

LA LIBERTAD DE PANORAMA EN LA ESTRATEGIA DE REVISIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA. ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?¹

Por Llanos CABEDO SERNA
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Alicante

Fecha de recepción: 31.10.2019
Fecha de aceptación: 13.11.2019

RESUMEN: La libertad de panorama, excepción reconocida con carácter opcional en la Directiva de la Sociedad de la Información, fue objeto de atención por parte del Parlamento Europeo y la Comisión Europea coincidiendo con el proceso de revisión de las normas sobre derechos de autor en el ámbito comunitario. El presente artículo expone la posición del Parlamento Europeo y de la Comisión acerca de la necesidad de revisión de la excepción de panorama, analiza el ámbito de aplicación de la excepción en la Directiva, así como el grado de armonización de las legislaciones nacionales con la misma, particularmente la española, y examina si son realmente necesarios los dos ejes sobre los que se había planteado la revisión de la excepción: su carácter obligatorio y una definición más pormenorizada.

PALABRAS CLAVE: Libertad de panorama, excepciones a los derechos de autor, usos transfronterizos, Directiva sociedad de la información, regla de los tres pasos, mercado único digital.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA EXCEPCIÓN DE PANORAMA EN EL PROCESO DE REVISIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHOS DE AUTOR DE LA UE. 1. LA POSICIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO. 1.1. *El informe REDA*. 1.2. *La Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2015*. 2. EL POSICIONAMIENTO DE LA COMISIÓN EUROPEA. 2.1. *La Comunicación «Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor»*. 2.2. *La*

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto DER2017-86393-R Herramientas jurídicas para favorecer el acceso a contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual en el mercado único digital (MINECO/AIE/FEDER, UE) y en el PROMETEO/2018/088 El mercado único digital para Europa. Aspectos de Derecho privado, financiado por la Consellería d'Educació, Investigació, Cultura i Esport de la Generalitat Valenciana.

consulta pública sobre el derecho conexo de los editores y la excepción de panorama. 2.3. El posicionamiento final de la Comisión. III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NECESIDAD Y DEL SENTIDO DE LA REVISIÓN. 1. EL CARÁCTER OBLIGATORIO DE LA EXCEPCIÓN. 2. LA NECESIDAD DE UNA DEFINICIÓN MÁS PORMENORIZADA. IV. BIBLIOGRAFÍA.

TITLE: THE FREEDOM OF PANORAMA IN THE STRATEGY OF REVIEW OF COPYRIGHT IN THE EUROPEAN UNION. A MISSED OPPORTUNITY?

ABSTRACT: The freedom of panorama, an optional exception in the Information Society Directive, was the subject of attention by the European Parliament and the European Commission coinciding with the process of reviewing copyright rules at Community level. This article sets out the position of the European Parliament and the Commission on the need to revise the panorama exception, analyses the scope of application of the exception in the Directive, as well as the degree of harmonisation of national legislation with the Directive, particularly the Spanish one, and examines whether the two axes on which the review of the exception had been proposed are really necessary: its compulsory nature and a more detailed definition.

KEY WORDS: freedom of panorama, copyright exceptions, cross-border uses, Information Society Directive, three-step test, digital single market.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. THE PANORAMA EXCEPTION IN THE EU COPYRIGHT LAW REVIEW PROCESS. 1. THE POSITION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT. 1.1. *The REDA Report*. 1.2. *The European Parliament Resolution of 9 July 2015*. 2. THE POSITION OF THE EUROPEAN COMMISSION. 2.1. *The Communication "Towards a modern, more European copyright framework"*. 2.2. *Public consultation on the role of publishers in the copyright value chain and on the 'panorama exception'*. 2.3. *The Commission's final position*. III. CRITICAL ANALYSIS OF THE REQUIREMENT AND SENSE OF THE REVIEW. 1. THE MANDATORY NATURE OF THE EXCEPTION. 2. THE NEED FOR A MORE DETAILED DEFINITION. IV. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

La excepción de panorama se encuentra prevista en el art. 5.3.h) de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (DDASI)², que dispone que los Estados Miembros pueden establecer excepciones o limitaciones a los derechos de reproducción (art. 2) y comunicación pública (art. 3) «cuando se usen obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos»³. Esta excepción, que ha sido implementada por casi todos los Estados miembros, había pasado desapercibida a nivel comunitario⁴ hasta que en el año 2015 se dio a conocer la Propuesta de resolución del Parlamento Europeo (PE) sobre la aplicación de la DDASI, más conocida como el *Informe REDA*, momento a partir del cual pasó a convertirse en el punto de mira mediático y social en toda la Unión Europea (UE). Pero esta escasa atención doctrinal y jurisprudencial no le quita relevancia en el ámbito social y económico pues se trata de una excepción que afecta a millones de personas, ya que la actividad de fotografiar o grabar en vídeo y luego compartir en Internet las imágenes de edificios, puentes, esculturas, murales y cualquier otra obra plástica protegida por el Derecho de autor que se encuentre situada en el espacio público de forma permanente se realiza diariamente por motivos particulares, ya sean vacacionales o de otra índole. Por otro lado, su impacto económico también es importante, pues son muchas las empresas y los profesionales beneficiados por la excepción, como editoriales, agencias de publicidad, periódicos, fotógrafos y plataformas digitales (entre otros), y también empresas dedicadas al *merchandising* de obras de arte plásticas.

En España, en cambio, la doctrina sí ha prestado bastante atención a la excepción de panorama regulada en el art. 35.2 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual⁵. Como consecuencia, se trata de una excepción analizada en pro-

² European Legislation Identifier (ELI): <http://data.europa.eu/eli/dir/2001/29/oj>

³ La expresión «libertad de panorama» tiene su origen en el término alemán *panoramafreiheit*, e incluso el propio origen del concepto es alemán. Vid. P. POPOVA, «Report on the freedom of panorama in Europe», 23.08.2016, disponible en <https://perma.cc/6V5N-UYRA>; L. A. ANGUITA VILLANUEVA, «Aproximación a la controversia europea en torno a la libertad de panorama», *Cuestiones de Derecho de Autor en la Unión Europea*, (coord. E. Serrano Gómez), ed. Reus, 2017, p. 157 y S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ/L. RIVERA NOVILLO, «La protección de la propiedad intelectual en el Derecho español: obra arquitectónica y libertad de panorama», *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. 2, n.º 8, julio-diciembre, 2017, p. 102.

⁴ Como afirma E. ROSATI, «Freedom of panorama in Italy: does it exist?», 14.07.2017, *The IPKat*, disponible en <http://ipkitten.blogspot.com/2017/07/freedom-of-panorama-in-italy-does-it.html>, «Until recently the exception in the InfoSoc Directive (Article 5(3)(h)) allowing so called ‘freedom of panorama’ was an obscure and little discussed - if not altogether neglected - one». Efectivamente, son escasos los estudios doctrinales acerca de la misma a nivel comunitario y tampoco existen sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

⁵ Artículo que dispone que «Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales» (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, en adelante *TRLPI*). La excepción ya se reguló en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 y su tenor ha permanecido inalterado desde entonces. Vid. B. RIBERA BLANES, *El derecho de*

fundidad y respecto de la cual se ha llegado a un cierto consenso. Por este motivo, el presente estudio no pretende llevar a cabo un nuevo análisis de la citada excepción desde la perspectiva del Derecho nacional, sin perjuicio de hacer referencias puntuales con el fin de determinar su grado de armonización respecto de la DDASI⁶. El objeto principal es tratar de dar una visión de lo acontecido entre los años 2015 y 2016 en la UE en relación con la excepción analizando la posición de la Comisión Europea (CE) y del PE (apartado II).

Expuesta esta situación, el estudio se centra en analizar críticamente el punto de vista adoptado por el legislador comunitario, pues éste abordó una serie de cuestiones y problemas cuyo interés reside en que no son exclusivos de la excepción de panorama sino predicables del conjunto de las excepciones reguladas en la DDASI, como la obligatoriedad de las mismas y su falta de armonización a pesar del mandato de la Directiva de regular armonizadamente las excepciones y la doctrina del TJUE relativa a los conceptos autónomos (apartado III).

II. LA EXCEPCIÓN DE PANORAMA EN EL PROCESO DE REVISIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHOS DE AUTOR DE LA UE

1. LA POSICIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO

La primera aportación del PE a la reforma de la legislación comunitaria de derechos de autor consistió en la Resolución de 9 de julio de 2015 sobre la aplicación de la DDASI⁷, en la cual no se hace referencia alguna a la libertad de panorama. Sin embargo, como vamos a ver a continuación, la propuesta inicial de resolución abogaba por una excepción obligatoria de amplio alcance.

reproducción en la propiedad intelectual, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 306-307, para la tramitación parlamentaria del artículo. La autora señala que se trata de una norma sin precedentes en nuestro Derecho. También ha sido objeto de atención por los tribunales, que han contribuido a su delimitación en varias sentencias, pudiéndose señalar como más relevantes las que siguen: SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) nº 502/1995 de 9 de septiembre; SAP de Sevilla (Sección 1ª de lo Penal) nº 66/2006 de 31 de enero; SAP de Barcelona (Sección 15ª) nº 147/2006 de 28 de marzo, SAP de Madrid (Sección 28ª) nº 13/2010 de 22 de enero y SAP de Madrid (Sección 28ª) nº 195/2014 de 16 de junio.

⁶ De acuerdo con I. HERNANDO COLLAZOS, «La excepción panorama y el uso comercial de las manifestaciones secundarias de las obras de arte. Aproximación desde la Ley española de Derechos de Autor», RIIPAC, nº 10, 2018, p. 3, disponible en <http://www.eumed.net/rev/riipac/10/obras-arte.pdf>, el art. 35.2 TRLPI no fue modificado tras la entrada en vigor de la DDASI por estimarse que su redacción cumplía con los requisitos fijados en el art. 5.3.h). Ciertamente, y como se verá en el apartado III, la legislación española se ajusta en gran medida a la regulación comunitaria.

⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de julio de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (2014/2256(INI)). P8_TA (2015) 0273. Documento disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0273_ES.html

1.1. El Informe REDA

La redacción de la Propuesta de resolución sobre la implementación de la DDASI se encargó a Julia REDA, miembro de la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI) en su calidad de parlamentaria europea⁸. Dicha Propuesta de resolución dedicaba su atención, entre otras cuestiones, a las excepciones y limitaciones reguladas en la citada Directiva y, en particular, a la excepción de panorama prevista en el art. 5.3.h) de la misma.

El Proyecto de informe, en su Exposición de Motivos, empieza haciendo especial hincapié en la cuestión de la naturaleza opcional de la mayoría de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor recogidas en la DDASI, lo que ha dado lugar a una fragmentación de las legislaciones nacionales sobre derechos de autor en los Estados miembros⁹. Se propone, en aras de la claridad jurídica y de la facilidad de uso, que todas las excepciones y limitaciones previstas en la DDASI sean obligatorias en los Estados miembros. Con ello se beneficiaría a los usuarios que, actualmente, se encuentran en una situación de inseguridad jurídica pues no saben si están incumpliendo o no la legislación cuando acceden a las obras, las transforman y crean obras nuevas y luego las suben a Internet, dando lugar a un uso que se extiende a varios Estados miembros (usos transfronterizos). La obligatoriedad permitiría que los usuarios pudieran disfrutar realmente de las excepciones en un marco transfronterizo, sin resultar perjudicial para los titulares de derechos. Consecuentemente con lo expuesto, REDA propone que el PE propugne la obligatoriedad de todas las excepciones y limitaciones (incluyendo, por lo tanto, la excepción de panorama) así como flexibilidad en la interpretación de aquellas cuya aplicación no suponga un perjuicio excesivo para los titulares de derechos¹⁰. Además, el PE señala que

⁸ Proyecto de informe sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, de 15.01.2015 (2014/2256 INI), disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-546580_ES.pdf La propia REDA (miembro del Partido Pirata alemán, dentro del Grupo de los Verdes/Alianza Libre Europea) explica el procedimiento de aprobación del informe así como sus opiniones acerca de los diversos aspectos susceptibles de reforma en <https://juliareda.eu/2014/12/ue-copyright-evaluacion>. Por otro lado, toda la documentación acerca del proceso parlamentario relativo a la aprobación de la Propuesta de resolución puede consultarse en [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2014/2256\(INI\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2014/2256(INI)).

⁹ Vid. Proyecto de informe, pp. 8-9.

¹⁰ Esta posición del PE se recoge en los apartados nº 10, 11 y 13 de la Propuesta de resolución, que reproducimos a continuación: el PE «Observa con preocupación el creciente impacto de las diferencias entre los Estados miembros por lo que respecta a la aplicación de excepciones, lo que crea inseguridad jurídica y tiene efectos negativos directos en el funcionamiento del mercado único digital con vistas al desarrollo de actividades transfronterizas» (nº 10); el PE «Insta a la Comisión a que disponga la obligatoriedad de todas las excepciones y limitaciones contempladas en la Directiva 2001/29/CE, permita un acceso igual a la diversidad cultural a través de las fronteras dentro del mercado interior e incremente la seguridad jurídica» (nº 11); y el PE «Solicita la adopción de una norma abierta que introduzca flexibilidad en la interpretación de las excepciones y limitaciones en determinados casos especiales que no están reñidos con la explotación normal de la obra en

en el entorno digital las excepciones y limitaciones deben concederse en las mismas condiciones que en el mundo analógico¹¹.

El informe se centra, a continuación, en la excepción de panorama con el fin de destacar la «necesidad de adaptación» de la citada excepción al nuevo entorno tecnológico¹².

Dicha adaptación resulta necesaria por dos razones.

Por un lado, la tecnología digital permite usos y actividades que la legislación actualmente existente sobre derechos de autor no contempla, lo que plantea un problema de inseguridad jurídica. Así, de acuerdo con REDA, cuando se aprobó la legislación actual sólo se pretendía evitar la explotación comercial de las obras de arquitectura por medio de tarjetas postales producidas en masa, pero no impedir que un turista medio tomara fotografías que, una vez impresas, compartía privadamente¹³. Se trataría, entonces, de proteger a los titulares de derechos de usos que les causan un perjuicio patrimonial en tanto que implican una verdadera explotación comercial de la obra (como ocurre en el caso de las tarjetas postales), pero permitir o tolerar aquellos usos que no tienen fin comercial sino meramente privado, en la medida en que no suponen un peligro potencial para los intereses económicos de los autores. Ahora bien, esta situación ha cambiado drásticamente con la tecnología digital puesto que «actualmente, cualquier turista puede crear una imagen digital, cargarla en la página de una red social y, tal vez de manera inconsciente, ponerla a disposición de toda la comunidad global en línea»¹⁴. En definitiva, aunque el uso que un ciudadano haga de una obra protegida por derechos de autor sea para fines particulares y no comerciales, la tecnología que emplea lo convierte en un uso que ha dejado de ser privado, en el sentido de limitado a un círculo reducido de destinatarios, para convertirse en colectivo debido al número ilimitado de personas que pueden tener acceso a la reproducción digital de las obras¹⁵. Por otro lado, el desarrollo digital ha permitido el uso de tales fotografías en nume-

cuestión y no perjudican excesivamente los intereses legítimos de los autores o los titulares de los derechos» (nº 13).

¹¹ Ver el apartado nº 9 de la Propuesta de resolución.

¹² El Informe afirma, p. 11, que «un importante ejemplo de esta necesidad de adaptación es la cuestión de cómo proteger o si hay que proteger; las obras de arquitectura en lugares públicos», si bien más adelante hace referencia también a «esculturas públicas».

¹³ Así, se afirma en el Informe, p. 11, que «en el pasado, la legislación tenía por objeto impedir la explotación comercial inadecuada de la arquitectura mediante la producción en masa de tarjetas postales, que no estaban destinadas al turista medio que toma fotografías que, muy probablemente, solo se comparten a nivel privado una vez impresas» (sic).

¹⁴ Ver Informe, p.11.

¹⁵ De acuerdo con J.A. LUNA, «Se mira pero no se enfoca: prohibido fotografiar el monumento», el diario.es, 13.08.2018, disponible en https://www.eldiario.es/cultura/propiedad-intelectual/mira-enfoca-prohibido-fotografiar-monumento_0_803170261.html, cada día se comparten más de 95 millones de imágenes y vídeos en Instagram, una cifra que aumenta si se tiene en cuenta el resto de redes sociales.

rosos negocios, impensables en la era analógica, lo que crea un serio problema económico a los autores de las obras de arte objeto de las mismas¹⁶. La cuestión radica, entonces, en si la legislación sigue contemplando y tolerando estos usos pues, sin ninguna duda, ya no parecen inocuos para los intereses económicos de los titulares de derechos: no sólo el acceso a la obra deja de depender de su autorización, sino que la reproducción digital de la misma permite usos tales como la creación de obras derivadas que también escapan a su control¹⁷.

Por otro lado, los usos que permite la excepción de panorama se encuentran al alcance de todos y forman parte de la vida cotidiana de los ciudadanos. Se trata de actividades que se realizan en masa por los mismos y que REDA califica de «decisivas» en la vida social y cultural¹⁸. Este hecho se convierte en un argumento a favor de la necesidad de actualización o adaptación de la excepción, puesto que deben tenerse en cuenta las necesidades de todos los grupos de usuarios y redefinir el equilibrio entre los titulares de derechos y los ciudadanos¹⁹.

¿Qué solución propone REDA a esta necesidad de adaptación? Eximir la reproducción y puesta a disposición de fotografías de edificios y esculturas que se encuentran en lugares públicos de la protección de los derechos de autor con el fin de «no imponer una carga excesivamente onerosa a las actividades cotidianas en línea»²⁰. Ahora bien, la solución de amparar la reproducción y la puesta a disposición por parte de los ciudadanos de fotografías de obras de arquitectura y esculturas por medio de una excepción ya existe en el ámbito europeo. El problema se encuentra en que no todos los Estados miembros la han acogido en sus legislaciones nacionales, al tratarse de una excepción facultativa, y cuando se ha hecho, dichas legislaciones son desiguales tanto en lo que se refiere a las obras objeto de la excepción como a la posibilidad de llevar a cabo usos comerciales de las imágenes de las citadas obras²¹. La propuesta de REDA, por lo tanto, pretende conseguir que exista en todos los Estados miembros una excepción amplia que abarque todos los usos posibles

¹⁶ Vid. I. HERNANDO COLLAZOS, «La excepción panorama...», cit., p. 3.

¹⁷ Como se afirma en el Informe, p. 12, nota 1, la distinción entre usos comerciales y no comerciales crea nuevos problemas en el entorno en línea, dado que un creciente número de usuarios actúa simultáneamente como productor de obras.

¹⁸ De acuerdo con el Informe, p. 11, «la legislación relativa a los derechos de autor desempeña una importante función en la vida diaria de la mayor parte de los ciudadanos europeos» y dicha legislación afecta a la «capacidad de las personas medias de realizar actividades decisivas para su vida social, cultural y económica». Además, son «millones los europeos que ya realizan actividades de este tipo».

¹⁹ Vid. Informe, p. 9.

²⁰ Vid. Informe, p. 11.

²¹ Lógicamente, en todos los Estados miembros en los que se ha reconocido la excepción se permite el uso de las fotografías o de otro tipo de imágenes para fines no comerciales. Aunque se suelen destacar por la doctrina las dos diferencias señaladas (tipos de obras y usos), no son éstas las únicas, como se verá en el apartado III.

de tales fotografías²², y convertir la excepción en obligatoria para los Estados miembros²³. Vamos a referirnos a ambos aspectos.

En primer lugar, REDA aboga por una excepción que comprenda tanto los usos comerciales como los no comerciales en todos los Estados miembros debido a varios motivos. El primero de ellos es que, en ciertos supuestos, la distinción entre ambos tipos de usos no es fácil de determinar²⁴. Es el caso de fotos y vídeos tomados por los ciudadanos que luego publican en Facebook, Instagram u otras redes sociales pues, aunque los usuarios no obtengan ninguna ganancia con dicha actividad, ceden contractualmente a la red social el permiso para usar esos materiales con fines comerciales, bajo el compromiso de ser titulares de los derechos o haber sido autorizados para la puesta a disposición²⁵. Obviamente, los usuarios de Facebook, como de cualquier otra red social, no estarán en disposición de acreditar la obtención de las licencias pertinentes cuando se trate de obras que todavía no han entrado en el dominio público, de modo que la legalidad de su conducta sólo quedaría amparada si la excepción abarcara todo tipo de usos²⁶.

El segundo motivo es que los periodistas, fotógrafos profesionales y directores de documentales, que persiguen un fin comercial con la publicación de sus trabajos, se ven afectados cuando publican sus obras en países en los que no está reconocida la excepción, o en los que la misma se reconoce sólo para usos

²² De acuerdo con el Informe, p. 11, «la sumamente divergente aplicación de la excepción «libertad de panorama» contemplada en la Directiva InfoSoc en diferentes Estados miembros muestra la necesidad de que, en toda Europa, exista un derecho ampliamente definido que permita a los usuarios exponer y compartir obras situadas de forma permanente en lugares públicos».

²³ Además, el Proyecto de informe propone, p. 12, que las excepciones a los derechos de autor (en general) «se formulen de un modo tecnológicamente más neutral, a prueba de futuro», propuesta ésta que alcanza igualmente a la excepción de panorama.

²⁴ Vid. J. REDA, «Freedom of Panorama Under Threat», 22.06.2015, disponible en <https://juliareda.eu/2015/06/fop-under-threat/>; «La UE está escuchando-Haz que se oiga tu voz para impedir que los derechos de autor controlen el espacio público y la manera en que compartimos on line», 19.04.2016, disponible en <https://juliareda.eu/2016/04/consulta-sobre-derechos-de-autor/>. Acerca de esta cuestión, E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation and Freedom of Panorama: Useful and Lawful?», JIPITEC (Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law), 8, 2017, pp. 317 y 319, disponible en <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-4-2017/4639/?searchterm=Rosati>, explica que, por un lado, existen dificultades para distinguir claramente entre usos comerciales y no comerciales y, por otro lado, el TJUE ha interpretado el concepto de lucro en sentido amplio. Esto daría lugar, en su opinión, a que la excepción de panorama no pudiera ser aplicada en ningún contexto en el que, directa o indirectamente, estuviera involucrada la idea de lucro o de actividad comercial. Considera que es particularmente complicado determinar si existe actividad comercial en aquellos casos en los que la posible ganancia se presenta como meramente indirecta o secundaria respecto del uso enjuiciado. Así, por ejemplo, un blog de un particular en el que se inserta publicidad. Este mismo ejemplo es usado por REDA para ilustrar la dificultad a la hora de distinguir entre usos comerciales y no comerciales.

²⁵ Vid. más extensamente I. HERNANDO COLLAZOS, «La excepción panorama...», cit., pp. 30-32.

²⁶ I. HERNANDO COLLAZOS, «La excepción panorama...», cit., p. 32.

no comerciales²⁷, o sólo para cierto tipo de obras²⁸. En cambio, una excepción amplia no sería perjudicial para los arquitectos pues sus ingresos no provienen mayoritariamente de la venta de ilustraciones o imágenes de sus obras.

El tercer motivo se refiere al impacto de la falta de reconocimiento de la excepción en proyectos colaborativos como Wikipedia: la misma no puede usar fotos de edificios ni monumentos en aquellos países que no reconocen la excepción²⁹. Pero incluso la aplicación de una excepción limitada a usos no comerciales plantea problemas a la Wikipedia pues la misma no acepta ninguna imagen con restricciones que contradigan la *Open Knowledge Definition* y eso incluye las cláusulas que limitan los usos a los no comerciales³⁰. De esta manera, si se trata de la imagen de una obra situada en un espacio público que no ha entrado todavía en el dominio público, no puede ser usada por la Wikipedia o tiene que ser eliminada³¹.

El propósito de REDA de asegurar que la excepción tenga un ámbito amplio en todos los países de la UE se plasma en el apartado 16 de la Propuesta de resolución de la siguiente manera: el PE «instará al legislador de la UE a

²⁷ Vid. J. REDA, «Freedom of Panorama Under Threat», cit.; «La UE está escuchando...», cit. Por otro lado, sigue diciendo REDA, si uno de los objetivos del Derecho de autor es estimular la creación de nuevas obras y de información, la restricción de la excepción (en referencia a la enmienda CAVADA que pretendía limitarla a usos no comerciales y a la que nos referiremos a continuación) sería claramente contraproducente para dichos autores.

²⁸ Así ocurre, por ejemplo, en el caso de Dinamarca, país que reconoce la excepción de manera amplia tratándose de edificios pero limitadamente cuando se trata de esculturas y otras obras de arte pues, si se persigue un uso comercial de la imagen de éstas, se exige que las obras reproducidas no sean el objeto principal de la imagen. Vid. P. POPOVA, «Report on the freedom of panorama...», cit.; THE LOCAL, «Denmark's icon...that we can't show you», 16.08.2014, disponible en <https://www.thelocal.dk/20140816/denmarks-iconic-symbol-that-we-cant-show-you>. En aplicación de esta regulación, ciertos medios de comunicación daneses han tenido que indemnizar a los herederos de Edvard Erikson, autor de La Sirenita, conocida escultura que se encuentra en el puerto de Copenhague, por haber publicado fotos de la misma sin permiso de los titulares de los derechos pues, de acuerdo con la ley danesa de derechos de autor, el uso de fotografías en los medios de comunicación se considera como comercial. Esta situación ha dado lugar a que los medios de comunicación daneses hayan renunciado a publicar fotos de La Sirenita para ilustrar ciertas noticias, o sólo publiquen fotos en las cuales la misma aparece rodeada de turistas o incluso en las que la escultura aparece pixelada o es sustituida, mediante la técnica del Photoshop, por un objeto. Esto último es lo que ocurre en la foto de la noticia de THE LOCAL, en cuyo pie de foto puede leerse: «Only with the use of the Photoshop do we dare publish this photo, and even then we are nervous about it».

²⁹ J. REDA, «La UE está escuchando...».

³⁰ J. REDA, «Freedom of Panorama Under Threat», cit. Es decir, aunque la Wikipedia no realiza una actividad comercial, su política consiste en publicar únicamente información libre para cualquier tipo de uso («La UE está escuchando...», cit.). O, como explican S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ/L. RIVERA NOVILLO, «La protección de la propiedad intelectual...», cit., p. 106, el núcleo del problema radica en que Wikipedia pretende usar fotos de forma que se permita a terceras personas reutilizar las imágenes para cualquier uso, incluido el comercial.

³¹ J. REDA, «Freedom of Panorama Under Threat», cit. Añade que la eliminación de imágenes no plantearía tanto un problema técnico como social pues impediría el acceso público al conocimiento y a la cultura.

que asegure que está permitido el uso de fotografías, grabaciones de vídeo u otras imágenes de obras que están situadas de forma permanente en lugares públicos»³².

En segundo lugar, REDA aboga por la implantación obligatoria de la excepción. Si bien es cierto que en la exposición de motivos del Proyecto de informe no se hace alusión expresamente a esta cuestión en las líneas dedicadas a la excepción de panorama, cabe deducirlo, por un lado, de las reflexiones generales ya expuestas acerca de las excepciones y, por otro lado, de la afirmación expresamente aplicable a la excepción en estudio de que «la sumamente divergente aplicación de la excepción [debida precisamente a la naturaleza opcional de la misma] muestra la necesidad de que en toda Europa exista un derecho ampliamente definido»³³.

Para REDA, la solución propuesta es «práctica y justa»³⁴. Sin duda, esta solución puede considerarse la más práctica cuando se trata de usuarios que no persiguen un fin comercial (consumidores) puesto que resulta altamente problemático, si no imposible, que obtengan una autorización previa para llevar a cabo los usos antes descritos, tal y como ocurre en la excepción de la copia privada. Ahora bien, la calificación de la solución expuesta como justa no resulta tan evidente desde el punto de vista de los titulares de derechos, habida cuenta de la repercusión que el acceso masivo a la reproducción digital de las obras expuestas en lugares públicos puede acarrear a sus intereses patrimoniales. La única forma de evitar el perjuicio patrimonial para los autores sería reconocer a su favor una compensación económica, tal y como ocurre, por ejemplo, con la excepción de la copia privada. Sin embargo, REDA se mostró radicalmente opuesta a esta idea puesto que en la Propuesta de resolución puede leerse que el PE «insta al legislador de la UE a que impida a los Estados miembros introducir licencias destinadas a indemnizar a los titulares de derechos por los daños causados por actos permitidos por una excepción»³⁵.

Por último, nos parece conveniente tratar de entender la importancia que REDA atribuyó a la excepción de panorama en particular³⁶. El interés de REDA en la

³² En definitiva, para REDA «está claro que lo que necesitamos es una actuación a nivel de la UE». Vid. «Último aviso para proteger la libertad de panorama en Europa», 16.06.2016, disponible en <https://juliareda.eu/2016/06/ultimo-aviso-libertad-de-panorama/>

³³ Vid. Proyecto de informe, pp. 11-12. En este sentido, L. A. ANGUIA VILLANUEVA, «Aproximación a la controversia europea...», cit., p. 159.

³⁴ Proyecto de informe, p. 11.

³⁵ Propuesta de resolución, apartado 21.

³⁶ Importancia que fue criticada por la European Copyright Society (ECS), «Answer to the EC Consultation on the “panorama exception”», 15.06.2016, disponible en <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2016/06/ecs-answer-to-ec-consultation-freedom-of-panorama-june16.pdf> p. 1, que consideró que no era oportuno abordar la revisión de la excepción, no sólo porque se focalizó la atención en esta excepción en particular, sino también porque la misma no era realmente necesaria atendiendo a la regulación prevista en la DDASI («regrets the disproportionate

excepción de panorama en particular se explica por su posicionamiento acerca de la regulación de los derechos de autor en general. Su intención era conseguir un marco jurídico que favoreciera el acceso a la cultura y al conocimiento para todos, lo que sin duda implicaba dar mayor protagonismo a las excepciones³⁷. Y es revelador que la exposición de motivos de su Proyecto de informe estuviera mayoritariamente dedicada al análisis de los problemas que las excepciones plantean para ciertos grupos (consumidores e instituciones dedicadas a la difusión cultural), y prácticamente no tratara los problemas que autores y titulares de derechos sufren en la actualidad. También es significativo que la exposición de motivos abordara, además del dominio público como límite temporal, tres excepciones y limitaciones al Derecho de autor en particular (la cita, la excepción a favor de bibliotecas y otras instituciones que se ocupan del patrimonio cultural y la libertad de panorama), pues se trata precisamente de excepciones que pretenden difundir la libertad de expresión y la cultura. REDA expresó su preocupación por las deficiencias que la actual aplicación de la DDASI plantea, pues las mismas pueden suponer obstáculos para la consecución de las libertades de la UE que la Directiva pretendía hacer realidad³⁸. Teniendo en cuenta que la libertad de panorama se encuentra íntimamente ligada a la libertad de expresión³⁹, en tanto que fundamento jurídico de su reconocimiento, es lógico que fuera una de las excepciones que interesaran particularmente a REDA.

1.2. La Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2015

La propuesta de REDA de que el PE «instara al legislador de la UE a que asegure que está permitido el uso de fotografías, grabaciones de vídeo u otras imágenes

level of importance accorded to the review of this single exception, which is already satisfactorily regulated under the Information Society Directive (Art. 5.3 (h)) [...]»).

³⁷ La lectura de la exposición de motivos del Proyecto de informe revela dicho punto de vista. Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar algunas afirmaciones: «la Directiva InfoSoc introdujo niveles mínimos de protección de los derechos de autor sin fijar normas para la protección de los intereses del público y de los usuarios», «la capacidad de comprender la legislación es fundamental para su aceptación y legitimidad. Actualmente, es habitual que particulares, empresas e incluso instituciones públicas no entiendan las legislaciones sobre derechos de autor derivadas de la aplicación de la Directiva de 2001», y «la legislación relativa a los derechos de autor desempeña una importante función en la vida diaria de la mayor parte de los ciudadanos europeos y, como tal, debería actualizarse para reflejar las necesidades de todos los grupos de usuarios». En este sentido, A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, «La reforma del sistema de los derechos de autor en la Unión Europea. Estado de la cuestión», *Revista de la Propiedad Inmaterial*, n° 22, julio-diciembre, 2016, p. 102, afirma que la versión inicial de la Resolución del PE generó un pequeño terremoto en Europa al proponer una reforma del sistema del derecho de autor que otorgaba un gran valor al dominio público.

³⁸ Vid. Proyecto de informe, p. 8. El Considerando 3 de la DDASI establece que la armonización propuesta contribuye a la aplicación de las cuatro libertades del mercado interior y se inscribe en el respeto de los principios generales del Derecho y, en particular, el derecho de propiedad, incluida la propiedad intelectual, la libertad de expresión y el interés general.

³⁹ De acuerdo con la ECS, «Answer to the EC Consultation...», cit., la excepción «involves clear issues of freedom of expression» (apartado 7).

de obras que están situadas de forma permanente en lugares públicos» (apartado 16 del Proyecto de informe) fue objeto de varias enmiendas por parte del JURI⁴⁰. Las mismas podrían clasificarse en tres grupos. En un primer grupo, formado por la mayoría de las enmiendas, se incluirían las que tienen por finalidad la limitación de la excepción a los usos no comerciales, posicionándose en contra de la propuesta de REDA que apostaba por una excepción de amplio alcance⁴¹. En un segundo grupo, también bastante numeroso, se encontrarían las que apoyan la propuesta inicial pero introducen cambios diversos, ya fuera en la forma en que el PE interpelaba a la Comisión⁴², en el añadido de algún elemento⁴³, o en la expresión de la obligatoriedad de la excepción⁴⁴. El tercer grupo estaría representado por enmiendas que suponen posicionamientos que resultan vagos o generales o no aportan nada en concreto en relación con la

⁴⁰ Se trata de las enmiendas nº 413 a 428, pp. 70-76, del documento que recoge las enmiendas 281 a 556, de 5.03.2015 (disponible en www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-AM-549469_EN.html?redirect). Además, se formuló la enmienda 430 por Virginie Rozière, que propone la introducción de un nuevo apartado 16ter con el siguiente tenor: el PE «pide a los Estados miembros que integren en sus legislaciones nacionales la excepción de “libertad de panorama”, en la medida en que las obras situadas de forma permanente en espacios públicos sean producidas por el sector público».

⁴¹ Se suele citar la enmienda del parlamentario europeo Jean-Marie CAVADA para ilustrar esta posición, pero lo cierto es que la mayoría de los parlamentarios del JURI la apoyaron. El tenor de la propuesta difería de unas enmiendas a otras, pues algunas no excluían expresamente el uso comercial sino que se referían, con mayor o menor acierto, a que la excepción sólo debía comprender usos no comerciales (es el caso de las enmiendas nº 415, 422 y 423, de acuerdo con las cuales el PE «invita al legislador europeo a reconocer que el uso de fotografías, grabaciones de vídeo u otras imágenes de obras que se encuentran permanentemente en lugares públicos forma parte del dominio público cuando dicho uso no tiene una finalidad o dimensión comercial»; de la nº 417 que propone que el PE «reconoce que el uso de fotografías, grabaciones de vídeo u otras imágenes de obras consideradas como pertenecientes al dominio público que se encuentran permanentemente en lugares públicos sea permitida con fines no comerciales» y de las enmiendas nº 425 y 426, según las cuales el PE «solicita al legislador europeo que asegure que está permitido, con fines no comerciales, el uso de fotografías, grabaciones de vídeo u otras imágenes de obras que están situadas de forma permanente en lugares públicos»). En cambio, otras señalaban específicamente la necesidad de una autorización previa por parte de los autores para esta clase de usos, como la nº 416 (el PE «subraya que el uso comercial de fotografías, grabaciones de vídeo u otras imágenes de obras que se encuentran permanentemente en lugares públicos debería ser siempre objeto de una autorización previa por parte de los autores o sus sociedades de gestión») y la nº 421 (la famosa enmienda propuesta por CAVADA: el PE «considera que el uso comercial de fotografías, grabaciones de vídeo u otras imágenes de obras que se encuentran permanentemente en lugares públicos físicos deberían siempre ser objeto de una autorización previa de los autores o de sus representantes»).

⁴² Es el caso de la enmienda nº 419: el PE «solicita a la Comisión que proponga en el ámbito del examen de la Directiva 2001/29/CE que el uso de fotografías, grabaciones de vídeo u otras imágenes de obras que se encuentran permanentemente en lugares públicos sea permitido».

⁴³ La enmienda nº 420 añade al texto propuesto un párrafo de acuerdo con el cual el PE solicita al legislador europeo que «se asegure de que la presente iniciativa relativa al derecho de autor permita una mejor comprensión del arte y de la creatividad, así como de su importancia para el desarrollo social, y regule el desarrollo de nuevos intereses comerciales susceptibles de poner en peligro los derechos de los autores»; y la enmienda nº 428 añade que la excepción debe comprender obras de todo tipo que están situadas de forma permanente en lugares públicos.

⁴⁴ Es el caso de la nº 427, enmienda presentada por Julia REDA.

excepción⁴⁵. Finalmente, prevaleció el sentir mayoritario de los miembros del JURI, de forma que dicha Comisión se posicionó a favor de una excepción limitada a los usos no comerciales, restringiendo la amplitud con la que había sido redactada la excepción en la Propuesta anterior.

Tras la intervención del resto de las Comisiones⁴⁶, el JURI presentó un nuevo informe, fechado el 24 de junio de 2015⁴⁷, de acuerdo con el cual el PE «considera que el uso comercial de fotografías, grabaciones de vídeo u otras imágenes de obras que están situadas de forma permanente en lugares públicos físicos debe supeditarse siempre a una autorización previa de los autores o sus representantes» (apartado 46). El apartado 46, a su vez, fue objeto de enmienda (la n° 3), proponiéndose que el mismo quedara redactado de la siguiente manera: el PE «reconoce el derecho a usar fotografías, grabaciones de vídeo u otras imágenes de obras que están situadas de forma permanente en lugares públicos»⁴⁸, o sea, se trataba de volver al texto inicial.

Desde que se presentaron las enmiendas hasta que fue aprobado el informe, se hicieron públicos los posicionamientos de las personas y los sectores interesados contrarios a las enmiendas que proponían restringir el ámbito de aplicación de la excepción en forma de iniciativas varias. Así, por ejemplo, la plataforma change.org movilizó a la ciudadanía bajo la petición planteada por Niko Trinkhaus, un fotógrafo de viajes, al PE para que no limitara la libertad

⁴⁵ Dentro de este grupo, incluimos las siguientes enmiendas: la n° 414, de acuerdo con la cual el PE «solicita al legislador europeo que se asegure que la presente iniciativa relativa al derecho de autor permita una mejor comprensión del arte y de la creatividad, así como de su importancia para el desarrollo social, e impida el desarrollo parasitario de nuevos intereses comerciales en detrimento de los autores y sus derechos»; y la n° 418, según la cual el PE «solicita a la CE que realice un informe sobre la aplicación de la Directiva en lo relativo al avance de la sensibilización de los consumidores respecto de las excepciones y limitaciones, en particular sobre las diferencias en el seno de la Unión europea, señaladamente sobre el uso de fotografías, grabaciones de vídeo u otras imágenes de obras que se encuentran permanentemente en lugares públicos».

Sólo la enmienda n° 413 pareció posicionarse en contra del reconocimiento de la excepción: «la mera presencia de una obra en el espacio público no quita al autor sus derechos».

⁴⁶ Que no se posicionaron acerca de la excepción de panorama en particular, aunque sí sobre las excepciones en general. En este sentido, en la Opinión de la Comisión del Mercado Interior y Protección del Consumidor (IMCO) para el JURI de 25.3.2015, 2014/2256 (INI), se constata la diferencia entre las legislaciones nacionales, lo que conlleva costes jurídicos adicionales así como inseguridad jurídica, de manera que el IMCO insta a la CE a examinar cuáles podrían ser obligatorias (n° 15) y a conseguir un mayor nivel de armonización (n° 24). Y en la Opinión de la Comisión de Industria, Investigación y Energía (ITRE) para el JURI de 20.4.2015, 2014/2256 (INI), se advierte que es conveniente una mayor armonización de las excepciones que permiten usos transfronterizos de las obras (n° 15), así como una revisión de las excepciones con el fin de conseguir la mejor adaptación posible a los desafíos planteados por el uso digital de las obras (n° 25 y 38), entre otras.

⁴⁷ Documento A8-0209/2015, disponible en www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0209_ES.html

⁴⁸ Enmienda presentada el 1 de julio de 2015 por Marietje Schaake, Kaja Kallas, Sophia in 't Veld, Fredrick Federley y otros (A8-0209/3).

de panorama, petición que fue respaldada finalmente por 555 237 firmas⁴⁹. También se manifestaron a favor de una excepción de amplio alcance un conjunto de asociaciones de fotógrafos profesionales, productores de documentales y periodistas de distintas nacionalidades⁵⁰. Igualmente se mostró contraria a la posible restricción de la libertad de panorama a los usos no comerciales la plataforma Wikipedia⁵¹.

Finalmente, tuvo lugar el debate en el seno del PE el 9 de julio de 2015, durante el cual la excepción de panorama salió a relucir en numerosas intervenciones⁵². En su gran mayoría, los parlamentarios europeos mostraron su rechazo al apartado 46 de la Propuesta de resolución, de manera que solicitaron su supresión. Y de forma muy minoritaria, algunos parlamentarios apoyaron el mantenimiento del apartado 46, de modo que se proponía que la excepción quedara limitada a los usos no comerciales. El resultado, ya conocido por todos, es que se votó en contra del apartado 46⁵³, y esta votación supuso la eliminación de toda referencia a la excepción de panorama. De esta manera, el PE optó finalmente por abandonar la idea inicial de proponer una revisión de la misma y apostó por dejar la situación tal y como estaba⁵⁴.

2. EL POSICIONAMIENTO DE LA COMISIÓN EUROPEA

2.1. *La Comunicación «Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor»*

Pese a la posición del PE acerca de la excepción de panorama⁵⁵, la CE retoma la cuestión en la Comunicación *Hacia un marco moderno y más europeo de los*

⁴⁹ Se puede acceder a la página de change.org que recoge la petición en <https://www.change.org/p/european-parliament-save-the-freedom-of-photography-savefop-euoparl-en>.

⁵⁰ J. REDA, «Was a shadowy lobby behind the attack on freedom of panorama? The truth is more worrying», 30.6.2015, disponible en <https://juliareda.eu/2015/06/who-is-behind-the-attack-on-freedom-of-panorama/>.

⁵¹ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ/L. RIVERA NOVILLO, «La protección de la propiedad intelectual...», cit., p. 106. La división francesa de la Wikipedia se mostró particularmente combativa (puede consultarse al respecto <https://libertedepanorama.fr/>) y se entabló un debate público entre la misma y ADAGP, la entidad de gestión colectiva francesa de autores de obras gráficas y plásticas (se pueden consultar las respuestas a la posición mantenida por Wikipedia en https://www.adagp.fr/sites/default/files/nl_exception_de_panorama-retablissons_la_verite-20042016.pdf).

⁵² Se refirieron a la misma 23 parlamentarios. Vid. www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-8-2015-07-09-ITM-010_ES.html

⁵³ En contra de la enmienda CAVADA se obtuvieron 502 votos mientras que a favor, 40. Vid. L. A. ANGUITA VILLANUEVA, «Aproximación a la controversia europea...», cit., p. 160.

⁵⁴ Vid. S. GALLEGO MENCÍA, «Consulta pública sobre derechos conexos y excepción de panorama», Instituto Autor, 30.03.2016, disponible en <http://hemeroteca.institutoautor.org/story.php?id=4383>. En opinión de L. A. ANGUITA VILLANUEVA, «Aproximación a la controversia europea...», cit., p. 160, la propuesta original de REDA «quedó completamente desactivada».

⁵⁵ De acuerdo con L. MONTAGNANI, «The EU Consultation on ancillary rights for publishers and the panorama exception: Modernising Copyright through a “one step forward and two steps

derechos de autor de 9 de diciembre de 2015⁵⁶. La CE considera que la citada excepción, entendida como la que «permite tomar y subir a internet fotos de obras tales como edificios o esculturas situados de forma permanente en lugares públicos», es una de las excepciones «clave» para los derechos de autor, junto con las relacionadas con la educación, la investigación y la discapacidad⁵⁷. La CE constata las distorsiones que la implementación desigual de dicha excepción en los Estados miembros produce en la actualidad, sobre todo en el contexto digital, lo que conlleva una situación de inseguridad jurídica no deseable⁵⁸. Efectivamente, las disparidades señaladas dificultan el desarrollo comercial de las empresas puesto que, mientras en algunos Estados, su actividad se encuentra amparada por la excepción, en otros es preciso obtener una licencia para llevarla a cabo⁵⁹. Por otro lado, lo que la excepción permite en cada Estado miembro no es necesariamente lo mismo, de forma que las empresas deben adaptar su actividad a las particularidades impuestas por la legislación de cada uno de ellos.

Esta situación se debe, de acuerdo con la CE, a la naturaleza opcional de la excepción y a la falta de una definición suficiente, lo que genera una implementación irregular y con distinto alcance⁶⁰. Conviene, entonces, mostrar una visión panorámica de la situación legislativa existente en 2015. En dicho año existían

back” approach», Kluwer Copyright Blog, septiembre, 20, 2016, disponible en <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/09/20/the-eu-consultation-on-ancillary-rights-for-publishers-and-the-panorama-exception-modernising-copyright-through-a-one-step-forward-and-two-steps-back-approach/>, «it is also somewhat surprising that the panorama exception is again a matter of discussion since, in the aftermath of the Reda Report, it clearly emerged, from the huge protest raised by citizens, photographers and civil society organisations, that the current formulation under Article 5(3)h of Directive 2001/29 is the only acceptable one».

⁵⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2015) 626 final. La referencia a la excepción de panorama se enmarca en la cuestión más general de la «adaptación de las excepciones a los entornos digital y transfronterizo», que ocupa el apartado 3 de la Comunicación (pp. 7-10).

⁵⁷ Comunicado de prensa de la CE de 9.12.2015, disponible en https://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6261_es.html

⁵⁸ Afirma la CE en la Comunicación citada, p. 8, que «la heterogeneidad en la aplicación nacional de la excepción denominada habitualmente “libertad de panorama” [...] puede generar inseguridad».

⁵⁹ Como señala E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation...», cit., p. 315, «A further complexity, especially in the context of cross-border availability and exploitation of copyright content, may be due to the fact that, while a certain use of a work may be shielded from liability by means of an exception available under a particular EU Member State’s copyright law, the same act might be deemed unlawful under the law of another EU Member State». Y, en palabras de A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, «La reforma del sistema...», cit., p. 105, «Todo ello genera una gran inseguridad jurídica en aquellas empresas que quieren explotar derechos de autor en una pluralidad de Estados».

⁶⁰ De acuerdo con la CE, la fragmentación de la normativa sobre derechos de autor en la UE resulta especialmente perceptible en el ámbito de las excepciones debido a dos factores: la mayoría de las excepciones son facultativas y a menudo no están definidas pormenorizadamente. Por estas razones, no todos los Estados miembros regulan las mismas excepciones y cuando lo hacen, la regulación varía de un Estado a otro, de manera que las condiciones de aplicación son distintas o el alcance de la excepción no es el mismo. Además, ocurre también que la aplicación de una excepción en la legislación de los Estados miembros es más limitada de lo que permite la legislación de la UE

tres países que no habían reconocido la excepción, pero, tras las reformas operadas en Bélgica y Francia en 2016, el único que no la regula actualmente es Italia⁶¹. Por lo tanto, la reproducción y la comunicación pública de cualquier obra protegida por el Derecho de autor que se encuentre permanentemente en un lugar público del citado país debe ser previamente autorizada por el titular de tales derechos. Por su parte, Bélgica y Francia, dos países que tradicionalmente se habían opuesto al reconocimiento de la libertad de panorama, adoptaron la misma en el año 2016, al poco de haber concluido la consulta pública sobre la excepción a la que nos referimos en el siguiente apartado.

En Bélgica, se modificó el *Code de Droit Économique* por medio de una Ley de 27 de junio de 2016 con el fin de introducir la excepción, añadiendo al art. XI.190 un nuevo apartado que dispone que, cuando la obra ha sido divulgada lícitamente, el autor no puede prohibir [...] «la reproduction et la communication au public d'oeuvres d'art plastique, graphique ou architectural destinées à être placées de façon permanente dans des lieux publics, pour autant qu'il s'agisse de la reproduction ou de la communication de l'oeuvre telle qu'elle s'y trouve et que cette reproduction ou communication ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur». Se trata de una norma que engloba toda clase de obras que se encuentren situadas permanentemente en algún espacio público, de manera que excluye aquellas que sólo lo están de manera provisional⁶². Y si bien la norma no incluye expresamente los usos comerciales, deben entenderse autorizados por la excepción⁶³.

(vid. Comunicación, p. 7). Estos factores propiciatorios de la fragmentación y las consecuencias derivadas de los mismos se encuentran también presentes en la excepción objeto de estudio.

⁶¹ Vid. P. POPOVA, «Report on the freedom of panorama in Europe», cit. Este artículo, fechado en agosto de 2016, es el más completo (se refiere a los 28 Estados miembros) y fiable de todos los consultados con el fin de conocer el estado legal actual de la excepción de panorama en la UE (aunque debe tenerse en cuenta que no recoge las modificaciones legales operadas en Bélgica y Francia en 2016). También puede consultarse, para conocer el régimen jurídico de algunos Estados miembros, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ/L. RIVERA NOVILLO, «La protección de la propiedad intelectual...», cit., pp. 104-105.

⁶² F. LEJEUNE, «Exception au droit d'auteur: la liberté de panorama consacrée en Belgique», 5.08.2016, disponible en <https://www.fredericlejeune.be/exception-au-droit-dauteur-la-liberte-de-panorama-consacree-en-belgique/>

⁶³ Acerca de esta cuestión existe discrepancia en la doctrina. La referencia a la regla de los tres pasos en la norma belga debe ser entendida, de acuerdo con F. LEJEUNE, «Exception au droit d'auteur: la liberté de panorama consacrée en Belgique», cit., como implicando la exclusión de los usos comerciales, de acuerdo con los trabajos parlamentarios de aprobación de la norma. Durante su tramitación legislativa, se propuso una enmienda por la que se pretendía excluir expresamente los usos comerciales, enmienda que se rechazó por la razón de que la mención del test de las tres etapas implica que la excepción no comprende los usos comerciales. Por el contrario, E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation...», cit., p. 315, sostiene que «Belgian freedom of panorama, while incorporating the language of the three-step test, does not necessarily exclude commercial uses». También L. MONTAGNANI, «The EU Consultation...», cit., entiende que la norma belga incluye los usos comerciales. Si efectivamente la nueva excepción belga incluye los usos comerciales, los gestores del Atomium, conocido monumento sito en Bruselas, estarían incurriendo en una ilegalidad cuando, en virtud de la excepción de panorama, entienden autorizadas la reproducción y la puesta

En el caso de Francia, la excepción se ha introducido en virtud de la Loi n° 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, pour une République Numérique, que ha añadido al art. L. 122-5 del *Code de la Propriété Intellectuelle* (CPI) el apartado n° 11 que dispone: «Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire [...] Les reproductions et représentations d'œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l'exclusion de tout usage à caractère commercial». Como puede observarse, la regulación francesa es más restrictiva que la belga tanto en lo que se refiere a las obras objeto de la misma⁶⁴, como a los usos⁶⁵.

Junto con estos dos países, el resto de los Estados miembros también reconocen la excepción en sus legislaciones internas, si bien no existe una regulación uniforme en todos ellos, siendo las diferencias más importantes las que afectan a los tipos de obras objeto de la excepción y a los usos comerciales⁶⁶. Obviamente, esta situación crea inseguridad para los beneficiarios de la excepción así como para los titulares de derechos. Además, de acuerdo con el principio de territorialidad que preside el Derecho de autor, la regulación de la excepción en cada Estado miembro no tiene efectos transfronterizos⁶⁷, lo que casa mal con

a disposición de fotografías de particulares en páginas web personales, redes sociales o blogs sin finalidad comercial, pero impiden el uso comercial (lo que incluye la publicidad) de imágenes del monumento así como la creación de obras derivadas por no estar permitidas legalmente (<https://atomium.be/copyright>).

⁶⁴ Sólo aplicable a las obras de arquitectura y esculturas. Vid. E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation...», cit., p. 314; C. CARON, «Exception de panorama: lorsque la montagne accouche d'une souris», *La Semaine Juridique*, n° 6, febrero, 2016, pp. 261-262, quien afirma que la norma deja de lado otras obras como frescos y pinturas y el denominado street art; C. MANARA, «La nouvelle "exception de panorama". Gros plan sur l'Article L. 122-5 10 du Code français de la propriété intellectuelle», *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, agosto-septiembre, n° 4049, 2016, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2828355>, pp. 4 y 5. De acuerdo con CARON, tampoco se permite reproducir y comunicar públicamente aquellas obras que se encuentran temporalmente en la vía pública con ocasión de una exposición no permanente. Así debe entenderse, no sólo atendiendo al tenor literal de la norma, sino también a la regla general de interpretación restrictiva de las excepciones.

⁶⁵ Excluye cualquier uso comercial directo o indirecto. Vid. E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation...», cit., p. 314; C. CARON, «Exception de panorama...», cit., p. 262; C. MANARA, «La nouvelle exception de panorama...», cit., p. 4.

⁶⁶ Como señala E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation...», cit., p. 312, para las excepciones de cita y libertad de panorama, «these being provisions that—at the level of individual Member States— have been implemented with significant differences, including with regard to the types of works eligible for the application of resulting exceptions and the possibility to only allow non-commercial uses».

⁶⁷ Siguiendo a S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ/L. RIVERA NOVILLO, «La protección de la propiedad intelectual...», cit., pp. 103-104, pueden hacerse dos bloques de países. Un primer bloque (el más numeroso) está formado por los que regulan la excepción de forma amplia o más permisiva, como es el caso de Alemania, Austria, Bélgica, Chequia, Chipre, Croacia, España, Eslovaquia, Hungría, Irlanda, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido y Suecia. Estos países permiten los usos comerciales con pequeñas restricciones. Un segundo bloque está constituido por aquellos que regulan la excepción de forma más restrictiva, existiendo principalmente tres tipos de restricciones: tipos de obras (sólo edificios y/o esculturas), como ocurre en el caso de Francia; uso accesorio de la obra en la reproducción (Dinamarca y Finlandia, tratándose de obras plásticas si se pretende una finalidad comercial, Luxemburgo y Rumanía) y usos no comerciales (en este

la tecnología digital actual que se caracteriza, entre otras cosas, por permitir una difusión transfronteriza de los contenidos disponibles en Internet. Esta situación propició que la CE se planteara la posibilidad de presentar propuestas legislativas en la primavera de 2016 para «aclarar la actual excepción con el fin de tener en cuenta los nuevos canales de difusión»⁶⁸, en referencia a la necesidad de que la excepción se adaptara a las nuevas formas de explotación.

2.2. *La consulta pública sobre el derecho conexo de los editores y la excepción de panorama*

Con el objetivo de centrar correctamente los problemas derivados de la aplicación de la excepción, sobre todo en el entorno digital, así como de conocer la opinión de los sectores implicados respecto a una posible solución a los mismos, la CE celebró una consulta pública entre el 23 de marzo de 2015 y el 15 de junio de 2016⁶⁹. Tal y como se señala en el propio cuestionario, la excepción de panorama no se incluyó en la consulta pública inicialmente realizada por la CE acerca de la revisión sobre los derechos de autor en la UE⁷⁰. Queda claro, entonces, que la citada excepción no interesó a la CE en un primer momento

último caso están Bulgaria, Eslovenia, Estonia, Francia, Letonia, Lituania y Rumanía). En el caso de Grecia, sólo es admisible la reproducción ocasional y la comunicación pública por los medios de comunicación, pero sin restricción respecto a los usos. Vid. P. POPOVA, «Report on the freedom of panorama in Europe», cit.

Como se afirma en la Comunicación, cit., p. 7, la mayoría de las excepciones no tiene efectos fuera de un determinado Estado miembro.

⁶⁸ Comunicación, cit., p. 9. Con carácter general, la CE se planteó como objetivo aumentar el nivel de armonización, hacer obligatorias las excepciones pertinentes y garantizar su aplicación a través de las fronteras de la UE.

⁶⁹ Nos referimos a la Public consultation on the role of publishers in the copyright value chain and on the 'panorama exception'. Tanto el cuestionario como el informe de análisis de los resultados arrojados por la consulta pública se encuentran disponibles en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-role-publisherscopyright-value-chain-and-panorama-exception>. El citado informe (se ha consultado la versión francesa del mismo) titulado Rapport de synthèse relatif aux résultats de la consultation publique portant sur l'«exception panorama», lleva a cabo, resumidamente, un análisis de tipo cualitativo de los resultados de la consulta pública. Además, puede consultarse un informe bastante más extenso, en el que se hace un análisis de tipo cuantitativo de los datos titulado Replies to the public consultation on the 'Panorama exception', que fue elaborado por un grupo de expertos pertenecientes al College of Europe para la CE y que sirvió para la redacción del de la CE (se encuentra disponible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/report-replies-public-consultation-panorama-exception>). Debe mencionarse también que parte de las respuestas se obtuvieron de la consulta pública que sobre el derecho conexo de los editores y la excepción de panorama puso en marcha la plataforma Copyright for Creativity, cuyos resultados se remitieron a la CE y se incluyeron en los informes ya mencionados. Los resultados de esta encuesta pueden consultarse en <http://copyright4creativity.eu>.

⁷⁰ Nos referimos a la Public consultation on the review of the EU copyright rules, que se celebró entre el 5 de diciembre de 2013 y el 5 de marzo de 2014, en la que se incluyeron las cuestiones que posteriormente se regularon en la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj> (en adelante, Directiva DAMUD). Tampoco fue entonces objeto de consulta pública

ni formaba parte de la estrategia de revisión de las normas sobre derechos de autor puesta en marcha por la misma, decidiéndose más adelante incluirla en el proceso de revisión de los derechos de autor⁷¹.

Teniendo en cuenta que la excepción puede amparar la puesta a disposición por particulares de fotografías de obras de arquitectura o escultura creadas para estar situadas permanentemente en lugares públicos, los usos digitales de las mismas por parte de redes sociales o enciclopedias en línea así como su publicación en el ámbito de la edición o la publicidad⁷², los destinatarios de la consulta abarcaban un espectro muy amplio: Estados miembros y autoridades públicas⁷³, usuarios institucionales (propietarios o gestores de monumentos u obras destinadas a ser emplazadas permanentemente en espacios públicos, bibliotecas e instituciones de protección del patrimonio cultural, centros de enseñanza o de investigación), usuarios, consumidores o ciudadanos, artistas plásticos (como pintores o escultores) y arquitectos, fotógrafos profesionales, otro tipo de autores (distintos de los tres mencionados antes), entidades de gestión colectiva⁷⁴, otros titulares de derechos (editores, productores cinematográficos o de obras audiovisuales, entidades de radiodifusión, productores de fonogramas y artistas, intérpretes o ejecutantes), prestadores de servicios en línea (prestadores de servicios publicitarios, agregadores de contenidos, motores de búsqueda, redes sociales, prestadores de servicios de alojamiento y otros prestadores de servicios) y otros interesados⁷⁵.

El informe se dividió en dos partes: en la primera, se analizaban las respuestas a las preguntas 1 a 4 relativas a la situación actual de la excepción⁷⁶; y en la

el derecho conexo de los editores que, sin embargo, acabó incluido en la DAMUD, a diferencia de la excepción en estudio.

⁷¹ Para L. MONTAGNANI, «The EU Consultation...», cit., «the consideration of the panorama exception likely arises from the need for a more harmonised provision on public space and public art images».

⁷² Rapport de synthèse..., cit., p. 1.

⁷³ De acuerdo con el Rapport de synthèse..., cit., p. 3, solo algunos Estados miembros y un número limitado de autoridades públicas respondieron el cuestionario. Su respuesta consistió en señalar que no habían detectado ningún problema en relación con la puesta a disposición o el acceso en línea de las imágenes por parte de los usuarios.

⁷⁴ La mayoría de entidades que contestaron a la consulta pública representaban a artistas plásticos y fotógrafos. Vid. Rapport de synthèse, cit., p. 4.

⁷⁵ En esta última categoría se incluye, por ejemplo, a la European Copyright Society (ECS), que, además de contestar al cuestionario, publicó su opinión en un documento independiente, disponible en <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2016/06/ecs-answer-to-ec-consultation-freedom-of-panorama-june16.pdf>

⁷⁶ En las dos primeras preguntas se planteaba a los encuestados si habían encontrado impedimentos a la hora de poner a disposición en Internet o de proveer un acceso en línea de fotografías de obras de arquitectura y escultura creadas para situarse permanentemente en lugares públicos debido a la protección que los derechos de autor proporcionan a las mismas (mientras que la primera pregunta estaba dirigida fundamentalmente a los usuarios finales, la segunda se dirigía en particular a los proveedores de servicios en línea). La tercera pregunta tenía por objeto averiguar si en ciertos sectores de actividad, como la edición, la producción de obras audiovisuales o la publicidad, se hacía

segunda, las respuestas a las preguntas 5 y 6 referentes a las posibles consecuencias de la instauración de una excepción obligatoria en la UE⁷⁷.

En relación con la situación actual⁷⁸, de acuerdo con los fotógrafos profesionales y otros autores, titulares de derechos, consumidores, usuarios institucionales y prestadores de servicios, los que hacen uso de fotografías de obras situadas permanentemente en lugares públicos se amparan en la excepción cuando se trata de un país que la reconoce, mientras que se hace uso de las licencias para permitir la explotación de las imágenes cuando se trata de un país que no la regula. Por otro lado, los consumidores, los usuarios institucionales y los prestadores de servicios señalaron que las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales pueden dar lugar a una situación de inseguridad jurídica cuando se trata de usos transfronterizos. Además, consideraban que las legislaciones nacionales adolecían de falta de claridad, lo que implicaba el riesgo de cometer actividades ilegales no intencionales, y que la obtención de una autorización previa suponía un coste potencial añadido.

Los artistas plásticos, arquitectos y entidades de gestión colectiva respondieron que, en general, no habían encontrado problemas a la hora de usar imágenes en Internet y que no tenían conocimiento de que otros usuarios tuvieran ningún problema concreto. También señalaron que no se había demostrado que las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales supusieran un obstáculo particular para el mercado interior; por el contrario, la flexibilidad de la regulación de la excepción en la DDASI permitía que se pudieran tener en cuenta las especificidades nacionales. Por su parte, los fotógrafos profesionales consideraban que su creatividad y su capacidad para explotar sus fotografías en línea se encontrarían limitadas si tuvieran que solicitar una autorización previa

uso de imágenes o fotografías de obras de arquitectura o esculturas situadas permanentemente en lugares públicos con base en una licencia o una excepción. Y la cuarta pregunta se refería a si los participantes solicitaban u otorgaban licencias que permitieran hacer uso de [imágenes de] obras de arquitectura o escultura situadas permanentemente en lugares públicos, pregunta que estaba pensada fundamentalmente para los titulares de derechos o las entidades de gestión colectiva. Vid. Rapport de synthèse..., cit., p. 3; Replies to the public consultation..., cit., pp. 6 y 9. Todas estas preguntas iban acompañadas de la posibilidad de explicar detalladamente los problemas objeto de las mismas así como proporcionar ejemplos, indicando el Estado miembro de referencia y el tipo de obras objeto de la actividad.

⁷⁷ Estas preguntas planteaban la incidencia que tendría en las actividades de los particulares o en las actividades profesionales la instauración de una excepción que amparara sólo usos no comerciales (la n° 5) o también usos comerciales (la n° 6) de [imágenes de] las obras señaladas. También se permitía que el participante explicara su respuesta. Se planteó, además, una séptima pregunta que permitía a los destinatarios de la consulta plantear cualquier otra cuestión de su interés en relación con la regulación de la excepción. Las cuestiones que se plantearon tenían que ver, fundamentalmente, con la delimitación del ámbito de la excepción: qué es un lugar público, si quedan amparadas por la excepción las obras que se encuentran en espacios privados pero son visibles desde lugares públicos, qué debe entenderse por obras de arquitectura y escultura y si se trata de una enumeración abierta o cerrada, o si quedan amparadas las obras temporalmente expuestas en lugares públicos. Vid. Replies on the consultation..., cit., p. 28.

⁷⁸ Vid. Rapport de synthèse..., cit., pp. 3-4.

para la puesta a disposición de las mismas, si bien la mayoría reconocía que no se había encontrado con ningún impedimento para poder hacerlo.

En lo que respecta a la posibilidad de instaurar una excepción obligatoria⁷⁹, los Estados miembros y las autoridades públicas se mostraron divididos. Algunos eran favorables a la obligatoriedad de la excepción pero sólo si ésta se limitaba a los usos no comerciales, ya que debían respetarse las obligaciones en materia de Derecho de autor, en particular el test de las tres etapas previsto en el art. 9-2 del Convenio de Berna. Los demás consideraron que no sería apropiado hacer ningún cambio ya que esto les obligaría a modificar el ámbito de aplicación de la excepción en sus respectivas legislaciones nacionales que acogían también los usos comerciales.

Por el contrario, los consumidores, los usuarios institucionales y los prestadores de servicios se mostraron favorables a una excepción obligatoria que comprendiera tanto los usos comerciales como los no comerciales⁸⁰. En su opinión, esta sería la forma más eficaz de garantizar una seguridad jurídica plena ya que no existe siempre una distinción clara entre usos comerciales y no comerciales en el ámbito digital, como ocurre cuando se ponen a disposición fotos en las redes sociales⁸¹.

La mayoría de los fotógrafos profesionales así como de los arquitectos entendieron que la instauración de una excepción obligatoria de amplio alcance les perjudicaría, ya que impediría el ejercicio de sus derechos⁸². En cambio, los radiodifusores, los editores y autores distintos de los artistas plásticos se mostraron favorables al cambio legislativo.

Por último, los artistas plásticos y sus entidades de gestión colectiva se opusieron a una excepción obligatoria que amparase los usos comerciales ya que se les estaría privando de sus derechos exclusivos en contra de la regla de los tres pasos, lo que redundaría negativamente y de forma considerable en sus ingresos,

⁷⁹ Lo que sigue puede consultarse en *Rapport de synthèse...*, cit., pp. 4-5.

⁸⁰ Entre otras cosas, esta formulación amplia permitiría promover el patrimonio cultural de la UE, mejorar la difusión cultural y estimular la creatividad.

⁸¹ La cuestión de la determinación de lo que constituye un uso comercial apareció en numerosas respuestas, en particular las dadas por los usuarios finales y los proveedores de servicios en línea, para quienes no resulta fácil separar un uso comercial de otro no comercial en el ámbito digital. Salió a relucir sobre todo en relación con blogs, redes sociales y plataformas educativas que usan publicidad con independencia de que den cobertura a actividades profesionales o meramente privadas. Vid. *Replies to the public consultation...*, cit., p. 21.

⁸² Esta postura resulta comprensible en el caso de los arquitectos, pues el uso comercial de fotografías de sus obras amparado por la excepción impide que puedan obtener un rendimiento económico ligado a la necesidad de su autorización. Sin embargo, en el caso de los fotógrafos profesionales, la cuestión es distinta puesto que ellos son beneficiarios de la excepción, favoreciéndoles que sea lo más amplia posible. Tal vez pueda entenderse si tenemos en cuenta que en algunos países la excepción de panorama se refiere también a las fotografías, en cuyo caso los fotógrafos pasan a ser los titulares de derechos afectados por la excepción.

que provienen de la concesión de licencias para usos de sus obras en campañas publicitarias y turísticas así como en productos de *merchandising* (bolsos, tazas, ropa, entre otros)⁸³. Consideran, además, que una intervención legislativa de la UE no es necesaria pues la mayoría de los Estados miembros ya regulan la excepción respetando el margen de libertad que les permiten las actuales reglas de la UE.

La conclusión a la que puede llegarse es que existen dos grupos claramente diferenciados en lo que a la obligatoriedad de la excepción y a la inclusión de los usos comerciales respecta, como no podía ser de otro modo. Por un lado, los autores más directamente afectados por la excepción (artistas plásticos y arquitectos) así como sus entidades de gestión colectiva son contrarios a una excepción obligatoria de amplio alcance, pues ello supone renunciar a sus derechos exclusivos y a los ingresos que las licencias de uso les pueden reportar, teniendo en cuenta, además, que la DDASI no prevé ninguna compensación económica por el reconocimiento de la excepción. Por otro lado, los grupos beneficiados por la excepción a nivel particular, institucional y profesional se muestran claramente favorables a una excepción obligatoria amplia, pues la misma ampararía los usos que tales personas y grupos ya vienen realizando, evitando así la inseguridad jurídica que la situación actual les depara.

2.3. El posicionamiento final de la Comisión

Tras analizar los resultados de la consulta pública, la CE «confirma la pertinencia de la excepción» y recomienda a los Estados miembros que la incorporen en sus legislaciones nacionales, lo que en 2016 ya habían hecho casi todos, comprometiéndose a seguir de cerca la evolución de la cuestión⁸⁴. Pese a considerar la excepción como relevante, la CE decidió no incluirla en la Propuesta de Directiva DAMUD, optando, en consecuencia, por mantener la situación jurídica actual, tanto en lo que se refiere al carácter facultativo de la excepción como a su redacción⁸⁵. No era éste el desenlace esperado⁸⁶. La CE no

⁸³ Así sería en aquellos países que no reconocen la excepción o en aquellos que la limitan a usos no comerciales. Estos sectores se refieren, en particular, a la situación en la que quedaría el arte urbano (como los grafitis, por ejemplo) de reconocerse los usos comerciales, ya que la explotación de esta clase de obras requiere necesariamente de usos que forman parte del ámbito de la excepción. Vid. *Replies to the public consultation...*, cit., p. 25 y *Rapport de synthese...*, cit., p. 5.

⁸⁴ Vid. la Comunicación Promover una economía europea fundada en los derechos de autor justa, eficiente y competitiva en el mercado único digital, p. 8, 14.9.2016, COM (2016) 592 final, disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-592-ES-F1-1.PDF>

⁸⁵ Como afirma el Comité Económico y Social Europeo (CESE) en su Dictamen sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital de 21 de abril de 2017 (C 125/27), «la Comisión, pese a que confirma la relevancia de la excepción, ha decidido mantener su posible implementación, con carácter optativo, en los Estados miembros» (apartado 5.6).

⁸⁶ Sin duda, el hecho de que la CE hubiera prestado especial atención a la excepción de panorama, promoviendo incluso una consulta pública acerca de la misma, permitía entender que existía una posibilidad más que razonable de que se produjera su revisión. En este sentido, J. M. VENTURA

expuso las razones por las que consideró que no resultaba adecuado abordar un cambio en la regulación comunitaria de la excepción, pese a que con ello estaba desoyendo las recomendaciones de otros órganos intervinientes en el proceso de aprobación de la Propuesta de Directiva. Así, el Comité Económico y Social Europeo (CESE), en su dictamen a la Propuesta de Directiva DAMUD recomendó armonizar mediante normas europeas la excepción⁸⁷. Por su parte, el IMCO, en su informe de opinión acerca de la Propuesta de Directiva de 14 de junio de 2017, propuso introducir un art. 5bis en la misma para regular la libertad de panorama como una excepción imperativa⁸⁸.

A falta de una explicación oficial, señalar las posibles razones de la postura final de la CE entra en el terreno de la especulación. Tal vez, el hecho de que, a día de hoy, casi todos los Estados miembros hayan incorporado la excepción y muchos de ellos de modo amplio, permite considerar que resulta más fácil alentar a los países que todavía no lo han hecho a que lo hagan, imitando el ejemplo de sus vecinos, que intervenir legislativamente a nivel comunitario para convertir la excepción en obligatoria⁸⁹. Sin embargo, el ejemplo de Francia, ya explicado, desmiente la confianza de la CE en que el problema se solucione de esta manera y, por el contrario, contribuye a la falta de armonización denunciada⁹⁰. La incorporación de la excepción en la legislación francesa se entiende como un acto meramente simbólico⁹¹, puesto que no es útil desde el punto

VENTURA, «El venidero Derecho europeo de propiedad intelectual. Lo que se puede esperar a la vuelta de la esquina y algunos kilómetros más atrás», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2016, p. 16, al comentar el interés mostrado por la CE en su Comunicación de 9 de diciembre de 2015, se preguntaba si el mismo conduciría a una modificación del art. 5.3.h) de la DDASI, a lo que se respondía que «parece aún pronto para afirmarlo, pero sin duda no es descartable». C. CARON, «Exception de panorama...», cit., p. 261, también entendía que la reforma de la DDASI para la modificación de la excepción de panorama era probable.

⁸⁷ Vid. los apartados 1.10 y 5.6 del Dictamen, cit.

⁸⁸ 2016/0280 (COD). Se trata de la enmienda 54 que dispone lo siguiente: «Los Estados miembros establecerán una excepción o limitación a los derechos previstos en los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29/CE y el artículo 5, letra a), y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE, por la que se autorice la reproducción y el uso de obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos. Será inaplicable toda disposición contractual contraria a la excepción prevista en el presente artículo».

⁸⁹ Precisamente, la CE recomendó a los Estados miembros que todavía no lo habían hecho, que incorporaran la excepción en su Comunicación Promover una economía europea..., cit., p. 8, tal y como ya se ha señalado.

⁹⁰ Como afirma L. MONTAGNANI, «The EU Consultation...», cit., «The narrow version of the panorama exception introduced here increases the level of dissonance at EU level». Además, «these statutory choices isolate France from the other European countries and significantly raise the level of fragmentation on the topic». Mantienen la posición contraria S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ/L. RIVERA NOVILLO, «La protección de la propiedad intelectual...», cit., p. 107, quienes afirman que «la tendencia actual [en referencia a las recién aprobadas reformas de Bélgica y Francia], no obstante, va en favor de la inclusión de la excepción a los derechos de propiedad intelectual, por lo que es muy probable que se acabe regulando de forma armonizada a favor de la libertad de panorama o excepción de panorama, según se quiera definir».

⁹¹ En palabras de C. CARON, «Exception de panorama...», cit., p. 261, «en réalité, malgré sa modernité apparente, cette nouvelle exception est tout à fait classique, extrêmement limitée et essentiellement symbolique».

de vista de la protección de los titulares de derechos que, razonablemente, no actúan frente a los consumidores que comparten sus fotos sin motivos comerciales⁹². Se trata, más que de regular una situación de hecho, de reconocer unas actividades que no se pueden controlar⁹³.

Por otro lado, resultaría extraño al sistema actual de excepciones diseñado por la DDASI que se procediera a decretar la obligatoriedad de una única excepción de entre todas las que son facultativas, que son casi todas, tal y como señalan los expertos y veremos a continuación.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NECESIDAD Y DEL SENTIDO DE LA REVISIÓN

Como ya se indicó en la introducción, el presente apartado pretende analizar las dos cuestiones apuntadas por el PE y la CE como determinantes de la falta de armonización de la excepción: su carácter facultativo y su formulación poco precisa. Con este fin, deberá tenerse en cuenta la interpretación que la doctrina ha realizado del art. 5.3.h)⁹⁴.

1. EL CARÁCTER OBLIGATORIO DE LA EXCEPCIÓN

Como ya ha quedado expuesto, tanto el PE como la CE se refirieron a la falta de obligatoriedad de la excepción de panorama (o de las excepciones de la DDASI en general) como una de las razones por las que no se ha alcanzado la

⁹² Aunque, como afirma C. MANARA, «La nouvelle exception de panorama...», cit., p. 1, la aprobación de la excepción en Francia supone «un événement d'importance», debido al elevado número de situaciones en las que se incurre en una ilegalidad a las que pondrá fin la nueva regulación, lo cierto es que, tratándose al menos de los usuarios no comerciales (consumidores), la aprobación de esta norma no va a suponer ningún cambio real. De acuerdo con C. CARON, «Exception de panorama...», cit., p. 262, «l'exception appréhende une situation qui n'a jamais suscité aucun contentieux [refiriéndose a las fotos compartidas por los particulares], ce qui fait douter de son utilité concrète». En el mismo sentido, J. A. LUNA, «Se mira pero no se enfoca...», cit., afirma que la norma francesa de derechos de autor no se cumple por desconocimiento o por atrevimiento, si bien, como asegura la revista *National Geographic*, por ahora no ha afectado a ningún turista.

⁹³ Como claramente expresa la ECS, «Answer to the EC Consultation...», cit., «it is obvious that people will (continue to) take photographs of protected works that are permanently situated in a public place, in the same way as they do with unprotected works» (apartado 2).

⁹⁴ La excepción nace, a nivel comunitario, con el fin de amparar a las legislaciones nacionales que ya contaban con la misma desde tiempo atrás (en España, desde la LPI de 1987). Vid. S. VON LEWINSKI, «Article 5. Exceptions and Limitations», cit., p. 1052. Ahora bien, la misma no se incluyó en la Propuesta DDASI de la CE, cuyo art. 5.3 sólo contemplaba 5 limitaciones, ni tampoco en las enmiendas introducidas por el PE a la Propuesta. Fue el Consejo quien introdujo un número más elevado de excepciones en el art. 5.3 precisamente con el fin de que los Estados miembros tuvieran la seguridad de que podían mantener las excepciones ya reconocidas en sus legislaciones nacionales, como explica VON LEWINSKI, pp. 1018-1019.

armonización plena de la misma, lo que genera una situación de inseguridad jurídica y de fragmentación del mercado interior único.

Ciertamente, la naturaleza opcional de la excepción da lugar a su falta de reconocimiento en algún Estado miembro⁹⁵. Además, dicha naturaleza conlleva una regulación de mínimos, situación que ciertos Estados miembros han aprovechado para trasponer la excepción con un margen de libertad del que realmente carecen, como veremos en el siguiente apartado, lo que ha originado desigualdades, algunas realmente importantes, entre dichas legislaciones⁹⁶. Tanto la falta de trasposición como las restricciones nacionales, sobre todo en lo que respecta al tipo de obras que pueden ser objeto de la excepción (y a la exigencia en algunos países de que su uso sea accesorio en la imagen), afectan de lleno a la legalidad de los usos no comerciales, que se caracterizan por el ingente volumen de los mismos así como por el hecho de haberse convertido en actos cotidianos de la vida corriente. Si se optara por la obligatoriedad de la excepción, se pondría fin a la ilicitud de esos usos que son realizados por millones de consumidores en la UE, pues éstos quedarían automáticamente amparados por la excepción, evitándose así la comisión de actos ilícitos en masa⁹⁷. Por otro lado, la postura adoptada por aquellos Estados que no reconocen (o no reconocían hasta hace relativamente poco) la excepción o que han optado por una regulación restrictiva de la misma no reporta utilidad alguna a los titulares de derechos puesto que no ha impedido la situación de ilegalidad descrita. Esta situación, no deseable, se produce, en primer lugar, porque los consumidores no están en disposición de solicitar las licencias pertinentes para llevar a cabo los usos descritos, ya que no pueden saber de antemano si la obra que fotografían o graban en vídeo está incluida en la excepción y, de no estarlo, si está todavía protegida por derechos de autor, ni parece razonable que se les exija una investigación al respecto pues, entre otros motivos, esta

⁹⁵ Como ya hemos explicado, el único país que no reconoce la excepción en la actualidad es Italia. Cuando la CE lanzó la consulta pública (2015), tampoco se reconocía en Bélgica ni en Francia, que la regularon en el año 2016, pero sí en el resto de los Estados miembros. Sin embargo, en documentos oficiales de la propia UE se afirma erróneamente que, además de Italia, tampoco Luxemburgo regula la excepción de panorama (vid. la ficha informativa (preguntas y respuestas frecuentes) de la Comunicación Hacia un marco moderno..., cit., disponible en https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6262_en.htm?locale=FR). Por otro lado, también conviene señalar que las fuentes manejadas por REDA no eran del todo fiables, de manera que las afirmaciones que realizó acerca de los países de la UE que no regulaban la excepción eran también erróneas. Por ejemplo, REDA afirmó que Grecia y Malta no disponían de la excepción («Freedom of Panorama Under Threat», cit.), lo que no es cierto.

⁹⁶ Desde luego, una regulación de mínimos, tratándose de derechos exclusivos de explotación, permite una regulación interna al alza pero, tratándose de excepciones, no implica la posibilidad de restringir su ámbito de aplicabilidad, máxime cuando la regulación comunitaria no se remite a las legislaciones nacionales para la determinación de todos o algunos de los aspectos delimitadores de dicho ámbito, tal y como ocurre con la excepción de panorama y veremos en el siguiente apartado.

⁹⁷ En palabras de la ECS, «Answer to the EC Consultation...», cit., «to address this situation, it is thus necessary to make the FoP exception mandatory» (apartado 2). Además, «the sustainability of copyright relies on public support, and its credibility would seriously be undermined if the acts of millions of, evidently reasonable, people were to be held to be unlawful».

exigencia casa mal con la rapidez e inmediatez de Internet⁹⁸. En segundo lugar, los titulares de derechos no han emprendido nunca acciones contra los que han realizado usos no comerciales de las fotografías sin autorización ya que saben que se trata de una batalla perdida de antemano⁹⁹.

La situación descrita se agrava cuando nos referimos a los usos transfronterizos de las fotografías, pues los ciudadanos extienden su actividad ilícita más allá del Estado en el que han puesto las fotografías a disposición del público¹⁰⁰. Habida cuenta que son millones los europeos que reproducen y ponen a disposición del público fotografías y vídeos de obras situadas en lugares públicos, que esas actividades se realizan de forma cotidiana o diaria y que los usos descritos son necesariamente transfronterizos, la situación creada por la falta de regulación de la excepción así como por su regulación restrictiva en algunos países de la Unión muestra la necesidad de que la regulación se extienda a todos por igual. Sin duda, la obligatoriedad ayudaría a resolver este problema, tal y como mantienen los expertos, que consideran que esta opción sería la deseable para las excepciones en general¹⁰¹.

En definitiva, el carácter opcional de la excepción de panorama impide que se consiga una verdadera armonización en este ámbito¹⁰², y no sólo para los usos

⁹⁸ Para ello deberían conocer la identidad del autor o autores de la obra (lo que, para el tipo de obras afectadas por la excepción es particularmente difícil), su fecha de fallecimiento (u otra en el caso de ciertas obras) y calcular si la obra ha entrado ya en el dominio público. En este sentido, afirma C. MANARA, «La nouvelle exception de panorama...», cit., p. 2, «Comment diable savoir si un objet qui se trouve dans le champ d'une photo prise sur la voie publique est ou non protégé par le droit d'auteur, ou identifier l'ayant droit en vue de demander une autorisation? Les coûts de transaction sont à l'évidence exagérés au regard de la trivialité de l'acte photographique».

⁹⁹ En este sentido, resulta ilustrativo traer a colación la razón alegada por el diputado Sr. Jover Presa (PSOE) en el Congreso de los Diputados español para rechazar las enmiendas de supresión del art. 35 durante su tramitación parlamentaria: «No vamos a poner a poner una policía en cada estatua, en cada escultura que haya en cualquier vía pública para impedir que un turista la fotografíe. Me parece que es una norma de absoluta imposibilidad de aplicación [en referencia a la enmienda de supresión que supondría la aplicación de la regla general de exclusividad de los derechos] y creo yo que, por sí misma, excluye su votación favorable». Vid. B. RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción...*, cit., p. 307.

¹⁰⁰ Así lo reconoce también la ECS, «Answer to the EC Consultation...», cit.: «as with many other exceptions and limitations, the cross-border dimension of the application of the current FoP provision is highly problematic. Its optional nature means that a use falling under a limitation or exception in one Member State need not necessarily be exempted in other Member States [...] Such lack of uniformity is problematic for end-users, service providers and other intermediaries» (apartado 3).

¹⁰¹ En este sentido, la ECS «Answer to the EC Consultation...», cit., afirma que «Nevertheless, the ECS maintains that is undesirable for the process of copyright reform to promote only this particular provision to the level of mandatory character» (apartado 3).

¹⁰² Vid. S. BECHTOLD, «Article 5 DDASI», *Concise European Copyright Law*, (coord. T. Dreier/P. B. Hugenzholtz), Kluwer Law International, Países Bajos, 2006, p. 369; C. GEIGER/F. SCHÖNHE-RR, «The Information Society Directive (articles 5 and 6(4))», *EU Copyright Law. A commentary*, (dir. I Stamatoudi/P. Torremans), USA, 2014, p. 446. Acerca de la idea, bastante extendida, de que la DDASI no ha alcanzado el objetivo de armonización pretendido debido a que ha regulado las excepciones de forma facultativa, vid. N. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Los fines educativos y de educación como límite al Derecho de autor*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 101-103. Por su parte, S. VON

no comerciales sino también para los comerciales pues son todavía bastantes los Estados miembros que no los incluyen en la excepción o lo hacen limitadamente. En cambio, la obligatoriedad serviría para resolver los problemas derivados de la territorialidad del Derecho de autor, pues con ella se conseguiría una armonización plena, evitándose así la fragmentación del mercado interior único y garantizándose la seguridad jurídica para todos los implicados¹⁰³.

Sin embargo, el legislador europeo no termina de tener clara esta postura respecto de las excepciones y limitaciones reguladas en la DDASI¹⁰⁴. Como ya sabemos, el PE, en su Resolución de 9 de julio de 2015, abandonó la postura propuesta por REDA de instar a la CE a que dispusiera la obligatoriedad de todas las excepciones¹⁰⁵, y se limitó a «instar a la Comisión a examinar la

LEWINSKI, «Article 5...», cit., pp. 1021-1022, recuerda que el Considerando 31 DDASI establece como objetivo conseguir una mayor armonización («resulta oportuno definir de manera más armonizada») sólo en la medida en que sea necesario para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, de ahí que la autora se desmarque de la idea anterior. Entiende, por el contrario, que sí se ha conseguido la armonización parcial pretendida y que la DDASI se planteó la misma como un proceso y no como un resultado. Siendo esto cierto, creemos que en el caso concreto de la excepción de panorama puede afirmarse que resulta necesaria una mayor armonización puesto que se ha demostrado que la situación legislativa nacional actual incide negativamente en el funcionamiento del mercado interior único, sobre todo en el digital. Por lo tanto, al menos en este caso, la obligatoriedad es necesaria para que la excepción de panorama se regule en todos los Estados miembros, lo que es un paso previo necesario para conseguir la armonización pretendida.

¹⁰³ Como afirma A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, «La reforma del sistema...», cit., p. 106, en el marco de un proceso de integración económica como la UE, asentado en la idea de un mercado interior, resulta difícil sostener la fragmentación de los mercados. El sistema de derechos de autor europeo debe incluir mecanismos destinados a acabar con los problemas derivados del principio de territorialidad y, así, permitir que las empresas puedan disfrutar de un verdadero mercado único digital. Más adelante, p. 129, afirma que la obligatoriedad de las excepciones asegura una regulación uniforme de las mismas en todo el territorio UE, incrementando presumiblemente la seguridad jurídica. Por este motivo, y en relación con las nuevas excepciones reguladas con carácter obligatorio en la Directiva DAMUD, opina que «el nuevo enfoque resulta acertado». Para la excepción en estudio en particular, L. MONTAGNANI, «The EU Consultation...», cit., afirma que «The panorama exception, on the other hand, is strongly perceived as in need of being made mandatory, as the current fragmented scenario is significantly affecting the dissemination of European cultural heritage, as well as hindering cross-border activities by raising barriers to end-users' and intermediaries' day-to-day activities on the Internet».

¹⁰⁴ Acerca de la aproximación de la CE a la cuestión de la obligatoriedad de las excepciones previstas en la DDASI, puede consultarse C. GEIGER/F. SCHÖNHERR, «The Information Society Directive», cit., pp. 460 y ss.

¹⁰⁵ Recordemos que en el Proyecto de informe de 15 de enero de 2015, el PE instaba a la CE a que dispusiera la obligatoriedad de todas las excepciones contempladas en la DDASI (apartado 16 de la Propuesta de resolución). Dicho apartado 16 fue objeto de 17 enmiendas (de la n° 327 a la n° 344) por parte del JURI. Aunque algunas fueron de supresión y otras de mantenimiento, prevalecieron aquellas que proponían sustituir la obligatoriedad por el establecimiento de normas mínimas y la correcta aplicación de la DDASI. En consecuencia, en la Propuesta de resolución del PE ya enmendada (la de 24 de junio de 2015), el PE se limitó a pedir «a la Comisión que estudie con prudencia la posibilidad de hacer obligatorias determinadas excepciones cuando tengan por objetivo la protección de derechos fundamentales y, en particular, la lucha contra las discriminaciones o la protección de la libertad de prensa» (apartado 40). Aunque el PE no incluía expresamente la excepción de panorama en este nuevo texto, no es descartable que una de las excepciones a las que el mismo se refería fuera la de panorama puesto que la justificación de la excepción es la

aplicación de unas normas mínimas en las excepciones y limitaciones, a velar por la correcta aplicación de las excepciones y limitaciones contempladas en la Directiva 2001/29/CE y por un acceso igual a la diversidad cultural a través de las fronteras dentro del mercado interior y a incrementar la seguridad jurídica» (apartado 38)¹⁰⁶.

Y la CE, por su parte, al decidir no intervenir legislativamente respecto de la excepción de panorama, dejó la cuestión como estaba. Ahora bien, esto no significa que la CE sea contraria a la obligatoriedad de las excepciones, pues las excepciones de obras huérfanas y por razón de la discapacidad visual ya lo son¹⁰⁷, y las aprobadas en la Directiva DAMUD son también, todas ellas, obligatorias¹⁰⁸. Por lo tanto, no es descartable que, en un futuro, las demás acaben siéndolo también, incluyendo la excepción de panorama.

libertad de expresión. En cualquier caso, poco importa pues en el texto definitivo de la Resolución, se eliminó cualquier referencia a la cuestión de la obligatoriedad de las excepciones.

¹⁰⁶ Además, el PE «considera que algunas excepciones y limitaciones pueden beneficiarse por tanto de más normas comunes», pero prefiere no solicitar la obligatoriedad de las excepciones ya que «algunas diferencias pueden justificarse para permitir que los Estados miembros legislen con arreglo a sus intereses culturales y económicos específicos, en consonancia con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad» (apartado 37).

¹⁰⁷ Vid. Art. 6 de la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2012/28/oj>). Como señala J. A. MORENO MARTÍNEZ, «Obras huérfanas tras su reconocimiento por Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de reforma del TRLPI: análisis del art. 37bis y su desarrollo reglamentario», Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materiales pendientes, Dykinson, Madrid, 2016, p. 584, la Directiva se ha decantado por imponer un límite legal a los derechos de autor. Por otro lado, la imperatividad de la excepción relativa a la discapacidad visual se desprende del art. 3 de la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y el 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. C. LÓPEZ SÁNCHEZ, «La nueva formulación del límite de accesibilidad para personas con discapacidad en la Ley de Propiedad Intelectual», Pe.i: Revista de Propiedad Intelectual, n° 63, septiembre-diciembre, 2019, destaca la obligatoriedad de esta regulación a favor de las personas con discapacidad visual frente a la naturaleza opcional de la excepción ya recogida en el art. 5.3.b) DDASI en favor de las personas con discapacidad.

¹⁰⁸ Lo que, de acuerdo con A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, «La reforma del sistema...», cit., p. 129, supone una importante novedad en relación con la regulación actual contenida en el artículo 5 de la Directiva 2001/29. En relación con la excepción relativa a las obras y prestaciones fuera del circuito comercial (art. 8), R. EVANGELIO LLORCA, «La regulación de las obras y prestaciones fuera del circuito comercial en la Directiva (UE) 2019/790», Propiedad intelectual y mercado único digital europeo, (dir. C. Saiz García/R. Evangelio Llorca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 231, afirma que la obligatoriedad de la misma merece un juicio positivo, pues es preciso que sea así para conseguir una verdadera uniformidad entre las diferentes legislaciones nacionales de los Estados miembros y acercarse al objetivo del mercado único digital. En su opinión, el legislador comunitario ha tenido en cuenta la crítica generalizada a la naturaleza opcional que la DDASI atribuye a la mayoría de los límites en ella contemplados. También puede consultarse B. RIBERA BLANES, «La enseñanza presencial y online mediante la utilización de recursos digitales protegidos por la propiedad intelectual (art. 5 DDAMUD)», Propiedad intelectual y mercado único digital europeo, (dir. C. Saiz García/R. Evangelio Llorca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 186 y ss. en relación con la obligatoriedad de la excepción de ilustración para usos digitales prevista en el art. 5 de la Directiva DAMUD.

En definitiva, se tiende a considerar que bastaría con imponer la obligatoriedad de la excepción de panorama para resolver las desigualdades legislativas y acabar así con los problemas que las mismas conllevan¹⁰⁹. Y esto sería así porque los Estados miembros se verían obligados a introducir las excepciones en sus legislaciones nacionales ateniéndose a lo dispuesto en la regulación comunitaria, lo que neutralizaría la posibilidad de textos legislativos nacionales distintos¹¹⁰. Sin embargo, la CE se planteó también la necesidad de definir mejor o más pormenorizadamente la excepción como un medio para alcanzar la armonización de la misma¹¹¹. A esta cuestión nos referimos en el siguiente apartado.

2. LA NECESIDAD DE UNA DEFINICIÓN MÁS PORMENORIZADA

La falta de una definición pormenorizada de la excepción, que provoca que la misma esté sometida a condiciones distintas o tenga un alcance diferente en cada Estado miembro, responde a la necesidad de respetar las regulaciones nacionales ya existentes en el momento de la entrada en vigor de la DDASI, pues, de acuerdo con su Considerando 32, «La lista [del art. 5] toma oportunamente en consideración las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros». Cabe, sin embargo, preguntarse si realmente ésta es la razón por la que se ha producido la situación descrita, de modo que un cambio en la redacción del precepto serviría para corregirla. En nuestra opinión, el motivo de las diferencias nacionales se encuentra en una incorrecta trasposición de la legislación comunitaria, que ha dado lugar a legislaciones nacionales restrictivas, y que no se justifica ni por el hecho de la naturaleza opcional de la excepción ni por su falta de concreción, tal y como vamos a ver a continuación.

¹⁰⁹ Así lo entiende, por ejemplo, la ECS, «Answer to the EC consultation...», cit., que afirma que «however, if this exception is to be reviewed, the ECS submits that the only change necessary is the conversion of the existing exception into a mandatory provision» (apartado 2).

¹¹⁰ En relación con la nueva Directiva DAMUD, A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, «La reforma del sistema...», cit., p. 138, analiza qué supone que las excepciones que se regulan en la misma sean obligatorias: «Por un lado, ya no es una directiva “de mínimos” en la que se permite a los Estados miembros introducir un nivel de protección más elevado de los derechos. Por otro, las excepciones dejan de ser opcionales. Los Estados miembros están obligados a incorporarlas a sus ordenamientos tal y como se establece en la Directiva. Ambas características responden a un objetivo: garantizar la seguridad jurídica de los operadores en el mercado único digital eliminando, en la medida de lo posible, las divergencias legislativas».

¹¹¹ De acuerdo con la CE, la fragmentación de la normativa sobre derechos de autor en la UE resulta especialmente perceptible en el ámbito de las excepciones no sólo debido a que la mayoría de las mismas son facultativas sino también a que a menudo no están definidas pormenorizadamente. Por estas razones, no todos los Estados miembros regulan las mismas excepciones y cuando lo hacen, la regulación varía de un Estado a otro, de manera que las condiciones de aplicación son distintas o el alcance de la excepción no es el mismo (vid. *Hacia un marco moderno...*, cit., p. 7).

Sin duda, tal y como la propia CE ha reconocido, en algunos Estados la regulación de las excepciones es más limitada que la que permite la DDASI¹¹², situación que también se produce en la excepción objeto de estudio¹¹³. Y esto es así porque la excepción de panorama en la DDASI responde a una fórmula amplia o abierta en todos los aspectos o requisitos de aplicación de la misma¹¹⁴. En primer lugar, no se establece un elenco cerrado de obras protegidas por el Derecho de autor sino que se opta por una enumeración meramente ejemplificativa («obras, tales como obras de arquitectura o escultura»)¹¹⁵. De esta manera, el art. 5.3.h) no se opone a que las legislaciones nacionales extiendan este límite a otras categorías de obras¹¹⁶. Por el contrario, vendría a decir que dichas legislaciones no pueden limitar, *ab initio*, los tipos de obras a las expresamente enumeradas en la legislación comunitaria y, de hacerlo, estarían restringiendo la norma comunitaria de forma irrazonable¹¹⁷. En segundo lugar, a diferencia de ciertas excepciones previstas en la DDASI que se encuentran expresamente limitadas a usos no comerciales¹¹⁸, la excepción de panorama no contiene tal limitación¹¹⁹. Cabe deducir, entonces, que la excepción contempla toda clase de usos y respecto de toda clase de personas, tanto físicas como jurídicas¹²⁰, si bien con el límite que impone la regla de los tres pasos, como veremos a continuación. También se puede apuntar que el art. 5.3.h) no hace referencia a los medios de reproducción ni de comunicación pública, de lo que se infiere, dada su formulación amplia, que la norma comprende, en principio, todos los posibles¹²¹.

¹¹² Vid. Hacia un marco moderno..., cit., p. 7: «ocurre también que la aplicación de una excepción en la legislación de los Estados miembros es más limitada de lo que permite la legislación de la UE».

¹¹³ A esta situación se refiere E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation...», cit., p. 312, cuando afirma que «The language employed by national legislatures, in fact, may not correspond to the language in the relevant exception or limitation at the EU level, or even provide for different conditions than the ones established at the EU level. An example in this sense is the restriction —at the national level but not at the EU level— to non-commercial uses of a copyright work in relation to certain exceptions and limitations».

¹¹⁴ Recordemos que el art. 5.3.h) dispone una excepción a los derechos de reproducción y comunicación pública «cuando se usen obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos»

¹¹⁵ Vid. S. MARTÍN SALAMANCA, «Comentario al artículo 35», Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, (dir. J. M. Rodríguez Tapia), Thomson, 2ª. ed., Navarra, 2009, p. 332; C. MANARA, «La nouvelle exception de panorama...», cit., p. 3.

¹¹⁶ J. LÓPEZ RICHART, «Y el vandalismo se hizo Arte: la protección del grafiti por el Derecho de autor», RIIPAC, nº 10, 2018, p. 81, disponible en <http://www.eumed.net/rev/riipac/10/grafiti.pdf>. Por lo tanto, como señala S. VON LEWINSKI, «Article 5...», cit., p. 1052, la excepción incluye otro tipo de obras, como pinturas realizadas en las fachadas de los edificios (murales o grafitis).

¹¹⁷ En este sentido, C. MANARA, «La nouvelle exception de panorama...», cit., p. 5, afirma que Francia ha traspuesto incorrectamente el art. 5.3.h) al limitar la aplicabilidad de la excepción a las obras de escultura y de arquitectura, que son precisamente las que se enumeran de modo meramente ejemplificativo en el texto comunitario.

¹¹⁸ Se trata de las excepciones previstas en los arts. 5.1, 5.2.b), c) y e), 5.3.a), b) e i).

¹¹⁹ Así, señala E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation...», cit., p. 313, que «There is no mention [en el art. 5.3.h)] that the corresponding national implementations may be limited to non-commercial freedom of panorama».

¹²⁰ C. MANARA, «La nouvelle exception de panorama...», cit., p. 4.

¹²¹ I. HERNANDO COLLAZOS, «La excepción panorama...», cit., p. 16. España, sin embargo, ha optado por realizar una enumeración de los medios de reproducción («pinturas, dibujos, fotogra-

Esta formulación amplia se debe a la conexión de la excepción de panorama con la libertad de expresión, que se encuentra consagrada en el art. 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el art. 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículos éstos que consagran el derecho a la libertad de expresión¹²².

A pesar de la formulación amplia que caracteriza a la regulación comunitaria, muchos de los Estados han introducido diversas limitaciones que afectan, sobre todo, a los tipos de obras objeto de la excepción¹²³, y/o a los usos comerciales¹²⁴. Y esta situación no es, ni desde el punto de vista de la norma comunitaria ni

fías y procedimientos audiovisuales»). Se trata de una enumeración cerrada, por lo que no caben otros medios no previstos en la misma, pero no restrictiva debido a la amplitud de los medios enumerados. Vid. B. RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción...*, cit., p. 308; S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 35», cit., p. 704, por lo que incluye la tecnología digital e Internet.

¹²² Afirma la ECS, «Answer to the EC Consultation...», cit., en relación con la excepción en estudio, que «as has been repeatedly stated by the CJEU in cases concerning the application of other exceptions with strong grounding in freedom of expression, a broader interpretation of such an exception may be justified to secure compatibility with Art. 11 of the EU Charter of Fundamental Rights and Art. 10 of the ECHR (cf. Quotation right in the Painer case and the parody exception in the Deckmyn case)» (apartado 7). De acuerdo con C. GEIGER/F. SCHÖNHERR, «The Information Society Directive», cit., p. 441, la excepción de panorama encuentra su justificación en el interés público, aunque en p. 464, nota 250, afirman que su justificación es la libertad de expresión.

¹²³ No es el caso de España pues el art. 35.2 TRLPI se encuentra armonizado con la regulación comunitaria al no restringir, como afirma LÓPEZ RICHART, «Y el vandalismo se hizo Arte...», cit., p. 81, su ámbito objetivo a determinadas categorías de obras, de manera que es aplicable a pinturas o murales (incluyendo grafitis). En el mismo sentido, S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 35», cit., pp. 700-701, que considera que incluye toda clase de obras de arte en general, sean o no aplicadas, incluso aquellas que producen sonido y movimiento (como el carillón musical de un reloj situado en un lugar público), pudiendo reproducirse también el sonido y el movimiento. Aunque el art. 35.2 no menciona expresamente a los edificios, cabe considerarlos incluidos «en la medida en que cumplen perfectamente el requisito de estar ubicados permanentemente en la vía pública». Pero sólo puede reproducirse la fachada, no el interior.

¹²⁴ Como señala E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation...», cit., p. 312, «However, there are national exceptions and limitations that only allow non-commercial uses of a copyright work, despite the lack of a corresponding requirement at the EU level. Instances of this tendency are numerous» y uno de dichos casos es, precisamente, la excepción de panorama tal y como señala la autora. Recordemos que en esta situación se encuentran países como Bulgaria, Eslovenia, Estonia, Francia, Letonia, Lituania y Rumanía. En el caso de Dinamarca, la reproducción y la comunicación pública de los edificios es libre (incluye los usos comerciales) pero, en el caso de obras de arte, no se admiten los usos comerciales si la obra es el objeto principal de la imagen. Finlandia sigue un esquema similar: la libertad de panorama es plena para los edificios pero, para el resto de obras de arte, no se permite el uso comercial si la obra es el objeto principal de la reproducción. En lo que a España respecta, se admiten los usos comerciales, de acuerdo con B. RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción...*, cit., p. 313; S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 35», cit., pp. 705-706, quien enumera las razones que avalan esta interpretación: el uso del adverbio «libremente» en referencia al ejercicio de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública; la ausencia de restricción de los usos a los fines individuales o privados de la persona que realiza la reproducción; y la falta de exigencia respecto de la ausencia de toda finalidad lucrativa en la norma. Además, el uso puede ser tanto privado como colectivo. A estos argumentos cabe añadir, a nuestro entender, la inclusión del derecho exclusivo de distribución, tal y como permite el art. 5.4 DDASI. La distribución es un derecho que ampara actos netamente comerciales, por lo que cabe inferir que el art. 35.2 incluye los usos de esta naturaleza en su ámbito de aplicación.

desde el punto de vista de la doctrina del TJUE, aceptable. El Considerando 32 de la DDASI exige a los Estados miembros que apliquen con coherencia las excepciones y limitaciones previstas en la misma, de manera que las condiciones de aplicación de la excepción de panorama en todos los Estados miembros deberían cumplir este objetivo de coherencia¹²⁵, por lo que deberían ser iguales en todos los Estados miembros o, al menos, las disparidades deberían ser mínimas. Además, la excepción de panorama podría considerarse un concepto autónomo de la UE al no haber remisión alguna a las legislaciones nacionales en su regulación comunitaria, y todo concepto autónomo debe ser objeto de una interpretación uniforme en todos los Estados miembros, tal y como ya ha señalado el TJUE con anterioridad¹²⁶. De lo expuesto, se extrae la conclusión de que los Estados miembros no están legitimados para configurar los requisitos de aplicación de las excepciones si ello conlleva una falta de armonización, incluso aun siendo las mismas opcionales¹²⁷. La doctrina ha hecho especial hincapié en este problema en relación con los usos comerciales, llegando a la conclusión de que las legislaciones nacionales que han restringido la excepción de panorama a situaciones en las que el uso de las obras es incidental y/o no comercial no han actuado correctamente¹²⁸.

¹²⁵ Afirma la ECS, «Answer to the EC Consultation...», cit., apartado 5, que «the conditions under which the FoP should apply in all Member States should be interpreted in the light of this goal». En este sentido, E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation...», cit., p. 320, afirma que «the InfoSoc Directive does not arguably allow Member States to alter the scope of the exceptions and limitations they have decided to import into national copyright regimes. An incoherent national drafting of exceptions and limitations frustrates the objectives that the EU intended to achieve by adopting the InfoSoc Directive [...]».

¹²⁶ De acuerdo con la ECS, «Answer to the EC Consultation...», cit., «it is established in the case law of the Court that concepts appearing in a provision of a directive without any reference to national laws, must be regarded as autonomous concepts of EU law and interpreted uniformly throughout the European Union», citando los casos Padawan (C 476/08, apartado 35) y Deckmyn (C 201/13, apartado 16) (apartado 4). También E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation...», cit., p. 320, hace referencia a la postura del TJUE consistente en señalar la falta de conformidad de las legislaciones nacionales que se apartan de la regulación propuesta en la DDASI sobre la base jurídica de los conceptos autónomos, lo que, en su opinión, se trata del enfoque correcto. Este mismo argumento se encuentra en C. MANARA, «La nouvelle exception de panorama...», cit., p. 3, que se refiere, además, a los casos DR, TV2 Danmark (C 510/10, apartado 36) y ACI Adam (C 435/12, apartado 49). En definitiva, como señala R. CASAS VALLÉS, «Comentario al artículo 40bis», Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, (coord., R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, 4ª ed., Madrid, 2017, p. 807, las excepciones previstas en la DDASI o se aceptan o se rechazan pero, en el primer caso, no cabe restringirlas.

¹²⁷ Como afirma la ECS, «Answer to the EC Consultation...», cit., «Member States are not free to determine, in an unharmonised manner, the limits of exceptions and limitations in European Union copyright law, even where those exceptions are optional», citando el caso Danmark (C 244/2012, apartado 36.A) (apartado 6). En el mismo sentido, vid. E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation...», cit., p. 315, que señala que «To this one should add that the Court of Justice of the European Union ('CJEU') has shown an increasing uneasiness towards national exceptions whose language and scope depart from what is established in Article 5 of the InfoSoc Directive».

¹²⁸ Vid. ECS, «Answer to the EC Consultation...», cit., apartado 6; E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation...», cit., p. 320. En el caso particular de Francia, C. MANARA, «La nouvelle exception de panorama...», cit., p. 4, concluye que su legislador ha violado el Derecho comunitario al rea-

Por otro lado, la limitación de la excepción a los usos no comerciales impuesta por ciertos Estados miembros con el fin de proteger a los titulares de los derechos exclusivos de las obras objeto de la misma no presenta ventajas desde un punto de vista práctico pues, hoy por hoy, la doctrina del TJUE acerca del concepto de lucro o actividad comercial no está consolidada, de manera que la no siempre fácil distinción entre usos no comerciales y comerciales genera inseguridad jurídica¹²⁹. De este modo, una excepción que ampare también los usos comerciales puede aportar una mayor seguridad jurídica y permitir una reducción de los costes de transacción¹³⁰. Además, el hecho de que la excepción ampare los usos comerciales no implica automáticamente la validez de todos y cada uno de ellos, pues no debe olvidarse que la aplicabilidad de cualquier excepción está sometida al test de las tres etapas, de acuerdo con lo previsto en el art. 5.5 DDASI¹³¹.

Si bien, de acuerdo con lo expuesto, los Estados miembros no pueden realizar una trasposición que restrinja, respecto de cualquiera de los requisitos previstos

lizar una trasposición a mínima del art. 5.3.h). Y L. MONTAGNANI, «The EU Consultation...», cit., coincide en que la excepción francesa es restrictiva en relación con la legislación comunitaria.¹²⁹ Así afirma E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation...», cit., p. 321, que «from a practical standpoint, determination of what amounts to a commercial or for-profit (and, as such, forbidden) use of a work may prove uncertain».

¹³⁰ Este argumento, que se recoge en el Impact Assessment que acompaña a la Propuesta de Directiva en relación con la excepción de minería de datos y textos, es extrapolado a la excepción de panorama por E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation...», cit., p. 320, para justificar que es preferible que los Estados incluyan los usos comerciales en sus regulaciones de la excepción en estudio. Acerca de esta cuestión, se pronuncia también C. MANARA, «La nouvelle exception de panorama...», cit., pp. 5-6, el cual, a la vista de la difícil distinción entre usos comerciales y no comerciales, entiende preferible una fórmula que los incluya a ambos.

¹³¹ Afirma E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation...», cit., p. 320, que «Turning to consideration of the system of the InfoSoc Directive, two points arise. The first is whether the legislative restriction of the applicability of a certain exception to non-commercial uses of a work presents any particular advantages over the kind of assessment that, in any case, is required under the three-step test (especially if one deems it directed at Member States' courts) and national concepts of fairness and reasonableness». Aplicando estos mecanismos, los jueces nacionales pueden determinar si una explotación comercial en concreto debería requerir la autorización de los titulares de derechos. Para ROSATI, «In this sense, an ex ante limitation to non-commercial uses might have limited sense». C. MANARA, «La nouvelle exception de panorama...», cit., pp. 5-6, pone como ejemplo de uso comercial no permitido por el test de las tres etapas, ya que viola los intereses legítimos del autor, el de la edición de tarjetas postales que tuvieran por único objeto una obra de arte determinada. Para la legislación española, que no restringe la aplicación del límite a los usos no comerciales, la mayoría de la doctrina considera que se debería hacer una interpretación restrictiva del precepto (esto es, excluir los usos comerciales) porque admitir el uso libre de las obras situadas en lugares públicos con una finalidad comercial o lucrativa tropezaría con la regla de los tres pasos del art. 40bis TRLPI. Vid. J. LÓPEZ RICHART, «Y el vandalismo se hizo Arte...», cit., p. 82, para quien limitar la excepción a los usos no comerciales conllevaría graves consecuencias prácticas, no sólo para muchos profesionales sino también para los consumidores. Frente a la opinión mayoritaria expuesta, J.A. CUERVA DE CAÑAS/L. CASTELLVÍ LAUKAMP, «Arquitectura de autor: un análisis de ciertos problemas suscitados en torno a la obra arquitectónica y la propiedad intelectual», Pe.i: Revista de propiedad intelectual, n° 36, 2010, p. 74, entienden que, a través del art. 40bis, se pueden corregir comportamientos abusivos o desproporcionados que nunca estuvieron en la mente del legislador

en la norma, el ámbito de aplicación de la excepción, sí es posible, en cambio, que las legislaciones nacionales establezcan restricciones cuya función sea delimitar de manera más precisa el ámbito de aplicación de la excepción, siempre que sirvan al propósito y a la finalidad de la misma. Nos referimos, por ejemplo, a la exclusión del interior de los edificios de la excepción (así ocurre en Alemania y Croacia) y a la prohibición de reproducir en tres dimensiones (como se dispone en Alemania, Austria, Chequia, Croacia, Eslovenia y Lituania)¹³².

Por otro lado, la formulación amplia o abierta del art. 5.3.h) dejar sin resolver algunas cuestiones, lo que da lugar a interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales distintas en los Estados miembros¹³³. Podemos señalar varias.

Una de ellas se refiere al concepto de permanencia¹³⁴. Respecto de este requisito, se plantean dos problemas. En primer lugar, el art. 5.3.h) exige que las obras hayan sido creadas con el propósito de que estén situadas de forma permanente en lugares públicos¹³⁵. ¿Es posible que los Estados miembros prescindan de esta exigencia que resulta ser restrictiva? En nuestra opinión, sí, pues al permitir que la excepción incluya obras colocadas permanentemente en lugares públicos con independencia de su finalidad inicial no se está restringiendo el ámbito de la excepción. De hecho, casi todas las legislaciones nacionales prescinden de esta exigencia y se refieren simplemente a obras situadas permanentemente en lugares públicos¹³⁶.

En segundo lugar, se discute acerca del significado de «permanencia». Se considera que más que el tiempo que debe transcurrir para considerar que el lugar

¹³² En otros Estados, tales restricciones no se recogen expresamente en sus leyes nacionales pero han sido señaladas por la doctrina y/o la jurisprudencia. En el caso de España, la doctrina coincide en que no cabe realizar una reproducción en tres dimensiones por entenderse contraria a los intereses legítimos del titular de los derechos. Vid. S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 35», cit., y la sentencia de la AP de Madrid de 22 de enero de 2010 cit.

¹³³ Como señalan C. GEIGER/F. SCHÖNHERR, «The Information Society Directive», cit., p. 457, «the open wording of Article 5 gives leeway to national courts when they interpret their law in the light of the Directive». Precisamente, algunas de las cuestiones a las que nos referimos a continuación fueron señaladas en la consulta pública celebrada entre 2015 y 2016 como problemáticas. Vid. lo expuesto en nota 77.

¹³⁴ Afirma J. LÓPEZ RICHART, «Y el vandalismo se hizo Arte...», cit., p. 81, que determinar su significado no es una cuestión pacífica.

¹³⁵ S. BECHTOLD, «Article 5 DDASI», cit., p. 380, afirma que «this limitation applies to works that are created with the purpose to locate them permanently in public places».

¹³⁶ Vid. P. POPOVA, «Report on the freedom of panorama in Europe», cit., pp. 1-22. Sólo Lituania, Malta y Portugal exigen que las obras hayan sido creadas con el propósito de permanecer en lugares públicos. En lo que a España respecta, I. HERNANDO COLLAZOS, «La excepción panorama...», cit., p. 13, explica que la norma española no exige esta finalidad («Las obras situadas permanentemente»), lo que supone que tendría un ámbito de aplicación más amplio que la norma comunitaria, pues incluye tanto las obras nacidas para estar situadas en el espacio público como las que simplemente lo están, con independencia de la finalidad inicial. También S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 35», cit., p. 703, considera que «la obra no necesariamente tiene que haber sido creada ad hoc con el fin de ubicarla de forma permanente en la vía pública. Cabe que el autor la hubiera creado para otros fines y que, posteriormente, permitiera tal ubicación».

donde se encuentra la obra es permanente, lo que se debe tener en cuenta es la intención de que la obra permanezca en ese lugar de forma permanente o indefinida¹³⁷. Por lo tanto, si la obra va a formar parte del espacio urbano o del paisaje por un período limitado de tiempo, ya sea por el contexto en el que se expone o por lo perecedero de los materiales con los que ha sido creada, no podemos entender que se encuentre presente el requisito de permanencia que exige el art. 5.3.h)¹³⁸. De esta manera, deben excluirse aquellas obras que forman parte de una exposición temporal o itinerante¹³⁹, o aquellas que han sido realizadas con materiales particularmente perecederos (como estatuas de hielo o arena)¹⁴⁰. En este último caso, consideramos que no es posible sostener que el artista tuviera el propósito de que su obra ocupara un lugar permanente en el espacio público debido, precisamente, a su naturaleza necesariamente efímera. Una cuestión bastante discutida es la de las obras (intervenciones artísticas) que se conciben como accesorias de elementos permanentes, normalmente edificios. Si bien esta clase de obras podrían considerarse excluidas de la excepción atendiendo al elemento de la permanencia (no se conciben para permanecer indefinidamente donde se exponen), se defiende su inclusión atendiendo a su naturaleza accesoria¹⁴¹.

¹³⁷ Afirma S. VON LEWINSKI, «Article 5...», cit., p. 1053, que «it is irrelevant whether the work in fact remains in the public place only for a limited period of time [...] what matters is the intention to locate the work permanently in such a place». En esta línea, C. MANARA, «La nouvelle exception de panorama...», cit., p. 5, entiende que el problema se encuentra, entonces, en de quién depende tal intención («S'agissant de la notion de permanence en elle-même, c'est moins la question de la durée dans le temps qui pourrait poser problème en pratique que celle de la personne à l'égard de qui l'apprécier. En considération de qui doit-on juger de la permanence: l'artiste qui prétend que son œuvre a pour vocation de rester éternellement en un même lieu, le propriétaire du support qui aurait la faculté de déplacer l'œuvre à tout moment, le photographe qui présume de la robustesse apparente d'un immeuble ou de l'examen des attaches d'une sculpture qu'elle est destinée à rester de manière permanente dans l'espace public?»). Respecto del art. 35.2 TRLPI, J.A. CUERVA DE CAÑAS/L. CASTELLVÍ LAUKAMP, «Arquitectura de autor...», cit., p. 73, entienden que el requisito de permanencia viene determinado por la voluntad de destinar la obra a un lugar determinado, no de forma ocasional o esporádica, sino de forma indefinida.

¹³⁸ Por el contrario, J. LÓPEZ RICHART, «Y el vandalismo se hizo Arte...», cit., p. 82, sostiene que «lo determinante no es el tiempo que la obra vaya a estar emplazada en un lugar público, sino el sentido objetivo que haya de darse a la colocación de la misma en dicho lugar, que ha de ser el de formar parte del paisaje (urbano o no), aunque sea por un espacio limitado de tiempo».

¹³⁹ S. VON LEWINSKI, «Article 5...», cit., p. 1052; I. HERNANDO COLLAZOS, «La excepción panorama...», cit., p. 14; y para el art. 35.2 TRLPI, J.A. CUERVA DE CAÑAS/L. CASTELLVÍ LAUKAMP, «Arquitectura de autor...», cit., p. 72. En contra, para la legislación española, J. LÓPEZ RICHART, «Y el vandalismo se hizo Arte...», cit., p. 81; S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 35», cit., p. 703.

¹⁴⁰ S. VON LEWINSKI, «Article 5...», cit., p. 1053. En contra, para la legislación española, S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 35», cit., p. 703, quien considera incluidas en la excepción las obras realizadas con materiales poco resistentes a las inclemencias meteorológicas, como una escultura de hielo. En el mismo sentido, J. LÓPEZ RICHART, «Y el vandalismo se hizo Arte...», cit., p. 82, que pone como ejemplo incluido en la excepción un tapiz de flores.

¹⁴¹ Para C. MANARA, «La nouvelle exception de panorama...», cit., p. 5, el art. 5.3.h) comprende esta clase de obras, aun cuando no cumplan estrictamente el requisito de haber sido creadas para estar situadas permanentemente en la vía pública. Dicho autor entiende que estas obras de carácter accesorio han adoptado como soporte una obra que sí es permanente y el éxito de las mismas depende en parte de las características de las obras que les sirven de soporte, su renombre o su

También el concepto de lugar público requiere ser precisado. En primer lugar, debe dársele un sentido amplio¹⁴². Con ello quiere decirse que no debe resolverse la cuestión atendiendo a la titularidad, de forma que, a efectos de la norma, no son públicos únicamente los lugares de titularidad pública¹⁴³. Lo que convierte en público un lugar es que sea accesible al público en general, independientemente de su titularidad pública o privada¹⁴⁴, o que la obra sea visible desde un lugar público¹⁴⁵.

localización. En definitiva, MANARA entiende que debe aplicarse el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, por lo que es legítimo aplicar a las obras accesorias el régimen jurídico de las principales.

¹⁴² S. BECHTOLD, «Article 5 DDASI», cit., p. 380.

¹⁴³ En este sentido, C. MANARA, «La nouvelle exception de panorama...», cit., p. 5, afirma que «Le texte ne renvoyant pas au droit administratif, la notion de voie publique doit être dégagée de façon autonome par le juge amené à se prononcer sur l'exception».

¹⁴⁴ Vid. S. VON LEWINSKI, «Article 5...», cit., p. 1053, por lo que deben incluirse calles, caminos, plazas y otros espacios públicos similares. En el mismo sentido, I. HERNANDO COLLAZOS, «La excepción panorama...», cit., p. 13, para quien la expresión «lugar público» incluye vías públicas y todo tipo de terrenos y/o emplazamientos de titularidad pública y/o privada, abiertos tanto al público en general como a un cierto número de personas. Por su parte, el art. 35.2 TRLPI acoge una enumeración de lugares públicos meramente enunciativa, que no es exhaustiva ni excluyente, como pone de manifiesto la última referencia a «otras vías públicas», de acuerdo con J. LÓPEZ RICHART, «Y el vandalismo se hizo Arte...», cit., p. 82; S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 35», cit., p. 702; y la SAP de Madrid (Sección 28ª), nº 195/2014 de 16 de junio. Ahora bien, mientras estos autores concluyen que debe tratarse de lugares a los que se pueda acceder libremente, sin exclusión o limitación de cualquier tipo, ya sean de titularidad pública o privada, y normalmente al aire libre pero no necesariamente (por ejemplo, se incluirían el patio de un edificio o el vestíbulo de una estación); otros mantienen una interpretación bastante más restrictiva sobre la base de que el art. 35.2 cierra la enumeración con un concepto, el de vías, que es más restrictivo que el de lugar empleado por el art. 5.3.h), pues se refiere a sitios exteriores que permiten el tránsito. Por lo tanto, la norma española sería, en este punto, más restrictiva que la comunitaria. Vid. I. HERNANDO COLLAZOS, «La excepción panorama...», cit., pp. 9-12; J.A. CUERVA DE CAÑAS/L. CASTELLVÍ LAUKAMP, «Arquitectura de autor...», cit., p. 72. Esta interpretación viene avalada por la SAP de Madrid que afirma que los emplazamientos enumerados en el art. 35.2 TRLPI se vertebran en torno al concepto de vía pública que es «el concepto común que conviene semánticamente a todos ellos», entendiendo por vía pública «un espacio de dominio público caracterizado por su aptitud para el tránsito de peatones y/o la circulación de vehículos». De ahí que B. RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción...*, cit., p. 309, afirme que se contemplaría con más acierto la disposición legal si los términos «u otras vías públicas» del precepto hubieran sido sustituidos por «u otros lugares públicos».

¹⁴⁵ S. VON LEWINSKI, «Article 5...», cit., p. 1053. Por lo tanto, las fotografías de obras que se encuentran en jardines privados o de fachadas de edificios que no son visibles desde la calle sino, por ejemplo, desde la casa de un vecino, se encuentran sometidas a la necesidad de una autorización previa. En cambio, como señala C. MANARA, «La nouvelle exception de panorama...», cit., p. 5, «On pourrait imaginer qu'elle comprenne les lieux privés exposés au public tels que les vitrines de magasins ou autres lieux exposés au public». En el caso de España, la doctrina llega a la misma conclusión respecto del art. 35.2 (además, señala que las obras deben ser visibles sin la ayuda de ningún tipo de medio auxiliar (avión, telescopio, prismáticos, etc). Vid. B. RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción...*, cit., p. 310; J. LÓPEZ RICHART, «Y el vandalismo se hizo Arte...», cit., p. 82; S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 35», cit., p. 702. En este sentido, la SAP de Madrid (Sección 28ª), nº 195/2014 de 16 de junio, viene a señalar que el art. 35.2 TRLPI exige que la obra se encuentre en la vía pública o linde con ella, de manera que el límite no es aplicable si se encuentra en un lugar privado (interior de una finca) y, para ser reproducida, haya que utilizar medios o procedimientos «más o menos alambicados» o situarse en «lugares poco

En todos estos casos, ¿qué instrumentos jurídicos deben tenerse en cuenta a la hora de delimitar los conceptos que han quedado meramente enunciados en el precepto comunitario? Desde nuestro punto de vista, deberían encontrarse presente dos: la finalidad de la excepción (no puede interpretarse la misma de manera que impida el desarrollo de la libertad de expresión) y el test de las tres etapas (no puede interpretarse ningún concepto o presupuesto de forma que se incumpla los límites impuestos por el mismo)¹⁴⁶.

La regla de los tres pasos ha sido particularmente tenida en cuenta en relación con los usos comerciales, como ya ha quedado explicado, pero también resulta aplicable a otras cuestiones. Examinemos dos. La primera es la relativa a si el límite sólo permite reproducciones bidimensionales o también tridimensionales¹⁴⁷. La conclusión a la que debemos llegar es que no pueden admitirse estas últimas, pues se trataría de la realización de una réplica de la obra que entraría en competencia directa con la explotación normal de la obra¹⁴⁸. La segunda se refiere a la cuestión de la compensación equitativa para el autor, que el art. 5.3.h) DDASI no contempla¹⁴⁹. Al no preverla el art. 5.3.h), los legisladores nacionales no están obligados a reconocerla, si bien no existe impedimento alguno para hacerlo¹⁵⁰, y puede considerarse que es consecuencia de la aplicación de la regla de los tres pasos¹⁵¹. Por lo tanto, cuando ciertas

previsibles» (en este caso, al encontrarse la obra al borde de un acantilado, era necesario su reproducción desde el aire o el mar).

¹⁴⁶ Como afirma S. BECHTOLD, «Article 5 DDASI», cit., p. 382, «In some cases, art. 5(5) might prove to further limit the freedom Member States enjoy when implementing the copyright limitations of art. 5 of the Information Society Directive». En este sentido, afirma S. VON LEWINSKI, «Article 5...», cit., p. 1053, que «the three-step test under Article 5(5) of the Directive also has to be taken into account when shaping the individual conditions under lit (h) or interpreting a national provision drafted on this basis».

¹⁴⁷ Obviamente, la regla de los tres pasos no opera cuando la propia legislación nacional restringe los medios de reproducción a los bidimensionales, como ocurre en Alemania, Austria, Chequia, Croacia, Eslovenia y Lituania.

¹⁴⁸ Vid. S. VON LEWINSKI, «Article 5...», cit., p. 1053; S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 35», cit., pp. 704 y 706. En este sentido se pronunció, respecto de la aplicación del art. 35.2 TRLPI, la SAP de Madrid (Sección 28ª), nº 13/2010 de 22 de enero (Fundamento de Derecho 2º).

¹⁴⁹ No es una situación excepcional pues ninguna de las excepciones previstas en el art. 5.3 DDASI contempla la compensación equitativa. Sólo las excepciones previstas en el art. 5.2.a), b) y e) la prevén de manera expresa.

¹⁵⁰ Por el contrario, el Considerando 36 DDASI dispone que «Los Estados miembros pueden prever una compensación equitativa a los titulares de los derechos también cuando apliquen las disposiciones facultativas relativas a las excepciones o limitaciones que no requieren dicha compensación». Por su parte, el Considerando 45 DDASI permite que pueda establecerse contractualmente («Las excepciones y limitaciones a que se refieren los apartados 2, 3 y 4, del artículo 5 no deben ser un obstáculo para el establecimiento de relaciones contractuales encaminadas a asegurar una compensación equitativa a los titulares de los derechos de autor, en la medida permitida por el Derecho nacional»). De acuerdo con S. VON LEWINSKI, «Article 5...», cit., p. 1062, el hecho de que el art. 5.3.h) no contemple el derecho a percibir una compensación equitativa no impide que ésta pueda percibirse si así lo acuerdan los titulares de los derechos implicados y los usuarios.

¹⁵¹ Afirma S. VON LEWINSKI, «Article 5...», cit., p. 1061, que «even where Article 5(2) and (3) does not explicitly provide for fair compensation, that requirement may result from Article 5(5) of the Directive». En el mismo sentido, BECHTOLD, «Article 5», cit., p. 382. Sobre la base del

legislaciones nacionales (como Eslovaquia, Grecia y Lituania) excluyen expresamente la posibilidad de que el autor obtenga una compensación equitativa, están estableciendo una restricción no exigida por la norma y que puede ser considerada contraria al test de las tres etapas¹⁵².

Recientemente, se ha conocido un caso en Suecia en el que un tribunal nacional aplicaba la regla de los tres pasos a la excepción de panorama¹⁵³. La Corte Suprema sueca dictó una sentencia en la que aplica la regla de los tres pasos al límite en estudio, en concreto, a los usos digitales (puesta a disposición) de fotografías archivadas en una base de datos¹⁵⁴. Contestaba a dos cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal inferior: si la representación de obras sitas en lugares públicos permitida por la norma sueca contempla la puesta a disposición por Internet y si existe alguna diferencia entre un uso comercial y no comercial¹⁵⁵. De acuerdo con la sentencia, la norma debe ser interpretada a la luz de la regla de los tres pasos, lo que implica una interpretación restrictiva de la excepción. Considera, en consecuencia, que el uso de las fotografías en una base de datos libremente accesible al público en general no tiene un significado comercial insignificante, de manera que ese valor debe estar reservado al autor, con independencia de que el operador de la base de datos tenga una finalidad comercial. Además, se trata de un uso que no conlleva ninguna compensación equitativa para el autor. Concluye el tribunal que el derecho de explotar obras

art. 40bis TRLPI, B. RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción...*, cit., pp. 315-316, entiende que el art. 35.2 debería reconocer al autor un derecho de compensación equitativa en el caso en que el uso de la obra sea comercial y la misma sea el objeto principal de la reproducción y la comunicación pública. En su opinión, si se reconoce tal derecho para la reproducción por razón de información (art. 33), tanto más debería reconocerse si lo que pretende el beneficiario es obtener un rendimiento económico con la creación de otro.

¹⁵² La situación contraria se produce en Hungría, único Estado de la UE que reconoce expresamente el derecho del autor a percibir una compensación equitativa por la excepción de panorama.

¹⁵³ Suecia regula la libertad de panorama de una manera amplia, ya que admite la excepción para obras de arte situadas en espacios exteriores y para edificios, tanto para fines comerciales como culturales. Vid. J. NORDERYD/E. JÖNSSON, «Swedish Supreme Court issues decision regarding the freedom of panorama», *Kluwer Copyright Blog*, mayo, 9, 2016, disponible en <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/05/09/swedish-supreme-court-issues-decision-regarding-freedompanorama/>; P. POPOVA, «Report on the freedom of panorama in Europe», cit., p. 21; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ/L. RIVERA NOVILLO, «La protección de la propiedad intelectual...», cit., p. 105.

¹⁵⁴ La sentencia es de 4 de abril de 2016 y resolvió el litigio que enfrentaba a la entidad de gestión colectiva de artistas plásticos en Suecia (BUS) y a la división sueca de Wikimedia, organización sin ánimo de lucro que recopilaba fotografías de obras de arte situadas en el espacio público subidas por sus usuarios para crear una base de datos que permitiera ponerlas a disposición del público sin restricciones y para cualquier tipo de finalidad (los destinatarios eran el público en general, la industria turística y los centros educativos). Vid. J. NORDERYD/E. JÖNSSON, «Swedish Supreme Court...», cit.; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ/L. RIVERA NOVILLO, «La protección de la propiedad intelectual...», cit., pp. 105-106. En el caso de España, puede mencionarse la sentencia de la AP de Sevilla (Sección 1ª de lo Penal), nº 66/2006 de 31 de enero, cuyo fundamento de Derecho sexto afirma que la excepción de panorama debe complementarse con lo dispuesto en el art. 40bis TRLPI, en el que se recoge la regla de los tres pasos.

¹⁵⁵ J. NORDERYD/E. JÖNSSON, «Swedish Supreme Court...», cit., a quienes seguimos en la explicación que se desarrolla a continuación.

de arte por Internet mediante una base de datos pertenece al autor, por lo que no está incluido en la excepción.

A la vista de todo lo expuesto, sí que parece necesario que la redacción actual de la excepción de panorama sea mejorada, de manera que el legislador comunitario precise ciertas cuestiones que provocan discrepancias en su delimitación debido a la formulación excesivamente amplia o abierta de la excepción¹⁵⁶. Ahora bien, las discrepancias nacionales relativas al tipo de obras incluidas en la excepción y a los usos comerciales no se deben al uso de esta clase de formulación sino a una trasposición incorrecta del art. 5.3.h). Por lo tanto, lo que resultaría necesario es que ciertos Estados miembros modificaran sus legislaciones para regular la excepción de panorama de forma coherente con la DDASI, si bien no parece que ésta sea la vía más probable para alcanzar un mayor grado de armonización, pues está claro, tal y como ha quedado demostrado con Francia, que los Estados Miembros, *motu proprio*, no están dispuestos a legislar en aras de esa finalidad¹⁵⁷. También resulta imprescindible que los jueces nacionales apliquen las legislaciones internas a la luz de lo previsto en la DDASI, en la medida en que surjan dudas o ambigüedades¹⁵⁸ lo que, en última instancia, precisará la intervención del TJUE a través del mecanismo de la

¹⁵⁶ Nos referimos, fundamentalmente, a los conceptos de permanencia y lugar público. Por el contrario, la ECS, «Answer to the EC Consultation...», cit., entiende que «This provision should remain as it is» (apartado 4). En el mismo sentido, L. MONTAGNANI, «The EU Consultation...», cit., afirma que «If a mandatory panorama exception is to be adopted, there is consensus on the fact that it should be in the current wide formulation of Article 5(3)h of Directive 2001/29/EC, which also authorises commercial uses».

¹⁵⁷ En este sentido, resultaría conveniente que la CE publicara un informe o estudio relativo a la excepción que sirviera para orientar a los Estados miembros, de modo que corrigieran los aspectos de sus regulaciones que han resultado ser restrictivos. Precisamente, el Considerando 32 de la DDASI establece como mecanismo para tratar de reducir las diferencias entre las legislaciones internas la revisión periódica de la misma («Los Estados miembros deben aplicar con coherencia dichas excepciones y limitaciones, lo que será comprobado en un futuro examen de las medidas de transposición») y el art. 12 dispone que «A más tardar el, y posteriormente cada tres años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un informe sobre la aplicación de la presente Directiva, en el que, basándose, entre otras cosas, en la información específica facilitada por los Estados miembros, se examinará en particular la aplicación de los artículos 5, 6 y 8 a la vista del desarrollo del mercado digital»). Dicha revisión, de acuerdo con S. VON LEWINSKI, «Article 5...», cit., p. 1022, sirve para incentivar a los Estados a legislar de manera más armonizada. La primera se llevó a cabo el 30 de noviembre de 2007 pero no se refirió a la excepción de panorama (Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, SEC (2007) 1556, disponible en http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2007/1556/COM_SEC%282007%291556_EN.pdf). Además, existen estudios acerca de la aplicación de la DDASI, entre los que podemos mencionar el que la CE encargó al despacho jurídico De Wolf & Partner, que tampoco se ocupó de la excepción de panorama (Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society, 2013, disponible en <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9ebb5084-ea89-4b3e-bda2-33816f11425b>).

¹⁵⁸ Vid. S. VON LEWINSKI, «Article 5...», cit., p. 1060.

cuestión prejudicial, pues sus decisiones obligan a todos los Estados, al menos a los órganos jurisdiccionales, a aplicar la ley nacional de modo armonizado¹⁵⁹.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- L. A. ANGUITA VILLANUEVA, «Aproximación a la controversia europea en torno a la libertad de panorama», *Cuestiones de Derecho de Autor en la Unión Europea*, (coord. E. Serrano Gómez), ed. Reus, 2017, pp. 157-169.
- S. BECHTOLD, «Article 5 DDASI», *Concise European Copyright Law*, (coord. T. Dreier/P. B. Hugenholtz), Kluwer Law International, Países Bajos, 2006, pp. 367-382.
- C. CARON, «Exception de panorama: lorsque la montagne accouche d'une souris», *La Semaine Juridique*, n° 6, febrero, 2016, pp. 261-262.
- R. CASAS VALLÉS, «Comentario al artículo 40bis», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord., R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, 4ª ed., Madrid, 2017, pp. 791-836.
- J.A. CUERVA DE CAÑAS/L. CASTELLVÍ LAUKAMP, «Arquitectura de autor: un análisis de ciertos problemas suscitados en torno a la obra arquitectónica y la propiedad intelectual», *Pe.i: Revista de propiedad intelectual*, n° 36, 2010, pp. 13-86.
- EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, «Answer to the EC Consultation on the “panorama exception”», 15.06.2016, disponible en <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2016/06/ecs-answer-to-ec-consultation-freedom-of-panorama-june16.pdf>
- R. EVANGELIO LLORCA, «La regulación de las obras y prestaciones fuera del circuito comercial en la Directiva (UE) 2019/790», *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, (dir. C. Saiz García/R. Evangelio Llorca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 193-241.
- S. GALLEGO MENCÍA, «Consulta pública sobre derechos conexos y excepción de panorama», *Instituto Autor*, 30.03.2016, disponible en <http://hemeroteca.institutoautor.org/story/.php?id=4383>
- C. GEIGER/F. SCHÖNHERR, «The Information Society Directive (articles 5 and 6(4))», *EU Copyright Law. A commentary*, (dir. I Stamatoudi/P. Torremans), USA, 2014, pp. 395-484.
- S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ/L. RIVERA NOVILLO, «La protección de la propiedad intelectual en el Derecho español: obra arquitectónica y libertad de panorama», *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. 2, n° 8, julio-diciembre, 2017, pp. 81-107.
- I. HERNANDO COLLAZOS, «La excepción panorama y el uso comercial de las manifestaciones secundarias de las obras de arte. Aproximación desde la Ley española de Derechos de Autor», *RIIPAC (Revista sobre Patrimonio Cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial)*, n° 10, 2018, pp. 1-52, disponible en <http://www.eumed.net/rev/riipac/10/obras-arte.pdf>
- F. LEJEUNE, «Exception au droit d'auteur: la liberté de panorama consacrée en Belgique», 5.08.2016, disponible en <https://www.fredericlejeune.be/exception-au-droit-dauteur-la-liberte-de-panorama-consacree-en-belgique/>

¹⁵⁹ La ECS, «Answer to the EC Consultation...», cit., entiende que «The current wording (and scope) of the provision should be maintained and any clarification should be left to the CJEU» (apartado 4). Esta intervención no sólo se presenta como necesaria para corregir la falta de coherencia en la trasposición sino también para delimitar los conceptos de la excepción que carecen de definición. A esta última cuestión se refieren C. GEIGER/F. SCHÖNHERR, «The Information Society Directive», cit., p. 457, cuando afirman que «Unless such open notions are defined by the CJEU, they thus leave some discretion to the Member States judges».

- A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, «La reforma del sistema de los derechos de autor en la Unión Europea. Estado de la cuestión», *Revista de la Propiedad Inmaterial*, n° 22, julio-diciembre, 2016, pp. 101-139.
- S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al artículo 35», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, 4ª ed., Madrid, 2017, pp. 791-836.
- J. LÓPEZ RICHART, «Y el vandalismo se hizo Arte: la protección del grafiti por el Derecho de autor», *RIIPAC (Revista sobre Patrimonio Cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial)*, n° 10, 2018, pp. 53-87, disponible en <http://www.eumed.net/rev/riipac/10/grafiti.pdf>
- C. LÓPEZ SÁNCHEZ, «La nueva formulación del límite de accesibilidad para personas con discapacidad en la Ley de Propiedad Intelectual», *Pe.i: Revista de Propiedad Intelectual*, n° 63, septiembre-diciembre, 2019.
- J. A. LUNA, «Se mira pero no se enfoca: prohibido fotografiar el monumento», *el diario.es*, 13.08.2018, disponible en https://www.eldiario.es/cultura/propiedad-intelectual/mira-enfoca-prohibido-fotografiar-monumento_0_803170261.html
- C. MANARA, «La nouvelle “exception de panorama”. Gros plan sur l’Article L. 122-5 10 du Code français de la propriété intellectuelle», *Revue Lamy Droit de l’Immatériel*, agosto-septiembre, n° 4049, 2016, pp. 40-43, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2828355>.
- S. MARTÍN SALAMANCA, «Comentario al artículo 35», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (dir. J. M. Rodríguez Tapia), Thomson, 2ª. ed., Navarra, 2009, pp. 326-336.
- N. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Los fines educativos y de educación como límite al Derecho de autor*, Dykinson, Madrid, 2018.
- L. MONTAGNANI, «The EU Consultation on ancillary rights for publishers and the panorama exception: Modernising Copyright through a “one step forward and two steps back” approach», *Kluwer Copyright Blog*, septiembre, 20 2016, disponible en <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/09/20/the-eu-consultation-on-ancillary-rights-for-publishers-and-the-panorama-exception-modernising-copyright-through-a-one-step-forward-and-two-steps-back-approach/>
- J. A. MORENO MARTÍNEZ, «Obras huérfanas tras su reconocimiento por Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de reforma del TRLPI: análisis del art. 37bis y su desarrollo reglamentario», *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materiales pendientes*, Dykinson, Madrid, 2016.
- J. NORDERYD/E. JÖNSSON, «Swedish Supreme Court issues decision regarding the freedom of panorama», *Kluwer Copyright Blog*, mayo, 9, 2016, disponible en <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/05/09/swedish-supreme-court-issues-decision-regarding-freedompanorama/>
- P. POPOVA, «Report on the freedom of panorama in Europe», 23.08.2016, disponible en <https://perma.cc/6V5N-UYRA>
- J. REDA, «Freedom of Panorama Under Threat» 22.06.2015, disponible en <https://juliareda.eu/2015/06/fop-under-threat/>
- «Was a shadowy lobby behind the attack on freedom of panorama? The truth is more worrying», 30.06.2015, disponible en <https://juliareda.eu/2015/06/who-is-behind-the-attack-on-freedom-of-panorama/>
- «La UE está escuchando-Haz que se oiga tu voz para impedir que los derechos de autor controlen el espacio público y la manera en que compartimos on line», 19.04.2016, disponible en <https://juliareda.eu/2016/04/consulta-sobre-derechos-de-autor/>
- «Último aviso para proteger la libertad de panorama en Europa», 16.06.2016, disponible en <https://juliareda.eu/2016/06/ultimo-aviso-libertad-de-panorama/>

- B. RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002.
- «La enseñanza presencial y online mediante la utilización de recursos digitales protegidos por la propiedad intelectual (art. 5 DDAMUD)», *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, (dir. C. Saiz García/R. Evangelio Llorca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 143-191.
- E. ROSATI, «Non-Commercial Quotation and Freedom of Panorama: Useful and Lawful?», *JIPITEC (Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law)*, 8, 2017, pp. 311-321, disponible en <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-4-2017/4639/?searchterm=Rosati>
- «Freedom of panorama in Italy: does it exist?», 14.07.2017, *The IPKat*, disponible en <http://ipkitten.blogspot.com/2017/07/freedom-of-panorama-in-italy-does-it.html>
- J. M. VENTURA VENTURA, «El venidero Derecho europeo de propiedad intelectual», *InDret*, n° 3, 2016, pp. 1-31.
- S. VON LEWINSKI, «Article 5. Exceptions and limitations», *European Copyright Law. A commentary*, (dir. M. M. Walter/S. Von Lewinski), Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 1013-1062.