería un pago que el licenciario habría de asumir al margen de lo ya abonado a aquél, es lógico pensar que antes o después provocará una merma en la retribución que los licenciarios estén dispuestos a pagar directamente a los productores a cambio de los actos de explotación gravados con ese derecho. Claro que ello, a su vez, determinaría que el productor tendiera a remunerar menos por vía del contrato a los autores, en tanto estos ya dispondrían del derecho remuneratorio gestionado a nivel colectivo. A la larga, por tanto, los efectos económicos para los autores del reconocimiento de un derecho de este tipo tenderán a ser neutros, ya que la remuneración por la explotación de la obra audiovisual se basa en un sistema de relaciones intercomunicadas (la relación autor-productor, la habida entre productor y licenciario y la relación entre autor y licenciario), de modo que la incidencia sobre una cualquiera de ellas tendrá repercusión, más o menos mediata, en las otras dos.

Tras exponer los beneficios que comportaría, calificar la naturaleza del derecho y desgarnar los diversos elementos de la propuesta de manera pormenorizada, XALABARDER sostiene la conformidad que un derecho de este tipo tendría con los instrumentos internacionales y con el Derecho de la UE en particular. En

este punto podría apreciarse cierta contradicción en que, tras defender que un derecho así sería plenamente acorde con el Derecho de la Unión, se diga que también podría sostenerse que los derechos residuales de remuneración son una medida contractual y que, al tratarse de una materia de Derecho nacional no armonizada, depende de los legisladores de los Estados miembros implementarlos o no.

Sea como fuere, lo que cuesta aceptar es que, en concreto, la Directiva 2019/790 haya venido a corroborar la compatibilidad del derecho remuneratorio propuesto en este capítulo con el Derecho de la Unión, por cuanto —cree XALABARDER— deja margen a los Estados miembros para introducir derechos de remuneración. La Directiva ha introducido una regulación que, en mucha mayor medida que instrumentos anteriores, es obligatoria para los Estados miembros e imperativa para las partes. Por lo demás, ninguno de sus preceptos se refiere al tema de la remuneración por la explotación de las obras audiovisuales, por lo que parece difícil invocarla para defender la posibilidad de introducir un derecho remuneratorio de nuevo cuño sin anclaje en ninguna de las medidas introducidas por la Directiva. Junto con ello, la aproximación que maneja es precisamente la de fortalecer el Derecho contractual primario de autor, lo cual resulta ser el método opuesto al de conceder a los autores derechos de simple remuneración residuales. En suma, todo apunta a que la Directiva 2019/790 sería el instrumento de Derecho de la Unión menos idóneo para apoyar en él la introducción de un derecho de remuneración como el que es objeto de la propuesta.

En cuanto a las hipotéticas opciones de implementación del derecho al que se refiere su propuesta, la autora cree plausible introducirlo a través de una revisión del Convenio de Berna o del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, aunque cree que sería preferible elaborar un instrumento *ad hoc*. Dicho lo cual, ve más factible una plasmación a nivel de Derecho de la UE, considerando en este sentido una oportunidad perdida que la Directiva 2019/790 no lo haya hecho. La inferencia, dicho sea de paso, es que en el estado actual de la legislación de la Unión no hay ninguna consideración hacia un derecho de este tipo. A la postre, XALABARDER apuesta por una incorporación desde abajo en las diversas legislaciones nacionales, de modo que poco a poco se vaya expandiendo su reconocimiento, lo que hay que entender que a la larga exigiría una acción armonizadora del legislador comunitario.

El capítulo siguiente, a cargo de C. GARCÍA MIRETE, analiza el Reglamento (UE) 2017/1128, sobre portabilidad transfronteriza de servicios de contenidos en línea en el mercado interior (pp. 511-549). Tras una introducción sobre lo que significa la portabilidad de los servicios en línea y la contextualización de este Reglamento en el marco de otras iniciativas relacionadas con la estrategia para el mercado único digital, la autora expone los objetivos del Reglamento, se refiere a la crisis del principio de territorialidad, y caracteriza la portabilidad

transfronteriza como una obligación relacionada con la calidad de los servicios de contenidos en línea, distinguiéndola y poniéndola en relación con el bloqueo geográfico injustificado: mientras que las medidas contra éste tratan de asegurar el acceso a un servicio prestado desde un país donde no se reside, la portabilidad busca garantizar la facultad de portar a otro país el servicio prestado desde el país de residencia.

Viene a continuación el estudio del ámbito de aplicación del Reglamento: servicios que son portables y sujetos afectados por la portabilidad transfronteriza, a saber, los abonados y los prestadores de servicios de contenidos en línea, ya sea o no a cambio de un precio.

Una parte importante del Reglamento, y por ende del trabajo, es la referida a la determinación del lugar en que se entiende producida la prestación, el acceso y la utilización del servicio de contenidos en línea portable; que no es en cada uno de los países a donde se mueva el abonado, sino el país de origen de este último, donde reside y ha suscrito el servicio. De ahí la importancia de determinar el estado miembro de residencia del usuario.

También examina GARCÍA MIRETE la cuestión de qué debe entenderse por traslado temporal del abonado a otro Estado miembro —circunstancia que da pie a activar la portabilidad—, así como la eficacia retroactiva e imperativa del Reglamento, sin que pueda ser impedida por lo previsto en cláusulas contractuales ya pactadas.

El capítulo se cierra con un balance, no muy halagüeño, de la aplicación del Reglamento tras un año de vigencia. La autora cree que quedan cabos sueltos, como la falta de concreción de sanciones a los prestadores que incumplan las obligaciones de portabilidad, o el hecho de que no se determine el criterio de temporalidad de la estancia en otro Estado miembro; aunque no deja de ser paradójico que admita ser temprano para hacer una valoración sobre los efectos del Reglamento.

El último capítulo del libro, de A. SERRA RODRÍGUEZ, se refiere al régimen de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019. Tras una introducción en la que se contextualiza este instrumento comunitario en el marco de otros que se han ido adoptando en relación con la Estrategia para el Mercado Único Digital, se trazan tres grandes bloques temáticos: el ámbito objetivo de aplicación, el ámbito subjetivo de aplicación y la falta de conformidad.

El ámbito objetivo se refiere al concepto de contenido y de servicio digital, y al de contrato de suministro, prestando especial atención al caso en el que la contraprestación consiste en la cesión de datos personales por parte del usuario. En cuanto al ámbito subjetivo, se examina la cuestión de quién debe

considerarse proveedor del contrato de suministro, y en concreto si procede o no incluir a las plataformas de intermediación en línea que distribuyen productos digitales producidos por terceros. En el apartado dedicado a la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales se tratan el criterio de conformidad manejado, los plazos establecidos (de garantía, de presunción de falta de conformidad y de prescripción de las acciones) y los remedios ante la falta de conformidad.

Como decía al comienzo de esta reseña, estamos ante un volumen del máximo interés, que contiene algunos trabajos que se convertirán en una referencia doctrinal, en la medida en que van más allá de la descripción de los preceptos de la Directiva y del proceso de gestación de la misma. El hecho de que no se trate de un estudio exhaustivo de la Directiva 2019/790, y de que no todos los trabajos guarden relación con los derechos de propiedad intelectual en el mercado único digital, no ensombrece el palpable y meritorio esfuerzo de coordinación, que da como resultado un grado de coherencia interna muy superior al habitual en libros de esta especie. Hagamos votos para que las directoras sigan incitando la actividad de los investigadores que han alumbrado este volumen, y de este modo pronto podamos disfrutar de un nuevo fruto del trabajo de todos ellos.