

LA NUEVA FORMULACIÓN DEL LÍMITE DE ACCESIBILIDAD PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Por Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ¹
Profesora Titular de Universidad
Universidad Miguel Hernández de Elche

Fecha de recepción: 07.06.2019

Fecha de aceptación: 07.07.2019

RESUMEN: Este artículo analiza la nueva redacción del límite referido a la accesibilidad de personas con discapacidad en relación con las obras intelectuales. A pesar de que con la incorporación de la DDASI al Derecho español el límite se extendía a todas las persona con discapacidad, vamos a exponer en qué términos y de qué manera con el Tratado Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, con el Reglamento (UE) 2017/1563 y con la trasposición de la Directiva (UE) 2017/1564, se hace especial referencia a este colectivo.

PALABRAS CLAVE: Propiedad intelectual, límites al derecho de autor, personas con discapacidad, personas ciegas, personas con discapacidad visual, personas con otras dificultades para acceder a textos impresos.

SUMARIO: I. ESTADO DE LA CUESTIÓN. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. II. SITUACIÓN DEL LÍMITE ANTES DE LA REFORMA LEGAL: UN RECORRIDO DESDE LA LPI 1987 HASTA EL TRLPI 1996, PASANDO POR LA DIRECTIVA 2001/29/CE. III. LA REFORMA DEL LÍMITE. 1. FUENTES INTERNACIONALES A TENER EN CUENTA. EL TRATADO DE MARRAKECH DE 27 DE JUNIO DE 2013. 2. FUENTES EUROPEAS: LA DIRECTIVA (UE) 2017/1564 Y EL REGLAMENTO (UE) 2017/1563. 3. FUENTES NACIONALES. 3.1. *Necesidad de la reforma legal.* 3.2. *El proceso de reforma: Del Real*

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto PROMETEO/2018/088 El mercado único digital para Europa. Aspectos de Derecho privado, financiado por la Conselleria d'Educació, Investigació, Cultura i Esport de la Generalitat Valenciana.

Decreto-ley 2/2018 al Proyecto de Ley de 2018. 3.3. Requisitos de aplicación del nuevo art. 31 ter TRLPI. 3.3.1. Ámbito comprendido. 3.3.2. Derechos incluidos. 3.3.3. Presupuestos legales. IV. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL LÍMITE EN OTROS PAÍSES. V. A MODO DE CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

TITLE: The new wording of limitation on copyright for the benefit of Persons with disabilities under Spanish Intellectual Property Act.

ABSTRACT: This paper analyses the new wording of the limitation referred to the accessibility for people with disabilities in connection with intellectual works. Despite the introduction of DDASI into Spanish law the limit has already been extended to the persons with disabilities, we are going to explain on what terms and in what way, with the Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired, or Otherwise Print Disabled, in accordance with the Regulation (EU) 2017/1563, and when transposing the Directive (EU) 2017/1564, special reference is made to these people.

KEY WORDS: Intellectual property, limitations on copyright, persons with disabilities, persons who are blind, persons who are visually impaired, persons who are otherwise print disabled.

CONTENTS: I. THE STATE OF THE QUESTION. PEOPLE WITH DISABILITIES. II. THE CONTEXT OF THE LIMIT BEFORE THE LEGAL REFORM: A JOURNEY THROUGH THE LPI 1987 TO THE TRLPI 1996, PASSING BY DIRECTIVE 2001/29/CE. III. THE REFORM OF THE LIMIT. 1. INTERNATIONAL SOURCES TO TAKE INTO ACCOUNT. THE MARRAKESH TREATY ON 27 JUNE 2013. 2. EUROPEAN SOURCES: THE DIRECTIVE (EU) 2017/1564 AND THE REGULATION (EU) 2017/1563. 3. NATIONAL SOURCES. 3.1. *The need for the legal reform.* 3.2. *The reform process: From the Royal Decree-Law 2/2018 to the Bill of 2018.* 3.3. *The application requirements of the new art. 31 ter TRLPI.* 3.3.1. Scope of application. 3.3.2. Rights included. 3.3.3. Legal requirements. IV. THE CURRENT REGULATION OF THE LIMIT IN OTHER LEGAL SYSTEMS. V. IN CONCLUSION. VI. BIBLIOGRAPHY.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El capítulo II del Título III del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en adelante TRLPI), con el Título de «Límites» se refiere a aquellos supuestos en los que se

puede llevar a cabo la utilización de una obra intelectual ajena sin necesidad de previo consentimiento por parte del autor o del titular de los derechos, e incluso, en algunos de estos casos, sin necesidad de pagar remuneración alguna por el uso realizado. A pesar de la opción terminológica por la que se ha decantado el legislador español, nos resulta más concisa la denominación «excepciones» mientras que, por otro lado, preferimos reservar la denominación «limitaciones» para los casos en los que a pesar de que no se necesite el consentimiento del autor, sin embargo el uso está sujeto al pago de una remuneración².

En concreto, y por ir entrando en el tema que nos ocupa, en materia de discapacidad el año 2006 constituye un punto de inflexión, fundamentalmente a raíz de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, más conocida como Convención de Nueva York, firmada el 13 de diciembre de 2006³. A partir de ese momento podemos decir que la accesibilidad se convierte en una cuestión de derechos humanos.

En este sentido, no hace falta recordar que las personas con discapacidad, término adoptado por la Convención de Nueva York, se enfrentan constantemente a barreras que les impiden desenvolverse con normalidad. El derecho a la cultura es un derecho al que cualquier persona debería tener acceso en las mismas condiciones que el resto, tal y como por ejemplo proclama la propia Declaración de Derechos Humanos en su art. 27 párrafo primero: «Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten». Asimismo, nuestra Constitución se pronuncia en la misma línea en su art. 44.1: «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho». Llegados a este punto conviene relacionar este artículo con el art. 49 CE que, si bien en su momento supuso

² Para una explicación más detallada vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: «La utilización de una obra intelectual en favor de personas con discapacidad», en *Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*, coord. J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 240-241. Por su parte, S. LÓPEZ MAZA, diferencia entre límites absolutos (los que permiten el uso de contenidos protegidos sin necesidad de contar con la autorización del titular de los derechos y sin tener que pagar una compensación) y límites relativos (los que permiten el uso sin autorización pero en este caso el beneficiario ha de pagar una compensación), vid. «Comentario al art. 31 bis», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2017, p. 602. En relación con la Directiva 2001/29/CE, I. STAMATOUDI y P. TORREMANS, establecen que el art. 5 se refiere a las «excepciones y limitaciones», términos que pone en el mismo nivel pero no define después, a pesar de que se refieren a diferentes conceptos legales: una excepción describe la derogación de una regla o principio, mientras una limitación indica que el derecho exclusivo no se extiende a un uso particular de la obra. En opinión de los autores, el término «limitación» es, sin embargo, más preciso: lo que debe expresarse es la necesidad de determinar el alcance exacto del derecho de autor, es decir, delimitar el derecho y no la idea de que los usos no autorizados se consideren la excepción al amplio derecho exclusivo, vid. *EU Copyright Law. A Commentary*, Edward Edgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, Northampton, MA, 2014, pp. 438-439.

³ La Convención fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, publicada en el BOE de 21 de abril de 2008 y está en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

un gran avance en torno a la protección de las personas con discapacidad, después de más de cuatro décadas se ha quedado desfasado, sobre todo a raíz de la citada Convención de Nueva York. Si el art. 49 CE establece que «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (...)», algo no encaja bien con los tiempos actuales. De ahí que el 7 de diciembre de 2018 el Consejo de Ministros aprobase el Anteproyecto de ley para iniciar una reforma constitucional del artículo 49 y así modificar no sólo el lenguaje que utiliza, sino también su estructura y contenido⁴.

Antes de seguir avanzando en esta línea es necesario aclarar que si bien tiempo atrás se ha venido utilizando términos como «minusválido», «disminuido», «inválido», «deficiente», «impedido» o «discapacitado»⁵, hoy por hoy se debería evitar emplear esas denominaciones y a la vez dotar de fuerza a la expresión «personas con discapacidad». A estos efectos, la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (más conocida como Ley de Dependencia), dispone que: «Las referencias que en los textos normativos se efectúen a minusválidos y a personas con minusvalías se entenderán hechas a personas con discapacidad. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas para las Administraciones públicas utilizarán los términos “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad” para denominarlas». En este punto considero que habría que hacer una interpretación extensiva incluyendo en el texto, además de las referencias a minusválidos y las personas con minusvalías, las referencias a disminuidos, inválidos y discapacitados que todavía hoy se encuentran en algunas normas.

Hecha esta precisión y una vez aclarado que el término más acorde con el contexto actual es el de «personas con discapacidad» podemos prescindir de este debate terminológico y resaltar la expresión donde la persona va delante

⁴ El texto articulado de la propuesta del nuevo art. 49 de la Constitución proyectado es el siguiente: Artículo uno. El artículo 49 de la Constitución Española queda redactado como sigue: «1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación. 2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad. 3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes. 4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Disponible en http://www.mpr.gob.es/prencom/notas/Documents/071218_Art49Consti.pdf (consulta de 24/03/2019).

⁵ En relación con estas denominaciones cabe citar, entre otras, la Ley 13/1982, de Integración de los Minusválidos y su RD 1971/1999, regulador del Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Cualificación del Grado de Minusvalía; el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, que se refiere a la incapacidad y a la invalidez; o la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, que contiene ciertas disposiciones protectoras de las personas «minusválidas».

del adjetivo («Person First»), siendo la «persona con discapacidad o la persona en situación de discapacidad» el término que recoge la Convención, como venimos señalando.

La discapacidad, de acuerdo con el art. 1.2 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, comprende cualquier deficiencia de tipo físico, mental, intelectual o sensorial (afecte o no a las facultades intelectivas o volitivas de la persona) a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás⁶. En este contexto, todos debemos tener derecho a las mismas oportunidades. Precisamente el propósito de la Convención es «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente» (art. 1.1). La Convención considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo. En este sentido, en su art. 9 («Accesibilidad») establece que en aras de que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados partes han de adoptar las medidas necesarias para garantizarles el acceso, en igualdad de condiciones con los demás, al entorno físico, al transporte, la información y las comunicaciones, las tecnologías y sistemas, así como a otras instalaciones y servicios públicos o abiertos al público. Así las cosas, no podemos olvidar que la Convención es Derecho internacional, y que según el art. 96.1 CE y el art. 1.5 CC forma parte de nuestro ordenamiento jurídico e incluso a tenor del art. 10.2 CE.

Una vez sentado lo anterior, centraremos ahora nuestra atención en el texto refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (conocida como Ley General de Discapacidad o LGD), aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que con el fin de actualizar la legislación existente en esta materia, refundió, aclaró y armonizó en un único texto, las principales leyes en materia de discapacidad⁷,

⁶ Así queda recogido también en el art. 1 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁷ La disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, contiene una «Autorización al Gobierno para la refundición de textos legales»: «El Gobierno elaborará y aprobará antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad». Ese texto es la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

derogando la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de las Personas con Discapacidad (LISMI)⁸, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad (LIONDAU)⁹ y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el Régimen de Infracciones y Sanciones en materia de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad.

Esta tarea de refundición conllevó un cambio sustancial del marco normativo de la discapacidad tomando como referente principal la mencionada Convención de Nueva York. En la Ley 1/2013 General de la Discapacidad se determinan las pautas básicas para lograr la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad a partir de los principios de vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de diversidad funcional.

Por lo tanto resulta incuestionable, como no podía ser de otro modo, que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que el resto. Las administraciones públicas han de proteger de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en materia de igualdad entre mujeres y hombres, salud, empleo, protección social, educación, tutela judicial efectiva, movilidad, comunicación, información y acceso a la cultura, al deporte, al ocio, así como de participación en los asuntos públicos, en los términos previstos en este Título y demás normativa que sea de aplicación (art. 7 LGD).

En esta Ley, de forma similar a la Convención de Nueva York, se entiende por discapacidad la «situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 2 LGD) y en su art. 4 añade que «Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Además, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento (...)».

⁸ La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de las Personas con Discapacidad fue la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias, por tanto el primer texto en dar cumplimiento al 49 CE. Supuso un punto de inflexión y fue el detonante de un cambio de mentalidad en materia de integración laboral para las personas con discapacidad.

⁹ La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, supuso un renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad, centrándose especialmente en dos estrategias de intervención: la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal.

Asimismo, es importante traer a colación el art. 22, referido a la accesibilidad, que incide en que las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de forma independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida, para lo cual los poderes públicos han de adoptar las medidas necesarias para asegurar la accesibilidad universal.

Por último, aunque con otra finalidad pero en la misma dirección de favorecer a las personas con discapacidad, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁰, supuso un paso decisivo en la reforma del Derecho español para acomodarlo a la Convención, modificando casi una veintena de leyes. Sin embargo, retrasó la reforma procesal y sustantiva a un momento posterior, tal y como plasmó en su disposición adicional séptima, en donde instaba al Gobierno para que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de dicha Ley (3 de agosto de 2011), remitiera a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación de la normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo que se refiere al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que el resto. A tal fin, el Consejo de Ministros el 21 de septiembre de 2018, es decir, varios años después de lo previsto, aprobó el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal de en materia de discapacidad, actualmente paralizado por la disolución de las Cortes¹¹.

II. SITUACIÓN DEL LÍMITE ANTES DE LA REFORMA LEGAL: UN RECORRIDO DESDE LA LPI 1987 HASTA EL TRLPI 1996, PASANDO POR LA DIRECTIVA 2001/29/CE

Entre los límites previstos en torno a los derechos de autor, nuestra legislación sobre propiedad intelectual comprende el que se refiere a la utilización de las obras intelectuales por personas con discapacidad. Ya en el art. 31.3 de la derogada Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, se establecía que las obras que estuvieran divulgadas podían reproducirse sin autorización del autor, aunque sólo se incluía a los invidentes y al sistema Braille u otro procedimiento específico. Este texto se traslada, con el mismo contenido y numeración, al Real Decreto 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el TRLPI, con la única novedad de que se le añade un título al art. 31: «Reproducción sin autorización». Sin embargo, tras la reforma operada por la

¹⁰ En el plano reglamentario destaca el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹¹ Disponible en https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428999454?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF (consulta de 24/03/2018).

Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el TRLPI y se transpone 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 (en adelante DDASI¹²), se modifican tanto su contenido como su numeración, pasando a formar parte del artículo 31 bis, titulado «Seguridad, procedimientos oficiales y discapacidades», concretamente de su segundo apartado, en el que el límite se amplía para incluir a todas las personas con discapacidad.

En la DDASI se preveía un elenco de excepciones que, a excepción de la excepción referida a la realización de reproducciones técnicas transitorias en el entorno digital —las llamadas copias provisionales— (art. 5.1 DDASI), se concibieron con carácter dispositivo. De modo que, a pesar de que uno de los objetivos iniciales de la Directiva fuera armonizar las legislaciones nacionales, podemos decir que en realidad la libertad que se dejó a los Estados en esta materia restó eficacia a dicha iniciativa¹³.

A este respecto, lo que más nos interesa destacar ahora es que con anterioridad a la transposición tanto de la Directiva 2001/29/CE como de la Directiva (UE) 2017/1564 al Derecho español, la excepción a la que nos estamos refiriendo ya existía —aunque por supuesto no con el mismo desarrollo—, en nuestro ordenamiento jurídico. Efectivamente, la excepción prevista en el actual art. 31 ter TRLPI no se introduce *ex novo* en nuestro ordenamiento jurídico. Ni siquiera en el anterior art. 31 bis párrafo segundo TRLPI tras la reforma operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, se introduce por vez primera sino que, con anterioridad, el entonces art. 31.3 LPI 1987 señalaba que las obras ya divulgadas podían reproducirse sin autorización del autor «[p]ara uso privado de invidentes, siempre que la reproducción se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y que las copias no sean objeto de utilización lucrativa». Como podemos constatar, al menos en nuestro Derecho el ámbito subjetivo de esta excepción se circunscribía inicialmente a las personas ciegas y sólo se aplicaba al derecho de reproducción. Aun con todo, y a pesar de la

¹² Por todos es sabido que aunque a primera vista la armonización parecía sustancial, una mirada más de cerca revela que de las veintiuna excepciones solo una (reproducciones provisionales) es imperativa, mientras el resto son opcionales, por todos, KUR, A./DREIER, T.: *European Intellectual Property Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, 2013, p. 271; WALTER, M.M./VON LEWINSKI, S.: *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 1020.

¹³ A la luz del conjunto de las disposiciones de la Directiva relativas a las excepciones a los derechos, se desprende que la armonización es sólo parcial y el texto se presenta como la primera etapa del camino hacia una armonización más completa, KÉRÉVER, A.: «Directiva Europea relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información», B.D.A., 2001-1, vol. XXXV, p. 14. Los Estados miembros podían elegir entre las excepciones y limitaciones recogidas en la Directiva (la llamada shopping list), por todos, DREIER, T.: «La transposition de la directive 2001/29/CE en droit d'auteur allemand: la loi sur la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information (Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft)», *Prop. Intell.*, 2004, n° 10, p. 576.

literalidad del precepto, se antojaba una interpretación teleológica que atendiera a la finalidad de la propia norma, en la que no tenía demasiado sentido que se excluyeran otros supuestos de discapacidad. Incluso en aquel momento fue unánime la opinión de la doctrina al señalar que lo deseable hubiera sido que dicho artículo se hubiera formulado en términos más genéricos, tanto en relación con las personas comprendidas como en torno a la consideración de las facultades patrimoniales permitidas¹⁴.

El art. 31.3 de la LPI de 1987 al que nos acabamos de referir fue incorporado con idéntico contenido y numeración al TRLPI aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Posteriormente, con la reforma operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, se convirtió en el art. 31 bis párrafo segundo, que además de cambiar de numeración se estrenaba con una nueva redacción, fruto de la transposición al Derecho español de la DDASI. No en vano, el art. 31 bis párrafo segundo del TRLPI se asemeja mucho al art. 5.3.b) de la citada Directiva.

En este sentido, señala el Preámbulo (I y II) de la Ley 23/2006, de 7 de julio, que la introducción del nuevo art. 31 bis respondía a una mejor sistematización de límites que ya existían pero cuya ubicación resultaba inadecuada, al no afectar solo al derecho de reproducción, sino también al derecho de distribución y al derecho de comunicación pública. A tenor del art. 31 bis párrafo segundo «[t]ampoco necesitan autorización los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en beneficio de personas con discapacidad, siempre que los mismos carezcan de finalidad lucrativa, guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se limiten a lo que ésta exige».

La redacción de este párrafo segundo del art. 31 bis se mantiene intacta en el actual párrafo primero del art. 31 ter aprobado por la Ley 2/2019, de 1 de

¹⁴ Entre otros, LLEDÓ YAGÜE, F.: «Comentario al art. 31», en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1989, p. 508; DÍAZ ALABART, S.: «Comentario al art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual», en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 1994, t. V, vol. 4º A, pp. 542-543; PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, C.: «Comentario al art. 31», en Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1997, p. 606; *ibid.*, 2007, p. 581; BONDÍA ROMÁN, F.: «Comentario al art. 31», en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, J.M. Rodríguez Tapia/F. Bondía Román, Civitas, Madrid, 1997, p. 168; DE ROMÁN PÉREZ, R.: Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías, Reus, Madrid, 2003, p. 423; GALÁN CORONA, E.: «Los derechos patrimoniales del autor (reproducción, distribución y puesta a disposición) tras la reforma introducida por la Ley 23/2006, de 7 de julio», en Reformas recientes de la propiedad intelectual, coord. C. Rogel Vide, Reus, Madrid, 2007, pp. 53-54. En el plano internacional se defiende la misma postura, así, KING, S./MANN, D.: «Copyright: How can barriers to access be removed? An action plan for the removal of some copyright barriers that prevent equitable access to information by people with print disabilities», World Library and Information Congress: 70th IFLA General Conference and Council, 22-27 agosto 2004, Buenos Aires, Argentina, disponible en <http://www.ifla.org/IV/ifla70/prog04.htm>, p. 8 (consulta de 10/01/2019).

marzo, por la que se modifica el TRLPI. Tan solo, por cuestiones obvias, hay un cambio de adverbios: la redacción actual comienza con un «No» en lugar de con un «tampoco», pues ahora estamos ante un artículo independiente, el art. 31 ter, y no ante el segundo párrafo del anterior art. 31 bis.

III. LA REFORMA DEL LÍMITE

Merece nuestra atención centrarnos ahora en tres ámbitos de actuación distintos, el internacional, el europeo y el nacional. En el ámbito europeo el Tratado de Marrakech marcó un antes y un después en torno al acceso a las obras publicadas de las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. Consecuencia de ello, el 13 de septiembre se promulgaron en Europa la Directiva (UE) 2017/1564 y el Reglamento (UE) 2017/1563. En concreto, el 20 de septiembre de 2017 el Diario Oficial de la Unión Europea publicaba la mencionada Directiva con fecha límite de transposición a más tardar el 11 de octubre de 2018, así como también publicaba el citado Reglamento, vigente desde los veinte días de su publicación, es decir, a partir del 12 de octubre. Con ambos textos la Unión Europea viene a cumplimentar las obligaciones asumidas con la firma del mencionado Tratado de Marrakech.

A su vez, el legislador español ha transpuesto la Directiva con la Ley 2/2019, de 1 de marzo, tal y como vamos a ir viendo a lo largo de las páginas que siguen.

1. FUENTES INTERNACIONALES A TENER EN CUENTA. EL TRATADO DE MARRAKECH DE 27 DE JUNIO DE 2013

Entre los límites o excepciones de los derechos de autor en muchos países se contempla uno en beneficio de personas con discapacidad, que les permite convertir en formato accesible materiales impresos que de entrada no lo son. Últimamente este límite está inclinando la balanza hacia las personas ciegas, con discapacidad visual o con alguna discapacidad física que les impida manipular un libro. Tratándose de un límite, no es necesario contar con la autorización del titular de los derechos, si bien es cierto que en algunos de esos ordenamientos jurídicos se contempla una remuneración a su favor¹⁵.

Con todo, el hecho de que esta excepción no estuviera armonizada dificultaba el tráfico internacional y, precisamente para contribuir a ese intercambio transfronterizo, es por lo que surge el Tratado de Marrakech, sobre todo con el objetivo de favorecer el derecho a la educación y la cultura de las personas ciegas o con alguna discapacidad que les impida leer textos impresos o ma-

¹⁵ El propio art. 4.5 del Tratado de Marrakech establece que corresponde a los Estados determinar si las limitaciones y excepciones previstas en el art. 4 están sujetas a remuneración.

nipular un libro. Para ello se parte de la premisa de que esos derechos a la educación y a la cultura no se pueden restringir por cuestiones territoriales, sino que hay que eliminar fronteras y permitir el intercambio de ejemplares accesibles entre todos los países.

En concreto, el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, fue impulsado por la Organización Mundial de la Propiedad intelectual (OMPI) y aprobado el 27 de junio de 2013¹⁶. Se caracteriza por su dimensión de desarrollo humanitario y social, siendo su objetivo principal el de recoger una excepción obligatoria en beneficio las personas que enumera. El Tratado respeta la normativa internacional de derechos humanos, incorporando principios fundamentales recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención de Nueva York sobre Derechos de Personas con Discapacidad y se preocupa especialmente por introducir la excepción al derecho de autor que permita llevar a cabo la reproducción, distribución y puesta a disposición de obras ya publicadas, en algún formato que sea accesible para los invidentes, las personas con discapacidad visual u otras dificultades para acceder al texto impreso¹⁷. Por lo tanto este Tratado constituye un importante paso de ámbito internacional por eliminar barreras limitativas en la producción y circulación de obras accesibles, ampliar el catálogo de excepciones a los derechos de autor en las legislaciones internas de los países que lo ratifican a favor de estos colectivos y, sobre todo, permitir el intercambio de libros en estos formatos a través de sus fronteras, fomentándose el intercambio internacional de obras accesibles¹⁸.

Entre los países que forman parte del Tratado, era sumamente conveniente y necesario que la Unión Europea lo ratificase para que éste pudiera desplegar toda su eficacia, ya que la escasez de materiales adaptados es más acusada en los países en desarrollo, donde sólo existe un 1% de la literatura disponible en formato accesible. Efectivamente, como se puede leer en su preámbulo, de los millones de libros que cada año se publican a nivel mundial, sólo entre el 1%

¹⁶ El Tratado entró en vigor el 30 de septiembre de 2016, una vez que veinte partes contratantes que cumplían las condiciones correspondientes lo ratificaron.

¹⁷ En el Preámbulo del Tratado se hace referencia a los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades, accesibilidad y participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. No en vano el tema preocupa, y mucho, a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, que puso en marcha el Consorcio de Libros Accesibles (ABC en sus siglas en inglés) en junio de 2014, en donde participan organizaciones que representan a personas con dificultad para acceder a un libro, como la Unión Mundial de Ciegos, bibliotecas y organizaciones que representan autores y editores. Incluso hay un catálogo internacional en línea de títulos accesibles, el Servicio de Libros del ABC (TIGAR) (www.accessiblebookconsortium.org).

¹⁸ CASTELLÓ PASTOR, J.J.: «Comentario al art. 31 bis», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dirs. F. Palau Ramírez y G. Palau Moreno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 519-520.

y el 7% se ponen a disposición de personas ciegas o con discapacidad visual. Precisamente para abordar este problema conocido como el hambre mundial de libros, los Estados miembros de la OMPI adoptaron el Tratado¹⁹, pues la falta de intercambio transfronterizo de ejemplares en formato accesible hacía necesaria una duplicación de esfuerzos. Ante esta situación, como en la Unión europea contamos con una gran cantidad de libros accesibles en lenguas que trascienden sus fronteras (especialmente inglés, castellano y francés), su ratificación devenía imprescindible para mejorar la participación global de personas con discapacidad visual.

Aun con todo, una minoría de países lo bloqueó en el Consejo de la Unión Europea, al afirmar que la Unión Europea carecía de competencia para ratificar el Tratado para toda la Unión, si bien los servicios jurídicos de la Comisión, el Parlamento y el Consejo, así como también la mayoría de los Estados miembros, no estaban de acuerdo. Para resolver la situación, la Comisión Europea presentó una solicitud de Dictamen ante el Tribunal de Justicia Europeo con fecha de 11 de agosto de 2015 y el Tribunal de Justicia (Gran Sala) emitió el Dictamen 3/15, de 14 de febrero de 2017, en el que concluyó diciendo que «[I] a celebración del Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso es competencia exclusiva de la Unión Europea»²⁰.

Por imperativo legal en el Tratado se prevén dos obligaciones: 1) Que los países que lo ratifiquen promulguen una excepción en sus propios ordenamientos (art. 4), de forma que las entidades autorizadas puedan hacer copias accesibles sin tener que pedir permiso al titular de derechos y 2) Permitir el intercambio transfronterizo. Las personas que tengan otra clase de discapacidad, como por ejemplo sordera, no están contempladas como potenciales beneficiarios en el Tratado de Marrakech. Sí lo estarían, obviamente, las personas sordociegas.

De manera que el Tratado proporciona un marco legal adecuado para que los Estados partes que carecen de la excepción la puedan adoptar ya que les exige que contengan en su legislación de propiedad intelectual una limitación o excepción en beneficio de personas ciegas, con discapacidad visual o con dificultades para acceder a textos impresos. En concreto, el art. 4.1.a) contiene una norma imperativa que obliga a los Estados a recoger esa excepción en relación con el derecho de reproducción, distribución y puesta a disposición del público, mientras que en el apartado b) del mismo artículo, con carácter dispositivo se

¹⁹ Vid. Informe OMPI, Principales disposiciones y ventajas del Tratado de Marrakech, 2013, p. 2.

²⁰ TJCE 2017, 64. En caso de que el Dictamen hubiera establecido que la ratificación del Tratado de Marrakech no era competencia exclusiva de la Unión, cada Estado miembro tendría que ratificarlo por separado, lo que se hubiera alargado demasiado ya que se necesitarían varios años para que el Tratado estuviera en vigor en toda la Unión Europea, lo cual complicaría el intercambio internacional de libros al menos de inmediato.

establece que los Estados «podrán» prever una limitación o excepción relativa al derecho de representación o ejecución pública.

A este respecto ¿qué ocurre con los Estados que ya tienen configurada la excepción? En ese caso el sentido del Tratado reside en la creación de un régimen internacional de importación y exportación para el intercambio de libros accesible más allá de las fronteras. Además, el presente Tratado ha de entenderse sin perjuicio de otras limitaciones y excepciones que se contemplen en la legislación nacional en relación con las personas con discapacidad.

Entre los beneficios previstos en el Tratado, destacan el fomento de la sensibilización sobre los retos que afrontan las personas con dificultades para acceder al texto impreso y las personas con discapacidad, el conseguir un mayor acceso a la educación, el mejorar la integración social y la participación cultural de las personas a quienes se dirige y el llegar a ser un valioso instrumento de lucha contra la pobreza, al brindar oportunidades de crecimiento profesional a las personas con dificultades²¹.

Los beneficiarios del Tratado se recogen en el art. 3 quedando comprendidas las personas que padecen distintas discapacidades que interfieren en la lectura de material impreso, así, las personas ciegas, aquellas que tengan discapacidad visual o dificultad para percibir o leer que no pueda corregirse para que permita un grado de visión sustancialmente equivalente al de una persona sin ese tipo de discapacidad o dificultad (ej. dislexia), y para quien sea imposible leer material impreso de una forma sustancialmente equivalente a la de una persona sin esa discapacidad o dificultad, así como también las personas con una discapacidad física que les impida sostener y manipular un libro o centrar la vista o mover los ojos en la medida en que normalmente se considera apropiado para la lectura (ej. pasar una página o centrar la atención en la página con eficiencia).

En cuanto al ámbito objetivo del Tratado, es decir, qué tipo de obras se pueden adaptar a un formato accesible, el art. 2 (a) comprende las obras «en forma de texto, notación y/o ilustraciones conexas que se hayan ido publicando o que se hayan hecho públicas por otros medios», incluidos los audiolibros²². Esto incluye libros, periódicos, revistas, partituras musicales, pero no películas, ya que el Tratado no permite que se cambie el contenido de una obra, sino sólo la transcripción de su contenido en formato accesible. De donde se justificaría, pero sólo en relación con este tipo de discapacidad, que no se incluya la transformación entre los derechos comprendidos.

²¹ Informe OMPI, Principales disposiciones y ventajas del Tratado..., cit., pp. 5-6.

²² La Declaración concertada relativa al art. 2.a) entiende que a los efectos de este Tratado en la definición se encuentran comprendidas las obras en formato audio, como los audiolibros.

Por otro lado, la definición de ejemplar en formato accesible es muy amplia, quedando comprendida la reproducción de una obra, de una manera o forma alternativa que dé a los beneficiarios acceso a ella, siendo dicho acceso tan viable y cómodo como el de las personas sin discapacidad visual o sin otras dificultades para acceder al texto impreso. El ejemplar en formato accesible sólo será utilizado por los beneficiarios y deberá respetar la integridad de la obra original, tomando en debida consideración los cambios necesarios para hacer que la obra sea accesible en el formato alternativo y las necesidades de accesibilidad de los beneficiarios.

Se contempla también que sean las entidades autorizadas quienes lleven a cabo esta labor con la diligencia debida, con sumo cuidado en el manejo de estos libros y procurando que no se reproduzcan y distribuyan copias no autorizadas. Para ello es necesario que el acceso a la obra sea legal, no se introduzcan más cambios de los necesarios para que la obra sea accesible, que los ejemplares sólo se hagan llegar a los beneficiarios y que la actividad se lleve a cabo sin ánimo de lucro (arts. 2.c y 4.2.a).

El propio Tratado responde a la pregunta de si sólo se pueden adaptar obras que no estuvieran disponibles en esos formatos en el comercio. La respuesta es que no, de lo contrario habría sido muy difícil en la práctica y el uso del Tratado se habría vuelto inviable. De hecho, el Tratado permite que las partes contratantes opten por implementar el requisito de comercialidad. En tal caso, es decir, aquellos países que opten por esa posibilidad, deberán comunicarlo al Director General de la OMPI, sin que este requisito de comercialidad prejuzgue si una limitación o excepción es conforme con la regla de los tres pasos. Esto supone que los países pueden reconducir la excepción a las obras que «no puedan ser obtenidas comercialmente en condiciones razonables por los beneficiarios en ese mercado» (art. 4.4). Por lo tanto, el que finalmente no se recoja como un requisito que la obra no esté comercializada, de entrada podría ser un problema, pero si pensamos en el objetivo de ayudar a personas ciegas o con discapacidades visuales, no parece que debiera serlo.

A continuación se hace referencia al intercambio transfronterizo y a la importación de ejemplares en formato accesible realizados en el marco de una limitación o excepción. Ese intercambio se puede producir tanto entre entidades autorizadas como directamente de una de ellas a una persona beneficiaria de otro país. Esta medida es positiva para todos pero sobre todo para los Estados más pobres que deberían beneficiarse de la posibilidad de acceder a obras accesibles para personas ciegas que han sido realizadas por Estados con más recursos. Efectivamente, si dar entrada al intercambio transfronterizo da lugar a que cada obra en formato accesible sólo sea producida una vez, los Estados pueden aunar fuerzas y poner en común sus resultados para que aumente de forma notable el número de obras en formato accesible.

Con todo, no se puede olvidar que hay que llevar cuidado con las medidas de protección tecnológica. Y ello porque esos «candados» digitales pueden bloquear el acceso legal por ejemplo de las personas con discapacidad de lectura, cuando utilizan un programa lector de pantalla, que es un *software* que les permite que lo que aparece en la pantalla de un ordenador sea representado de forma alternativa, normalmente mediante voz o con una línea de braille. De ahí que en el art. 7 del Tratado se inste a las Partes contratantes a que cuando establezcan recursos jurídicos efectivos contra la elusión de medidas tecnológicas eficaces, adopten las medidas adecuadas necesarias para que esa protección no impida que los beneficiarios puedan hacer uso de la excepción.

Otro aspecto importante es saber quién puede llevar a cabo la adaptación de la obra a un formato accesible. En el Tratado se incluyen las entidades autorizadas, los beneficiarios o quienes actúen en su nombre (incluida la persona que lo cuide o se ocupe de su atención) siempre que tengan acceso legal a la obra o a un ejemplar de la misma (art. 4.2.b). Ello supone que el límite se aplique solo a las obras que se han publicado legalmente, lo cual tiene mucho sentido, pues de lo contrario nos podríamos encontrar ante la «publicación» de la obra antes de que el titular del derecho hubiera ejercido su facultad de decidir si publicarla o no, si bien es cierto que en tal caso la obra solamente se habría publicado para un sector determinado de la población, las personas con discapacidades visuales²³.

Por «entidad autorizada» se entiende toda entidad que esté autorizada o reconocida por el Gobierno para proporcionar a los beneficiarios, sin ánimo de lucro, educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información. También queda comprendida toda institución gubernamental u organización sin ánimo de lucro que proporcione los mismos servicios a los beneficiarios, como una de sus actividades u obligaciones institucionales. Por lo tanto el concepto es amplio. Estas entidades han de determinar que las personas a las que sirven son beneficiarios, deben prestar servicios sólo a esas personas, desalentar la utilización indebida de ejemplares y ejercer la diligencia debida en el uso de los ejemplares de las obras. Un ejemplo sería la ONCE.

En cualquier caso, el Tratado deja libertad a las partes contratantes para aplicar sus disposiciones teniendo en cuenta cada ordenamiento jurídico y las prácticas legales propias, siempre y cuando se cumpla con la regla de los tres pasos, según la cual, la excepción o limitación: 1) abarcará sólo determinados casos especiales; 2) no debe atentar contra la explotación normal de la obra; y 3) no ha de causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de derechos, todo ello por remisión al art. 9.2 del Convenio Berna.

²³ SULLIVAN, J.: «Estudio sobre las limitaciones y excepciones en materia de Derecho de autor en favor de las personas con discapacidades visuales», WIPO doc SCCR/15/7 de 20 febrero 2007, disponible en https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=75696 (consulta de 6/07/2019), p. 124.

Por último, no es preciso ser parte en otro Tratado de derechos de autor para adherirse al Tratado Marrakech, pudiendo ser parte los Estados miembros de la OMPI y de la Comunidad europea. Pero en tal caso, si por ejemplo un Estado no está obligado a cumplir la regla de los tres pasos del art. 9 Convenio Berna, deberá velar porque los ejemplares en formato accesible no se redistribuyan fuera de su jurisdicción. Tampoco se permite el intercambio transfronterizo por las entidades autorizadas, excepto si la parte contratante en la que se realiza el ejemplar es parte en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor o, de otra forma, aplica la regla de los tres pasos.

2. FUENTES EUROPEAS: LA DIRECTIVA (UE) 2017/1564 Y EL REGLAMENTO (UE) 2017/1563

La Convención de Nueva York garantiza a las personas con discapacidad el derecho de acceso a la información y a la educación y el derecho a participar en la vida cultural, económica y social en igualdad de condiciones que el resto. Además, señala que los Estados partes en la Convención deben tomar todas las medidas adecuadas, de conformidad con el Derecho internacional, a fin de garantizar que la legislación que protege los derechos de propiedad intelectual no constituya una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso a las personas con discapacidad a materiales culturales.

La Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 DDASI, se configura como uno de los instrumentos que las instituciones de la Unión Europea han aprobado para dar cumplimiento a las obligaciones que debe asumir la Unión en virtud del Tratado de Marrakech, de 27 de junio de 2013, cuyo objetivo es mejorar la disponibilidad y el intercambio transfronterizo de determinadas obras y otras prestaciones protegidas, en formatos accesibles para personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, en consonancia con los postulados recogidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esta Directiva tiene su antecedente más inmediato en el art. 5 DDASI. En concreto, según el art. 5.3 DDASI: «Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a los que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: b) cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías, guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada». El art. 8 de la Directiva UE 2017/1564, titulado «Modificación de la Directiva 2001/29/CE» sustituye el contenido de la letra b) del apartado 3 del art. 5 por

este otro: «b) cuando el uso se realice en beneficio de personas con discapacidad, guarde una relación directa con la discapacidad y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la discapacidad considerada». En realidad el cambio se limita a sustituir la palabra «minusvalía» por «discapacidad», como era de esperar, en aras de acomodar la terminología a la Convención de Nueva York.

Sin embargo, a diferencia de la DDASI, en la Directiva (UE) 2017/1564 se prevé sólo una excepción pero como obligatoria, con relación a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, si bien su denominación no es la más adecuada, dado que aunque su art. 2.1 empieza refiriéndose sólo a los textos impresos, a continuación incluye el formato audio y los formatos digitales²⁴. Y ello tanto en relación con los derechos de autor como con los derechos afines, lo que supone que los beneficiarios podrán realizar por sí mismos o a través de una entidad autorizada, la copia en formato accesible de una obra o prestación protegida a la que tengan lícitamente acceso, pero exclusivamente para su propio uso, sin necesitar autorización alguna por parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual, excepción que no podrá quedar sin efecto mediante contrato (como matiza innecesariamente el art. 3.5 de dicha norma).

De modo que aunque debe considerarse que parte fundamental de la Directiva (UE) 2017/1564 ya se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, hay que modificar el TRLPI para incorporar las garantías que sean necesarias en aras de la aplicación de dicho límite en el tráfico intracomunitario de bienes y servicios y, de este modo, trasponer en nuestro ordenamiento su contenido²⁵.

Igual que acontece con el Tratado de Marrakech, la excepción queda sometida a la regla de los tres pasos, aunque en este caso se modera la protección derivada del tercer paso, puesto que sólo se exige que los supuestos en que la excepción se utilice no perjudiquen «en exceso» dichos intereses.

²⁴ La acotación del título probablemente proceda de la redacción originaria del art. 2.a del Tratado de Marrakech en el que por «obras» se entendía «las obras literarias y artísticas en el sentido del art. 2.2) del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en forma de texto, notación y/o ilustraciones conexas con independencia de que hayan sido publicadas o puestas a disposición del público por cualquier medio». Pero en las Declaraciones concertadas relativas al Tratado de Marrakech, la referida al art. 2.a) establece que «A los efectos del presente Tratado, queda entendido que en esta definición se encuentran comprendidas las obras en formato audio, como los audiolibros». Sin embargo en el texto de la Directiva sí que se hace referencia tanto a las obras impresas, como al formato audio y al digital.

²⁵ Como así se recoge en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo al Proyecto de Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 4 de abril de 2018, en adelante MAIN), apartado I.5, p. 20, disponible en http://www.congreso.es/backoffice_doc/prensa/notas_prensa/59457_1525942817541.pdf, (consulta de 30/03/2019).

Asimismo, también aquí se autoriza a los Estados a establecer algún sistema de compensación a las entidades autorizadas en el propio territorio (arts. 3.3 y 3.6), pero los sistemas de compensación no deben exigir pago alguno por parte de los beneficiarios y deberán tener en cuenta la naturaleza no lucrativa de las actividades de las entidades autorizadas, los objetivos de interés público perseguidos por la Directiva, los intereses de los beneficiarios de la excepción, el posible perjuicio para los titulares de los derechos y la necesidad de garantizar la difusión transfronteriza de ejemplares en formatos accesibles (considerando 14 de la mencionada Directiva).

Se aplica a esta nueva excepción lo previsto en la DDASI para garantizar que las medidas tecnológicas efectivas no impidan a beneficiarios y entidades autorizadas disfrutar de la misma (el art. 3.4. de la Directiva (UE) 2017/1564 remite al art. 6.4 DDASI). Aparentemente existe una contradicción, pues aunque existen unos límites, cuando se trata de obras en las que se han introducido medidas tecnológicas, los beneficiarios de esos límites no tienen acceso a las mismas²⁶. De ahí la regulación del art. 161 TRLPI, según el cual los titulares de derechos sobre obras protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de ciertos límites, entre ellos el límite en beneficio de personas con discapacidad (apartado b *in fine*), los medios adecuados para disfrutar de ellos. En virtud de lo anterior, las medidas tecnológicas deben ser respetuosas con las excepciones y las limitaciones al derecho de autor, lo cual se traduce en que las mismas permitan la aplicación de tales límites.

Algo que nos parece sumamente interesante es el que se haya previsto el seguimiento de la Directiva. La Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, antes del 11 octubre de 2020, en el que se tendrá en cuenta la evolución de la tecnología (lo cual es muy acertado debido a los rápidos avances en esta materia) y se evaluará la conveniencia de ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva tanto con respecto a otros tipos de obras y prestaciones, como con respecto a personas con discapacidades distintas (art. 9).

Incluso a más tardar el 11 octubre de 2023, la Comisión presentará una evaluación de la Directiva y del Reglamento con las conclusiones correspondientes al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo, acompañado en su caso de propuestas de modificación (arts. 10 Directiva y 7 Reglamento).

Por último, nos parece relevante insistir en lo siguiente. La excepción que introduce esta Directiva se solapa en parte con la excepción prevista en el art. 5.3.b

²⁶ En igual sentido, GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: «En torno a la Directiva sobre el Derecho de autor y los derechos afines en la sociedad de la información», ADI, 2001, t. XXII, p. 1444, refiriéndose a los arts. 5 y 6 DDASI.

DDASI a favor de las personas con discapacidad. Conviene, pues, aclarar la relación entre ambas excepciones: mientras en la DDASI esta excepción se configura de manera meramente potestativa, pudiendo en este caso los Estados decidir si la incorporaban a sus respectivos ordenamientos o no, y en qué medida, en la Directiva de 2017 la excepción se conforma con carácter imperativo. Cuando el art. 8 de la Directiva (UE) 2017/1564 modifica el art. 5.3.b DDASI en relación con la terminología utilizada, esa mínima modificación en realidad nos permite constatar que se mantiene la excepción potestativa con respecto a las personas afectadas por otras discapacidades, mientras que tratándose de personas ciegas o con discapacidad visual o alguna otra discapacidad que les impida acceder a obras impresas, la excepción se configura con carácter imperativo²⁷.

Por último, mientras que la Directiva (UE) 2017/1564 garantiza el intercambio de ejemplares en formato accesible entre beneficiarios y entidades autorizadas dentro del mercado interior, el Reglamento (UE) 2017/1563 sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible 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 garantiza el intercambio de los mismos entre beneficiarios y entidades autorizadas de los Estados de la Unión y terceros Estados que sean parte del Tratado de Marrakech, sin fines comerciales y en favor de los beneficiarios, en el ámbito armonizado por las Directivas 2001/29/CE y (UE) 2017/1564 (art. 1 del Reglamento).

El articulado del presente Reglamento coincide en gran medida con el de la Directiva (UE) 2017/1564, por lo que no conviene extenderse más en este punto. Sólo señalaremos que la mayor novedad con respecto a la Directiva reside en los arts. 3 y 4 del Reglamento, referidos, respectivamente, a la exportación de ejemplares en formato accesible a terceros países y a la importación de ejemplares en formato accesible desde terceros países.

3. FUENTES NACIONALES

3.1. *Necesidad de la reforma legal*

Pudiera parecernos que en vista de algunas circunstancias acontecidas recientemente, resulta aconsejable una revisión del sistema de límites a los derechos de autor, en concreto y por lo que ahora nos ocupa, en relación con el que se refiere a las personas con discapacidad. Pero esa revisión tuvo lugar hace relativamente escaso tiempo con la Ley de 2006 de transposición de la DASSI, y aunque ahora se trate de dar cumplimiento a la Directiva (UE) 2017/1564, no

²⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Límite a la propiedad intelectual en aras de la discapacidad visual», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, núm. 10, p. 24.

parece que sea absolutamente necesaria la revisión de la excepción que cubre las necesidades de personas con discapacidad, pues aunque se pretenda incidir más en ciertos beneficiarios, como el anterior art. 31 bis segundo párrafo incluía a todas las personas con discapacidad, sin excepción alguna, quedaban igualmente comprendidos. Ya ha quedado dicho en otro lugar que la Ley de 2006 amplió tanto el ámbito subjetivo como el ámbito objetivo del art. 31 de la Ley de 1996. Si acaso se justificaría la reforma por el desarrollo del límite y sobre todo por dar entrada al intercambio transfonterizo de los ejemplares adaptados.

3.2. El proceso de reforma: Del Real Decreto-ley 2/2018 al Proyecto de Ley de 2018

Con el objeto de transponer la Directiva 2014/26/UE y la Directiva (UE) 2017/1564, el Gobierno dictó, en el ejercicio de sus funciones, un Real Decreto-ley en una situación que entendió de extraordinaria y urgente necesidad²⁸. Al ser una norma provisional, hubo de ser convalidado por el Congreso de los Diputados, si bien en este caso se instó su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (art. 86.3 CE), permitiendo así al Congreso, que había visto limitada su capacidad de respuesta frente al Decreto-ley limitándose a convalidarlo, hacer uso de su potestad legislativa e introducir las modificaciones que considerase oportunas en el texto definitivo. En relación con la convalidación, la mayoría de los grupos parlamentarios avanzaron que dejarían que prosperase la convalidación para evitar males mayores, pero anti-

²⁸ El ministro de Educación, Cultura y Deporte expuso a la Cámara las razones que llevaron al Gobierno a la promulgación del Real Decreto-ley: el retraso en la trasposición de la Directiva 2014/26/UE, cuyo plazo acabó el 31 abril 2016, se originó por la imposibilidad de llevar a cabo este cometido debido a la existencia de un Gobierno en funciones. A causa de dicho retraso, la Comisión Europea inició un procedimiento por incumplimiento contra España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, procedimiento que podría desembocar en una condena o en una sanción económica de hasta 123.928 euros diarios a partir de la fecha de la sentencia. Además, el Decreto-ley traspone una segunda Directiva, la 2017/1564 conocida también como la Directiva Marrakech, referida a personas ciegas o con discapacidad visual. «Aunque la regulación de estos supuestos, de los supuestos contemplados en nuestra Ley de Propiedad Intelectual desde el año 2006 tienen ya una perspectiva muy amplia, y se aplican también a cualquier tipo de discapacidad, es necesario modificar la ley para adecuarla al contenido de esta directiva y garantizar la vigencia de este límite a los derechos en el caso del tráfico intracomunitario de obras en formato accesible, sea en el sistema Braille o mediante la adaptación al formato audiolibro. Por tanto la excepción está en consonancia con el Tratado de Marrakech y también con los postulados recogidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta Directiva debería ser traspuesta antes del 11 de octubre de 2018 por tanto estamos en plazo, pero no había mejor ocasión que ese Real Decreto-ley para ampliar los derechos del colectivo de personas con discapacidad visual y mantener a España a la cabeza de los Estados de la Unión Europea que más avanzan en la defensa de sus derechos», Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, pleno y diputación permanente, año 2018, núm. 120, pp. 8-10. En contra del procedimiento elegido por el Gobierno, señala el Grupo parlamentario Mixto que aunque su voto sería favorable discrepaban «en la forma porque no es la primera vez que su gobierno utiliza vías rápidas para hacer cosas que se deberían haber hecho hace tiempo». Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, pleno y diputación permanente, año 2018, núm. 120, p. 12.

ciparon que presentarían enmiendas²⁹. Así, el 16 de mayo de 2018 se publicó la convalidación del Real Decreto-ley en la sesión plenaria de 10 de mayo³⁰, y se acordó su tramitación como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia³¹.

Antes de seguir avanzando, sería conveniente reflexionar acerca de la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad de este Real Decreto-ley ya que, de acuerdo con la doctrina constitucional, la concurrencia de extraordinaria y urgente necesidad del art. 86.1 CE requiere tomar en consideración dos elementos: los motivos que se han tenido en cuenta y la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida adoptada.

En primer lugar, en cuanto a los motivos tenidos en cuenta, se alude a la demanda presentada por la Comisión Europea contra España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por incumplimiento de su obligación de transponer la Directiva 2014/26/UE, lo cual parecía exigir una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes, en aras de evitar que España fuera sancionada al pago de una multa (alrededor de los 100.000 por día de retraso a contar desde la sentencia condenatoria hasta el día que se produzca la transposición completa).

En segundo lugar, en torno a la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida adoptada, es cierto que con el Real Decreto-ley se transpone la Directiva 2014 y, con ello, al haber cumplido España con su obligación de adoptar las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a la Directiva, la demanda ante el TJUE decaería por pérdida de su objeto³². Pero ¿qué ocurre con la Directiva (UE) 2017/1564? ¿Tampoco estábamos en plazo para transponerla mediante el procedimiento habitual? La necesidad de transponer a nuestro ordenamiento antes del 10 de abril de 2016 la Directiva 2014/26/UE ya era conocida, pero el Real Decreto-ley traspone también la Directiva (UE) 2017/1564, aunque no exista en este caso la misma razón de urgencia que para la otra Directiva, ya que el plazo para la transposición de la Directiva de 2017 expiraba el 11 de octubre de 2018. No en vano, en la Exposición de Motivos no se hace referencia en este caso a la urgencia sino a la «la vinculación de fondo y la evidente conexión material existente entre» ambas Directivas, que «aconseja su transposición conjunta», ya que «ambas

²⁹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, pleno y diputación permanente, año 2018, núm. 120, pp. 11-16. Según el informe del Congreso de los Diputados (sesión 115, votación 7, fecha 10/05/2018) sobre la convalidación o derogación del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el TRLPI, el 43,31% votó sí a la convalidación, el 0,58% votó no y un 56,1% se abstuvo, siendo 344 el total de diputados presentes.

³⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D. General, núm. 351, p. 3.

³¹ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: proyectos de ley, 21 mayo 2018, núm. 21-1 (expediente 121/000021).

³² MAIN, apartado 2.B.2., 2.7, pp. 48-50.

directivas regulan aspectos relacionados con el uso de derechos exclusivos de propiedad intelectual»³³. No obstante, como ha puesto de manifiesto la doctrina, el argumento carece de consistencia, ya que lo mismo se podría esgrimir con respecto a cualquier directiva que pueda dar lugar a una modificación del TRLPI. Mientras que la Directiva 2014/26/UE introduce un nuevo régimen jurídico para las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, dando lugar su transposición a una nueva redacción del Título IV del Libro III de la LPI, la Directiva (UE) 2017/1564 introduce un desarrollo del límite o excepción de la propiedad intelectual ya existente en favor de personas con discapacidad, dando lugar su transposición a la introducción de un nuevo y extenso artículo 31 ter en el Libro I, Título III, Capítulo II. Nada que ver entre uno y otro tema, salvo que ambos son materia propia de la propiedad intelectual y de la Ley que la regula³⁴.

No en vano, como decimos, este Real Decreto-ley empezó tramitándose como un Anteproyecto de Ley referido sólo a la Directiva 2014/26/UE, pero ante la extraordinaria y urgente necesidad a la que nos acabamos de referir se cambió el instrumento normativo inicial. El Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el TRLPI y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE y la Directiva (UE) 2017/1564, se publica en el BOE el 14 abril de 2018 y empieza su vigencia al día siguiente al de su publicación³⁵. En su artículo único propone la modificación del TRLPI; en concreto, en el punto cuatro (que más adelante, durante la tramitación del Proyecto pasaría a ser el tres), se adiciona un nuevo art. 31 ter titulado «Accesibilidad para personas con discapacidad»³⁶, formado por cinco apartados,

³³ La tramitación de una modificación del TRLPI a propósito de la Directiva 2014/26 aconsejó añadir la trasposición de la Directiva de 2017 en atención a la vinculación de fondo que existe entre ambas. Las dos tienen en común la regulación de derechos exclusivos de propiedad intelectual tanto en el mercado nacional como en el mercado interior (MAIN, p. 20). Y aunque entre las alternativas de actuación se contemplaron, entre otras, la de aprobar un proyecto de norma con rango de ley específica para la trasposición de la Directiva de 2017, se aconsejó la tramitación conjunta dada su vinculación, ya que la aprobación de un anteproyecto de ley para la trasposición de la 2014 y la de 2017, aunque fue la alternativa elegida por el Gobierno en un primer momento, el recurso interpuesto por la Comunidad europea hizo necesaria la trasposición mediante la adopción de un Real-decreto (MAIN, apartado I. 5.C. p. 21).

³⁴ Como así se puede leer en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La accidentada vida de la legislación de propiedad intelectual», BIB 2018\9806, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, 2018, núm. 6, p. 88.

³⁵ Para llevar a cabo en plazo la transposición de la Directiva (UE) 2017/1564 y evitar así la correspondiente sanción económica derivada de su no cumplimiento o retraso en la ejecución, el legislador español en un primer momento utilizó la vía del Decreto-ley que, aunque llegó a ser aprobado, sin embargo se acordó que se tramitase como un Proyecto de Ley. Y ello porque, entre otras razones, si la regulación de los límites a los derechos de autor se encuentra en el título III del TRLPI, para poder transponer la mencionada Directiva era necesario aprobar una norma con rango de ley. Por tanto el Real Decreto-ley estuvo vigente desde el 15 de abril de 2018 al 2 de marzo de 2019, y el art. 31 ter TRLPI entró en vigor el 3 de marzo de ese mismo año.

³⁶ En concreto, fue la Confederación Estatal de Personas Sordas quien propuso cambiar el título del artículo 31 ter, de «Discapacidades» por «Accesibilidad para personas con discapacidad» o

el primero referido a las personas con discapacidad en general y el resto a las personas que sean ciegas; tengan una discapacidad visual que no pueda corregirse para darle una función visual sustancialmente equivalente a la de una persona sin ese tipo de discapacidad, y que, en consecuencia, no sean capaces de leer obras impresas en una medida sustancialmente equivalente a la de una persona sin ese tipo de discapacidad; tengan una dificultad para percibir o leer que, en consecuencia, las incapacite para leer obras impresas en una medida sustancialmente equivalente a la de una persona sin esa dificultad, o no puedan, debido a una discapacidad física, sostener o manipular un libro o centrar la vista o mover los ojos en la medida que normalmente sería aceptable para la lectura.

Como ocurriera también con el Tratado de Marrakech, en este caso la Confederación Estatal de Personas Sordas propuso la «Inclusión de la fórmula genérica de discapacidad, y no sólo el (*sic*) de las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos», propuesta que no se aceptó, señalando que la Directiva (UE) 2017/1564 se dirige a unos beneficiarios concretos (personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos), no a todas las discapacidades³⁷. A nuestro juicio se trataba de una propuesta muy loable que el legislador español se quitó de en medio probablemente para no retrasar aún más la transposición de las Directivas, pero viendo cómo se ha traspuesto la Directiva (UE) 2017/1564 en otros países, la transposición al ordenamiento jurídico español hubiera valido la pena una reflexión mayor.

Es importante destacar que el nuevo art. 31 ter TRLPI reproduce literalmente en su apartado 1 lo que anteriormente constituía el art. 31 bis párrafo segundo. Y a continuación recoge en otros cuatro apartados el contenido de la Directiva (UE) 2017/1564, sin prever desarrollo reglamentario alguno. El resultado es que este límite ha pasado de regularse en unas líneas a hacerlo en cinco apartados con una extensa y minuciosa redacción, refiriéndose sólo el primer apartado a la discapacidad en general, mientras que los otros cuatro contemplan como beneficiarios de las medidas recogidas únicamente a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos o para manipular o sostener un libro. Y ello ni mucho menos porque deba ser considerado que merece una mayor atención por parte del legislador, sino probablemente porque es el colectivo que, precisamente debido a la propia naturaleza de su discapacidad, mayor dificultad presenta para acceder, consultar o disfrutar de una obra intelectual.

En cuanto a la transposición de la Directiva 2017, sus arts. 2.2, 2.4., 3, 4, 5, 6 y 7 conforman el art. 31 ter TRLPI. Conviene tener en cuenta que la excepción

«Accesibilidad Universal», lo que como ya sabemos fue aceptado (MAIN, p. 93).

³⁷ Ibid. loc. cit.

se complementa con el Reglamento (UE) 2017/1563, como así se recuerda en el apartado V de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley.

No hay que olvidar que el objeto de la modificación legal es mejorar la disponibilidad de libros, incluidos los libros electrónicos, diarios, periódicos, revistas y otros tipos de textos escritos, notaciones, incluidas partituras, y otros materiales impresos, también en formato audio, tanto digital como analógico, en línea o no, en formatos que permitan a esas personas acceder a esas obras y otras prestaciones en una medida sustancialmente equivalente a la de las personas sin dichas discapacidades o dificultades. Los formatos accesibles incluyen por ejemplo Braille, la letra en gran tamaño, los libros electrónicos adaptados, los audiolibros y la radiodifusión³⁸.

3.3. Requisitos de aplicación del nuevo art. 31 ter TRLPI

Durante la tramitación parlamentaria del actual art. 31 ter TRLPI se sustituye, como no podía ser de otro modo, la referencia al «presente Decreto-ley» por «presente Ley» y, por el mismo motivo de corrección normativa, se elimina el apartado V de la Exposición de Motivos, que explicaba las razones por las que se hizo uso del artículo 86 CE y que ahora no tiene sentido mantener. Con ello, el apartado VI pasa a ser apartado V³⁹.

Además, a lo largo del procedimiento se refunden en un nuevo apartado tercero (en el Real Decreto-ley el art. 31 ter se recogía en el apartado cuarto) las modificaciones referentes a los artículos 31 bis y 31 ter, sin modificar su contenido⁴⁰, con el siguiente encabezamiento: «Se modifica el artículo 31 bis y se añade un nuevo artículo 31 ter, con los siguientes contenidos». Y el apartado cuatro es suprimido por haberse refundido en el tres⁴¹.

Tanto en el Real Decreto-ley, como en el Proyecto y en la redacción final de la Ley, el art. 31 ter está formado por cinco apartados, que a continuación vamos a ir desglosando. Como ya hemos señalado en otro lugar, con ello se pretende transponer la Directiva (UE) 2017/1564, y a pesar de que en gran medida el límite ya estaba incorporado en nuestro ordenamiento, parece necesario proceder a la modificación del TRLPI aunque sólo sea al objeto de incorporar las garantías necesarias para la aplicación de este límite en el tráfico intracomunitario de

³⁸ *Ibid.*, apartado III. D, p. 66.

³⁹ BOCG. Congreso de los Diputados, Informe de la Ponencia, 27 de noviembre de 2018, 121-3, p. 1.

⁴⁰ Otro cambio no sustancial es que mientras en el Real Decreto-ley se hace referencia al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, por cuestiones obvias en el Proyecto se hace referencia al Ministerio de Cultura y Deporte.

⁴¹ BOCG. Congreso de los Diputados, Informe de la Ponencia, 27 de noviembre de 2018, 121-3, pp. 3 y 14.

bienes y servicios⁴², debiendo modificar la Ley para adecuarla al contenido de esta Directiva y poder garantizar la vigencia de este límite incluso más allá de nuestras fronteras, en el tráfico intracomunitario.

Así las cosas, el 21 de mayo de 2018 se publica en el Boletín de las Cortes Generales el Proyecto de Ley por el que se modifica el TRLPI y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE y la Directiva (UE) 2017/1564 (procedente del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril)⁴³.

A este respecto cabe apuntar que la nueva redacción del art. 31 ter se recogía en el apartado cuatro del artículo único de modificación del TRLPI y que en el Congreso no se le presentaron enmiendas. El Proyecto de Ley entró en el Senado el 30 de noviembre de 2018 y, una vez finalizado el plazo de presentación de enmiendas, la comisión se reunió para dictaminar y emitir un informe introduciendo las modificaciones oportunas. Se presentaron cuatro votos particulares y tras el correspondiente debate de enmiendas y votos particulares⁴⁴ se aprobó el texto y se le dio traslado al Congreso de los Diputados para que se pronunciara antes de la sanción del texto definitivo⁴⁵.

En cuanto a las enmiendas presentadas en el Senado se introdujo una enmienda al art. 31 ter TRLPI⁴⁶ y con ella se modificó el segundo párrafo del apartado 2 del art. 31 ter. El objetivo de la enmienda era incluir, dentro del concepto de obras impresas, al lado de las tradicionales en formato papel, las publicadas en formato audio y en formatos digitales, en coherencia con lo dispuesto en el art. 2.1) de la Directiva (UE) 2017/1564.

Finalmente, la Ley fue publicada en el BOE el 2 de marzo 2019 y entró en vigor al día siguiente de su publicación, el día 3 de marzo (disposición final sexta), quedando con ello derogado el Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril (disposición derogatoria primera).

3.3.1. Ámbito comprendido

El ámbito subjetivo de aplicación del art. 31 ter TRLPI mantiene la extensión de sujetos que introdujo el art. 31 bis párrafo segundo, al reproducir en su

⁴² BOCG, Congreso de los Diputados, Informe de la Ponencia, 27 de noviembre de 2018, 121-3, p. 11.

⁴³ BOCG, Serie A, Proyectos de Ley, 21-1.

⁴⁴ Cortes Generales, Diario de Sesiones, Senado, núm. 95, 19 de diciembre de 2018, p. 169.

⁴⁵ Cortes Generales, Diario de Sesiones, Senado, núm. 95, 19 de diciembre de 2018, p. 189.

⁴⁶ BOCG, Senado, núm. 326, 10 de enero de 2019, Iniciativas legislativas, Proyectos y Proposiciones de Ley, Enmiendas del Senado mediante mensaje motivado, p. 56. Y en la p. 72 se hace una comparativa con los cambios introducidos. Se ordena la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de las enmiendas del Senado al Proyecto de Ley acompañadas de mensaje motivado, vid. BOCG, Congreso de los Diputados A: Proyectos de Ley. Enmiendas del Senado mediante mensaje motivado, 10 de enero de 2019, núm. 21-6, pp. 1-2 y en la p. 19 se recoge la misma comparativa de textos.

primer apartado el contenido de éste. Por lo tanto no hay cambios sustanciales. Lo único que sucede es que ahora se presta mayor atención a un tipo de discapacidad, probablemente porque comprende el mayor número de personas con dificultades para acceder a la cultura sin olvidar, entre otras, a las personas sordas que, sin embargo, no han sido objeto de previsión por el momento, a pesar de que hubo algún intento al respecto⁴⁷. De ahí que el desarrollo de la excepción en relación con este colectivo de sujetos se lleve a cabo en los apartados siguientes: del anterior art. 31 bis párrafo segundo, que estaba formado por un solo párrafo, se ha pasado al actual art. 31 ter, que consta de 5 apartados, algunos de ellos formados a su vez por varios párrafos.

Como decimos, en el apartado primero del art. 31 ter se hace referencia a las personas con discapacidad. Y como ni en la Directiva (UE) 2017/1564 ni en el TRLPI se recoge definición alguna, asumimos el concepto de discapacidad de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad. Concretamente, según el art. 1 de la citada Convención, «(...) Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Lo que sí que recoge ahora este artículo tras la reforma operada por la Ley 2/2019, es la definición de qué se entiende por discapacidad visual y dificultad para acceder a obras impresas, lo que contrasta con la técnica legislativa anterior. Como decimos, mientras que el legislador de 2006 para transponer la DDASI modificó el art. 31 y en un solo párrafo se refirió a este límite, en el año 2019 para transponer la Directiva (UE) 2017/1564 ha tenido que introducir varios apartados.

De modo que mientras el art. 31 ter apartado 1, se refiere a personas con discapacidad, sin definir qué entiende por tales⁴⁸, en el apartado 2 del mismo artículo se desciende a definir la discapacidad visual y la dificultad para acceder a obras impresas, incluido el formato audio y los formatos digitales, que es la que tienen personas «a) que sean ciegas; b) las que tengan una discapacidad visual que no pueda corregirse para darle una función visual sustancialmente

⁴⁷ MAIN, p. 93.

⁴⁸ En relación con un caso de televisiones instaladas en un centro hospitalario no cabe identificar persona con discapacidad con persona enferma o lesionada ingresada por razón de su enfermedad o lesión. Además en este caso no concurre el requisito de ausencia de finalidad lucrativa dado que los pacientes deben pagar para acceder al servicio de televisión. De modo que no se pueden amparar en la excepción sino que hay un acto de comunicación pública de grabaciones que no guarda relación directa con la discapacidad. Y, por si fuera poco, los beneficiarios de los actos de comunicación no sólo serían los pacientes sino también sus acompañantes y visitantes respecto de los que nunca podría operar el límite legal, SAP Madrid 27 de marzo de 2015 (AC 2015, 1185).

equivalente a la de una persona sin ese tipo de discapacidad, y que, en consecuencia, no sean capaces de leer obras impresas en una medida sustancialmente equivalente a la de una persona sin ese tipo de discapacidad; c) tengan una dificultad para percibir o leer que, en consecuencia, las incapacite para leer obras impresas en una medida sustancialmente equivalente a la de una persona sin esa dificultad, o d) no puedan, debido a una discapacidad física, sostener o manipular un libro o centrar la vista o mover los ojos en la medida que normalmente sería aceptable para la lectura».

En la Directiva se hace una matización antes de describir quiénes quedan comprendidos en la excepción, al señalar «con independencia de otras discapacidades», lo que puede entenderse en dos sentidos, bien como que quedan comprendidas otras discapacidades visuales que pudieran quedar fuera de las descritas, o bien como que también están comprendidas otras personas con discapacidades distintas, aunque no se definan. Precisamente en relación con esto último, ya apuntábamos con anterioridad que en el art. 9 de la Directiva se prevé que cuando a más tardar el 11 de octubre de 2020 (justo a los dos años de la fecha tope marcada para su transposición por los Estados miembros) la Comisión presente el Informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, se incluya, entre otros aspectos, una evaluación sobre la conveniencia de ampliar su ámbito de aplicación a personas con discapacidades distintas de las incluidas ahora.

En el apartado segundo del art. 31 ter TRLPI también se hace referencia a que los beneficiarios y las entidades autorizadas podrán conseguir o consultar un ejemplar en formato accesible facilitado por una entidad autorizada en cualquier Estado miembro de la Unión Europea. En relación con esto último, la ONCE propuso «Sustituir “podrán acceder a un ejemplar en formato accesible” por la literalidad de la Directiva (“podrán conseguir o consultar”)» y ello fue aceptado en la redacción de Real Decreto-ley, pasando luego al Proyecto de la actual Ley 2/2019⁴⁹.

Esto en cuanto a los beneficiarios como tales de la excepción. Pero, ¿quiénes pueden llevar a cabo los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas? El art. 31 bis párrafo segundo TRLPI no lo concretaba, al contrario de lo que ocurre en otros Derechos, como en el Código francés de la Propiedad Intelectual, donde el legislador ha previsto que sean las personas morales y los establecimientos abiertos al público, como bibliotecas, archivos, centros de documentación y espacios culturales multimedia, quienes lleven a cabo esos actos a favor de las personas con discapacidad (art. L.122-5. 7° CPI). Ahora, el art. 31 ter 2° *in fine* ha especificado que los actos de reproducción, distribución y comunicación pública puedan llevarse a cabo por las

⁴⁹ Vid. MAIN anexo V, p. 91.

entidades autorizadas establecidas en España⁵⁰, entendiéndose por tales aquellas entidades que proporcionen sin ánimo de lucro a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información o que, tratándose de instituciones públicas u organizaciones sin ánimo de lucro, estos servicios se encuentren entre sus principales actividades, como una de sus obligaciones institucionales o como parte de sus misiones de interés público.

Esta definición ha sido obtenida casi de forma literal de la Directiva (UE) 2017/1564, que, a su vez, toma casi al pie de la letra el art. 2.c) del Tratado de Marrakech donde se define la entidad autorizada como «toda entidad autorizada o reconocida por un Estado miembro para proporcionar, sin ánimo de lucro, a los beneficiarios, educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información⁵¹. Se incluye también toda institución pública u organización sin ánimo de lucro que proporcione esos mismos servicios a los beneficiarios como una de sus actividades principales, como una de sus obligaciones institucionales o como parte de sus misiones de interés público» (art. 2.4)⁵².

Además, en el apartado tercero del art. 31 ter se establecen cuáles son las obligaciones de estas entidades autorizadas, en concreto⁵³:

«a) Distribuir, comunicar o poner a disposición ejemplares en formato accesible de obras para uso exclusivo de los beneficiarios del apartado anterior o de otras entidades autorizadas». Se refiere a la distribución y a la comunicación pública o puesta a disposición (no olvidemos que la puesta a disposición del público de las obras protegidas por el Derecho de autor, realizada por procedimientos alámbricos o inalámbricos, es una versión de las formas de comunicación pública que regula el art. 20 TRLPI⁵⁴), pero no a la reproducción. Sin embargo, no tiene sentido entenderlo como exclusión, ya que van a ser precisamente esas entidades las que lleven a cabo la reproducción en la gran mayoría de los casos, con fines de convertir la obra en accesible. Lo que sucede es que no tienen la obligación de reproducir una obra pero, una vez reproducida, entonces es cuando nace la obligación de distribuirla, comunicarla o ponerla a disposición.

⁵⁰ En el art. 31 ter 1º, junto con la reproducción y la distribución se hace referencia a la comunicación pública, pero en el Tratado de Marrakech no está la comunicación pública, sino sólo la puesta a disposición (art. 4.1.a).

⁵¹ La redacción de la Directiva sintácticamente es más correcta, porque la ausencia de ánimo de lucro se refiere a la entidad, no a los beneficiarios, como podría interpretarse de la lectura del Tratado.

⁵² En idéntico sentido se recoge en el art. 2.4 del Reglamento.

⁵³ En la Directiva están previstas en el art. 5; de forma similar se recogen en el art. 2.c) del Tratado de Marrakech y en idéntico sentido en el art. 5 del Reglamento.

⁵⁴ En el art. 3.1.b) de la Directiva se hace referencia tanto a la comunicación como a la puesta a disposición, e incluso se incluye tanto la distribución como el préstamo. Sin embargo, en el Reglamento (art. 3) sólo se hace referencia a la distribución, comunicación o puesta a disposición, como en el art. 31 ter 3.a).

Durante la elaboración del Real Decreto-ley se instó que se concretase en medidas concretas las obligaciones a asumir por parte de las entidades autorizadas, entre ellas, que el formato digital de las obras accesibles que sólo se pusieran a disposición de los beneficiarios en redes cerradas, lo cual no fue aceptado⁵⁵.

«b) Tomar las medidas necesarias para desincentivar la reproducción, distribución, comunicación al público o puesta a disposición del público, de forma no autorizada, de ejemplares en formato accesible». Como vemos, se les asigna a esas entidades e instituciones una función de vigilancia y control. También en relación con este supuesto se pidió que se concretase en medidas concretas las obligaciones a asumir por parte de las entidades autorizadas, entre ellas que se recogiera la obligación de inserción de una marca de agua o huella digital en las obras en formato accesible que permitiera su trazabilidad en caso de distribución ilegal, así como también que se fortalecieran las consecuencias en caso de incumplimiento por parte de las entidades autorizadas con penalizaciones disuasorias, observaciones que no se aceptaron y por ello mismo no figuran en la redacción final del artículo⁵⁶.

«c) Gestionar con la diligencia debida las obras, así como sus ejemplares, en formato accesible, y mantener un registro de dicha gestión». De ello se desprende que corresponde a las entidades autorizadas una función de gestión de las obras que se hayan adaptado a un formato accesible, que incluiría la llevanza de un registro⁵⁷ en el que entendemos que debería recogerse datos como la autoría, título, fecha, lugar de edición y editorial que la publica (en su caso, ya que el requisito de la divulgación no necesariamente conlleva la publicación, si bien es lo más frecuente), así como los datos de quién lleva a cabo la adaptación y la fecha y lugar en que se realiza. De haber una editorial por medio, hay que recordar que en todo caso ha de carecer de finalidad lucrativa. Además se puntualiza que en el ejercicio de esta función de gestión han de actuar diligentemente, de donde se deriva que en caso contrario nacería una responsabilidad civil por negligencia e incluso los titulares de los derechos podrían solicitar las medidas legales previstas en los arts. 138 y siguientes del TRLPI.

«d) Publicar información sobre las actuaciones realizadas en aplicación de las letras anteriores, siendo suficiente, a estos efectos, una actualización semestral en su portal de internet y una remisión de dicha información, actualizada semestralmente, al centro directivo del Ministerio de Cultura y Deporte competente en materia de propiedad intelectual y a la entidad o entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual que representen a los titulares de las obras

⁵⁵ Se recoge entre las observaciones que formula CEDRO a la MAIN, p. 92.

⁵⁶ Así aparece entre las observaciones que formula CEDRO a la MAIN, pp. 92-93.

⁵⁷ Entre las observaciones que formula CEDRO a la MAIN, se solicita que se recoja en medidas concretas las obligaciones a asumir por parte de las entidades autorizadas, entre ellas contemplan la obligación de que las entidades autorizadas lleven un registro informativo y accesible a las entidades de gestión correspondientes. Ello se acepta y por tanto se recoge en el texto definitivo, vid. p. 92.

adaptadas a formato accesible. El referido centro directivo del Ministerio de Cultura y Deporte creará y llevará un registro de las entidades autorizadas y podrá comprobar, en cualquier momento, las actuaciones informadas por éstas». En definitiva, se trata de que las entidades autorizadas actúen con transparencia y para ello se dan unos mínimos, señalando que será suficiente con la actualización semestral de su portal de internet (que por tanto han de tener) y la remisión de la información actualizada también cada seis meses tanto al centro directivo del Ministerio como a la entidad de gestión colectiva que represente a los titulares de las obras originarias. El legislador español ha ido mucho más lejos que el europeo al prever el registro de entidades autorizadas, que no aparece en la Directiva, limitándose ésta en su art. 5.1 d) a publicar y actualizar, en su sitio web si procede, o a través de otros canales en línea o no, información sobre las medidas tomadas para cumplir las obligaciones previstas en las letras a) a c) (y en el mismo sentido se recoge en el Reglamento). Ello obedece a que durante la tramitación del Real Decreto-ley esto mismo se recoge en una de las Observaciones que formula CEDRO en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo⁵⁸.

«e) Facilitar de forma accesible, previa solicitud, la lista de obras y formatos disponibles según lo previsto en la anterior letra d), y los datos de las entidades autorizadas con las que hayan intercambiado ejemplares en formato accesible, a los beneficiarios del apartado anterior, a otras entidades autorizadas o a los titulares de derechos». Cuando este apartado se refiere a los beneficiarios del apartado anterior, en realidad no se refiere a la letra d) sino al apartado 3 del artículo. En la Directiva, para evitar posibles confusiones, la remisión se realiza al artículo concreto que se refiere a ello, por lo que siguiendo el ejemplo habría sido deseable que se hubiera indicado que la remisión se efectúa en relación con el apartado 2 del art. 31 ter.

Por otro lado, al menos a nuestro juicio este apartado resulta innecesario ya que podría entenderse subsumido en el apartado d) del artículo que estamos desgranando. Y es que lo de «previa solicitud» a nuestro entender debería desaparecer porque va de suyo que el listado aparezca en el portal de internet también en forma accesible. Otra cosa es que la traducción de la Directiva no haya sido todo lo exacta que debería y tengamos que entender que no sólo se facilitará el listado, sino también la obra en sí. La única novedad reside en comunicar los datos de las entidades autorizadas con las que se han intercambiado ejemplares en formato accesible a los beneficiarios, o a otras entidades autorizadas, porque la obligación de comunicarlo a los titulares de derechos (se entiende que a través de las entidades de gestión colectiva) ya se contempla en el apartado anterior.

⁵⁸ En concreto: «Registro de Entidades autorizadas: establecer un registro de las entidades autorizadas, administradas por el MECD. Se acepta», MAIN, p. 93.

Se constata lo que decimos porque si acudimos a la Directiva, el art. 5.2. a) se refiere a la obligación de las entidades autorizadas de facilitar de una forma accesible, previa solicitud, «la lista de obras u otras prestaciones de las que tengan ejemplares en formato accesible, así como los formatos accesibles». De donde se colige con claridad que una cosa es la lista de obras y otra los propios formatos u obras adaptadas. Nos encontramos por tanto ante una deficiente traducción de la Directiva. Después de la extensa formulación del artículo en la Directiva, extensión que adopta el legislador español en la propia transposición que lleva a cabo, unas pocas palabras más hubieran servido para aclararlo sin tener que acudir a los antecedentes legislativos de la norma para averiguarlo.

El apartado 3 del art. 31 ter concluye señalando que el Ministerio de Cultura y Deporte deberá remitir a la Comisión Europea la información que haya recibido de las entidades autorizadas, incluyendo su nombre y datos de contacto, así como también que estas obligaciones han de cumplirse respetando la normativa vigente en materia de tratamiento de datos personales. Mientras que aquí se contempla como una obligación lo de facilitar los datos de las entidades autorizadas con las que hayan intercambiado ejemplares, pues se establece que el Ministerio de Cultura y Deporte «remitirá a la Comisión Europea la información que haya recibido de las entidades autorizadas, incluyendo su nombre y datos de contacto», en el art. 6 de la Directiva se puede leer que los Estados «alentarán» a las entidades autorizadas establecidas en su territorio a que les comuniquen «con carácter voluntario», sus nombres y datos de contacto. Salta a la vista la diferente concepción que tienen sobre esta cuestión el legislador español y el europeo. En el segundo caso parece que si no tienen la información no sucede nada, pero ello no tiene demasiado sentido dado que en la práctica no sería operativo que no figurasen los nombres y los datos de las entidades autorizadas.

El apartado 4 del art. 31 ter bien podría constituir la letra f) del apartado 3 de dicho artículo. No en vano, recoge otra obligación de las entidades autorizadas que, de no llevarse a cabo, supondrá el cese de la actividad de la entidad cuestionada. Quizá por la gravedad que conlleva el legislador ha preferido su formulación autónoma con respecto al resto de obligaciones o funciones imperativas. Así «4. Las entidades comunicarán al centro directivo del Ministerio de Cultura y Deporte competente en materia de propiedad intelectual, el cumplimiento de los requisitos contenidos en los anteriores apartados 2 y 3, exigibles a una entidad autorizada. En caso de incumplimiento de los mismos y de no ser atendido el oportuno requerimiento de subsanación, se requerirá a aquéllas el cese de la actividad regulada en el presente artículo».

En el último apartado del art. 31 ter, el número cinco, de manera indirecta se hace una remisión a la normativa correspondiente en relación con el intercambio transfronterizo de ejemplares en formato accesible entre la Unión Europea con terceros países de ejemplares en formato accesible. Mientras la Directiva se

refiere a los propios Estados de la Unión Europea, es a otra normativa a la que nos tenemos que referir cuando el intercambio tiene lugar con terceros países. Esa normativa no es otra que el Reglamento (UE) 2017/1563 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2017⁵⁹ que, por su propia naturaleza, es directamente aplicable sin necesidad de transposición alguna como sí ocurrió con la Directiva (UE) 2017/1564.

Una vez vistas las funciones de las entidades autorizadas, seguimos avanzando con los sujetos comprendidos en el art. 31 ter. Ni en el anterior art. 31 bis párrafo segundo ni en el actual art. 31 ter TRLPI se concreta nada acerca de que las propias personas con discapacidad puedan producir ejemplares en formato accesible. A pesar de que en muchos casos la propia discapacidad puede ser un impedimento para tal propósito, esta situación ha cambiado, sobre todo de la mano de las nuevas tecnologías. Pero en tal supuesto, o incluso cuando alguien de su entorno más cercano le auxiliara para hacerlo ¿habría que acudir a la excepción por copia privada y en su caso entraría en juego la compensación equitativa prevista en el art. 25 TRLPI? En nuestra opinión, sí.

De entrada la redacción del art. 31 ter pudiera hacernos pensar que la copia privada para este colectivo de personas quedaría incluida en dicho artículo y por tanto la misma estaría exenta del canon previsto en el art. 25 TRLPI. No obstante, compartimos la opinión de quienes consideran que es más lógico pensar que el art. 31 ter solamente se aplicaría a aquellas copias que, aun siendo realizadas sin ánimo de lucro, sí pueden realizarse por ejemplo para uso colectivo, o para cualquier otro uso distinto del meramente doméstico. De modo que sólo en el caso de uso privado, si se cumplen el resto de requisitos previstos en el art. 31.2, se entenderá como copia privada, y por tanto se aplicará la remuneración equitativa del art. 25 TRLPI⁶⁰.

Ello podríamos planteárnoslo no sólo si la persona con discapacidad fuera quien lleva a cabo la adaptación en formato accesible, sino también cuando se realiza por una persona que se encuentra dentro del círculo íntimo o de confianza de quien disfruta la reproducción, como un familiar o un amigo. De hecho hay casos en los que necesariamente la copia ha de ser realizada por un tercero que auxilia a la persona con discapacidad que no puede realizar la copia por sí misma. Es evidente que tales casos también quedarían cubiertos por el límite del art. 31.2, quedando sólo excluidas dichas copias cuando sean realizadas con la asistencia comercial o profesional de un tercero⁶¹.

⁵⁹ En el Reglamento, el art. 3 se refiere a la «Exportación de ejemplares en formato accesible a terceros países» y el art. 4 se refiere a la «Importación de ejemplares en formato accesible desde terceros países».

⁶⁰ Así, en relación con el anterior art. 31 bis, MARTÍN SALAMANCA, S.: «Comentario al art. 31 bis», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. J.M. Rodríguez Tapia, Civitas, Madrid, 2009, p. 289.

⁶¹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: «Comentario al art. 31», revisado por S. López Maza, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez Cano, Tecnos, Madrid, 2017, p. 592.

A pesar de que el art. 31 ter nada refiere acerca de si el propio beneficiario puede llevar a cabo la reproducción de la obra, sin embargo el art. 3.1 de la Directiva (UE) 2017/1564, cuando se refiere a que los Estados miembros han de establecer la excepción con la que no sea necesaria la autorización del titular de los derechos de autor o derechos afines de una obra u otra prestación, comprende tanto al beneficiario como a la persona que actúe en su nombre al «producir», para uso exclusivo del propio beneficiario, un ejemplar en formato accesible de una obra u otra prestación a la que el beneficiario tenga lícitamente acceso, así como también a las entidades autorizadas. Pero esto no se contempla en el art. 31 ter TRLPI.

Por otro lado, y a pesar de que no lo diga el precepto, algún autor apunta que el límite de la copia privada previsto en el art. 31.2 TRLPI está pensando en la reproducción literal de la obra sin ninguna modificación o adaptación, mientras que el límite del art. 31 ter exige la adaptación de la copia a la discapacidad de que se trate⁶². En tal caso habría que entender que la copia privada del art. 31.2 sólo tendría lugar cuando por ejemplo de una obra literaria producida en Braille se hiciera, también en Braille, una copia por una persona ciega o con discapacidad visual, o por una persona de su entorno cercano, lo cual es más complicado, ya que no es lo mismo ni requiere la misma habilidad escanear una obra e introducirla en el ordenador para imprimirla en Braille, que partir ya de una copia en Braille y hacer una copia exacta también en Braille, además de que no tendría demasiado sentido porque se podría simplificar el proceso haciendo otra copia a partir de la obra originaria escrita.

Sea una u otra la excepción aplicable, lo importante es que las obras puedan adaptarse en formato accesible a las personas con discapacidad. Lo que debiera preocuparnos es la remuneración que aunque sólo se exige en el caso de la copia privada, sin embargo también se podría estar aplicando a las personas con discapacidad al menos por la vía de hecho, al gravar en algunos casos los aparatos con los que se lleva a cabo la copia. Quizá el legislador debiera planteárselo. Así las cosas, con la Ley 2/2019 se ha reformado el art. 25 TRLPI, referido a la compensación equitativa por copia privada, y aunque en su apartado octavo se incluyen las causas por las que se puede pedir el reembolso de la compensación, no hubiera estado de más haber incluido la discapacidad⁶³.

⁶² Con respecto al anterior art. 31 bis 2, así lo entiende S. LÓPEZ MAZA, para quien no cabe amparar este tipo de reproducciones en el límite de la copia privada, op. cit., p. 611.

⁶³ En el apartado séptimo del art. 25 TRLPI, referido a la compensación equitativa por copia privada, se exceptúa del pago de la compensación, las adquisiciones de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción, entre otros motivos, cuando la copia se realice por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a cabo la reproducción de obras, prestaciones artísticas, fonogramas o videogramas, en el ejercicio de su actividad. Con carácter explícito, en el Derecho portugués y en el Derecho francés, el legislador ha previsto la posibilidad de que en el caso de las personas con discapacidad el derecho de remuneración a que da lugar la copia privada sea susceptible de reembolso. En el párrafo 3 del art. 82 del Código de derechos de autor y derechos conexos de Portugal, que se ocupa de la compensación que gravará el precio de venta al público

Aun con todo, no parece que la intención del legislador haya sido aplicar la compensación por copia privada a las impresoras de Braille. Basta con leer la disposición transitoria segunda 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, referida a la «Regulación transitoria de la compensación equitativa por copia privada», donde entre los equipos, aparatos y soportes materiales que se enumeran no estarían estas impresoras, aunque sí por ejemplo se enumeran los dispositivos portátiles reproductores de fonogramas, videogramas, textos o de otros contenidos sonoros, que también podrían ser utilizados por las personas con discapacidad visual⁶⁴.

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación o, lo que es lo mismo, las obras que quedan afectadas por el límite, podemos decir que comprende cualquier tipo de obra, ya sea literaria, musical, audiovisual, artística o científica, cuyo formato no pueda ser percibido por la persona con discapacidad. Con respecto a todas estas obras, sólo se exige que hayan sido previamente divulgadas, lo que no conlleva que necesariamente hayan tenido que ser publicadas. Esto último resulta lógico, ya que si la finalidad de la norma reside en procurar el acceso al conocimiento en condiciones de igualdad con el resto de personas, carecería de sentido y rozaría lo arbitrario favorecer a las personas con discapacidad. Además, y aunque no se diga expresamente en la Ley 2/2019, tanto en la Directiva (UE) 2017/1564 (art. 3.1.a), como en los arts. 4.2.a.i) y 4.2.b) del Tratado de Marrakech se prevé que se haya tenido acceso lícito a dichas obras. Por lo tanto y a pesar de que el art. 31 ter TRLPI no lo recoja así, la regla de los tres pasos debe llevar a una interpretación del límite que exija tal

de aparatos que permitan reproducir o fijar obras, y que se destinará a fomentar las actividades culturales y a beneficiar a los autores, a los artistas, intérpretes o ejecutantes, a los editores y a los productores fonográficos y videográficos, se excluye dicha compensación, entre otros casos, en aquellos en los que los aparatos se adquieran por organismos «que los utilicen para fines exclusivos de auxilio a disminuidos físicos visuales o auditivos». L. 311-8, 3º CPI «La remuneración por copia privada da lugar a reembolso cuando el soporte de grabación es adquirido para su propio uso o producción por: 3) Las personas morales u organismos, cuya lista será fijada por el Ministro de Cultura, que utilizan los soportes de grabación para fines de ayuda a las personas con discapacidades visuales o auditivas».

⁶⁴ Según la Disposición final del Real Decreto 12/2017, en el plazo máximo de un año desde su entrada en vigor, deberá aprobarse un real decreto que lo desarrolle reglamentariamente y 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 reproducción. Esta enumeración de equipos, aparatos y soportes materiales no se recoge en el Real Decreto 1398/2018, de 23 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 25 TRLPI, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada. Y es que no se puede desconocer, como apunta GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, que la elaboración de una lista de equipos y soportes sujetos al pago de la compensación por copia privada es una tarea delicada, que involucra un buen número de problemas asociados y distintos intereses empresariales, de los consumidores y de la propia política económica del Gobierno, vid. «Comentario al art. 25», revisado por S. López Maza, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez Cano, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 530-531.

condición, pues lo contrario atentaría contra la explotación normal y causaría un grave perjuicio a los intereses legítimos del titular de los derechos⁶⁵.

En otro orden de cosas, merece nuestro comentario que durante la tramitación parlamentaria del Proyecto, hallándose éste en el Senado, se matizó la referencia a las obras a las que las personas con discapacidad visual tenían dificultad para acceder, para evitar caer en una interpretación literal. En un primer momento en el párrafo dos del apartado 2 del art. 31 ter sólo se hacía referencia a las obras impresas y finalmente se ha incluido también el formato audio y los formatos digitales. A pesar de que no se plantearon enmiendas a este artículo en el Congreso de los Diputados⁶⁶ y el 30 noviembre de 2018 se publicó en el Senado el Texto remitido por el Congreso de los Diputados⁶⁷, durante el trámite de enmiendas del Senado se planteó una enmienda al art. 31 ter, la núm. 2, por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (GPPOD). Se trataba de una enmienda de modificación del segundo párrafo del apartado 2 del art. 31 ter, quedando igual el resto de la redacción: «Se entiende por discapacidad visual y dificultad para acceder a obras impresas, incluido el formato audio y los formatos digitales, a los efectos de determinar los beneficiarios de este apartado, las que tienen las personas que: (...)».

La justificación de esta enmienda reside en que el art. 2.1) de la Directiva (UE) 2017/1564, comprende dentro del concepto «obras y otras prestaciones» no sólo las obras tradicionales o impresas («en forma de libro, diario, periódico, revista u otros tipos de textos escritos», etc.), sino también las publicadas en formatos digitales y en formato audio. De ahí que en la ley española deban incluirse estos supuestos a fin de reconocer mayor protección a las personas con discapacidad en el actual entorno de auge de los medios digitales, más que nada por coherencia con el espíritu y finalidad de la mencionada Directiva⁶⁸. Efectivamente el art. 2.1) de la Directiva incluye «el formato audio, como los audiolibros, y los formatos digitales». Y no sólo la Directiva, sino que del mismo modo se contempla en el art. 2.1 del Reglamento (UE) 2017/1563.

Aunque de entrada pudiéramos pensar que la inclusión del formato audio sólo tendría sentido en relación con otras discapacidades distintas a la visual, lo cierto es que con la enmienda parece que no se pretendía hacer referencia por ejemplo a las obras musicales o audiovisuales, sino a los audiolibros dirigidos al público en general que, para su uso por personas con ceguera o discapacidad visual, necesitan ciertas adaptaciones, como facilitar la navegación del lector a través del sistema DAISY (*Digital Accessible Information System*) pues, de lo

⁶⁵ Así, LÓPEZ MAZA, S.: op. cit. pp. 619-620.

⁶⁶ El art. 31 ter estaba en el apartado cuatro del artículo único de modificación del TRLPI aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOCG, 121-1), y se dice expresamente «Sin enmiendas». Enmiendas e Índice de enmiendas al articulado, 19 septiembre 2019, 121-2, p. 43.

⁶⁷ BOCG. Senado, núm. 309, 30 de noviembre de 2018, Proyectos y Proposiciones de Ley, p. 9.

⁶⁸ BOCG. Senado, núm. 315, 12 de diciembre de 2018, Enmiendas, pp. 3-4.

contrario, retomar el libro por dónde uno se ha quedado leyendo, puede ser una ardua tarea para este colectivo de personas. Viéndolo así la enmienda resulta plausible, como lo demuestra su voto favorable y su inclusión en el texto definitivamente aprobado⁶⁹.

Con todo, y a pesar de que los límites afectan a los derechos patrimoniales, lo cierto es que las utilizaciones que se realicen con base en estos artículos han de respetar los derechos morales de autor. En este sentido, ya hemos dicho que las obras han de estar divulgadas, pero es que, además, ha de respetarse tanto la integridad (aspecto recogido también en el art. 3.2 de la Directiva) como la paternidad de la obra. Efectivamente, para no quebrantar el derecho a la paternidad de la obra (art. 14.3 TRLPI), a pesar de que el art. 31 ter 1) TRLPI no señale nada al respecto, las obras reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente en sistemas adaptados, deberán consignar los datos de la publicación original, fundamentalmente el nombre del autor⁷⁰.

3.3.2. Derechos incluidos

En cuanto a los derechos o facultades patrimoniales que comprende el art. 31 ter TRLPI, ya hemos visto que el art. 31 bis párrafo segundo amplió el campo de aplicación hacia el derecho de distribución y el de comunicación pública. La inclusión de la facultad de comunicación pública era necesaria desde el momento en que se ampliaba esta excepción a otras discapacidades, como por ejemplo a las personas sordas, porque en tal caso cobraba sentido incluir en el límite supuestos como la proyección en una sala de cine de una obra audiovisual con subtítulo. Y gracias a la introducción de la facultad de distribución, los ejemplares producidos en formatos adaptados iban a poder ser prestados o arrendados, ya que algunas bibliotecas cuentan en sus fondos con obras producidas en formatos adaptados⁷¹. Sin olvidar, además, que todo acto de distribución comprendido en la excepción ha de caracterizarse por la ausencia de ánimo de lucro.

⁶⁹ Por tanto se modifica el art. 31 ter incluyendo el contenido de la enmienda núm. 2 en el párrafo dos del apartado segundo del art. 31 ter, que queda «Se entiende por discapacidad visual y dificultad para acceder a obras impresas, incluido el formato audio y los formatos digitales, a los efectos de determinar los beneficiarios de este apartado, las que tienen las personas que (resto igual)», BOCG. Senado, núm. 319, 18 de diciembre de 2018. I Iniciativas Legislativas. Proyectos y Proposiciones de Ley, Dictamen de la Comisión, p. 12.

⁷⁰ De ahí que con la reforma operada en Alemania mediante la Ley de 26 de octubre de 2007 se modificase el primer párrafo del § 63 para indicar en qué párrafos o secciones de la propia Ley es necesario indicar la fuente, entre ellos en el § 45a UrhG. Igualmente, el art. 76.1 del Código de derecho de autor e dos direitos conexos establece que «[l]a utilización libre a que se refiere el artículo anterior debe acompañarse: a) de la indicación, siempre que sea posible, del nombre del autor y del editor; del título de la obra y demás circunstancias que lo identifiquen».

⁷¹ Así, en la Biblioteca Digital ONCE cuentan con 49.000 libros accesibles, disponible en <https://asociaciondoce.com/2016/04/26/49-000-libros-accesibles-en-la-biblioteca-digital-once/> (consulta de 9/03/2019).

Por último, la facultad de transformación continúa sin incluirse. Mientras algunos autores son de la opinión de que la reproducción mediante el sistema Braille constituiría una transformación de la obra⁷², nos reafirmamos en que el alfabeto Braille no es un idioma, sino un código que consiste en unos puntos en relieve organizados de forma parecida a los del dominó, de manera que las particularidades y la sintaxis serán las mismas que para los caracteres visuales. De ahí que cuando se lleva a cabo la conversión de un texto a Braille no concurre la suficiente originalidad⁷³, por lo que no estaríamos ante una obra derivada, es decir, no se estaría ante una transformación de la obra originaria, sino ante una mera reproducción.

Llegados a este punto nos preguntamos acerca de cómo llevar a cabo la adaptación de una obra a la discapacidad concreta. Insistimos en que en tales casos, sólo si hubiera suficiente originalidad podríamos estar ante una verdadera transformación y por tanto ante una obra derivada. En el caso del sistema Braille ya ha quedado claro que no surge una obra derivada, y otro tanto podríamos decir si de lo que se trata es, por ejemplo, de modificar características como el color o los caracteres tipográficos de una obra, cambios que ni siquiera afectan al contenido de la obra propiamente dicho sino únicamente a la forma⁷⁴. A una conclusión distinta llegaríamos, por ejemplo, en el caso de que lo que se pretendiera adaptar fuera una obra literaria para hacerla más comprensible a personas que tuvieran una discapacidad psíquica que les dificultase el entendimiento y, a través de resúmenes, ilustraciones, o un vocabulario más sencillo, se les pudiera hacer accesible. Por tanto habrá que descender al particular para averiguar cuándo estamos ante una transformación y cuándo ante una simple reproducción, siendo lo más habitual que se trate de una simple reproducción. La no inclusión del derecho de transformación en el tenor literal de esta excepción en modo alguno puede ser calificada de olvido. El legislador ha sido plenamente consciente de ello. En todo caso, y aunque no haría falta indicarlo porque para eso se recoge en el art. 14 TRLPI, como indica el art. 2 b del Tratado de Marrakech, el ejemplar en formato accesible «debe respetar la integridad de la obra original, tomando en debida consideración los cambios necesarios para

⁷² Favorable a su inclusión se muestran, entre otros, S. MARTÍN SALAMANCA al entender que los formatos adaptados constituyen transformaciones de las obras originarias, «Comentario al art. 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. J.M. Rodríguez Tapia, Civitas, Madrid, 2007, p. 251; BONDÍA ROMÁN, F.: op. cit., p. 169. Teniendo en cuenta que se permite la posibilidad de adaptar la obra a la discapacidad de que se trate, quedaría incluida, por tanto, su adaptación al lenguaje propio de las personas con discapacidad, lo que implicaría una transformación de la obra que, aunque el precepto no la menciona, cabe incluir en la referencia legal a que se lleve a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad, así, PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, C.: «Comentario al art. 31 bis», en *Comentarios...*, cit., 2007, p. 583.

⁷³ En este sentido vid. RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 250, LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 69.

⁷⁴ Así, MANN, D.: «Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) – Progrès dans l'accès à l'information des handicapés visuels», 67 th IFLA Council and General Conference, august 16-25, 2001, disponible en <http://www.ifla.org/IV/ifla67/papers/078-144f.pdf> (consulta de 10/01/2019), p. 1.

hacer que la obra sea accesible en el formato alternativo y las necesidades de accesibilidad de los beneficiarios». En sentido parecido, el art. 3.2 de la Directiva establece que «[l]os estados miembros garantizarán que cada ejemplar en formato accesible respete la integridad de la obra u otra prestación, teniendo debidamente en cuenta los cambios que sea necesario introducir para que la obra u otra prestación sea accesible en el formato alternativo». De lo cual, sin embargo, no podemos dar cuenta de lo mismo en la redacción definitiva de la Ley 2/2019, lo que en modo alguno impide su consideración.

Entre las obras que se pueden adaptar a un formato accesible, según el art. 2.a) de la Directiva y el art. 2.a) del Reglamento se encuentran las obras «en forma de libro, diario, periódico, revista u otros tipos de textos escritos, notaciones, incluidas las partituras, así como las ilustraciones asociadas, publicadas en cualquier medio, incluido el formato audio, como los audiolibros, y los formatos digitales, que estén protegidas por derechos de autor o derechos afines y se hayan publicado o puesto a disposición del público lícitamente de cualquier otro modo». No se incluyen las películas, ya que ni el Tratado, ni la Directiva ni el Reglamento permiten que se cambie el contenido de una obra, sino solo la transcripción de su contenido en formato accesible. En cuyo caso estaría más que justificado, pero sólo en el caso de personas ciegas o con discapacidad visual que no se incluya la transformación. Aun así hubo algún intento por incluirlo durante la tramitación del Real Decreto-ley, por ejemplo por parte de la ONCE que propuso «[i]ncluir dentro de la excepción general por discapacidad a los actos de transformación», lo cual no se aceptó, señalando que ello no era objeto de la transposición de esta Directiva⁷⁵.

3.3.3. Presupuestos legales

Ya ha quedado visto que los beneficiarios de la excepción han de ser personas con discapacidad y, a pesar de que nos pueda parecer más o menos justificado, en el segundo apartado del art. 31 ter se hace referencia a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, a cuya consideración se dedican el resto de apartados. Igualmente nos hemos referido a que se lleven a cabo actos de reproducción, distribución y comunicación pública, y a que las obras sobre las que esos actos recaigan estén divulgadas y la utilización de la obra adaptada se lleve a cabo sin ánimo de lucro.

A todo ello hay que sumar un triple requisito de controvertida interpretación: que los actos realizados guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, que se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y que se limiten a lo que ésta exige.

⁷⁵ MAIN, p. 55 y anexo V en la p. 91.

Para no repetir lo que ya tratamos en otro momento⁷⁶, nos limitaremos a exponer algunas cuestiones fundamentales. El que una utilización no pueda ser lucrativa no significa necesariamente que no se puedan repercutir en los beneficiarios algunos gastos que se deriven de la realización de las obras adaptadas⁷⁷, puesto que no es lo mismo que la utilización simplemente no sea lucrativa que el hecho de que haya de ser gratuita⁷⁸. Ya hemos visto que tanto el art. 4.5 del Tratado de Marrakech como el art. 3.6 de la Directiva de 2017 establecen, en sentido similar, que corresponderá a cada Estado determinar si la excepción está sujeta a remuneración. De ahí que en algunos ordenamientos jurídicos, como el alemán (§ 45a), el danés (art. 17.3) o el austriaco (§ 42d apartado 8) se haya contemplado en ciertos supuestos una remuneración adecuada a favor del autor o del titular del derecho, cosa que no ocurre en nuestro ordenamiento, es decir, en el TRLPI no se contempla una remuneración en estos casos.

Llegados a este punto, ¿es necesario que todos los requisitos exigidos en el art. 31 ter 1) TRLPI se den conjuntamente? De entrada parece que habrán de concurrir todos, si bien no lo tenemos demasiado claro, máxime cuando en la DASSI sólo se recogían dos: que el uso guardara relación directa con la discapacidad y en la medida en que ésta lo exigiera. Nada dice a este respecto la Directiva de 2017. En todo caso, y como los tres requisitos giran en torno a la misma idea, nos mostramos a favor de una interpretación de conjunto a tenor de la cual nadie que no tenga una discapacidad pueda aprovecharse de la excepción y que la discapacidad tenga que ver con la adaptación de la obra. De ahí que estos tres requisitos o bien se interpretan en su conjunto, como un todo, o bien hubiera bastado con que el artículo sólo se refiriera al requisito de la necesidad de que el acto se llevara a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y a uno de los otros dos requisitos, a saber, que el uso guardara relación directa con la discapacidad o que se limitara a lo que la discapacidad exija⁷⁹. Tal y como se desprende de las legislaciones sobre derechos de autor de otros países, se puede llegar a la misma interpretación de la excepción sin necesidad de una redacción tan reiterativa que corre el riesgo de confundirnos.

⁷⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: «La utilización de una obra intelectual...», cit., pp. 239-283.

⁷⁷ Las obras en Braille no se venden en librerías ni están publicadas. Este hueco se rellena con cientos de centros de producción por todo el mundo, asociados con distintas organizaciones. La producción de libros Braille es muy costosa: un volumen se estima que cuesta sobre los 100 euros. Y reproducir un libro impreso convencionalmente de extensión media supone 3 ó 4 volúmenes en Braille, por lo que adaptar una novela de unos 10 euros costaría unos 400 euros, MARTÍNEZ CALVO, F.J.: «Technological advances benefiting visually impaired people», WIPO, Information Meeting on digital content for the visually impaired, disponible en https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/digvi_im_03/digvi_im_03_francisco_mart_nez_calvo.pdf, (consulta de 2/05/2019), p. 3.

⁷⁸ En el mismo sentido, BONDÍA ROMÁN, F.: op. cit., p. 169; DÍAZ ALABART, S.: op. cit., p. 544; BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: op. cit., pp. 107-108.

⁷⁹ Igualmente, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Límites a los derechos de propiedad intelectual», en Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, Bercovitz Rodríguez-Cano, R./Garrote Fernández-Díez, I./González Gozalo, A./Sánchez Aristi, R., p. 51; BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: op. cit., p. 108.

Por último, en relación con la regla de los tres pasos hay que señalar que en la nueva redacción de la excepción del art. 31 ter, concretamente en el apartado 2 se recoge esta regla, al señalar que «[e]n aquellos supuestos especiales que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra, y que no perjudiquen en exceso los intereses legítimos del titular del derecho (...)». Se trata de una norma que va dirigida a las entidades autorizadas establecidas en España en relación con la reproducción, distribución y comunicación pública de las obras adaptadas. Con todo, no era necesario que el legislador hubiera descendido a su consideración, porque para ello tenemos el art. 40 bis TRLPI, «Disposición común a todas las disposiciones del presente capítulo», si bien es cierto que en él no se menciona expresamente el requisito de la especialidad y, además, en el art. 31 ter se añade ahora la expresión «en exceso». El legislador español ha querido ser fiel al legislador europeo, ya que la Directiva se refiere a los tres pasos en sentido muy similar cuando en su art. 3.3 señala que la excepción «sólo se aplicará en determinados supuestos especiales que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra u otra prestación, y que no perjudiquen en exceso los intereses legítimos del titular del derecho». También encontramos una referencia a la regla de los tres pasos en el Tratado de Marrakech, concretamente el art. 11 se refiere a la posibilidad de prever limitaciones o excepciones que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, sin que nada se recoja a este respecto en el Reglamento.

Lo que está claro es que cuando el uso de una obra protegida se englobe en el límite de accesibilidad para personas con discapacidad, o en cualquiera de los restantes límites, ello no conllevará automáticamente que dicho uso sea lícito, sino que habrá de cerciorarse de que no se perjudica al titular de la obra protegida ni tampoco a la explotación normal de la obra⁸⁰.

A tenor del art. 31 ter TRLPI, el primer paso consiste en que el uso ha de tratarse de un caso especial, lo que sin duda concurre en este límite referido a las personas con discapacidad.

En segundo lugar, los actos realizados al amparo de la excepción no deben entrar en conflicto con la explotación normal de la obra, lo cual en este caso parece que no ocurre ya que como los actos de reproducción, comunicación pública o distribución de ejemplares a favor de los beneficiarios se realizarán en escala reducida, no existiría ese problema⁸¹. En relación con ello ¿sería o

⁸⁰ CASAS VALLÉS, R.: «Comentario al art. 40 bis», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2017, p. 791; RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: «Comentario al artículo 40 bis», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. J.M. Rodríguez Tapia, Civitas-Thomson-Reuters, Navarra, 2009, p. 388.

⁸¹ Para valorar la normalidad hemos de considerar el mercado actual de la obra y el mercado potencial, en este sentido, CASAS VALLÉS, R.: *op. cit.*, pp. 831-832.

no un requisito necesario para la aplicación del límite que la obra no estuviera comercialmente disponible?

Si tenemos en cuenta el art. 4.4 del Tratado de Marrakech «[u]na Parte contratante podrá circunscribir las limitaciones y excepciones previstas (...) a las obras que, en el formato accesible en cuestión no puedan ser obtenidas comercialmente en condiciones razonables por los beneficiarios en ese mercado. Toda Parte Contratante que opte por esa posibilidad deberá declararlo en una notificación depositada ante el Director General de la OMPI en el momento de la ratificación o de la aceptación del presente Tratado o de la adhesión al mismo o en cualquier otro momento ulterior». De donde parece que podemos deducir la preferencia por la adopción de la norma que permite la aplicación del límite incluso cuando ya existiera alguna obra adaptada en el mercado.

No tenemos constancia de si la Unión Europea (que es quien ratifica el Tratado) lo ha notificado así, ni tampoco de si tiene intención de hacerlo («o en cualquier otro momento ulterior»). Ni la Directiva de 2017 ni el art. 31 ter TRLPI se pronuncian sobre este particular. A ello hay que añadir que en la declaración concertada relativa al art. 4.4 del Tratado se concreta que «[q]ueda entendido que el requisito de disponibilidad comercial no prejuzga si una limitación o excepción contemplada en el presente artículo está en conformidad con la regla de los tres pasos».

Más claridad al respecto hallamos en la Directiva 2001/29/CE donde expresamente se hace referencia al uso no comercial (art. 5.3.b). En el mismo sentido que la Directiva encontramos, por ejemplo, el Derecho argentino, donde se resuelve la cuestión en el art. 36 de la Ley 11.723 de Derecho de Autor al establecer que «no se aplicará la exención a la reproducción y distribución de obras que se hubieren editado originalmente en sistemas especiales para personas con discapacidades visuales o perceptivas, y que se hallen comercialmente disponibles». Asimismo, el art. 32 limitación 02 de la *Copyright Act* de Canadá establece que la excepción no se aplicará cuando la obra se encuentre disponible en el comercio en un formato especialmente diseñado para satisfacer las necesidades de cualquier persona mencionada en la subsección número 1.

Efectivamente, en algunos países este límite se configura de manera que no se permite utilizar una obra cuando ya está disponible en formato accesible para las personas con discapacidades visuales. Una disposición de esa naturaleza puede ser esencial si el objetivo fuera alentar a los editores a que produzcan copias accesibles para todos⁸².

Por lo tanto, y pese a que nada se aclara sobre este particular en la Ley 2/2019 (tampoco en la regulación anterior), nos inclinamos a pensar que en el caso

⁸² SULLIVAN, J.: op. cit., p. 124.

español si la obra estuviera disponible comercialmente también se aplicaría la excepción, al menos mientras no se deposite la notificación correspondiente en sentido contrario ante el Director General de la OMPI (art. 4.4. del Tratado de Marrakech). Si defendemos, como de hecho hacemos, una interpretación restrictiva de los límites y, más aún, si tenemos en cuenta que al haberse redactado el art. 31 ter TRLPI con tanta profusión todo lo no incluido en él estaría excluido, del hecho de que el legislador español no haya comprendido en su tenor literal dicho supuesto se podría inferir, al menos de entrada, su no inclusión. Pero la previsión del Tratado en torno a la necesaria notificación frente a la OMPI dotaría de sentido nuestra interpretación.

Así las cosas, las necesidades de los editores ocuparían un segundo plano con respecto a la de las personas con ceguera o discapacidad visual. Además, como las discapacidades visuales son enormemente variadas y no existe un formato único que sea accesible para todas ellas, aun en el supuesto de que existiera una copia accesible disponible comercialmente en el mercado cuya accesibilidad sin embargo dejara fuera a cierto colectivo, con la interpretación que acabamos de hacer se podría aplicar el límite, evitando con ello efectos no deseados.

En tercer lugar, es necesario que no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de los derechos. Se trataría pues de que el perjuicio causado por el límite estuviera justificado, de modo que si no hay intereses legítimos en juego o en caso de haberlos no se les causas daño alguno o, en fin, éste estuviera justificado, el límite sería admisible⁸³. Entendemos que concurre una justificación lo suficientemente atendible como lo es el derecho a la cultura y a la educación de personas con discapacidad⁸⁴. No olvidemos que, además, se ha mitigado la aplicación de este límite al matizarlo con la expresión «en exceso» que se recoge en el art. 31 ter y en la Directiva (UE) 2017/1564.

En definitiva, en relación con el art. 31 ter TRLPI la doctrina está de acuerdo en que se trata de un caso determinado y especial y que no daña la explotación normal de las obras. Sin embargo, surgen incertidumbres en torno a la aplicación del tercer paso y la eventual necesidad de una compensación económica. No cabe duda de que el hipotético daño que se les pudiera causar sería muy reducido y estaría justificado tanto en el derecho a la cultura y a la educación que acabamos de apuntar como en relación con las medidas de acción positiva que deben adoptarse en beneficio de las personas con discapacidad⁸⁵. Nos referimos aquellas medidas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la

⁸³ CASAS VALLÉS, R.: op. cit.: p. 836.

⁸⁴ SULLIVAN, J.: op. cit.: p. 122.

⁸⁵ Como apunta S. LÓPEZ MAZA, el riesgo de piratería también es limitado, pues las obras adaptadas son menos atractivas para el público, por lo que el nivel de descargas ilícitas será menor, en «Comentario al art. 31 bis», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2017, p. 612.

igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad (art. 2.g de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre). Aun con todo, algunos autores consideran que podría ser preferible que el límite incluyera una compensación económica a favor del autor o titular del derecho⁸⁶. Se trata de un tema que dejan abierto tanto el Tratado de Marrakech como la Directiva (UE) 2017/1564, mientras que el legislador español, al no recoger nada a este respecto, entendemos que ha dejado fuera dicha posibilidad.

IV. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL LÍMITE EN OTROS PAÍSES

El art. 5.3.b) DDASI supuso la consagración de la excepción referida a las personas con discapacidad al provocar que muchos Estados miembros la incorporasen en sus legislaciones sobre derechos de autor y otros tantos actualizaran el contenido de la excepción que ya recogían. El art. 5.3.b) de la mencionada Directiva daba pie a que los Estados miembros establecieran excepciones o límites cuando se utilizaran obras en beneficio de personas con discapacidad, guardara una relación directa con la discapacidad y no tuviera un carácter comercial, en la medida en que lo exigiera la discapacidad de que se tratara.

En el momento de la trasposición de la DDASI la gran mayoría de Estados miembros introdujeron *ex novo* en sus legislaciones la excepción relativa a la discapacidad. Casi ningún Estado miembro, salvo algunos como Dinamarca (art. 17 de la Ley de Derecho de Autor), Finlandia (§ 17 de la Ley de Derecho de Autor), Noruega (§ 11 del Reglamento núm. 1563 de 21 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de la Ley de Derechos de Autor, y los §§ 55 y 56 de la actual Ley núm. 40 de 15 de junio de 2018 sobre Obras Literarias, Científicas y Artísticas), Suecia (art. 17 de la Ley de Derecho de Autor⁷), Portugal, arts. 75.2-i y 80 del Código de Derecho de Autor y de los Derechos Conexos), o España (art. 31.3 LPI), recogía en sus leyes internas alguna norma que se asemejara a la contenida en el art. 5.3.b) de la Directiva.

⁸⁶ Así, RICKESTON, S.: «Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital», OMPI, Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, novena sesión, Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003, SCCR/9/7, 5 de abril de 2003, disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_9/sccr_9_7.pdf, (consulta de 2/05/2019), p. 78. En concreto, según S. MARTÍN SALAMANCA «el altruismo de la utilización (...) no se anuda, necesariamente, a una inocuidad absoluta en la explotación habitual de la obra. De modo que la amplitud de las utilizaciones previstas hacía casi natural que, en este límite, el legislador hubiera tenido la previsión de articular, al menos, una remuneración adecuada», «Comentario al art. 31 bis», cit., 2009, p. 290. Por su parte, S. LÓPEZ MAZA entiende que debería haberse previsto una remuneración a los titulares de derechos y a cargo de la persona con discapacidad, cuando ésta quisiera tener en propiedad la copia adaptada, no en cambio en los casos de préstamo, op. cit. p. 619.

Sin embargo, a día de hoy el panorama es bien distinto, contando con previsiones concretas en torno a la excepción referida a las personas con discapacidad en Francia (art. L.122-5,7° CPI), Italia (art. 71 bis de la Ley del Derecho de Autor), Alemania (art. 45a UrhG), Bélgica (art. 22 §1.11° de la Ley sobre el Derecho de Autor y los Derechos Conexos que ha sido sustituido con idéntico contenido por el art. XI.190 del Código de Derecho Económico), Austria (art. 42d de la Ley Federal del Derecho de Autor y Derechos Conexos), Grecia (art. 28A de la Ley de Derecho de Autor), Bulgaria (art. 24 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos), Croacia (art. 86 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos), Eslovaquia (sección 46 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos), Eslovenia (art. 48.a de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos), Estonia (§ 19 de la Ley de Derecho de Autor), Lituania (art. 25 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos), Países Bajos (art. 15.i de la Ley de Derecho de Autor), Polonia (art. 33.1 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos), o la República Checa (art. 38 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos).

Como hemos podido constatar, prácticamente todos los Estados miembros contienen este límite en sus leyes sobre derechos de autor. Sin embargo, algunos países como Chipre o Rumania no lo han incluido, lo cual, además de ser objetable en términos de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (el plazo para la transposición de la Directiva (UE) 2017/1564 concluyó el 11 de octubre de 2018), lo es también en términos de solidaridad y de favorecimiento del acceso a la cultura de los más vulnerables.

En todo caso, aunque las diferentes regulaciones de cada Estado miembro parten del mismo concepto, sin embargo las características de la excepción varían de una normativa a otra. Lo que sí es un principio general en todas ellas, es que exigen que para poder ampararse en la excepción, los actos realizados no pueden tener finalidad lucrativa. Por otro lado, en algunas leyes se establece que las copias en formato accesible no pueden ser producidas si ya existe alguna versión adaptada y la misma se encuentra disponible en el mercado⁸⁷. Incluso podríamos agrupar las leyes en función de los derechos de explotación que comprende la excepción en unos y otros países⁸⁸. Por último, mientras en la mayoría de leyes este límite se configura como una excepción, en el sentido de que no se contempla remuneración para el autor de la obra originaria, en

⁸⁷ Así, en el § 55 de la Ley de Derechos de Autor de Noruega, en el § 111 del Reglamento núm. 1563 de 21 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de la Ley de Derechos de Autor también de Noruega, o en el art. 48.a) de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Eslovenia. En Reino Unido, así lo recogía el art. 31 a) de la Copyright (Visually Impaired Persons) Act 2002 pero ha sido derogada y el actual art. 31 de la Copyright, Designs and Patents Act, no dice nada al respecto.

⁸⁸ En Lituania se incluyen las facultades de reproducir, publicar, adaptar, y comunicar al público, incluida la puesta a disposición. En relación con la adaptación de la obra se hace referencia a la transformación mediante la simplificación del léxico, la gramática o la morfología, o por acortar el texto para hacer que las obras sean perceptibles por las personas con discapacidad.

otras leyes se configura como una limitación⁸⁹, permitiendo en ese caso que se lleve a cabo una remuneración para el autor o el titular de los derechos⁹⁰. En este sentido, tanto el art. 36 DDASI, como el art. 3.6 de la Directiva (UE) 2017/1564 establecen que los Estados miembros pueden prever una compensación equitativa en relación con este límite, dejando por tanto abierta la puerta a que cada Estado lo regule a su conveniencia.

Antes de seguir se impone otra cuestión previa en relación con la Directiva (UE) 2017/1564. Además de España ¿qué países miembros de la Unión Europea han transpuesto esta Directiva? Con fecha de marzo de 2019 tenemos constancia de cinco países más, a saber, Francia, Austria, Suecia, Reino Unido y Letonia. Nos llama la atención que a pesar de que algunos países, como Bélgica o Dinamarca, han reformado recientemente su legislación de propiedad intelectual, sin embargo no han aprovechado la ocasión para transponer esta Directiva, si bien es cierto que tampoco es aconsejable acometer reformas oportunistas que prescindan de la necesaria reflexión que conlleva el procedimiento.

En Francia, el art. L.122-5, 7º CPI contemplaba la excepción referida a las personas con discapacidad y con la transposición de la Directiva (UE) 2017/1564 se han añadido el art. L.122-5-1 y el art. L.122-5-2. El art. L.122-5-1, en la línea de la Directiva (UE) 2017/1564 se refiere a todas las personas con discapacidad⁹¹, mientras que el art. L.122-5-2 se circunscribe «a las personas con alguna discapacidad que les impida leer», expresión en la que ha resumido las cuatro categorías que aparecen en el Tratado de Marrakech y en la Directiva (UE) 2017/1564, haciendo además referencia al intercambio transfronterizo. A diferencia del legislador español, el francés no ha transpuesto tan al pie de la letra la Directiva, y ha dado un paso más al ampliar algunas medidas hacia otras discapacidades.

En Austria, el § 42d) de la Ley Federal sobre Derechos de Autor en las Obras Literarias y Artísticas y Derechos Conexos, se refiere a las personas con discapa-

⁸⁹ Como ocurre en Dinamarca, en el párrafo 3 del art. 17 de la Ley de Derecho de autor. También se prevé una remuneración para el autor en la sección 45a de la Ley alemana de Derecho de autor y derechos conexos, en el § 17 de la Ley de Derechos de Autor de Finlandia, en el § 56 de la Ley de Derechos de Autor de Noruega y en el § 111 del Reglamento núm. 1563 de 21 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de la Ley de Derechos de Autor también de Noruega, o también en el art. 15.i.2 de la Ley de Derecho de Autor de los Países Bajos y en el art. 17.c) y e) de la Ley sueca de Derecho de Autor, de Obras Literarias y Artísticas, y en Austria el § 42d (8) de la Ley Federal sobre Derechos de Autor en las Obras Literarias y Artísticas y Derechos Conexos.

⁹⁰ En relación con la Directiva 2001/29/CEE vid. WALTER, M.M./VON LEWINSKI, S.: *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 1046-1047.

⁹¹ Cuando la obra ha sido divulgada, el autor no puede prohibir «[e]n las condiciones previstas por los arts. L. 122-5-1 y L. 122-5-2, la reproducción y la representación a cargo de las personas jurídicas y los establecimientos abiertos al público, como las bibliotecas, los archivos, los centros de documentación y los espacios culturales multimedia, en relación con una consulta estrictamente personal de la obra por personas con una o varias discapacidades de las funciones motoras, psíquicas, sensoriales, mentales, cognitivas o físicas y que, debido a esas deficiencias, no puedan acceder a la obra en la forma en la que el autor la pone a disposición del público».

cidad. Al estilo del legislador español, y por tanto de la Directiva (UE) 2017/1564, define qué personas son beneficiarias de la excepción así como también qué son las entidades autorizadas y cuáles son sus obligaciones. Incluso va más allá que el legislador español, ya que incluso enumera qué se entiende por obra y otras prestaciones, tal y como se recoge en el art. 2.1 de la mencionada Directiva. Además, en su apartado número 8 comprende la remuneración del autor, y el último apartado del § 42d), el número 10, resulta interesante por cuanto que extiende casi todo lo dispuesto para las personas ciegas, con discapacidad visual o que debido a una discapacidad física no pueden sostener, manipular o fijar los ojos en un libro, a las personas con otras discapacidades que impiden el acceso a las obras de una manera similar, lo que coincidiría con el *modus operandi* del legislador francés. Y dejaría al descubierto que el legislador español podría haber sido más precavido, pues al encontrarnos ante una Directiva de mínimos, que bien permitía extender su ámbito subjetivo de aplicación, podría haber dado un paso más allá.

En tercer lugar, en Suecia, el art. 17 de la Ley de Derecho de Autor de Obras Literarias y Artísticas introduce la excepción que luego desarrolla en los apartados siguientes⁹². El art. 17 define quiénes son los beneficiarios, refiriéndose a las cuatro categorías de personas que también se recogen en la Directiva (UE) 2017/1564: personas ciegas, personas con una discapacidad visual, personas con una discapacidad en la percepción o la lectura, y aquellas personas que debido a una discapacidad física no puedan sostener o manipular un libro o mover los ojos para enfocar. A continuación, el art. 17a) se refiere a las entidades autorizadas, su concepto, obligaciones, al intercambio transfronterizo, etc. Y el 17b) establece que los pactos contractuales mediante los que se quiera limitar el ejercicio de este derecho son nulos, lo cual, aunque no aparezca recogido en la Ley española, es igualmente aplicable ya que como sí lo está en la Directiva, y en ésta la excepción se ha formulado en términos imperativos, no es necesario que conste de forma explícita. De nuevo aquí nos llama la atención que se extienda la regulación del límite a otras discapacidades, como se puede leer en el art 17e). Quizá en España por ir demasiado rápido y querer trasponer la Directiva (UE) 2017/1564 junto con la Directiva 2014/26/UE, no ha habido tiempo de contemplarlas, pero confiamos en que cuando tenga lugar la revisión prevista en el art. 9 de la Directiva (UE) 2017/1564, el legislador europeo y el español en particular se afanen en recogerlas.

En el Reino Unido, la *Copyright, Designs and Patents Act* (tras la derogación de la *Copyright Visually Impaired Persons Act 2002*) recoge en los arts. 31A, 31B, 31BA, 31BB y 31F la excepción referida a las personas con discapacidad. En concreto «Disabled person» según se recoge en el art. 31F(1) se refiere a la «persona que tiene una discapacidad física o mental que le impide disfrutar

⁹² Nos llama la atención el uso inclusivo de los pronombres y los determinantes posesivos que lleva a cabo el legislador sueco en la redacción del art. 17.

de una obra intelectual de la misma forma que una persona que no tiene esa discapacidad», y el art. 31F(5) señala que la copia accesible es aquella que puede incluir facilidades para acceder a la obra, pero no puede incluir cambios en la obra que no sean necesarios para superar los problemas que tienen las personas con discapacidad para quienes se pretende la copia accesible. También aquí, al igual que en las legislaciones que acabamos de ver, no se hace referencia sólo a la discapacidad visual, sino que la regulación se hace extensiva a todas las discapacidades, e incluso el intercambio transfronterizo está previsto para todas las personas con discapacidad.

Por último, en Letonia, mientras los arts. 19 y 22 de la Ley de Derecho de Autor se refieren de forma muy genérica a la discapacidad en general, el art. 22.1 se refiere a las personas ciegas o con discapacidad visual, en concreto a las cuatro categorías de beneficiarios contempladas en la Directiva (UE) 2017/1564, así como también desarrolla fielmente en sus apartados (del 1 al 7) todos los aspectos recogidos en la mencionada Directiva: entidades autorizadas en el art. 22.1 (2), intercambios entre países de la Unión Europea art. 22 (4) y (6) y el derecho a la integridad en el 22.1 (5), aspecto que no recoge la ley española pero sí la Directiva (en su art. 3.2), previsión que, al menos a nuestro juicio no es necesario que conste por escrito puesto que se trata de un derecho moral.

Como venimos apuntando, lo más llamativo es que de los seis Estados miembros de la Unión Europea que han transpuesto la Directiva (UE) 2017/1564, en España, a pesar de la cláusula general contenida en el primer párrafo del art. 31 ter, los apartados siguientes se destinan en exclusiva a las personas ciegas, con discapacidad visual, con dificultad para percibir o leer o con una discapacidad física que les impida sostener o manipular un libro, mientras que en el resto de ordenamientos (salvo Letonia) se ha extendido el contenido de la Directiva y, por ende, del Tratado, a todas las personas con discapacidad, adelantándose con ello a la revisión de cada una de las legislaciones prevista en el art. 9 de la Directiva (UE) 2017/1564, al mismo tiempo que se muestran más proclives a cualquier tipo de consideración en relación con las personas con discapacidad, sea del tipo que sea, y a su acceso a la cultura.

En cualquier caso, salta a la vista que en todos los países la regulación del límite de las personas con discapacidad se ha desarrollado considerablemente y lo que antes se resolvía en unas líneas, ahora se extiende en varios párrafos.

Junto al Derecho europeo, conviene traer a colación la Ley argentina 26.285 de 15 de agosto del 2007 sobre la Eximición del Pago de Derechos de Autor, a la Reproducción y Distribución de Obras Científicas o Literarias en Sistemas Especiales para Ciegos y Personas con Otras Discapacidades Perceptivas, que introdujo una nueva excepción en la parte final del art. 36 de la Ley 11.723 de Derecho de Autor, a favor de «ciegos y personas con otras discapacidades perceptivas», considerando que la discapacidad perceptiva es la «discapacidad

visual severa, ampliopía, dislexia o todo otro impedimento físico o neurológico que afecte la visión, manipulación o comprensión de textos impresos en forma convencional». Esta reforma se inspiró en la legislación de los Estados Unidos, y como podemos ver es pionera en relación con lo que estamos viendo, tanto por recoger la previsión de las personas ciegas, como por la introducción de las entidades autorizadas y el empleo de una técnica legislativa que se asemeja mucho a la del Tratado de Marrakech, caracterizada por las definiciones.

En otros Derechos, como por ejemplo en Canadá, el art. 32 *Copyright Act* se refiere a las «personas con discapacidad en la percepción» y la propia Ley incluye su definición señalando que se refiere a cualquier discapacidad que impida o inhiba a una persona para leer o escuchar una obra literaria, musical, dramática o artística en su formato original. Y en su art. 32.01, introducido con ocasión del Tratado de Marrakech, se recogen las previsiones necesarias para actualizar la legislación canadiense. En concreto, el art. 32.01 se refiere a las personas con «Print Disability» que la propia norma define en el 32.01(8) como la discapacidad que impide a una persona leer una obra literaria, musical, artística o dramática en su formato original, incluida (a) la incapacidad de enfocar o mover los ojos; (b) la incapacidad de sostener o manipular un libro; o (c) una deficiencia relacionada con la comprensión.

Por último, en Estados Unidos el Título 17 de la U.S. *Copyright Act* se refiere a la Ley de Derechos de Autor de los Estados Unidos, y en el §121 se alude a «[l]as limitaciones de los derechos patrimoniales: la reproducción para ciegos u otras personas con discapacidad». En concreto, el § 121A se refiere a dicha excepción en el marco del Tratado de Marrakech, bajo el título «Limitaciones a los derechos exclusivos: la reproducción para personas ciegas o con otras discapacidades en los países del Tratado de Marrakech».

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Con el objeto de trasponer la Directiva (UE) 2017/1564 y a pesar de que el contenido fundamental de la misma ya se encontraba incorporado a nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2006, con ocasión de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el TRLPI y se transpone la DASSI (y aun antes, desde 1987, pero sólo en relación con las personas ciegas), de nuevo se ha procedido a la modificación del TRLPI al objeto de incorporar las garantías necesarias para la aplicación de este límite en el tráfico intracomunitario de bienes y servicios en relación con el colectivo de las personas ciegas, con discapacidad visual u otro tipo de discapacidad física que le impida sostener o manipular un libro.

Mediante la mencionada Directiva se da cumplimiento de manera armonizada a las obligaciones que tiene que asumir la Unión Europea en virtud del Tra-

tado de Marrakech, con el fin de garantizar que las correspondientes medidas se apliquen de forma coherente en todo el mercado interior. Por otro lado, el mismo día que se aprobó la Directiva se aprobó el Reglamento (UE) 2017/1563 sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible 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. Aunque es incuestionable la diferente naturaleza normativa de la Directiva y el Reglamento, no se llega a comprender del todo cómo los textos son en gran medida coincidentes. Hubiera bastado con dedicar en el Reglamento un par de artículos al intercambio transfronterizo y dejar el resto para la Directiva.

Por otra parte, a nuestro modo de ver, el legislador español no tendría que haber modificado de la manera en que lo ha hecho la excepción. Si ya hizo lo propio con la transposición de la DDASI, ahora hubiera sido necesario únicamente haber introducido a las entidades autorizadas, ya que lo referente al intercambio transfronterizo viene regulado en el Reglamento que, por su propia naturaleza, es una norma directamente aplicable en los Estados miembros. Además, ni siquiera se planteó la posibilidad de haber aprovechado la transposición de la mencionada Directiva para extender su ámbito de aplicación a otras discapacidades, al contrario de cuanto han hecho otros legisladores europeos. En cualquier caso, no habría que perder de vista que cuando el art. 31 ter 2.d) se refiere también a las personas que «no puedan, debido a una discapacidad física, sostener o manipular un libro (...)», en cierto modo podríamos pensar que se está ampliando su espectro a otras discapacidades diferentes a la visual, aunque todavía quedarían fuera de su ámbito de aplicación muchas otras.

El legislador español ha transpuesto la Directiva mediante la Ley 2/2019, de 1 de marzo, empleando para ello, al menos desde nuestro punto de vista, una técnica legislativa que deja mucho que desear, al haber pretendido incorporar literalmente la Directiva, sin llevar a cabo en algunos puntos un oportuno ejercicio de reflexión.

Además, por muchas presiones del colectivo de invidentes que se hubieran producido, no acabamos de ver claro que la reforma se extienda de forma tan desmedida hacia este colectivo, porque con ello parece que admitimos distintos tipos de privilegios según la discapacidad. Es destacable que en la Directiva se haga una matización antes de describir quiénes quedan comprendidos en la excepción, al señalar «con independencia de otras discapacidades», lo que puede entenderse en dos sentidos, bien como que quedan comprendidas otras discapacidades visuales que pudieran quedar fuera de las descritas, o bien como que también están comprendidas otras personas con discapacidades distintas, aunque no se definan. Confiemos en que la previsión del art. 9 de la Directiva de 2017 de evaluar a los dos años de la fecha tope marcada para su transposición por los Estados miembros la conveniencia de ampliar su ámbito de aplicación

tanto a otros tipos de obras y prestaciones como a personas con discapacidades distintas de las incluidas ahora, sea favorable.

Es más, la excepción que introduce esta Directiva se solapa en parte con la excepción prevista en el 5.3.b DASSI a favor de las personas con discapacidad, pero sólo en parte, dado que los ámbitos subjetivos de aplicación no son plenamente coincidentes y además el carácter de la excepción en uno y otro caso no es el mismo: en la Directiva de 2001 la excepción es meramente potestativa y por lo tanto correspondía a los Estados decidir si la incorporaban a sus respectivos ordenamientos o no, mientras que en la Directiva de 2017 tiene carácter imperativo.

En definitiva, se podría haber aligerado en la redacción del artículo. Somos de la opinión de que en ocasiones es preferible no legislar tan exhaustivamente siendo aconsejable optar por un artículo con formulaciones más genéricas. En el caso de regulaciones tan al detalle, todo lo no comprendido estaría excluido, mientras que cuando se opta por fórmulas más abiertas, hay mayor flexibilidad, que no necesariamente ha de tornarse en inseguridad jurídica. En los casos en los que se legisla de forma tan profusa, probablemente la intención haya sido precisar dichos conceptos a fin de evitar arbitrariedades en la interpretación. Sin embargo, el resultado es un texto complicado, demasiado extenso que, en vez de limitarse a establecer la excepción de modo general y dejar las situaciones confusas a criterio de la interpretación judicial, ha entrado en regular cuestiones de detalle que pueden derivar en más complicaciones de las que ha pretendido resolver⁹³.

Efectivamente, pese a las buenas intenciones, las definiciones no son propias de un texto legislativo porque acaban por limitar la tarea del intérprete, sobre todo en determinadas materias, como por ejemplo en relación con los derechos de autor, donde los constantes cambios pueden dejar obsoleta una definición en cuestión de poco tiempo. Además, la regulación que se hace en nuestro texto refundido de los límites al derecho de autor está descompensada, pues mientras algunos tienen una regulación desproporcionada, otros en cambio se describen en unas pocas líneas.

Por último, no hace falta insistir en la necesidad de mantener un equilibrio entre la protección de los derechos de los autores y titulares de derechos y el interés público, en particular en lo que a educación, investigación y acceso a la información se refiere. Precisamente ese equilibrio es el que debe facilitar el acceso a las obras intelectuales no sólo a las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, sino a todas las personas con discapacidad.

⁹³ Vid. WEGBRAIT, P.: «Nueva excepción al Derecho de autor ante discapacidades perceptivas», *La Ley* (Buenos Aires, República Argentina), viernes 23 de noviembre de 2007, pp. 1 y ss.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Límites a los derechos de propiedad intelectual», en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, Bercovitz Rodríguez-Cano, R./Garrote Fernández-Díez, I./González Gozalo, A./Sánchez Aristi, R., pp. 38 y ss.
- «Límite a la propiedad intelectual en aras de la discapacidad visual», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2017, núm. 10, p. 23 y ss.
- «La accidentada vida de la legislación de propiedad intelectual», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 6, pp. 87 y ss.
- BONDÍA ROMÁN, F.: «Comentario al art. 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J.M. Rodríguez Tapia/F. Bondía Román, Civitas, Madrid, 1997, pp. 165 y ss.
- CASAS VALLÉS, R.: «Comentario al art. 40 bis», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 791 y ss.
- CASTELLÓ PASTOR, J.J.: «Comentario al art. 31 bis», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dirs. F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 508 y ss.
- DE ROMÁN PÉREZ, R.: *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Reus, Madrid, 2003.
- DÍAZ ALABART, S.: «Comentario al art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 1994, t. V, vol. 4º A, pp. 526 y ss.
- DREIER, T.: «La transposition de la directive 2001/29/CE en droit d'auteur allemand: la loi sur la réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information (Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft)», *Prop. Intell.*, 2004, nº 10, pp. 576 y ss.
- GALÁN CORONA, E.: «Los derechos patrimoniales del autor (reproducción, distribución y puesta a disposición) tras la reforma introducida por la Ley 23/2006, de 7 de julio», en *Reformas recientes de la propiedad intelectual*, coord. C. Rogel Vide, Reus, Madrid, 2007, pp. 35 y ss.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: «Comentario al art. 25», revisado por S. López Maza, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez Cano, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 513 y ss.
- «Comentario al art. 31», revisado por S. López Maza, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez Cano, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 577 y ss.
- KÉRÉVER, A.: «Directiva Europea relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información», *B.D.A.*, 2001-1, vol. XXXV, pp. 3 y ss.
- KING, S./MANN, D.: «Copyright: How can barriers to access be removed? An action plan for the removal of some copyright barriers that prevent equitable access to information by people with print disabilities», *World Library and Information Congress: 70th IFLA General Conference and Council*, 22-27 agosto 2004, Buenos Aires, Argentina, disponible en <http://www.ifla.org/IV/ifla70/prog04.htm>
- KUR, A./DREIER, T.: *European Intellectual Property Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, 2013.
- LLEDÓ YAGÜE, F.: «Comentario al art. 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 489 y ss.

- LÓPEZ MAZA, S.: «Comentario al art. 31 bis», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 601 y ss.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008.
- «La utilización de una obra intelectual en favor de personas con discapacidad», en *Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*, coord. J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 239 y ss.
- MARTÍN SALAMANCA, S.: «Comentario al art. 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. J.M. Rodríguez Tapia, Civitas, Madrid, 2007, pp. 246 y ss.
- «Comentario al art. 31 bis», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. J.M. Rodríguez Tapia, Civitas, Madrid, 2009, pp. 284 y ss.
- PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, C.: «Comentario al art. 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 593 y ss.
- «Comentario al art. 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 571 y ss.
- RIBERA BLANES, B.: *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: «Comentario al artículo 40 bis», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. J.M. Rodríguez Tapia, Civitas-Thomson-Reuters, Navarra, 2009, pp. 380 y ss.
- SULLIVAN, J.: «Estudio sobre las limitaciones y excepciones en materia de Derecho de autor en favor de las personas con discapacidades visuales», WIPO doc SCCR/15/7 de 20 febrero 2007, disponible en https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=75696 (consulta de 6/07/2019).
- STAMATOUDI, I./TORREMANS, P.: *EU Copyright Law. A Commentary*, Edward Edgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, 2014.
- WALTER, M.M./VON LEWINSKI, S.: *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- WEGBRAIT, P.: «Nueva excepción al Derecho de autor ante discapacidades perceptivas», *La Ley* (Buenos Aires, República Argentina), viernes 23 de noviembre de 2007, pp. 1 y ss.