

ESTRATEGIAS DE LA UNIÓN EUROPEA PARA FACILITAR EL USO DE OBRAS FUERA DEL CIRCUITO COMERCIAL POR INSTITUCIONES DE PATRIMONIO CULTURAL EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL

Por Raquel EVANGELIO LLORCA¹
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Alicante

Fecha de recepción: 15.11.2018
Fecha de aceptación: 15.12.2018

RESUMEN:

La obtención del consentimiento de los titulares de derechos sobre obras fuera del circuito comercial plantea dificultades prácticas y altos costes de transacción que la Unión Europea pretende resolver para lograr su objetivo de digitalización total y puesta a disposición en línea del patrimonio cultural europeo como medio para hacer realidad el mercado único digital. El propósito de este trabajo es exponer las diferentes vías exploradas al respecto por la Unión Europea hasta la Propuesta de Directiva de derechos de autor en el mercado único digital, así como analizar críticamente dicha Propuesta, comparando las tres versiones de la Comisión, del Consejo y del Parlamento que actualmente se están debatiendo por dichos órganos para acordar un texto definitivo.

PALABRAS CLAVE:

Obras fuera del circuito comercial, instituciones de patrimonio cultural, Europea, licencias colectivas extendidas, presunción de representación, entidades de gestión colectiva, límites a los derechos de autor, facultad de exclusión, usos transfronterizos, Propuesta de Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital.

¹ Este 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 Conselleria d'Educació, Investigació, Cultura i Esport de la Generalitat Valenciana.

- SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. A LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES PARA LAS OBRAS FUERA DEL CIRCUITO COMERCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA. III. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL. 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO DE OBRAS FUERA DEL CIRCUITO COMERCIAL A EFECTOS DE LA PROPUESTA. 3. SOLUCIÓN PREVISTA: ¿SISTEMA ÚNICO DE LICENCIAMIENTO COLECTIVO (COMISIÓN Y CONSEJO) O COMBINACIÓN CON LÍMITE A LOS DERECHOS DE AUTOR (PARLAMENTO)? 3.1. *Extensión legal de licencias colectivas voluntarias*. i) Alcance y contenido de la extensión. El uso transfronterizo de las obras fuera del circuito comercial. ii) Entidades beneficiarias. iii) Mecanismos de extensión. iv) Requisitos para la extensión. Especial referencia a la representatividad de la entidad de gestión colectiva. v) Medidas de publicidad. vi) Obras y prestaciones excluidas del régimen. vii) Diálogo entre las partes interesadas. 3.2. *Excepción o limitación*. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.
- TITLE:** European Union Strategy in order to facilitate the use of Out-of-Commerce Works by cultural heritage institutions in the Digital Single Market.
- ABSTRACT:** Rights clearance of Out-of-commerce Works is faced by distinct difficulties and high transaction costs, which the European Union desires to solve in order to achieve its goal of total digitisation and dissemination of the European cultural heritage, as a way to reach a real digital single market. The purpose of this paper is to present the various ways explored in this regard by the European Union until the Proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market, as well as critically analyse the forementioned Proposal through a comparison among the three versions from the Commission, the Council and the Parliament which are currently being debated in order to agree on a final text.
- KEY WORDS:** Out-of-Commerce works, Cultural heritage institutions, European, Extended collective licensing, Presumptions of representations, Collective management organisations, Copyright exceptions or limitations, Opt-out, Cross-border dissemination, Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market.
- CONTENTS:** I. PROBLEM STATEMENT. II. LOOKING FOR SOLUTIONS FOR OUT-OF-COMMERCE WORKS IN THE EUROPEAN UNION. III. PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON COPYRIGHT IN

THE DIGITAL SINGLE MARKET. 1. INTRODUCTION. 2. DEFINITION OF OUT-OF-COMMERCE WORKS FOR THE PURPOSES OF THE PROPOSED DIRECTIVE. 3. ADOPTED SOLUTION: UNIQUE SYSTEM OF COLLECTIVE LICENSING (COMMISSION AND COUNCIL) OR COMBINATION WITH AN EXCEPTION OR LIMITATION TO COPYRIGHT (PARLIAMENT)? 3.1. *Legal extension of Voluntary Collective Licenses*. i) Scope of the extension. Cross-border uses of Out-of-Commerce Works. ii) Beneficiary Entities. iii) Mechanisms of extension. iv) Requirements for the extension. In particular, the representativeness of the Collective Management Organisation. v) Publicity Measures. vi) Works and other Subject-matters excluded. vii) Stakeholder dialogue. 3.2. *Exception or limitation*. IV. CONCLUSION.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación nos acercan al ideal de acceso universal al conocimiento, que ha perdurado, desde la malograda Biblioteca de Alejandría, a lo largo de los siglos². Para lograr este objetivo, desde principios del siglo XXI se vienen sucediendo proyectos de digitalización a gran escala y puesta a disposición en línea del patrimonio cultural, en sus diversas manifestaciones, desarrollados tanto en el sector privado como en el público. Es el caso, entre otros, de *Google Book Search*³ y de su respuesta en Europa, esto es, el proyecto de digitalización, conservación y accesibilidad en línea del patrimonio cultural europeo, representado por Europeana, la biblioteca digital europea de acceso libre mediante la que se pretende poner a disposición del público todo el material de las instituciones culturales de los Estados miembros (en adelante, EM).

En el momento de su inauguración, se podía acceder a más de 2 millones de libros, mapas, grabaciones, fotografías, documentos de archivo, cuadros y películas procedentes de instituciones culturales colaboradoras de los 27 EM

² En este sentido, G. A. TORRES VARGAS, «La biblioteca universal: de Alejandría a la biblioteca digital», *Documentación de las Ciencias de la Información*, 1999, n. 22, pp. 85; G. F. FROSIO, «Google Books rejected: taking the orphans to the digital public library of Alexandria», *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.*, vol. 28, 2011-2012, pp. 81-83; I. ESPÍN ALBA, *Obras huérfanas y derecho de autor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 28; R. MATULIONYTE, «10 years for Google Books and Europeana: copyright law lesson that the EU could learn from the USA», *Int. J. of Law & Info Tech.*, 2016, n. 24, p. 44.

³ Vid., por todos, A. ESTEVE PARDO, «Análisis legal del proyecto Google books desde la perspectiva de los derechos de propiedad intelectual», *BiD: textos universitaris de biblioteconomia i documentació*, junio 2010, núm. 24. <<http://www.ub.edu/bid/24/estev2.htm>> [Consulta: 26-07-2018]; T. J. BUSSE, «Crossing the Digital Rubicon: Google Books and the Dawn of an Electronic Literature Revolution», *Houston Bus. & Tax L. J.*, n. 18, 2018, pp. 119-149; A. DEL ARCO BLANCO, «Las obras huérfanas en el ámbito universitario», *Propiedad intelectual en las universidades públicas. Titularidad, gestión y transferencia* (coord. R. de Román Pérez), Comares, Granada, 2016, pp. 176-178.

de la UE⁴. El número se ha ido incrementando hasta llegar en la actualidad a más de 51 millones de objetos pertenecientes a las colecciones de más de 3700 bibliotecas, archivos, museos, galerías y colecciones audiovisuales de toda Europa⁵, siendo el objetivo último la digitalización total del patrimonio cultural europeo en 2025⁶.

Pero no se piense que los citados son casos aislados, sino que alcanza, en general, a la diversidad de instituciones de patrimonio cultural, sean públicas o

⁴ En efecto, como puntualizan J. AXHAMN/L. GUIBAULT, «Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?», *Final Report prepared for Europeana Connect project*, Amsterdam, 2011, p. 1, accesible en <https://www.ivir.nl/publicaties/download/292>, Europeana no es un proyecto digital en sí mismo, sino un portal para proyectos digitales nacionales. Así, tal y como señala A. DEL ARCO BLANCO, «Las obras huérfanas...», *cit.*, p. 179, no digitaliza ni contiene obras digitalizadas, sino que recolecta los metadatos sobre las colecciones digitales de las instituciones culturales colaboradoras (archivos, bibliotecas, museos, colecciones audiovisuales).

⁵ A los que se puede acceder a través de su portal principal «Europeana Collections» (europeana.eu) y de las interfaces de programación de aplicaciones (API) de la plataforma [COMISIÓN EUROPEA, *Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la evaluación de Europeana y las perspectivas de futuro*, 6.9.2018, COM(2018) 612 final, p. 3].

⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación sobre Digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital*, 27.10.2011, C(2011) 7579 final, Cdo. 15. Como la propia Comisión afirmó [Comunicación i2010: bibliotecas digitales, COM (2005) 465 final, ya citada], su apoyo a esta iniciativa vino motivado por razones culturales y sociales, pero también económicas. En efecto, señalaba que las bibliotecas y archivos europeos «contienen abundante material —libros, periódicos, películas, fotografías y mapas— que representa la riqueza de la historia de Europa, así como su diversidad cultural y lingüística. La presencia en línea de este material procedente de distintas culturas y expresado en diferentes lenguas permitirá a los ciudadanos apreciar más fácilmente su propio patrimonio cultural y el de los demás países europeos y utilizarlo con fines de estudio, trabajo u ocio. Contribuirá, de esta manera, a complementar y apoyar los objetivos de la actuación de la Unión Europea en el ámbito de la cultura». A lo que se añade que «[l]as bibliotecas y los archivos constituyen importantes sectores de actividad en términos de inversión y empleo. En 2001, las bibliotecas europeas contaban con 336.673 empleados equivalentes a tiempo completo, mientras que el número de usuarios registrados superaba los 138 millones. Su repercusión en el conjunto de la economía es sustancial. La digitalización de sus recursos podría acrecentar considerablemente esta repercusión. Una vez digitalizado, el patrimonio cultural de Europa podría impulsar el tráfico en la red. Constituiría un rico depósito de materiales primarios que se podrían reutilizar en servicios y productos de valor añadido en sectores como el turismo y la educación. Si se conserva adecuadamente, el material puede utilizarse una y otra vez. Además, el trabajo de digitalización aportará considerables ventajas secundarias a las empresas que desarrollan nuevas tecnologías». Hoy, la Comisión se reafirma en destacar tales beneficios, subrayando, por lo que se refiere al aspecto social y cultural, que los recursos digitales pueden reforzar el sentimiento de pertenencia a la comunidad y pueden ser especialmente importantes para los individuos geográficamente dispersos; así como que la posibilidad de acceso a distancia y bajo nuevos formatos puede ser crucial para la inclusión social de grupos desfavorecidos (personas con discapacidad, que no hablan ciertas lenguas, que viven lejos de instituciones culturales, etc.). Asimismo, en cuanto a las ventajas económicas de la digitalización y la puesta a disposición online de OFCC, se insiste en el hecho de que se generan nuevas oportunidades de ingresos para los titulares de derechos y las industrias culturales, así como para otras industrias directamente relacionadas con la digitalización y el almacenamiento y procesamiento del contenido digital, o incluso el turismo y las nuevas tecnologías (EUROPEAN COMMISSION, Commission Staff Working Document, *Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules*, 14.09.2016, SWD(2016) 301 final, Part 3/3, pp. 137-139).

privadas (bibliotecas, archivos, museos, hemerotecas, filmotecas, pinacotecas, etc.)⁷, e incluso a empresas, interesadas en digitalizar sus fondos y ponerlos a disposición del público en Internet. Se trata, en efecto, de un fenómeno global e inevitable, debido, en gran parte, al movimiento imparable de sustitución de soportes y de medios de recuperación de la información y la investigación al que asistimos en la actualidad. En efecto, los formatos en papel, CDs, DVDs, se sustituyen sin remedio por el archivo digitalizado; el disfrute y utilización de las obras y prestaciones se realiza en lectores electrónicos, *ebooks*, tabletas; y la investigación científica se lleva a cabo mediante búsqueda de materiales en red⁸. Incluso puede irse más allá y afirmar que el público de hoy en día espera encontrarlo todo en la web, siendo el núcleo de su pensamiento y su comportamiento el lema «lo que no está en la web, no existe», por lo que la digitalización a gran escala y la puesta a disposición se convierten, también, en una forma de evitar que el patrimonio cultural acabe cayendo en el olvido⁹.

Mas el camino no es fácil, pues surgen diversas dificultades técnicas, económicas y jurídicas en este proceso¹⁰. En cuanto a las jurídicas, básicamente consisten en el necesario respeto de los eventuales derechos de propiedad intelectual existentes sobre las obras y prestaciones que se pretenden digitalizar y poner a disposición en la Red¹¹.

A este respecto conviene recordar que la digitalización y la puesta a disposición del público de obras y prestaciones protegidas son, como después se verá con más detalle, actos de explotación que necesitan el consentimiento de los titulares

⁷ Vid., por ejemplo, R. ÁLVAREZ, «54 museos y bibliotecas que han digitalizado todo su conocimiento y lo ofrecen gratis en internet», xataka.com, 13-3-2016, y actualizado 21-3-2018, accesible en <https://www.xataka.com/otros/46-museos-y-bibliotecas-que-han-digitalizado-todo-su-conocimiento-humano>.

⁸ M. L. LACRUZ MANTECÓN, «Las obras huérfanas encuentran madrastra», *API*, 2012-2013, p. 279.

⁹ Así se señala en el Informe del Comité de Sabios sobre la digitalización del patrimonio cultural europeo *Un nuevo Renacimiento*, 10.1.2011, p. 16 (accesible en https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/final_report_cds_0.pdf), que añade que «[l]o que está en las estanterías, en los archivos, en las salas de exposición de las instituciones culturales pronto caerá en el olvido a menos que se digitalice y se ofrezca a través de las obras digitales y todos los demás servicios de internet». Los miembros del Comité de Sabios, creado por la Comisión Europea en abril de 2010, fueron Maurice Lévy (Presidente del Consejo de Administración de la empresa de publicidad y comunicaciones *Publicis*), Elisabeth Niggemann (Directora General de la Biblioteca Nacional alemana y Presidenta de la Fundación Europea) y Jacques De Decker (escritor y Secretario Permanente de la Real Academia de la Lengua y Literatura Francesas de Bélgica).

¹⁰ Vid. al respecto, J. RYDÉN, «Legal Restrictions and the Digital Library – Is Digital Access to knowledge achievable?», ponencia presentada en IFLA WLIC 2013 (Singapur) el 28 de agosto de 2013 (accesible en <http://library.ifla.org/223/13/198-ryden-en.pdf>); I. ESPÍN ALBA, *Obras huérfanas...*, cit., pp. 29-32; P. KLIMPEL, «The Future of Europe's cultural heritage», *European Commission blog*, 6-7-2015, accesible en https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/ansip/blog/guest-blog-dr-paul-klimpel-lawyer-and-cultural-heritage-activist_en; R. MATULIONYTE, «10 years...», cit., p. 46; M.-C. JANSSENS/R. TRYGGVADÓTTIR, «Orphan Works, Out-of-Commerce Works and Making the European Cultural Heritage Available: 'Are New Nearly There Yet?'», *New Developments in EU and International Copyright Law*, ed. I. Stamatoudi, Wolter Kluwer, 2016, p. 209.

¹¹ COMISIÓN EUROPEA, *i2010: bibliotecas digitales*, cit.

de derechos, a menos que estén cubiertos por un límite. Pues bien, a día de hoy no existe ninguna excepción o limitación en la UE que ampare la reproducción digital a gran escala y la puesta a disposición del público de obras y prestaciones protegidas. En efecto, el art. 5.2 c) DDASI permite a los EM establecer limitaciones o excepciones al derecho de reproducción «*en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto*». La referencia a «actos específicos de reproducción» implica que el límite —facultativo para los EM— no cubre la digitalización masiva de colecciones enteras sino exclusivamente ciertos actos para la preservación o restauración de obras contenidas en los catálogos de instituciones culturales beneficiarias del límite¹². Por su parte, el art. 5.3 n) DDASI otorga libertad a los EM para imponer limitaciones o excepciones al derecho de comunicación pública o puesta a disposición del público «*cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia*»; de manera que este límite —también facultativo— no ampara la puesta a disposición de contenidos en redes abiertas, como trata de decir el citado Cdo. 4 cuando declara que la «entrega en línea» no se encuentra amparada por los límites a los derechos de autor¹³.

Por tanto, para realizar dichas actividades las instituciones culturales necesitan autorización de los titulares de los derechos de autor o conexos. Y eso implica altos costes de transacción, agudizados en el caso de las obras fuera del circuito comercial (en adelante, OFCC), esto es, obras o prestaciones protegidas por derechos de autor o conexos que no están disponibles para el público en los canales comerciales habituales, con independencia de si alguna vez lo estuvieron o no. Pueden encontrarse en esa situación tipos muy variados de obras y prestaciones, tales como libros y revistas especializadas, fonogramas, obras y grabaciones audiovisuales, posters, folletos, fotografías, programas de ordenador, obras artísticas...

¹² Como ha confirmado la STJUE (Sala Cuarta) de 11 de septiembre de 2014, C-117/13, *Technische Universität Darmstadt*, EU:C:2014:192, apdo. 45.

¹³ Así lo destacan también R. BURRELL/A. COLEMAN, *Copyright Exceptions: The Digital Impact*, Cambridge, 2005, p. 144; O. NIIRANEN, «Online access to the World's Libraries», *CRi*, 3-2006, p. 67; S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 37», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Madrid, 2017, p. 734; J. AXHAMN/L. GUIBAULT, «Cross-border extended...», *cit.*, pp. 2 y 16; L. GUIBAULT/S. SCHROFF, «Extended Collective Licensing for the Use of Out-of-Commerce Works in Europe: A Matter of Legitimacy Vis-à-Vis Rights Holders», *IIC*, n. 49, October 2018, p. 2. Y en relación con el art. 37.3 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en adelante, TRLPI), S. MARTÍN SALAMANCA, «Comentario al artículo 37», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. J. M. Rodríguez Tapia), Thomson Civitas, Madrid, 2007, pp. 313 y 314; y M^a. T. CARRANCHO, «Reproducción, préstamos y consulta en museos, archivos, bibliotecas y otras instituciones», *Propiedad intelectual en las universidades públicas. Titularidad, gestión y transferencia*, Comares, Granada, 2016, p. 163.

En este punto interesa aclarar que las OFCC son una categoría distinta a la de «obras huérfanas», esto es, obras o prestaciones cuyos titulares de derechos no están identificados o, de estarlo, no pueden ser localizados¹⁴. Puede ocurrir que una misma obra o prestación se encuentre fuera del circuito comercial y sea, a la vez, huérfana —siendo incluso frecuente que lo primero sea un estado anterior y causante de lo segundo—, pero no necesariamente es así¹⁵.

Por otro lado, interesa también llevar a cabo una precisión terminológica antes de seguir adelante. Existen otras denominaciones que se han utilizado para designar a las obras y prestaciones fuera del circuito comercial, como son las de obras agotadas, descatalogadas, fuera de distribución o fuera de comercio¹⁶. Descartada la expresión «obras fuera de comercio» para evitar confusiones con el significado tradicional de la misma en Derecho Civil, estimo que la denominación OFCC es la más apropiada por su carácter omnicomprendivo tanto de obras y prestaciones que estuvieron en el mercado y ya no lo están como las que nunca lo estuvieron. Esta es, de hecho, como después se verá, la que se viene utilizando en el ámbito comunitario desde 2011. Hasta esa fecha, la expresión generalmente manejada en el marco comunitario era la de «obras agotadas», que son, técnicamente, aquellas respecto de las que no quedan ejemplares disponibles¹⁷. Puntualmente, no obstante, se hizo referencia a obras y prestaciones «fuera de distribución»¹⁸, expresión esta que resulta demasiado restrictiva por

¹⁴ Vid. art. 2 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 (en adelante, DOH), transpuesta en España en el art. 37bis TRLPI.

¹⁵ La distinción queda patente en el Cdo. 4 DOH, al señalar que el régimen establecido en la misma se entiende sin perjuicio de las soluciones específicas que desarrollen los Estados miembros para hacer frente a cuestiones más amplias relacionadas con la digitalización a gran escala, como en el caso de las obras fuera del circuito comercial. Destacan también esta idea, entre otros, I. ESPÍN ALBA, *Obras huérfanas...*, cit., pp. 159-160; 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 materias pendientes* (coord. J. J. Marín López y R. Sánchez Aristi), Dykinson, Madrid, 2016, p. 595; P. CÁMARA ÁGUILA, «Comentario al artículo 37bis», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 742.

¹⁶ Advuértase que, aunque todas las expresiones referidas se utilizan para comprender tanto «obras» en sentido estricto (esto es, expresiones formales originales de la creatividad humana tuteladas por derechos de autor), cuanto lo que, convencionalmente, se denominan «prestaciones» (es decir, otros objetos o bienes intelectuales protegidos por los llamados derechos conexos, afines o vecinos), de forma imprecisa recogen únicamente el término «obras». En este trabajo se mantendrá ese criterio, con la aclaración del carácter omnicomprendivo de obras y prestaciones de dicho término.

¹⁷ L. F. RAMOS-SIMÓN/M. BLÁZQUEZ OCHANDO, «Patrimonio digital: obras renacidas, una nueva vida para las “obras fuera del circuito comercial”», *Scire: representación y organización del conocimiento*, vol. 24, n. 2, julio-diciembre 2018, p. 15, accesible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/499181>

¹⁸ Esta fue la denominación utilizada por el Comité de Sabios sobre la digitalización del patrimonio cultural europeo se refería a obras y prestaciones «fuera de distribución» en el documento *Un nuevo Renacimiento*, cit.

referirse exclusivamente a una modalidad de explotación concreta, la distribución, dejando fuera la comunicación al público¹⁹.

Entre la doctrina española es frecuente la denominación obras «descatalogadas», probablemente por ser la utilizada por el legislador español en el art. 10.1 de la Ley 10/2017, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas. Según esta norma, «[s]e entiende que un libro ha sido descatalogado por el editor cuando no aparezca en su último catálogo o lo comunique por escrito a sus canales de distribución y venta y a la Agencia Española del ISBN o las Agencias autonómicas del ISBN correspondientes»²⁰. En mi opinión, esta denominación es excesivamente restrictiva en un doble sentido: por un lado, porque no todas las obras y prestaciones que pueden encontrarse fuera del circuito comercial son objeto de comercialización ni, si lo son, ello se hace necesariamente a través de catálogos (piénsese en las audiovisuales o artísticas, o en aquellas obras y prestaciones que nunca se han comercializado, como periódicos de guerra, posters, folletos...); y por otro, porque puede haber obras o prestaciones descatalogadas que, sin embargo, estén todavía disponibles en el mercado, por ejemplo porque se ofrecen para su acceso en línea o para su impresión bajo demanda, o porque el autor, a quien han revertido los derechos, ofrece la obra en el mercado directamente o a través de un agente o una EGC²¹.

Volviendo a los problemas que encuentran las entidades que pretenden digitalizar OFCC protegidas para ponerlas a disposición del público a la hora de lograr la autorización de los titulares de derechos, cabe señalar que, por distintas razones, como por ejemplo, la antigüedad de las obras o prestaciones, su limitado valor comercial o el hecho de que nunca estuvieron destinadas a usos comerciales o nunca fueron comercializadas²², lograr una licencia para usar

¹⁹ En el mismo sentido, R. XALABARDER, «Las obras “huérfanas” y las obras descatalogadas», *Noticias de la Unión Europea*, nota 123, que apuntaba que sería mejor hablar de «obras fuera de la circulación», para ampliar el alcance a obras y prestaciones que son objeto de explotación a través de otras modalidades de explotación.

²⁰ Como señalan L. F. RAMOS-SIMÓN/M. BLÁZQUEZ OCHANDO, «Patrimonio digital...», *cit.*, pp. 15-16, «descatalogadas» y «agotadas» no son términos sinónimos, ya que si bien es cierto que, en general, las obras se retiran del catálogo porque no quedan ejemplares disponibles —que sería el caso de las obras agotadas—, con frecuencia esa decisión obedece a estrategias comerciales de otra índole, como el deseo de liquidar una edición o simplemente de aliviar el número de libros en stock y los costes correspondientes, ante la perspectiva de una edición con venta muy lenta y poco rentable.

²¹ En este sentido, en el *Informe final sobre preservación digital, obras huérfanas y obras agotadas* del Subgrupo de derechos de autor del Alto Grupo de Expertos en Bibliotecas Digitales i2010, creado por la Comisión Europea (*Decisión por la que se constituye un Grupo de expertos de alto nivel sobre bibliotecas digitales*, 27.02.2006, 2006/178/CE), se señalaba lo siguiente: «Una obra no se considerará agotada, aunque esté descatalogada y no existan copias impresas de la misma, si: -todavía está disponible en el comercio, por ejemplo, porque se ofrece para su acceso online o para su impresión bajo demanda;- los derechos han revertido al autor y este ofrece los derechos en el mercado directamente o mediante un agente o una EGC; -el autor o el editor, de forma directa o a través de un agente o una EGC, ofrece permiso para usar la obra, por ejemplo, mediante una licencia».

²² Cdo. 22 Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital de 14 de septiembre de 2016, CO(2016) 593 final.

OFCC puede convertirse en una tarea realmente difícil, especialmente cuando existe una pluralidad de titulares de derechos, y en todo caso, muy costosa²³; con el resultado de que cuando los costes de la autorización son más elevados que los beneficios esperados de la digitalización y puesta a disposición, las obras no se digitalizarán, aunque técnicamente sea posible²⁴. Y ello —se dice— perjudica a todos: a los titulares de derechos, que no perciben remuneración y cuyas obras no se distribuyen; a los operadores del mercado, que pierden una potencial cuota de mercado; y al público, que no puede acceder a las obras. Ciertamente, el fenómeno no se puede medir en términos de ventas, porque es imposible conocer la demanda real de estas obras. Sin embargo, su valor cultural es innegable²⁵.

Así las cosas, es inevitable pensar en soluciones basadas en la gestión colectiva. Pero existen varios escollos. Para empezar, la gestión colectiva de derechos no existe para todo tipo de obras y prestaciones. Así ocurre, destacadamente, en el ámbito de las obras cinematográficas, donde el licenciamiento comercial se suele realizar directamente por los titulares de derechos²⁶, o más en general, en el de las obras audiovisuales²⁷. Tampoco suele haber en los EM entidades de gestión colectiva (en adelante, EGC) en relación con obras que nunca han sido comercializadas, como postales, cartas, diarios, archivos, samizdat...²⁸ Además, aun existiendo, las EGC, en principio, solo pueden otorgar licencias en nombre de sus miembros, lo que excluye a miles de obras de titulares de derechos de

²³ En palabras de J. RYDÉN, «Legal Restrictions...», *cit.*, p. 2, «determinar los derechos en forma individual (obra por obra, titular de derechos por titular de derechos) no es sólo poco práctico sino directamente imposible». En parecidos términos, respecto de las películas antiguas, P. KLIMPEL, «The Future...», *cit.*, destaca las dificultades derivadas de la pluralidad de titulares de derechos y de las sucesivas cesiones al productor y este, en su caso, a terceros. Cuanto más larga es la secuencia de transacciones legales, más riesgo existe de que ciertos derechos no se hayan transmitido en extensión suficiente. Asimismo, cuanto más antiguos son los contratos, más probabilidades hay de que se hayan perdido o de que no contengan cláusulas relativas a usos desconocidos a principios del siglo XX, como el *streaming*. Así las cosas, el resultado es que la autorización de derechos es difícil, laboriosa, costosa, y muy a menudo, sencillamente imposible. Estas circunstancias se ponen de relieve, asimismo, por la Comisión Europea, *Impact Assessment...*, *cit.*, Part 1/3, pp. 66-67. Como se explica en este documento, determinar los costes de manera general es difícil ya que cada colección y cada proceso son diferentes. No obstante, cabe realizar cuantificaciones con base en estudios individuales; así, cuesta entre 50 y 100 euros por libro, 5,70 euros por poster, entre 0,70 y 1,70 euros por fotografía, sobre 27 euros por cortometraje *amateur* y 10 euros por cada colección mixta.

²⁴ L. GUIBAULT/S. SCHROFF, «Extended Collective...», *cit.*, p. 2.

²⁵ A. BENSAMOUN, «The French out-of-Commerce Books Law in the Light of the European Orphan Works Directive», *Queen Mary J. Intell. Prop.*, 2014, vol. 4, n. 3, p. 214. En la misma línea, J. RYDÉN, «Legal Restrictions...», *cit.*, pp. 2-3, y L. GUIBAULT/S. SCHROFF, «Extended Collective...», *cit.*, p. 2.

²⁶ L. GUIBAULT/S. SCHROFF, «Extended Collective...», *cit.*, p. 13.

²⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment...*, *cit.*, Part 1/3, p. 67; JANSSENS/R. TRYGVADÓTTIR, «Facilitating access to orphan and out of commerce works to make Europe's cultural resources available to the broader public», paper submitted at the Conference on Copyright and the Digital Agenda for Europe: Current Regulations and Challenges for the future, 6-6-2014, Athens, accesible en <https://ssrn.com/abstract=2538097>, p. 43.

²⁸ EBLIDA/PUBLIC LIBRARIES/IFLA/EUROPEANA/LIBER, «Arts. 7 to 9: Out of Commerce Works», 14-9-2017, p. 2, accesible en http://www.eblida.org/Documents/Copyright_Reform/Art.7to9_OOCW.pdf

autor que no son miembros de alguna de estas organizaciones (los denominados *outsiders*). Y resulta que para que la digitalización masiva sea económicamente viable en la práctica, es preciso encontrar una solución que alcance a tantos titulares de derechos como sea posible, incluyendo los no-miembros. Algunos EM han atajado el problema mediante diversos sistemas, como las licencias colectivas extendidas o ampliadas (en adelante, LCE) o las presunciones de representación²⁹, mediante las que, dándose determinadas circunstancias, licencias concedidas por una EGC se aplican también a los no-miembros, con la posibilidad de los titulares de derechos de excluir sus obras o prestaciones de dichas licencias. Pero estos mecanismos no están disponibles en todos los EM para los usos requeridos ni para todo tipo de obras³⁰.

Otro inconveniente importante para la puesta a disposición en línea es el carácter territorial de las licencias, basado en el principio de territorialidad que rige el actual sistema europeo de derechos de autor³¹. De acuerdo con este principio, los derechos de propiedad intelectual se consideran privilegios concedidos por los poderes públicos al creador en recompensa por su creación. En consecuencia: a) los derechos de propiedad intelectual tienen el contenido y el régimen jurídico establecido por el Estado que los concede; b) su eficacia está limitada al territorio de dicho Estado; c) solo pueden ser infringidos por actividades desarrolladas en el territorio de dicho Estado³². Es lugar común afirmar que este principio implica una regla de Derecho internacional privado: la *lex loci protectionis*, la cual parece implicar que la legalidad de los actos de puesta a disposición de contenidos en Internet debe establecerse de acuerdo con tantas leyes como países

²⁹ En las LCE, los efectos de los acuerdos libremente negociados entre un usuario y una EGC, que actúa en representación de sus miembros, puede extenderse, por decisión legal, a los titulares de derechos no-miembros de aquella. En cuanto a la presunción de representación, implica una ficción legal por la que se presume que la EGC representa los intereses y derechos de titulares no-miembros, de conformidad con las disposiciones nacionales correspondientes. En este segundo caso, el efecto extendido no se aplica a la licencia en sí, sino al mandato a la EGC. Así, esta podrá conceder una licencia que cubra obras y prestaciones cuyos derechos pertenecen tanto a sus miembros como a no-miembros, con el alcance y las condiciones que permita la legislación nacional (EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment...*, cit., Part 3/3, p. 130).

³⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment...*, cit., Part 1/3, p. 68.

³¹ Se dice que este principio procede del art. 5 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, de 9 de septiembre de 1886 (en adelante, CB) y se justifica en la soberanía estatal: los estados tienen interés en regular la protección de los derechos de autor sobre todas las obras en sus respectivos territorios (J. AXHAMN/L. GUIBAULT, «Cross-border extended...», cit., p. 19, y las citas allí contenidas). En este sentido, señala P. B. HUGENHOLTZ, «Audiovisual Archives across Borders – Dealing with Territorially Restricted Copyrights», *IRIS Special 2010: Digitisation and Online Exploitation of Broadcasters' Archives*, Observatorio Audiovisual Europeo, 2010, p. 50, dada la obligación de los EM de la UE de adherirse al CB, el principio de territorialidad es «quasi legislación de la UE», además de estar recogido en el Tratado de la CE. A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, «Dimensión internacional de la relación entre los sistemas DRM, las excepciones al derecho de exclusividad y los derechos de los usuarios. Aspectos de derecho aplicable», *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías* (coord. J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2008, p. 298, por su parte, sostiene que la *lex loci protectionis* es coherente con el principio de trato nacional del art. 5 CB, aunque no se deriva directamente de él.

³² A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, «Dimensión internacional...», cit., p. 297.

tengan acceso³³. De la combinación de ambos principios resulta que una entidad de patrimonio cultural establecida en un EM que desee poner sus obras a disposición de usuarios establecidos en otro u otros EM necesitará una licencia en cada uno de dichos EM³⁴; a menos que cuenten con licencias multiterritoriales, recientemente armonizadas en el ámbito musical por la Directiva 2014/26/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (*Vid.* arts. 23 a 32)³⁵.

Pues bien, estas dificultades son las que la UE trata de resolver en orden a facilitar una vía para la digitalización y puesta a disposición del público de las OFCC, como ya hizo (con más o menos éxito) con las obras huérfanas, mediante la DOH. En las páginas que siguen, me ocuparé, en primer lugar, de las vías exploradas por la Comisión Europea en relación con la cuestión planteada; y, en segundo lugar, de las soluciones finalmente recogidas en la Propuesta de Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital. Queda para un posterior estudio, ya sobre la base de la directiva que finalmente se adopte, el análisis de las consecuencias que tendrá la transposición de la norma comunitaria en España.

II. A LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES PARA LAS OBRAS FUERA DEL CIRCUITO COMERCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Como se ha señalado, la búsqueda de una solución para la utilización de las OFCC en la UE vino provocada por el proyecto público de digitalización masiva

³³ S. VON LEWINSKI, *International Copyright Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 6; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, «Dimensión internacional...», *cit.*, pp. 297-298; J. AXHAMN/L. GUIBAULT, «Cross-border extended...», *cit.*, p. 20.

³⁴ Así, por ejemplo, según señalan J. AXHAMN/L. GUIBAULT, «Cross-border extended...», *cit.*, p. 21, los proveedores de contenidos de Europeana, para poner a disposición una obra o prestación en toda la UE, necesitan una licencia en cada uno de los 27 EM.

³⁵ L.GUIBAULT/S. V. GOMPEL, «Collective Management in the European Union», *Collective Management of Copyright and Related Rights* (ed. D. Gervais), 3ª ed., Wolters Kluwer, p. 158. La mencionada Directiva ha sido incorporada al ordenamiento jurídico español en dos fases: la primera, mediante la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; y la segunda, en virtud del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017. Actualmente se está tramitando el Proyecto de Ley de convalidación del Real Decreto-ley 2/2018, aprobado recientemente por la Comisión con competencia legislativa plena (BOCG, 10 de diciembre de 2018, n. 25-1). Un interesante estudio sobre el Anteproyecto es el de N. MORALES IMBERNÓN, «El anteproyecto de Ley, de 13 de septiembre de 2017, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar al derecho español la Directiva 2014/26/UE sobre gestión colectiva y licencias multiterritoriales en línea», *La Ley mercantil*, n. 41, noviembre 2017 (accesible en laleydigital.com).

y puesta a disposición del material cultural y científico europeo a través de Europea. El punto de partida fue la Comunicación de la Comisión *i2010: bibliotecas digitales*³⁶, en la que se anunciaban tres vías de trabajo: 1) La accesibilidad en línea, como condición previa para optimizar los beneficios que pueden extraer de la información los ciudadanos, los investigadores y las empresas; 2) La digitalización de colecciones analógicas para ampliar su uso en la sociedad de la información; y 3) La preservación y el almacenamiento para garantizar que las generaciones futuras puedan acceder al material digital y evitar la pérdida de contenidos valiosos.

Para lograr esos objetivos, la Comisión³⁷ recomendaba a los EM que mejorasen las condiciones para la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural, creando mecanismos que faciliten la utilización de las obras huérfanas, previa consulta con las partes interesadas, así como estableciendo o promoviendo mecanismos voluntarios para facilitar la utilización de obras que están agotadas o ya no se distribuyen, previa consulta con las partes interesadas.

En este contexto, el Subgrupo de derechos de autor del Alto Grupo de Expertos en Bibliotecas Digitales i2010, creado por la Comisión Europea, como se ha señalado *supra*, adoptó un Informe sobre preservación digital, obras huérfanas y obras agotadas³⁸ en abril de 2007, en el que se aportaba un modelo de licencia, redactado a partir de las necesidades expuestas por las bibliotecas. En junio de 2008, el Subgrupo adoptó su Informe final, referido exclusivamente, en cuanto a las obras agotadas, a obras impresas. El Subgrupo considera que la mejor solución para el uso de estas obras por bibliotecas y archivos es la contractual, por ser la más acorde con la normativa internacional. Así pues, propone varios modelos de licencia para permitir la digitalización y la puesta a disposición de obras agotadas por parte del interesado³⁹ más allá de lo cubierto por excepciones legales y por las licencias existentes.

³⁶ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación 2005 al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *i2010: bibliotecas digitales*, 30.09.2005, COM (2005) 465 final, motivada por una carta de 28 de abril de 2005, dirigida a la Presidencia del Consejo y a la Comisión, en la que seis Jefes de Estado o de Gobierno —entre los cuales se encontraba el por entonces Presidente del Gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero— abogaban por la creación de una biblioteca virtual europea que permitiera hacer accesible a todo el mundo el patrimonio cultural y científico de Europa. La iniciativa fue acogida favorablemente por la Comisión, así como por el Consejo y el Parlamento Europeos. Vid. CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital*, 07.12.2006, 2006/C 297/01, y PARLAMENTO EUROPEO, Resolución sobre *i2010: hacia una biblioteca digital europea*, 27.09.2007, 2006/2040(INI). La cronología de la política comunitaria en materia de digitalización y accesibilidad online del patrimonio cultural desde 2005 se encuentra en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/timeline-digitisation-and-online-accessibility-cultural-heritage>

³⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital*, 24.08.2006, 2006/585/CE, Cdo. 10.

³⁸ Entendiendo por tales aquellas que no están disponibles en los canales comerciales, según declaran los propios titulares de derechos, con independencia de que existan copias tangibles.

³⁹ Como ya se hiciera en el primer informe, en el final se aclara también que los modelos de licencia, aunque creados específicamente para bibliotecas, pueden utilizarse también por archivos o

Abundando en el modelo propuesto en su primer informe, el Subgrupo aboga por licencias que incluyan el derecho a digitalizar y poner a disposición las obras agotadas, a cambio de una remuneración, a la que el titular de derechos puede renunciar. Por otro lado, se faculta al titular de derechos para decidir que una obra no se considere fuera del circuito comercial si existen otras ediciones en el mercado y la puesta a disposición de la edición agotada podría entrar en conflicto con los legítimos intereses de aquel en la comercialización de la edición alternativa. A partir de estas premisas, se sugieren dos modelos de licencia:

1) Uno para la digitalización de obras agotadas y su puesta a disposición de usuarios autorizados en redes cerradas, que coincide, en su contenido, con el propuesto en el primer informe del Subgrupo. Esta licencia concede a las bibliotecas un derecho no exclusivo y no transmisible para digitalizar obras agotadas y facilitar el acceso a las mismas de los usuarios a través de redes cerradas⁴⁰. Asimismo, se contempla la posibilidad de que la biblioteca licenciataria, a través de acuerdo adicional con el titular de derechos, permita a un tercero (otra biblioteca, una universidad, una empresa...) el acceso *online* a las obras digitalizadas.

2) Otro que combina la digitalización y puesta a disposición del público en redes abiertas de obras agotadas por el titular de derechos con el acceso por parte de usuarios autorizados a través de redes cerradas. En este modelo, la biblioteca adquiriría un derecho no exclusivo y no transmisible a digitalizar, indexar y poner a disposición de los usuarios las obras licenciadas ya sea en Internet, ya sea (las no accesibles en la Red) a través de redes cerradas. En el caso de las obras puestas a disposición en redes abiertas, el acceso podría ser directo al acceder al sitio web o a través de registro, según lo acordado con el titular de derechos o su representante. El usuario podría buscar, recuperar y monitorizar la versión digital de la obra, almacenarla en un disco-duro u otro soporte y, en función de lo previsto en licencia y lo permitido por la ley, hacer copias de partes de la misma. En la licencia se podrían especificar los usos permitidos, que en ningún caso podrán suponer infracción de derechos morales⁴¹.

por cualesquiera terceros que quieran o necesiten celebrar acuerdos con los titulares de derechos sobre el uso de obras fuera del circuito comercial.

⁴⁰ El usuario podrá buscar, ver, recuperar y monitorizar la obra digitalizada, y si así se acuerda en la licencia, podrá guardar y hacer copias de partes de la obra. La licencia atribuye al titular de derechos la facultad de revocar la licencia en cualquier momento o de modificarla. En este caso, si el licenciante retira parte del contenido licenciado y lo hace en más de un 10% de la obra, la biblioteca tiene derecho a un reembolso de los costes.

⁴¹ También en este modelo se contempla la facultad del titular de derechos de revocar la licencia en cualquier momento o de modificarla; así como de requerir información al licenciataria sobre los usos de la obra realizados a fin de valorar su potencial económico. Pero en este caso si el licenciante retira el libro de la biblioteca, total o parcialmente, la biblioteca tiene derecho a un reembolso de los costes.

En todo caso, los modelos propuestos —aptos para poder ser utilizados a nivel nacional, europeo o internacional— han de entenderse como una base para las negociaciones entre las partes interesadas o sus agentes o representantes, debiendo adaptarse a las circunstancias del establecimiento y el Estado miembro afectados.

A fin de facilitar la concesión de licencias sobre obras agotadas, el informe recomienda que los EM establezcan centros de autorización de derechos de autor (RCC, por las siglas en inglés de *Rights Clearance Centres*) a los que voluntariamente pudiera acudir el usuario interesado en obtener una licencia relativa a obras agotadas, cuando le resultara más cómodo que contactar directamente con el titular de derechos o su EGC. Dichos centros, que no incluirían todas las obras ni todos los titulares de derechos, sino una parte sustancial de los mismos, podrían ser gestionados por EGC⁴². Además, los RCC nacionales deberían crear bases de datos de las OFCC licenciadas —interconectadas entre sí para evitar duplicidad de esfuerzos y ofrecer un registro pan-europeo—. Dicho registro proporcionaría información y metadatos sobre qué se ha digitalizado, por quién, dónde se conserva la obra digitalizada y cómo y por quién se ha facilitado el acceso.

En agosto de 2008⁴³, la Comisión Europea describía los avances hechos para la creación de la biblioteca digital europea, así como las actuaciones de los EM para abordar cuestiones organizativas, financieras, técnicas y jurídicas, esenciales para que el material cultural pueda cargarse en Internet. Pues bien, por lo que se refiere a obras agotadas, insistía en que los costes de adquisición de derechos con vistas a la digitalización y de colocación en línea de este tipo de obras pueden ser muy elevados, por lo que destacaba la importancia de colaboración por parte de los titulares de los mismos, las instituciones culturales y las EGC al objeto de facilitar la adquisición de derechos⁴⁴. Asimismo, se subrayaba la necesidad de que las instituciones culturales obtengan los derechos para poder poner el material a disposición de los usuarios más allá de las fronteras

⁴² Estas, en función del mandato del titular de derechos —quien es también libre de acudir o no a un RCC—, podrían: a) conceder el permiso y ofrecer un acuerdo de licencia; b) remitir la solicitud al titular de derechos; c) denegar el permiso (por ejemplo, por no tener mandato para concederlo). En el primer supuesto, la licencia ofrecida por la EGC podría ser individual (esto es, negociada caso por caso) o una licencia de repertorio, con unas condiciones estandarizadas, que permitiría al licenciatario digitalizar y poner a disposición todas las obras del repertorio. Por otra parte, los RCC deberían establecer y hacer pública su política de licencias, incluyendo la relativa a su utilización fuera del territorio nacional. Además, los distintos RCC de los diferentes EM habrían de estar interconectados.

⁴³ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *El patrimonio cultural europeo a un clic del ratón. Avances en la digitalización y el acceso en línea al material cultural y en la conservación digital en la UE*, 11.08.2008, COM(2008) 513 final.

⁴⁴ También los EM —se añade— pueden prestar su ayuda proporcionando una plataforma para esta colaboración.

nacionales⁴⁵. Como consecuencia de lo anterior, la Comisión señalaba, entre los ámbitos clave a los que había que prestar atención, «medidas para fomentar los acuerdos voluntarios sobre obras agotadas o que ya no se distribuyen, teniendo en cuenta los aspectos transfronterizos».

Avanzando en esta línea, al año siguiente del lanzamiento de Europeana la Comisión sugirió⁴⁶, como posible vía para lograr un mercado digital amplio y competitivo, el uso de licencias colectivas ampliadas, a través de las cuales las EGC puedan representar a los no-miembros respecto de ciertas formas de digitalización y puesta a disposición de obras. Esta opción podría considerarse como una regla general a fin de lograr un amplio amparo legal, o bien aplicarse solo a ciertos usos, como la digitalización de obras huérfanas o agotadas.

En marzo de 2010, la Comisión Europea puso en marcha la estrategia *Europa 2020*⁴⁷, con el objetivo de salir de la crisis y preparar a la economía de la UE para los retos de la próxima década. Una de las siete iniciativas emblemáticas de esta estrategia es la Agenda Digital para Europa⁴⁸. Mediante ella, la Comisión se propuso abrir el acceso a los contenidos y definió una serie de acciones en el ámbito de los derechos de autor, a fin de simplificar la autorización de derechos de autor, su gestión y la concesión de licencias transfronterizas. Pues bien, entre ellas se incluía la de crear «un marco jurídico ... que permita entablar un diálogo con las partes interesadas con vistas a impulsar medidas sobre las obras agotadas, complementado con bases de datos de información sobre derechos».

Dicho y hecho. En otoño de 2010, la Comisión invitó a ciertos interesados del sector comercial a iniciar un diálogo con el fin de llegar a un acuerdo con respecto a los principios que deberían guiar todos los proyectos de digitalización. Inicialmente se incluyó a todos los medios de forma conjunta pero pronto se decidió que cada medio debía ser analizado en forma independiente⁴⁹. Así, durante los 8 meses siguientes se negoció un Memorando de entendimiento referido, exclusivamente, a libros y revistas especializadas (así como a las imágenes en ellas incluidas)⁵⁰.

⁴⁵ «Un enfoque que limite el acceso al material digitalizado a los usuarios situados en un territorio nacional concreto —afirmaba la Comisión— es contrario a la idea de base de una biblioteca digital europea».

⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Contenido creativo en un Mercado Único Digital Europeo: Un documento de reflexión de DG INFSO y DG MARKT*, 22.10.2009.

⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación titulada *Europa 2020 - Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, 03.03.2010, COM(2010) 2020 final.

⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Agenda digital para Europa*, 19.05.2010, COM(2010)245 final.

⁴⁹ En la misma línea, PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución i2010: hacia una biblioteca digital europea*, 27.09.2007, 2006/2040(INI), en la que se hacía referencia a las obras huérfanas y agotadas, subrayando la importancia de prever modelos distintos para cada una de ellas, adaptados a cada sector de actividad.

⁵⁰ J. RYDÉN, «Legal Restrictions...», *cit.*, p. 4. Dicho Memorando fue también propiciado por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social

El Memorando sobre «Principios fundamentales en materia de digitalización y oferta de obras fuera del circuito comercial» (MoU), firmado en Bruselas el 20 de septiembre de 2011, es un acuerdo sectorial específico (libros y revistas especializadas) entre los agentes económicos implicados (autores, editores, libreros)⁵¹, basado en licencias voluntarias negociadas en el país de la primera publicación de la obra y en la atribución de la condición de OFCC por ese país, de acuerdo con los criterios establecidos por las partes⁵².

Las obras afectadas por el MoU son, más concretamente, libros y revistas especializadas publicados por primera vez en el país en el que se solicite un acuerdo —que será por escrito— para la concesión de una licencia colectiva y que vayan a ser digitalizados y puestos a disposición del público por instituciones culturales de acceso público de las mencionadas en el art. 5.2 c) Dir. 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 (en adelante, DDASI)⁵³. A estos efectos, se recomienda que dicho acuerdo cubra las imágenes incluidas en obras literarias y que sean tratadas como estas por la EGC para obras visuales o por aquella a la que se haya encargado la representación de obras visuales.

El objetivo del Memorando es establecer varios principios que deben guiar la negociación de los acuerdos, su implementación y su alcance. Tales principios son tres:

1. Acuerdos voluntarios sobre OFCC. De acuerdo con el mismo, los acuerdos para la digitalización y puesta a disposición de OFCC contenidas en las colecciones

Europeo y al Comité de las Regiones *Un mercado único de los derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa*, 24.05.2011, COM(2011) 287 final. En ella se insiste en la necesidad de conservar y difundir el patrimonio cultural europeo para lograr el desarrollo de la economía del conocimiento; así como en la conveniencia, a fin de conseguir tal objetivo, de encontrar «soluciones innovadoras para la concesión de licencias con la finalidad de promover la transmisión fluida del conocimiento y la cultura y permitir así a las instituciones académicas, las empresas, los investigadores y los particulares utilizar lícitamente obras protegidas por derechos de autor, otorgando al mismo tiempo a los autores, editores y demás creadores una contraprestación por el uso de sus obras». En ese sentido, la Comisión anuncia, en lo que aquí interesa, que «se esforzará por fomentar los sistemas de concesión de licencias colectivas sobre las obras aún protegidas por derechos de autor, pero que ya no están disponibles en el comercio».

⁵¹ Los firmantes del Memorando fueron el Consejo de Escritores Europeos (EWC, por sus siglas en inglés), la Federación de Editores Europeos (FEP, por sus siglas en inglés), El Consejo de Editores Europeos (EPC, por sus siglas en inglés), la Asociación Internacional de Editores Científicos, Técnicos y Médicos (STM, por sus siglas en inglés), la Oficina Europea de Asociaciones de Bibliotecas, Información y Documentación (EBLIDA, por sus siglas en inglés), la Asociación de Bibliotecas Europeas de Investigación, Artistas Visuales Europeos (EVA, por sus siglas en 4 inglés), la Federación Europea de Periodistas (EFJ, por sus siglas en inglés) y la Federación Internacional de Organizaciones de Derechos Reprográficos (IFRRO, por sus siglas en inglés).

⁵² I. ESPÍN ALBA, *Obras huérfanas...*, cit., p. 162.

⁵³ Esto es, bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto.

de instituciones culturales de acceso público, que no tengan directa ni indirectamente el objetivo de obtener un beneficio económico o comercial, se negociarán voluntariamente entre las partes interesadas, incluyendo los autores y editores. Las partes contratantes, de mutuo acuerdo, establecerán el alcance del acuerdo y la remuneración a los titulares de derechos, entendiendo por tales los autores de obras literarias y artísticas y los editores. Además, los acuerdos de licencia alcanzados en el marco del MoU se entienden sin perjuicio de los acuerdos individuales con los titulares de derechos (Cdo. 2).

2. Implementación práctica de los acuerdos de licencia. Según este principio, solo podrán conceder licencias para OFCC las EGC de las que sean miembros un número considerable de autores y editores y siempre que estos estén debidamente representados en los órganos directivos. Además, los titulares de derechos tendrán el derecho de salirse y de retirar todas o algunas de sus obras de la licencia derivada del acuerdo. Por ello, cada proyecto de biblioteca digital deberá ser ampliamente publicitado a fin de que los titulares cuyos derechos e intereses pudieran verse afectados puedan decidir si participar o no en el proyecto con pleno conocimiento de su alcance; de igual modo, antes de cualquier escaneado o utilización, se deberá notificar debidamente a los titulares de derechos⁵⁴.

A fin de lograr mayor eficacia, el acuerdo prevé que aunque el titular de derechos sobre una obra publicada por primera vez en un Estado miembro no haya dado mandato a una EGC, la EGC que gestione derechos de igual naturaleza en dicho Estado miembro se presumirá legitimada para gestionar los derechos respecto de dicha obra. Ahora bien, en la medida en que el MoU no es un texto legal vinculante, y por tanto los eventuales acuerdos alcanzados con base en él no garantizan seguridad jurídica a las instituciones culturales que utilicen obras pertenecientes a no-miembros, el Cdo. 9 señala que se requiere legislación que cree una base legal que legitime la presunción de legitimación⁵⁵.

3. Acceso transfronterizo a las bibliotecas digitales. En virtud de este principio, la presunción de legitimación se aplicará también a los actos de utilización de la obra cubiertos por la licencia que tengan lugar en un EM que no sea aquel en el que se ha pactado la licencia. Con ello se pretende superar el principio de territorialidad que rige el actual sistema europeo de derechos de autor. Sin embargo, al igual que ocurre con la presunción de legitimación, se subraya la

⁵⁴ A estos efectos, se recomienda una notificación individual por las asociaciones de titulares de derechos y las entidades de gestión colectiva. Por otra parte, deberá preverse un protocolo específico para las traducciones, en caso de que el acuerdo las incluya.

⁵⁵ En este sentido, J. AXHAMN, «European MoU on Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works», *Kluwer Copyright Blog*, 22-9-2011, accesible en <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2011/09/22/european-mou-on-key-principles-on-the-digitisation-and-making-available-of-out-of-commerce-works/> Como señala este autor, en algunos EM ya existía esa normativa, como la relativa a las licencias colectivas extendidas en los países nórdicos.

necesidad de garantizar a las instituciones culturales y a las EGC cierta seguridad jurídica que el MoU no puede ofrecer; de ahí que el Cdo. 11 solicite a la Comisión Europea que considere qué tipo de legislación sería necesaria para ello.

Por otra parte, se recomienda a los EM que den efecto a los principios recogidos en el MoU, de conformidad con sus normas nacionales y sus tradiciones en materia de licencias colectivas, y con respeto de sus obligaciones internacionales.

El MoU fue recibido con agrado, al considerarlo como un paso adelante para los proyectos de digitalización masiva⁵⁶. Sus mayores ventajas son la flexibilidad que ofrece permitiendo acuerdos para sectores específicos y teniendo en cuenta tanto las diferentes categorías de obras como los distintos usuarios; así como el principio de reconocimiento mutuo para contrarrestar las dificultades derivadas de la territorialidad de los derechos de autor⁵⁷. Pero no es suficiente: no garantiza seguridad jurídica porque no es vinculante⁵⁸, por lo que necesita ser complementado con medidas voluntarias y legislativas que cubran todas las áreas de derechos de autor; además, se limita a un sector específico, sin que sea posible trasladarlo automáticamente a otros⁵⁹. A ello se añade que, si bien alude a los distintos elementos necesarios para la representatividad de una EGC, el acuerdo no recoge criterios para determinar cuándo se dan dichos requisitos⁶⁰. Asimismo, se ha destacado que, aunque no recoge el principio de la búsqueda diligente, sigue siendo dependiente de acciones para verificar si una obra está fuera del circuito comercial, las cuales pueden ser costosas y requerir mucho tiempo⁶¹.

Con todo y con ello, el MoU tuvo importantes repercusiones prácticas, no solo dando cobertura a acuerdos voluntarios de digitalización masiva de obras impresas⁶², sino también provocando cambios legislativos en varios EM, en respuesta a la invitación hecha a los legisladores nacionales⁶³. Así, en Francia, se publicó la Ley 2012-287, de 1 de marzo de 2012, relativa a la explotación digital de libros indisponibles del siglo XX⁶⁴. Igualmente, en 2013 se modificó

⁵⁶ J. AXHAMN, «European MoU...», *cit.*

⁵⁷ M.-C. JANSSENS/R. TRYGGVADÓTTIR, «Orphan Works...», *cit.*, p. 207.

⁵⁸ Esta es su principal debilidad, según M.-C. JANSSENS/R. TRYGGVADÓTTIR, «Facilitating access...», *cit.*, p. 35.

⁵⁹ J. AXHAMN, «European MoU...», *cit.*; M.-C. JANSSENS/R. TRYGGVADÓTTIR, «Orphan Works...», p. 207.

⁶⁰ L. GUIBAULT/S. SCHROFF, «Extended Collective...», *cit.*, p. 6.

⁶¹ M.-C. JANSSENS/R. TRYGGVADÓTTIR, «Orphan Works...», *cit.*, p. 207.

⁶² Así, con apoyo en sus recomendaciones, en febrero de 2012 se firmó un acuerdo marco en Francia entre el Ministerio de Cultura y Comunicación francés, el Sindicato Nacional de la Edición (SNE), la Biblioteca Nacional de Francia y la Sociedad de Gentes de Letras (SGDL) para financiar y acometer la digitalización de alrededor de 500.000 libros del siglo XX fuera del circuito comercial, pero todavía protegidos por derechos de autor.

⁶³ M.-C. JANSSENS/R. TRYGGVADÓTTIR, «Orphan Works...», *cit.*, pp. 204-205.

⁶⁴ Esta ley introdujo un nuevo Capítulo IV al Título III del Libro Primero de la Primera Parte del CPI, compuesto por los arts. L 134-1 a L-134-9, relativo a la puesta a disposición en el mercado de libros escritos a lo largo del siglo XX y que se encuentran indisponibles para el público.

la Ley alemana de gestión de los derechos de autor y los derechos conexos, de 9 de septiembre de 1965, a fin de introducir un sistema de gestión colectiva para las OFCC, basado en los principios del MoU⁶⁵. Otro ejemplo viene dado por la Ley eslovaca de 2014 de transposición de la DOH que modificó la Ley de Derecho de Autor eslovaca (Ley 618/2003), introduciendo en la misma, por primera vez, un sistema de licencias colectivas ampliadas para las OFCC, asimismo construido con base en los principios del MoU. Un año más tarde, Polonia modificó su Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de 1994⁶⁶. También en Reino Unido se ha dejado sentir la influencia del Memorando, si bien de forma más indirecta. En efecto, el sistema británico de licencias colectivas extendidas, introducido por primera vez en 2014⁶⁷, no se refiere específicamente a OFCC, pero puede ser aplicado a estas, ya que alcanza a todo tipo de obras, con independencia de su disponibilidad comercial⁶⁸.

Un mes más tarde de alcanzarse el MoU, la Comisión mostró de nuevo su implicación, dando un paso más. Así, en octubre de 2011⁶⁹, recomendaba a los EM un paquete de medidas actualizado para la digitalización y puesta en línea del material cultural⁷⁰, y para la conservación digital, con el objetivo de hacer desaparecer el riesgo de que los beneficios culturales y económicos del cambio digital se materialicen en otros continentes, y no en Europa. Ahora bien, y aquí es donde viene la novedad, en relación con el objetivo concreto de digitalizar a gran escala OFCC, la Comisión reconocía que «los Estados miembros podrían

Posteriormente, mediante Ordenanza n. 2016-1823 de 22 de diciembre, por la que se incorporó al ordenamiento francés la Directiva 2014/26/UE sobre gestión colectiva, se modificaron varios de esos preceptos. La regulación se completó con un Decreto de 23 de febrero de 2013, que, en aplicación de los arts. L. 134.1 a L. 134-9 CPI, introdujo en el CPI los arts. R 134-1 a 134-11. Mas el art. 1 de dicho Decreto n. 2013/182 fue anulado por el Consejo de Estado, como consecuencia de la STJUE de 16 de noviembre de 2016, C-301/15, *Soulie y Doke*, EU:C:2016:878.

⁶⁵ Aunque quizá sea más exacto decir, siguiendo a S. VON LEWINSKI, «News from German (Part I) – Legislative developments in Germany from 2011 until the end of 2017», *RIDA*, n. 255, 2018, p. 75, que antes del MoU, en el marco nacional alemán, las partes interesadas ya habían alcanzado una solución similar, que fue la que sirvió de base para la legislación. En cualquier caso, la modificación de la Ley de gestión de los derechos de autor y derechos conexos de 1965 en este punto se llevó a cabo por la Ley sobre el uso de obras huérfanas y agotadas, de 1 de octubre de 2013, la cual introdujo un sistema de gestión colectiva para las OFCC en los arts. 13d y 13e. La ley reformada fue posteriormente sustituida por la Ley sobre gestión de derechos de autor y derechos conexos por entidades de gestión colectiva de 24 de mayo de 2016, cuyos arts. 51 y 52 recogen la regulación de los derogados arts. 13d y 13e de la anterior ley de gestión de los derechos de autor.

⁶⁶ Mediante Ley de 11 de septiembre de 2015, que, además de transponer varias directivas comunitarias, entre ellas la de obras huérfanas, introdujo los arts. 35.10 a 35.12, relativos a ciertos usos de obras no disponibles en el mercado.

⁶⁷ *Copyright and Rights in Performances (Extended Collective Licensing) Regulations 2014*, S.I. 2588, en vigor desde el 1 de octubre de 2014.

⁶⁸ M.-C. JANSSENS/R. TRYGGVADÓTTIR, «Orphan Works...», *cit.*, p. 206.

⁶⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital*, 27.10.2011, C(2011) 7579 final.

⁷⁰ En él se incluyen «publicaciones impresas (libros, revistas y periódicos), fotografías, piezas de museo, documentos de archivo, material audiovisual y sonoro, monumentos y yacimientos arqueológicos».

necesitar respaldo legislativo en relación con los mecanismos de concesión de licencias desarrollados de forma voluntaria por las partes interesadas, habida cuenta de la necesidad de garantizar un efecto transfronterizo». Sobre esa base, la Comisión animaba a los Estados, entre otras cosas, a que creen «un marco jurídico que respalde los mecanismos de concesión de licencias que las partes interesadas hayan determinado y acordado sobre la digitalización a gran escala y la accesibilidad transfronteriza de las obras fuera del circuito comercial» [Recomend. 6 b)]⁷¹. Asimismo, se insistía en la conveniencia de crear bases de datos de información sobre derechos conectadas a nivel europeo, ya que pueden reducir los costes de transacción para la adquisición de derechos.

Por otro lado, la Comisión consideró que el planteamiento adoptado con motivo del diálogo de las partes interesadas patrocinado por la Comisión sobre los libros y revistas especializadas fuera del circuito comercial que dio lugar al MoU de 2011 debía tomarse como modelo para futuros diálogos y así facilitar acuerdos sobre la digitalización de todo el material fuera del circuito comercial posible. Se anunciaba así el fomento del inicio de diálogos entre partes interesadas para lograr resultados similares a los del sector de obras impresas⁷².

En esta línea, el primer paso fue una Comunicación de 2012⁷³, en la que se daba cuenta del plan trazado para poner en marcha un diálogo estructurado sobre «una serie de cuestiones sobre las cuales es necesario y posible avanzar con rapidez» con las partes interesadas, con el objetivo explícito de proponer, antes de que finalizase 2013, soluciones prácticas planteadas por la industria a estas cuestiones, sin perjuicio de que se adoptasen otras acciones de políticas públicas, incluida, en su caso, una reforma legislativa. Este proceso, denominado «Licencias para Europa», abarca cuatro líneas de trabajo paralelas, desarrolladas por los representantes de los titulares de derechos, los organismos competentes para la concesión de licencias, los usuarios comerciales y no comerciales de contenidos protegidos y los usuarios finales de internet⁷⁴. Una de

⁷¹ La Comisión toma en cuenta el Informe del Comité de Sabios sobre la digitalización del patrimonio cultural europeo *Un nuevo Renacimiento* (2011), ya citado, en el que se defiende que las obras sujetas a derechos de autor, pero que hayan dejado de distribuirse comercialmente, tienen que ponerse en línea. En este sentido, sostienen que corresponde en primer lugar a los derechohabientes digitalizar (a su costa) y explotar las obras fuera de distribución; pero que si ellos no lo hacen, las instituciones culturales deben tener la oportunidad de digitalizar el material y hacerlo público, a través de un sistema de licencias colectivas remuneradas, del que en todo caso los titulares de derechos deben poder quedar excluidos. Se añade, además, que las licencias deben permitir que las entidades de patrimonio cultural faciliten acceso online gratuito y, salvo que el coste sea desproporcionado, transfronterizo. Las medidas que se adopten, por otra parte, deben cubrir todos los sectores: audiovisual, texto, artes visuales y sonido.

⁷² Así lo destaca, asimismo, J. RYDÉN, «Legal Restrictions...», *cit.*, p. 6.

⁷³ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación *Sobre el contenido en el mercado único digital*, 18.12.2012, COM(2012) 789 final.

⁷⁴ El proceso se puso en marcha en una reunión plenaria inicial a principios de enero de 2013, en la que se crearon grupos de trabajo para llevar a cabo las tareas e informar de nuevo en sesión plenaria a mitad del periodo (junio) y, finalmente, en el cuarto trimestre de 2013. La misión de

ellas, destinada al «Sector audiovisual e instituciones de patrimonio cultural», tenía como objetivo facilitar el depósito y la accesibilidad en línea de películas en la UE, tanto para fines comerciales como para usos culturales y educativos no comerciales, ante las dificultades prácticas existentes⁷⁵.

Los resultados de los diferentes grupos de trabajo se recogieron en el documento *Licencias para Europa. Diez compromisos para ofrecer más contenido en línea*, en el que la Comisión expresaba su deseo de que las partes afectadas materializaran dichos compromisos plenamente y sin retraso, así como su intención de guiar dicha materialización⁷⁶. En paralelo, además, se comprometía a terminar su revisión del marco normativo de la UE sobre derechos de autor para la primavera de 2014 a fin de proponer las reformas legislativas oportunas.

Pues bien, respecto a lo primero, y por lo que se refiere concretamente a las obras audiovisuales, las instituciones de patrimonio cinematográfico y los titulares de derechos llegaron a un acuerdo sobre digitalización, conservación y puesta a disposición del patrimonio cinematográfico europeo⁷⁷. Tal acuerdo incluye propuestas para compartir los costes de digitalización y de remuneración, a fin de permitir a las instituciones culturales poner libremente a disposición del público las películas de sus archivos con garantía de una debida remuneración a los titulares de derechos. No obstante, si bien este acuerdo resulta relevante a efectos de negociación individual de licencias, no resulta de especial importancia en contextos de digitalización a gran escala⁷⁸.

En cuanto a lo segundo, en 2015 la Comisión anunciaba propuestas legislativas para una reforma del régimen de derechos de propiedad intelectual, destinadas a «reducir las diferencias entre los regímenes de derechos de propiedad intelectual nacionales y permitir un mayor acceso en línea a las obras por parte

estos grupos era tratar de aprovechar el potencial y analizar las posibles limitaciones de los regímenes innovadores de concesión de licencias y de las soluciones tecnológicas a fin de adecuar la legislación y las prácticas de la UE en materia de derechos de autor a la era digital.

⁷⁵ Así las cosas, esta línea de trabajo se encargaría de encontrar soluciones de colaboración satisfactorias para mejorar las posibilidades de descubrir obras audiovisuales y ofrecerlas en línea, en especial las que están fuera de distribución de manera voluntaria. En relación con ello debería: a) aportar soluciones concretas para difundir planteamientos de mejores prácticas en toda la UE, tanto para usos comerciales como no comerciales; y b) formular recomendaciones sobre cómo hacer que los EM faciliten las condiciones prácticas adecuadas para que las instituciones que se ocupan del patrimonio cultural «reproduzcan» o «cambien de formato» material archivado para digitalizarlo con fines de conservación.

⁷⁶ El documento se aprobó en la reunión final plenaria de 13 de noviembre de 2013, en la que los grupos de trabajo tuvieron oportunidad de exponer las conclusiones de sus discusiones. Para más información, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/licences-europe-stakeholder-dialogue>

⁷⁷ Los firmantes del acuerdo (accesible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/licences-europe-stakeholder-dialogue>) fueron la Asociación de Filmotecas Europeas (ACE), la Federación de Directores de Cine Europeos (FERA, por sus siglas en inglés), la Federación Internacional de Asociaciones de Productores de Cine (FIAPF, por sus siglas en inglés) y la Sociedad de Autores Audiovisuales (SAA, por sus siglas en inglés).

⁷⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment...*, cit., Part 3/3, p. 134.

de los usuarios de toda la UE»⁷⁹. Dentro de ese marco, la Comisión presentó al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones su *Programa de Trabajo de 2016*. *No es momento de dejar las cosas como están*⁸⁰. En él se adelantaba que en diciembre se presentaría una propuesta relativa a un enfoque más moderno y más europeo de los derechos de autor, que tuviera en cuenta la revolución digital. Y así fue, mediante la Comunicación *Hacia un marco más moderno y más europeo de los derechos de autor*⁸¹.

Pues bien, en el apartado titulado «Un acceso más amplio a los contenidos en toda la UE», la Comisión lamenta que, en lo que se refiere al uso transfronterizo de los contenidos protegidos por derechos de autor, el mercado único digital no se ha hecho aún realidad. Entre las causas de esta situación, se incluye la aplicación territorial de los derechos de autor. Aunque la territorialidad de los derechos no impide por sí misma la concesión de licencias multiterritoriales —añade la Comisión—, en ocasiones es difícil o imposible obtenerlas. En el caso de las obras que están fuera del circuito comercial, además, «los problemas jurídicos que afectan a su accesibilidad transfronteriza se suman a las dificultades de carácter más general que supone el conseguir autorización para digitalizarlas y hacerlas accesibles a nivel nacional en primer lugar. Esto limita la disponibilidad en línea del patrimonio». Así las cosas, la Comisión anuncia que «a fin de que los usuarios de toda la UE puedan acceder en línea más fácilmente a las obras, la Comisión está evaluando distintas posibilidades y presentará propuestas legislativas para su adopción en la primavera de 2016», dirigidas, entre otros objetivos, al de «facilitar la digitalización de las obras fuera del circuito comercial, con vistas a que queden disponibles, incluso en toda la UE»⁸².

En este contexto se llegó a la Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital, a la que me refiero a continuación.

⁷⁹ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, 06.05.2015, COM(2015) 192 final.

⁸⁰ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación 27.10.2015, COM(2015) 610 final.

⁸¹ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación 9.12.2015, COM(2015) 622 final.

⁸² En la elaboración de esta Comunicación, la Comisión tuvo en cuenta, entre otros documentos, el informe de julio de 2014 sobre los resultados de la consulta pública sobre la revisión de las normas de la UE sobre derechos de autor, que se llevó a cabo entre el 15 de diciembre de 2013 y el 7 de marzo de 2014. Entre las preguntas relativas a los derechos de autor y el funcionamiento del mercado único, interesan fundamentalmente las realizadas sobre el acceso al contenido en bibliotecas y archivos (preguntas 40 y 41). Concretamente se preguntaba: a) si sería necesario legislar en los EM para asegurar un alcance transfronterizo de los resultados del MOU de 2011 a fin de que las obras fuera del circuito comercial sean accesibles en toda la UE; y b) si sería necesario desarrollar mecanismos similares para la digitalización y puesta a disposición de otras clases de contenidos (p. ej., colecciones sonoras o audiovisuales, archivos de radiodifusión). Toda la información al respecto puede verse en http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_en.htm

III. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL

1. INTRODUCCIÓN

Tal y como había anunciado en 2015, la Comisión presentó su Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital de 14 de septiembre de 2016⁸³. En mayo de 2018, el Comité de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los EM (COREPER) aprobó el mandato negociador del Consejo⁸⁴, y en junio de 2018 la Propuesta obtuvo el respaldo de la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI) del Parlamento por 15 votos a favor y 10 en contra (20 de junio de 2018); pero el 5 de julio de 2018 el Parlamento rechazó la decisión de dicha Comisión de iniciar negociaciones interinstitucionales. Como consecuencia de ello, la cuestión se debatió y votó de nuevo el 12 de septiembre de 2018, fecha en la que el Parlamento aprobó diversas enmiendas de las 86 presentadas por Axel VOSS en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos (enmiendas 1 a 86) y de las 166 adicionales presentadas por los miembros, con 438 votos a favor, 226 en contra y 39 abstenciones⁸⁵. A partir de aquí comenzó el triálogo, esto es, la negociación a tres bandas y a puerta cerrada entre el Parlamento, el Consejo y la Comisión a fin de consensuar un texto definitivo para la directiva⁸⁶, que se espera que sea votado en el Pleno del Parlamento en 2019.

Pues bien, los arts. 7 a 9 de la Propuesta se dedican a las OFCC. En relación con ellas, la Comisión tiene presentes las iniciativas nacionales para facilitar el acceso a las mismas y su difusión, pero entiende que el hecho de que solo

⁸³ CO(2016) 593 final. La Propuesta contó con la valoración favorable del Consejo Económico y Social (Dictamen de 25.01.2017, DOUE 21.4.2017, C 125/27). El Comité Europeo de las Regiones, por su parte, apoyó la extensión de las licencias colectivas para las OFCC a las sociedades de gestión de los derechos y las instituciones de patrimonio cultural, destacando los beneficios de estas medidas para garantizar una remuneración adecuada a los titulares de los derechos, así como la seguridad jurídica para las instituciones. No obstante, lamentó que en el texto no se mencione el carácter local y regional de esas obras. En particular —decía—, conviene señalar que, sin las frecuentes colaboraciones entre artistas, empresarios y entes locales que ofrecen subvenciones culturales, muchos de estos proyectos podrían no ver la luz (Dictamen del Comité Europeo de las Regiones – Derechos de Autor en el Mercado Único Digital, 2017/C 207/14).

⁸⁴ COUNCIL OF THE EU, Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market – Agreed negotiating mandate, Brussels, 25 May 2018 (OR. en) 9134/18, accesible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9134_2018_INIT&from=EN

⁸⁵ EUROPEAN PARLIAMENT, Amendments adopted on 12 September 2018 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market [COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)]1, P8_TA-PROV(2018)0337, accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2018-0337+0+DOC+PDF+V0//EN>

⁸⁶ COUNCIL OF THE EU, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market – preparation for the trilogue – 4-column document, 12513/18, accesible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_12513_2018_INIT&from=EN

algunos EM las hayan adoptado y de que tengan un alcance exclusivamente nacional, justifica la intervención de la UE para que en todos los EM se establezcan mecanismos de concesión de licencias que permitan el acceso y difusión de OFCC y para garantizar su efecto transfronterizo⁸⁷.

La regulación de las OFCC propuesta por la Comisión ha sufrido una modificación significativa en las enmiendas del Parlamento, aunque en general ha pasado desapercibida porque la atención está puesta en los puntos más conflictivos que llevaron a que no se aprobara la propuesta en julio —el derecho conexo en favor de los editores de prensa y el control de contenidos por las plataformas de Internet—.

Así las cosas, trataré a continuación de exponer y analizar críticamente las diferencias más significativas entre la Propuesta de la Comisión de 2016, el mandato negociador del Consejo de mayo de 2018 y las enmiendas aprobadas por el Parlamento en septiembre de 2018 en lo que al régimen de las OFCC se refiere.

2. CONCEPTO DE OBRAS FUERA DEL CIRCUITO COMERCIAL A EFECTOS DE LA PROPUESTA

De acuerdo con la Propuesta de la Comisión, se considerará que una obra u otra prestación está fuera del circuito comercial *«cuando la totalidad de la obra u otra prestación, en todas sus traducciones, versiones y manifestaciones, no esté a disposición del público a través de los canales comerciales habituales y no pueda esperarse razonablemente que lo esté»* (art. 7.2).

La posición negociadora del Consejo, por su parte, dispone que una obra o prestación se considerará fuera del circuito comercial *«cuando pueda presumirse de buena fe que la totalidad de la obra no está disponible para el público en los canales habituales de comercio después de un esfuerzo razonable por determinar su disponibilidad»* (art. 7.2).

Finalmente, en el texto del Parlamento el concepto de OFCC se recoge en el art. 2.1., relativo a las definiciones a efectos de la Directiva, concretamente en el apartado 4bis (nuevo), que incluye en la categoría las obras o prestaciones que: a) no están ya disponibles para el público en un Estado miembro, en ninguna de sus versiones o manifestaciones, a través de los canales habituales de comercio; o b) no han estado nunca en el circuito comercial en un Estado miembro, a menos que de las circunstancias del caso sea evidente que su autor se opuso a ponerlas a disposición del público (enmienda 60). A ello se añade, en la enmienda 69 al art. 7.2, que *«[l]os Estados miembros pueden establecer una*

⁸⁷ E. de M. de la Propuesta, pp. 3 y 5.

fecha límite a los efectos de determinar si una obra previamente comercializada debe considerarse como fuera del comercio».

Los tres textos ligan la consideración de OFCC con la indisponibilidad de la obra o prestación en los «canales habituales de comercio», sin especificar qué debe entenderse por tales. El Cdo. 25a del texto del Consejo aclara que la disponibilidad limitada de una obra, como por ejemplo en tiendas de segunda mano⁸⁸, o la posibilidad teórica de obtener una licencia de una obra no deben considerarse como disponibilidad de la obra para el público en los canales habituales de comercio. Sin embargo, no creo que pueda hablarse de «disponibilidad limitada» cuando las obras vendidas en tiendas de segunda mano se integran en los canales de Internet y pasan a formar parte de la oferta de grandes operadores, como Amazon, o en España, La Casa del Libro, Todos Tus Libros o Iber-libro, filial de la primera⁸⁹. Por otro lado, la duda se mantiene respecto de los nuevos canales emergentes a los que los autores recurren para revivir sus creaciones (auto-ediciones o auto-distribuciones digitales sin ISBN, posts en páginas web, etc.), lo cual preocupa al sector de titulares de derechos, por entender que presumiblemente los mismos quedarán fuera, ya que las bibliotecas (y se teme que quizás también los legisladores nacionales a la hora de implementar la directiva) suelen limitar los «canales habituales de comercio» a los más tradicionales. Se defiende, por tanto, que la directiva debería señalar expresamente que las versiones digitales auto-editadas quedan incluidas en los canales habituales de comercio⁹⁰.

También ha habido coincidencia entre los tres textos en cuanto a no limitar el tipo de obras y prestaciones a las que se pueden aplicar las soluciones previstas

⁸⁸ Las tiendas de segunda mano son conocidas en España como «librerías de lance o fondistas», y junto con las llamadas «librerías de viejo» (esto es, las que se ocupan de libros de más de 100 años), cumplen con la función inestimable de mantener en circulación libros descatalogados, antiguos, ediciones especiales, que de no ser por la existencia de estas librerías, serían muy difíciles de conseguir. En ellas podemos encontrar toda clase de libros, pero sobre todo de literatura, tanto clásica como actual, que es lo que más se vende; libros de historia, de arte, de filosofía, obras en otros idiomas, de temática local, de cocina baratos y sobre el ocultismo, ediciones especiales, libros antiguos e incluso se pueden hallar otros materiales de coleccionistas como revistas, tebeos, discos, pósters, estampas, postales, etc. («Librerías de viejo», *Alquibla. Una mirada al mundo de las bibliotecas*, 25-5-2013, accesible en <https://www.alquiblaweb.com/2013/05/25/librerias-de-viejo/>).

⁸⁹ L. F. RAMOS-SIMÓN/M. BLÁZQUEZ OCHANDO, «Patrimonio digital...», *cit.*, p. 16.

⁹⁰ THE SOCIETY OF AUTHORS (UK), «Our Views on the European Commission's Draft Legislation to Modernise the European Copyright Framework and Proposed Amendments», 11.8.2017, p. 5, accesible en <https://www.societyofauthors.org/SoA/MediaLibrary/SoAWebsite/Submissions/20170811-ALCS-and-SoA-Briefing-note-on-DSM-directive-and-Juri-amendments.pdf>. La opinión fue emitida en relación con la Propuesta de la Comisión, al igual que la de M^a. M. CURTO POLO, «El destino de los libros olvidados», *European papers*, vol. 2, 2017, n. 2, p. 741; y «La Propiedad Intelectual en las bibliotecas universitarias (II): Obras huérfanas y obras descatalogadas», *Propiedad Intelectual y transferencia de conocimiento en universidades y centros públicos de investigación* (dirs. F. Carbajo Cascón y M^a. M. Curto Polo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 497-498, que estima que se deja excesiva libertad a los EM en orden a la determinación del procedimiento para calificar una obra o prestación como fuera del circuito comercial.

en aquella. En efecto, atendiendo a la diversidad de tipos de obras y prestaciones que existen en las colecciones de las instituciones de patrimonio cultural, la Propuesta, a diferencia de algunas legislaciones nacionales, y de los acuerdos sectoriales propiciados por la Comisión con anterioridad, no se limita a determinados tipos de OFCC, por lo que el régimen se aplicará a todo tipo de obras que se encuentren fuera del circuito comercial (tales como libros y revistas especializadas, posters, folletos, fotografías, fonogramas, obras y grabaciones audiovisuales, programas de ordenador, obras únicas de arte)⁹¹. Ahora bien, para reflejar las particularidades de las distintas categorías de obras y prestaciones en lo que se refiere a modos de publicación y distribución, así como para facilitar el uso de las soluciones previstas en la Directiva para las OFCC, se señala que es posible que los EM tengan que establecer requisitos y procedimientos específicos para la aplicación práctica de los mencionados mecanismos de licencia. Para ello —se añade—, es conveniente que consulten con los titulares de derechos, las instituciones culturales y las EGC⁹².

En todo caso, los EM deben garantizar que tales requisitos y mecanismos específicos empleados para determinar si las obras o prestaciones pueden ser licenciadas no se extienden más allá de lo necesario y razonable y no impiden que se atribuya el estatus de fuera del circuito comercial a una colección en su conjunto cuando se pueda presumir razonablemente que todas las obras o prestaciones de la misma están en esa situación (art. 7.2). A pesar de esta previsión, que sin duda trata de superar los inconvenientes comprobados de la búsqueda obra por obra impuesta por la Directiva sobre obras huérfanas⁹³, la libertad otorgada a los EM puede restar seguridad jurídica a los proyectos de digitalización transfronterizos, por lo que sería conveniente que se impusiera una definición homogénea de OFCC⁹⁴.

⁹¹ Así lo afirma el Cdo. 25 de los textos de la Comisión y el Parlamento, al señalar que «es importante que los mecanismos de licencia introducidos por esta Directiva estén disponibles y puedan usarse para diferentes tipos de obras o prestaciones, incluidas fotografías, fonogramas y obras audiovisuales». En el mandato negociador del Consejo, el mismo considerando incluye también programas de ordenador y obras únicas de arte, así como —entre las obras y prestaciones que no han estado nunca en el comercio— posters, folletos, periódicos de guerra u obras audiovisuales *amateurs*. En la previa evaluación de impacto de la Propuesta realizada por la Comisión, se barajó la opción de limitar la regulación a libros y revistas especializadas fuera del circuito comercial, pero finalmente se optó por ampliar el alcance a todos los tipos de OFCC (E. de M., p. 8).

⁹² Cdo. 25.

⁹³ Según el Informe EUIPO sobre obras huérfanas de 2017, existen dificultades técnicas y legales principalmente en cuanto a los requisitos de la búsqueda diligente, que se perciben como demasiado complejos y, por tanto, hacen el sistema inadecuado para la digitalización a gran escala (EUIPO, *Orphan Works Survey 2017. Summary Report*, p. 7, accesible en https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/Orphan_Works_Survey_Summary_Report/Orphan_Works_Survey_Summary_Report.pdf).

⁹⁴ En el mismo sentido, C. GEIGER/G. FROSIO/O. BULAYENKO, «Facilitating wider access to Europe's cultural heritage in the digital environment: Opinion of the CEIPI on the European Commission's Copyright Reform Proposal, with a focus on access to out-of-commerce works», *CEIPI Research Paper* n. 2018-1, p. 8, accesible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3287734.

Más allá de estas coincidencias, pueden destacarse varias diferencias relevantes entre los textos de los diferentes órganos comunitarios que son objeto del debate a tres:

a) El texto del Consejo impone «un esfuerzo razonable» por determinar la disponibilidad de la obra (que recuerda a la «búsqueda diligente» de los titulares de derechos establecida por el art. 3 Dir. 2012/28/UE en relación con las obras huérfanas), realizado el cual se podrá considerar como OFCC aquella respecto de la que «se pueda presumir de buena fe» que no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales⁹⁵. En definitiva, se rebaja la exigencia de certeza de la indisponibilidad, recogida en los textos de la Comisión y del Parlamento, a cambio de elevar el esfuerzo requerido para determinarla⁹⁶.

b) El requisito de indisponibilidad de la obra «en todas sus traducciones, versiones y manifestaciones» de la Propuesta de la Comisión se reduce a no disponibilidad «en ninguna de sus versiones o manifestaciones» en las enmiendas del Parlamento y desaparece en el mandato negociador del Consejo. Ahora bien, por lo que se refiere a las distintas versiones y manifestaciones, no hay cambio de significado, ya que el Cdo. 25, según redacción del Consejo, aclara que «cuando una obra está disponible en cualquiera de sus diferentes versiones, como por ejemplo ediciones posteriores de obras literarias o tomas alternativas de obras cinematográficas, o cualquier otra de sus diferentes manifestaciones, como pueden ser formato digital y analógico de la misma obra, la obra o prestación no considerarse fuera del circuito comercial». Otra cosa sucede respecto de las traducciones, en la medida en que el mismo Cdo. 25 del texto del Consejo indica que la disponibilidad comercial de adaptaciones, incluyendo traducciones o adaptaciones visuales de una obra literaria, no debería impedir la atribución del estatus de OFCC a una obra en una lengua determinada. Personalmente considero excesivo exigir que la obra o prestación esté indisponible en todas sus traducciones, ya que quedarían fuera de la categoría de OFCC muchas no susceptibles de ser sustituidas por el original⁹⁷.

⁹⁵ No se aclara a quién corresponde llevar a cabo el esfuerzo razonable para determinar la disponibilidad de la obra o prestación. Entiendo que, como ocurre en los sistemas de LCE establecidos en los EM, serán las entidades de gestión colectiva, receptoras de las cantidades que recaudan en nombre de los titulares de derechos.

⁹⁶ En el Cdo. 25a de su texto, el Consejo explica que el esfuerzo razonable no debería tener que repetirse continuamente, sino que debería tenerse en cuenta cualquier evidencia de próxima disponibilidad de obras en los canales habituales de comercio. Una comprobación obra a obra solo debería exigirse cuando se considere razonable en vista de la disponibilidad de información relevante, la probabilidad de disponibilidad comercial y los costes de transacción estimados. Asimismo, indica que la comprobación de la disponibilidad debería hacerse, como regla general, en el EM en el que está establecida la institución de patrimonio cultural, a menos que se considere razonable una comprobación en un Estado diferente, por ejemplo, cuando haya información de que una obra literaria se ha publicado por primera vez en un idioma determinado en otro EM.

⁹⁷ Así se defiende también por C. GEIGER/G. FROSIO/O. BULAYENKO, «Facilitating wider...», p. 9, y por las instituciones de patrimonio cultural (EBLIDA/PUBLIC LIBRARIES/IFLA/EUROPEANA/LIBER, «Arts. 7 to 9...», *cit.*, pp. 2-3).

c) Tanto el Consejo como el Parlamento eliminan la exigencia de que razonablemente no pueda esperarse que la obra o prestación que se encuentran fuera del circuito comercial esté a disposición del público a través de los canales comerciales habituales en el futuro. Probablemente se ha tenido en cuenta la opinión de las entidades de patrimonio cultural, que sostienen que no se puede predecir el futuro⁹⁸, y que, además, la previsión no es necesaria, ya que los titulares de derechos pueden en cualquier momento negarse a que sus obras se licencien a través de la vía prevista por la Propuesta (p. ej., si piensan re-comercializarlas)⁹⁹.

d) El Parlamento, a diferencia de la Comisión y el Consejo, permite el establecimiento de una fecha límite a efectos de que una obra o prestación publicada previamente se considere como OFCC. Esta medida se ha estimado por algún autor como más eficiente y menos costosa para las entidades usuarias. Se dice, en este sentido, que las obras más antiguas tienen más probabilidad de estar fuera del circuito comercial y por tanto de tener menos valor económico para los titulares de derechos, al tiempo que la posibilidad de *opt-out* que prevé la Propuesta puede garantizar la protección de los titulares de obras más antiguas que todavía sean económicamente viables¹⁰⁰. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el establecimiento de fechas de corte distintas en los diferentes EM irá en detrimento de la eficacia del sistema¹⁰¹. De hecho, las diferencias ya existen entre las diferentes legislaciones nacionales que regulan las OFCC¹⁰².

e) Las enmiendas del Parlamento aclaran que en la categoría de OFCC caben tanto las obras y prestaciones que en su día estuvieron disponibles para el público en un EM a través de los canales habituales de comercio, como las

⁹⁸ En el mismo sentido, R. M. HILTY/T. LI/V. MOSCON, «Out-of-commerce works (Articles 7-9 COM(2016) 593 final) [Version 1.1]», *Modernisation of the EU Copyright Rules Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition* (eds. R. M. HILTY/V. MOSCON), Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 17-12, 18 septiembre 2017, p. 64, accesible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3036787>.

⁹⁹ EBLIDA/PUBLIC LIBRARIES/IFLA/EUROPEANA/LIBER, «Arts. 7 to 9...», *cit.*, pp. 2-3.

¹⁰⁰ M.-C. JANSSENS/R. TRYGGVADÓTTIR, «Facilitating access...», *cit.*, pp. 32-33. R. M. HILTY/T. LI/ V. MOSCON, «Out-of-commerce...», *cit.*, p. 64, por su parte, defendían, en su comentario al texto de la Comisión, la conveniencia de introducir una fecha de corte, pero no la misma para todas las obras y prestaciones, sino mediante un plazo calculado a partir del año de publicación.

¹⁰¹ De igual opinión son C. GEIGER/G. FROSIO/O. BULAYENKO, «Facilitating wider...», p. 8.

¹⁰² Así, por ejemplo, según el art. L. 134-1 CPI francés, introducido por la Ley 2012-287, de 1 de marzo de 2012, de modificación del Código de Propiedad Intelectual francés (CPI), relativa a la explotación digital de libros indisponibles del siglo XX, se consideran «indisponibles» los libros publicados en Francia antes del 1 de enero 2001 que ya no se difundan comercialmente por un editor ni estén a la venta en formato papel o digital. En Alemania, el art. 51 Ley sobre gestión de derechos de autor y derechos conexos por entidades de gestión colectiva de 24 de mayo de 2016 —procedente de la Ley alemana sobre el uso de obras huérfanas y agotadas de 2013— contiene mecanismos para la digitalización y puesta a disposición de obras publicadas antes del 1 de enero de 1966 en libros, revistas científicas o de otro tipo, periódicos y otros escritos. Y en Polonia, el art. 35.10 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de 1994, introducido por Ley de 11 de septiembre de 2015, requiere, para que una obra se considere FCC, que se trate de obra literaria publicada antes del 24 de mayo de 1994.

que no han estado nunca en el circuito comercial en un EM, a menos que de las circunstancias del caso sea evidente que su autor se opuso a ponerlas a disposición del público. La Comisión y el Consejo, de forma más genérica, se refieren a obras y prestaciones que no están disponibles para el público en los canales habituales de comercio.

3. SOLUCIÓN PREVISTA: ¿SISTEMA ÚNICO DE LICENCIAMIENTO COLECTIVO (COMISIÓN Y CONSEJO) O COMBINACIÓN CON LÍMITE A LOS DERECHOS DE AUTOR (PARLAMENTO)?

La Propuesta de la Comisión, aceptada por el Consejo, basa la solución para la digitalización masiva y puesta a disposición en línea de OFCC por instituciones de patrimonio cultural exclusivamente en la gestión colectiva, a través de los mecanismos de licencia colectiva extendida y presunción de representación. El texto del Parlamento, en cambio, recoge un sistema mixto, resultante de la combinación de licencias concedidas por EGC en los términos propuestos por la Comisión y el Consejo (como solución general) y el establecimiento de una excepción o limitación obligatoria para los casos en que aquel no sea posible.

Veamos cada una de estas opciones con más detalle.

3.1. Extensión legal de licencias colectivas voluntarias

El art. 7.1 de la Propuesta, en los textos de la Comisión y del Parlamento, establece que los EM garantizarán que cuando una EGC acuerde con una institución de patrimonio cultural, en representación de sus miembros, una licencia no exclusiva y para usos no comerciales que permita la digitalización, distribución, comunicación al público o puesta a disposición de obras u otras prestaciones fuera del circuito comercial que se encuentren de forma permanente en los fondos de la institución, dicha licencia podrá extenderse o se podrá presumir que la misma se aplica a los titulares de derechos sobre obras o prestaciones de la misma naturaleza que las cubiertas por aquella que no estén representados por la EGC, siempre que se den tres condiciones:

- a. Que la EGC sea, sobre la base de los mandatos de titulares de derechos concedidos, ampliamente representativa de los titulares de derechos en la categoría en cuestión de obras u otras prestaciones o de los derechos objeto de la licencia;
- b. Que se garantice la igualdad de trato a todos los titulares de derechos en cuanto a las condiciones de la licencia;
- c. Que todos los titulares de derechos puedan, en cualquier momento, rechazar que sus obras o prestaciones se consideren como fuera del circuito comercial y excluir la aplicación de la licencia a sus obras o prestaciones.

La posición negociadora del Consejo presenta una redacción ligeramente diferente. Así, dispone que los EM garantizarán que una EGC pueda, de acuerdo con sus mandatos, acordar una licencia no exclusiva y para usos no comerciales con una institución de patrimonio cultural que permita la «reproducción» (en vez de «digitalización»), distribución, comunicación al público o «puesta a disposición del público» (en vez de solamente «puesta a disposición») de obras u otras prestaciones fuera del circuito comercial que se encuentren de forma permanente en los fondos de la institución, con independencia de si todos los titulares de derechos cubiertos por la licencia han dado mandato a la entidad de gestión, siempre que se den las tres condiciones antes señaladas¹⁰³.

- i) Alcance y contenido de la extensión. El uso transfronterizo de las obras fuera del circuito comercial

Como se ha visto, el sistema previsto por el art. 7.1 de la Propuesta permite extender los efectos de una licencia voluntaria no exclusiva acordada para la digitalización («reproducción» según el texto del Consejo), distribución, comunicación al público o puesta a disposición («del público», aclara el Consejo) de OFCC que se hallen de forma permanente en la colección de la institución cultural con fines no comerciales entre una EGC y una institución cultural a obras de igual categoría cuyos titulares de derechos no estén representados por aquella entidad.

A estos efectos, se aclara que las obras o prestaciones se hallan de forma permanente en la colección de la institución cultural cuando son propiedad de la misma u obran en su poder de forma permanente, por ejemplo, como consecuencia de una transmisión de propiedad, de acuerdos de licencia o acuerdos de custodia permanente, préstamos de larga duración o depósito legal¹⁰⁴. No quedarán amparadas por la licencia, en cambio, obras que una biblioteca uni-

¹⁰³ En la línea de lo que se ha venido señalando a lo largo de este trabajo, el Cdo. 28c del texto del Consejo justifica la elección de sistemas basados en la gestión colectiva por el hecho de que, respecto de ciertos usos, y teniendo en cuenta la habitual gran cantidad de obras afectadas, los costes de transacción de las autorizaciones individuales con cada titular concernido son prohibitivamente altas. En tales casos, las licencias colectivas extendidas y mecanismos similares sirven como complemento de la gestión colectiva basada en mandatos individuales, al proporcionar seguridad jurídica a los usuarios. Además, ofrecen una oportunidad a los titulares de derechos para beneficiarse del uso legítimo de sus obras.

¹⁰⁴ Cdo. 21, según resultaría de la suma de los distintos ejemplos recogidos en los tres textos de la Comisión, el Consejo y el Parlamento. Por lo que se refiere a las bibliotecas universitarias, suelen recurrir a la solicitud de donaciones a instituciones externas, públicas o privadas, para conseguir OFCC especializadas en las áreas de conocimiento de las universidades a las que pertenecen (así se suele señalar expresamente en los programas o condiciones sobre donaciones a las bibliotecas de las universidades españolas, como por ejemplo en la Universidad de Alicante, http://www.boua.ua.es/pdf.asp?pdf=plan_gral_gestion_coleccion_biblioteca_ua.pdf; la Universidad Complutense de Madrid, <https://biblioteca.ucm.es/BUCM/intranet/29988.php>; o la Universidad de Sevilla, https://bib.us.es/sites/bib3.us.es/files/programa_donaciones_completo.pdf).

versitaria tenga en virtud del sistema de préstamo interbibliotecario con otras universidades o centros de investigación¹⁰⁵.

A partir de ahí, la primera cuestión que cabe subrayar es que, dentro de los límites establecidos por la norma, el alcance de la licencia colectiva extendida queda determinado por la licencia voluntaria celebrada entre la EGC y la entidad de patrimonio cultural¹⁰⁶. Dicha licencia voluntaria podrá abarcar los siguientes usos: la digitalización —o más ampliamente, la reproducción—, la distribución, la comunicación al público o la puesta a disposición del público. Se trata de un contenido muy amplio, que únicamente deja fuera los usos transformativos¹⁰⁷, y que puede permitir a las entidades de patrimonio cultural licenciatarias ofrecer un acceso mayor o menor a las OFCC en función de los derechos objeto de la licencia voluntaria celebrada.

Si el objetivo de la entidad en cuestión es permitir el acceso a las obras y prestaciones de su colección a través de Internet, los derechos que deben quedar cubiertos por la licencia han de ser los que en la Dir. 2014/26/UE se denominan «derechos en línea» y se definen, bien que limitadamente a las obras musicales, como «*cualquiera de los derechos de un autor sobre una obra musical previstos en los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29/CE que sea necesario para la prestación de un servicio de música en línea*» [art. 3 n)]. Se trata, pues, de los derechos de reproducción y puesta a disposición del público.

Así, en primer lugar, y salvo que la obra o prestación se haya creado en formato digital, será preciso digitalizarla. La digitalización consiste en la reducción o transformación de una obra en una serie de números (una secuencia de unos y ceros), pudiendo posteriormente recuperarla y reproducirla con la misma calidad que el original¹⁰⁸. Desde el punto de vista de la propiedad intelectual, es un acto de reproducción, entendiéndose por esta la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de una obra o prestación (art. 2 DDASI)¹⁰⁹.

¹⁰⁵ A. DEL ARCO BLANCO, «Las obras huérfanas...», *cit.*, p. 185.

¹⁰⁶ L. GUIBAULT/S. SCHROFF, «Extended Collective...», *cit.*, p. 10.

¹⁰⁷ Por tanto, no cabe que las entidades licenciatarias elaboren recopilaciones o colecciones de OFCC, como tampoco resúmenes, extractos, traducciones o actualizaciones (así lo afirman, respecto del límite sobre obras huérfanas del art. 37bis TRLPI, procedente de la DOH, R. SÁNCHEZ ARISTI, «El nuevo límite de obras huérfanas», *La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 156; P. CÁMARA ÁGUILA, «Comentario al artículo 37bis», *cit.*, p. 757; R. DE ROMÁN PÉREZ, «Las obras huérfanas en la Ley de propiedad intelectual y utilidades permitidas», *ADI*, n. 38, 2017-2018, p. 316).

¹⁰⁸ M^a. T. SANCHÍS MARTÍNEZ, *Derecho de autor, digitalización e Internet*, Universitas, Madrid, 2004, p. 101.

¹⁰⁹ *Vid.*, por todos, J. PLAZA PENADÉS, *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 182; S. LÓPEZ MAZA, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009, pp. 14 a 18; R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentario al artículo 18», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 4^a ed., Tecnos, Madrid, 2017, especialmente pp. 324 y ss.

Por su parte, la puesta a disposición del público fue introducida en la UE mediante el art. 3.1 DDASI¹¹⁰, según el cual «[l]os Estados miembros establecerán a favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija»; así como el art. 3.2, en cuya virtud los EM concederán, a ciertos titulares de derechos conexos, «el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija».

El tratamiento dado a esta forma de comunicación en el art. 3 DDASI ha planteado un debate sobre su consideración o no como una modalidad del derecho de comunicación al público consagrado en dicha norma. Parece claro que sí lo es en el caso del autor¹¹¹; mas no tanto en relación con los derechos conexos, respecto de los cuales se ha defendido en ocasiones que se trata de un derecho autónomo¹¹².

¹¹⁰ Este precepto incorpora el art. 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 (en adelante, TODA).

¹¹¹ *Vid.*, en este sentido, la STJUE (Sala Cuarta) de 13 de febrero de 2014, C-466/12, *Svensson*, ECLI:EU:C:2014:76, y la STJUE (Sala Cuarta) de 11 de septiembre de 2014, C-117/13, *Technische Universität Darmstadt*, EU:C:2014:192, apdo. 42.

¹¹² R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Madrid, 2003, p. 354; R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, 2ª ed., Granada, 2005, p. 223; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «La puesta a disposición de obras y prestaciones protegidas por quien no tiene la autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual cuando previamente se ha hecho accesible dicha obra en Internet con licencia del autor», *Diario La Ley Unión Europea*, n- 64, noviembre 2018, p. 19, nota 27 (laleydigital, 13370/2018). No hacen distinción, afirmando que la puesta a disposición del público en una modalidad del derecho de comunicación pública, J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «La propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información: nuevas perspectivas para el derecho de autor», *pe.i.*, n° 2, 1999, p. 92; F. CARBAJO GASCÓN, *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, Madrid, 2002, pp. 163-164; F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 20», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 3ª ed., Madrid, 2007, p. 360; J. PLAZA PENADÉS, *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 183; C. VICENT LÓPEZ, *Internet y Derechos de Autor. Nuevos modelos de explotación online*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 152. En el ordenamiento jurídico español, el legislador no deja lugar a dudas en cuanto a que el derecho de puesta a disposición es una especie dentro del género de comunicación al público, al incluirse expresamente como tal en el art. 20.2 i) TRLPI. Así lo sostienen, entre otros, E. SERRANO GÓMEZ, «La armonización de los derechos de autor. Propuesta de Directiva sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y conexos en la sociedad de la información. Su posible repercusión en la legislación española sobre derechos de autor», *La Ley*, 1998-1, p. 2125; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet*, 2ª ed., Granada, 2003, p. 249; J. C. ERDOZAIN LÓPEZ, *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Madrid, 2002, p. 129; I. C. GONZÁLEZ CABRERA, «El derecho de puesta a disposición del público: ¿un nuevo derecho o un subgénero del derecho de comunicación pública?», *AC*, 2004-2, pp. 2282-2283; M. SERRANO FERNÁNDEZ, «Propiedad intelectual y nuevas tecnologías», *Derecho digital: retos y cuestiones actuales* (dir. F. Capilla Roncero y otros, coord. Mª. Á. Fernández, Scagliusi), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 163.

En cualquier caso, el dato clave para definir esta forma de comunicación es el de que el comunicador no predetermina las coordenadas espaciales ni temporales de la comunicación, sino que estas se deciden por el público, ya que el acceso a las obras o prestaciones se realiza desde el lugar y en el momento que el miembro del público destinatario elija¹¹³. Por otra parte, en la puesta a disposición del público, basta, para que haya un acto de comunicación, la posibilidad de acceso a la obra o prestación, sin que sea preciso que los miembros del público lleguen o no a utilizar dicha posibilidad, como en cambio se exige para los supuestos tradicionales de comunicación pública¹¹⁴.

En lo que ahora importa, la licencia concedida a las entidades de patrimonio cultural que comprenda la puesta a disposición del público permitirá el disfrute directo de la obra o prestación por parte del usuario final. Este podrá, por tanto, leer el libro, visualizar la película, escuchar el fonograma en el momento elegido, vía *streaming* por ejemplo, pero no tendría la opción de imprimirse o descargarse una copia, puesto que esto se considera un acto separado de reproducción y con la entrega de ejemplares tangibles se produciría, además, distribución¹¹⁵. Ahora bien, al margen de la posibilidad de que dichos actos puedan quedar amparados por algún límite¹¹⁶, podrían ser también objeto de la licencia a la que se refiere el art. 7 de la Propuesta si aquella comprendiese también el derecho de distribución y —en el caso de que el texto finalmente adoptado siga la postura del Consejo—, la reproducción (no solo digital).

Quizá por ello la Propuesta haya extendido el uso al derecho de distribución, cosa que llama la atención de la doctrina porque no es necesario para la transmisión en línea de las obras y prestaciones¹¹⁷.

¹¹³ R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentario al artículo 20», *Comentarios...*, *cit.*, p. 426. Cabe apuntar, como hace este autor; que la puesta a disposición del público se inserta en un proceso complejo, en el que va precedida y seguida de sendos actos de reproducción, los cuales no forman parte de ella, sin embargo, sino que se trata de actos separables e inscribibles en la órbita de un derecho de explotación distinto. En efecto, para que un contenido sea localizable en la red, y, por tanto, pueda tener lugar el acto de puesta a disposición del público, es preciso un previo acto de reproducción consistente en subir o cargar dicho contenido en la red. Asimismo, la puesta a disposición desemboca en un acto de recuperación de la información que conlleva la realización de un segundo acto de reproducción, en este caso a cargo del internauta y en el equipo o dispositivo que este emplee para la navegación a través de la red. Esta segunda reproducción puede ser efímera (p. ej., audición o visualización en *streaming*), o permanente (p. ej., descarga del contenido en forma de un archivo guardable en un soporte de memoria estable), y tampoco forma parte del acto de puesta a disposición en sí.

¹¹⁴ I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «La puesta a disposición...», *cit.*, p. 3; M. SERRANO FERNÁNDEZ, «Propiedad intelectual...», *cit.*, p. 166.

¹¹⁵ R. DE ROMÁN PÉREZ, «Las obras huérfanas...», *cit.*, p. 314.

¹¹⁶ Como, por ejemplo, los recogidos en el art. 5.2, letras a) o b) DDASI, siempre que concurran en cada caso los requisitos exigidos por dichas disposiciones, y siempre que, además, se respeten los requisitos del art. 5.5 de dicha norma (regla de los tres pasos). Vid., al respecto, STJUE (Sala Cuarta) de 11 de septiembre de 2014, C-117/13, *Technische Universität Darmstadt*, EU:C:2014:192, apdo. 45.

¹¹⁷ R. M. HILTY/T. LI/ V. MOSCON, «Out-of-commerce...», *cit.*, pp. 64-65. De hecho, como señalan estos autores, el derecho de distribución no es contemplado en la DOH.

Otras consideraciones tienen que ver con la exigencia de fines no comerciales. Por una parte, creo que deberían permitirse también la extensión de licencias voluntarias para usos comerciales de las OFCC (como se prevé en el MoU)¹¹⁸, ya que ello puede contribuir a un mayor acceso a la diversidad cultural en el mercado único digital sin perjudicar los intereses de los titulares de derechos, quienes quedan protegidos por la facultad de exclusión voluntaria ejercitable en cualquier momento¹¹⁹. Hay quien va más allá y defiende que la colaboración entre instituciones públicas y privadas en los proyectos de digitalización a gran escala es esencial para asegurar la sostenibilidad de aquellos, dados los recortes en los fondos públicos europeos realizados en los últimos años. Además, se destaca que las empresas privadas a menudo promueven ideas novedosas, que pueden mejorar los proyectos públicos de digitalización¹²⁰.

Por otra parte, la Propuesta aclara que el requisito de fines no comerciales no es incompatible con la obtención de ingresos suficientes, por parte de las instituciones de patrimonio cultural, para cubrir los costes de la licencia y los de digitalización y difusión de las obras y otras prestaciones amparadas por aquella; especificando que las licencias concedidas no deben impedir que se obtengan dichos ingresos (Cdo. 27)¹²¹.

Finalmente, es preciso destacar que el art. 8 de la Propuesta asegura el uso transfronterizo de las OFCC cubiertas por el art. 7, al establecer que la institución de patrimonio cultural podrá utilizar «en todos los Estados miembros» las obras u otras prestaciones amparadas por una licencia concedida de conformidad con el art. 7. De forma acertada, se atribuye, pues, un carácter multiterritorial a las licencias extendidas que exime a la institución que quiere poner la obra a disposición del público en toda la UE de ir adquiriendo licencias Estado por Estado¹²².

¹¹⁸ Sin que ello signifique que las condiciones de la licencia para usos comerciales deban ser las mismas que las establecidas en licencias para usos no comerciales, ni en lo que se refiere a los derechos licenciados ni en lo relativo a las tarifas aplicables. En relación con esto, cabe recordar que, de acuerdo con el art. 16.2 Dir. de 2014 sobre gestión colectiva, las tarifas aplicadas a los derechos exclusivos —que han de ser razonables— deben fijarse atendiendo, entre otros factores, al valor económico de la utilización de los derechos negociados, así como la naturaleza y ámbito de uso de las obras y otras prestaciones, y el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión colectiva.

¹¹⁹ En el mismo sentido, R. M. HILTY/T. LI/ V. MOSCON, «Out-of-commerce...», *cit.*, pp. 65-66. Como subrayan estos autores, las iniciativas privadas para digitalizar obras funcionan más rápido y son menos caras para los EM; además, han existido ya varias iniciativas de la Comisión en fomento de la cooperación entre las instituciones de patrimonio cultural y las empresas privadas.

¹²⁰ R. MATULIONYTE, «10 years...», *cit.*, p. 68. De hecho, este autor señala que, de acuerdo con estudios recientes, el contenido y las funcionalidades de Europea no satisfacen plenamente las necesidades de los usuarios.

¹²¹ Según los textos de la Comisión y el Consejo. El Parlamento modifica ligeramente la redacción, pero sin cambiar el significado. Así, elimina la referencia a ingresos y simplemente dispone que las licencias concedidas no deben impedir que las instituciones licenciatarias puedan cubrir los costes antes mencionados.

¹²² A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, «La reforma del sistema de los derechos de autor en la Unión Europea», *Revista La Propiedad Inmaterial*, n. 22, julio-diciembre de 2016, pp. 119 y 120. En

ii) Entidades beneficiarias

La Propuesta de Directiva recoge como posibles licenciatarias de las LCE a las instituciones de patrimonio cultural. Según el art. 2.3 (coincidente en los textos de Comisión, Consejo y Parlamento), a los efectos de la directiva se incluyen en tal categoría las bibliotecas (y, como subtipo de ellas, entiendo que también las hemerotecas) y los museos accesibles al público, los archivos y las instituciones responsables del patrimonio cinematográfico o sonoro, entre las que hay que entender incluidas las fonotecas, filmotecas, videotecas y mediatecas.

Da la impresión de que se pretende incluir a todos los centros encargados de la custodia y el archivo de las creaciones intelectuales en sus múltiples formas. Por eso creo que la enumeración de instituciones no debe considerarse taxativa, de modo que si en un futuro apareciesen creaciones intelectuales expresadas en un soporte aún no conocido, y se creasen entidades encargadas de su archivo y custodia, con posibilidades de reproducción y puesta a disposición, deberían incluirse en la enumeración¹²³.

Por otra parte, como viene siendo habitual en el ámbito comunitario¹²⁴, no se exige que las bibliotecas y museos sean de titularidad pública para ser beneficiarios del régimen establecido respecto de las OFCC, sino únicamente que sean accesibles al público. Por consiguiente, caen bajo el ámbito de aplicación de la norma tanto las bibliotecas y los museos de titularidad pública —esto es, los integrados en las Administraciones públicas del Estado¹²⁵, como el Museo del Prado¹²⁶— como los de titularidad privada que sean accesibles al público. En esta categoría se incluirían museos como el Thyssen-Bornemisza o el Guggenheim, pero también bibliotecas especializadas de fundaciones privadas, empresas o entidades financieras, por ejemplo, que sean accesibles al público y frecuentemente visitadas por profesionales o investigadores por el interés de sus fondos, las cuales podrían quedar autorizadas para digitalizar las OFCC que se encuentran en sus colecciones y ponerlas a disposición de sus usuarios. Por el contrario, no encajan en el ámbito de beneficiarios las bibliotecas o museos de uso restringido, que impidan el acceso y/o disfrute de sus servicios a un

opinión de este autor, se puede criticar que el impacto práctico de esta nueva propuesta es inferior al de la Dir. 2014/26, pero es una muestra más de la voluntad firme de la Comisión Europea por acabar con la fragmentación del mercado único.

¹²³ Así lo defienden también, en relación con el art. 37 TRLPI, C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, «Comentario al artículo 37», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 3ª ed., Madrid, 2007, pp. 633-634; S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 37», *cit.*, p. 722.

¹²⁴ *Vid.* arts. 5.2 c) y 5.3 n) DDASI y art. 1.1 Dir. 2012/28/UE.

¹²⁵ C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, «Comentario al artículo 37», *cit.*, p. 634; S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 37», *cit.*, p. 722.

¹²⁶ Cuyo archivo histórico, con más de 12.000 documentos, ha sido digitalizado recientemente (<https://www.europapress.es/cultura/exposiciones-00131/noticia-museo-prado-abre-publico-memoria-digitalizacion-cerca-12000-archivos-20171127162022.html>).

miembro cualquiera del público; como ocurrirá, por ejemplo, si solo resulte accesible para los trabajadores o clientes de una empresa, o los estudiantes matriculados en un centro docente¹²⁷.

Por otro lado, entre las bibliotecas y museos de titularidad públicas creo que deben entenderse incluidos los que están integrados en otras instituciones, como las instituciones docentes integradas en sistemas educativos públicos (bibliotecas de colegios e institutos, así como bibliotecas y museos de universidades y centros de investigación), fundaciones públicas o colegios profesionales (p. ej., la biblioteca del Colegio de Abogados).

No hay requisito alguno en relación con los archivos e instituciones responsables del patrimonio cinematográfico o sonoro, por lo que pueden ser, igualmente, de titularidad pública¹²⁸ o privada y, además, accesibles o no al público.

iii) Mecanismos de extensión

La Propuesta no impone a los EM ningún mecanismo concreto de extensión de la licencia a titulares de derechos que no sean miembros de la EGC que la concede. En los textos de la Comisión y el Parlamento se mencionan, de forma ejemplificativa, la licencia colectiva extendida o ampliada y la presunción de representación, pero no son los únicos posibles, como aclara el Cdo. 23, en cuya virtud los EM deberían tener libertad para elegir el mecanismo específico que permita que las licencias sobre OFCC extiendan sus efectos a los derechos de titulares no representados por la EGC relevante, de acuerdo con su tradición legal, sus prácticas o sus circunstancias.

Cabe aventurar que el sistema que más se utilizará, puesto que es el que ya se ha escogido en diversos EM, ya sea como solución específica para la digitalización masiva y puesta a disposición de OFCC (Finlandia, Suecia, Noruega, Eslovaquia, Polonia), ya sea con carácter más general (Dinamarca, Hungría, Reino Unido), es el de las licencias colectivas extendidas o ampliadas; aunque alguno, como Alemania, ha optado por un sistema de presunción de representación¹²⁹. Y es

¹²⁷ R. SÁNCHEZ ARISTI, «El nuevo límite...», *cit.*, p. 144; P. CÁMARA ÁGUILA, «Comentario al artículo 37bis», *cit.*, p. 756, en relación con el límite sobre obras huérfanas.

¹²⁸ P. ej., RTVE y la Filmoteca Española, que fueron noticia hace unos años por la digitalización y puesta a disposición del público de sus fondos audiovisuales, entre los que se encuentran desde noticiarios y documentales hasta archivos históricos como el archivo completo del NO-DO («RTVE y Filmoteca Española ponen a disposición del público 6.753 documentos digitalizados del NO-DO», *Prensa RTVE*, 2-11-2015, accesible en <http://www.rtve.es/rtve/20151102/rtve-filmoteca-espanola-ponen-disposicion-del-publico-6753-documentos-digitalizados-del-no-do/1246322.shtml>).

¹²⁹ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment...*, *cit.*, Part 3/3, p. 131. En relación con este punto, la posición negociadora del Consejo incluye un Cdo. 28a, en cuya virtud las medidas previstas por la Directiva para facilitar el licenciamiento colectivo de las obras y prestaciones fuera del circuito comercial que se encuentran en las colecciones permanentes de las entidades

que, frente a otros esquemas posibles, como los de licencia colectiva obligatoria, presenta, entre otras ventajas, la de permitir a los titulares de derechos el control sobre sus obras o prestaciones¹³⁰ y la de que la libre negociación entre la EGC y las entidades usuarias suele conducir a una remuneración más alta que la que resulta de un sistema de licencia obligatoria¹³¹. También es una buena solución para los usuarios, cuya seguridad es total, al quedar excluida la eventualidad de que sean demandado por titulares de derechos ajenos a la EGC¹³². Además, desde el punto de vista de los EM, puesto que las LCE están basadas en la extensión de acuerdos voluntarios de gestión por motivos de eficiencia del mercado y ofrecen a los titulares de derechos la posibilidad de salirse del acuerdo, no suelen clasificarse como limitaciones, lo cual ofrece mucha más libertad a los EM para confeccionar la herramienta a medida de sus propias necesidades y objetivos¹³³, más allá del alcance de las limitaciones y excepciones comunitarias al derecho de autor¹³⁴.

de patrimonio cultural deberían entenderse sin perjuicio del uso de tales obras o prestaciones al amparo de excepciones o limitaciones previstas por el Derecho de la Unión o de otras licencias con efecto extendido, no basadas en el carácter de fuera del circuito comercial de las obras o prestaciones cubiertas. En cuanto a lo primero, cabe citar, por ejemplo, la excepción para la reproducción, en cualquier medio o formato, de obras o prestaciones que se encuentren de forma permanente en las colecciones de las instituciones de patrimonio cultural, a efectos de la preservación de dichas obras o prestaciones, en la medida necesaria para tal preservación. Y respecto a lo segundo, la alusión debe entenderse hecha a las licencias colectivas extendidas generales de los países nórdicos, Hungría o Reino Unido.

¹³⁰ T. RIIS/J. SCHOVSBO, «Extended Collective Licenses and the Nordic Experience: It's a Hybrid but is it a Volvo or a Lemon?», *Colum. J. L. & Arts*, n. 33, 2010, p. 472.

¹³¹ J. AXHAMN/L. GUIBAULT, «Cross-border extended...», *cit.*, p. 51; L. GUIBAULT/S. SCHROFF, «Extended Collective...», *cit.*, p. 2.

¹³² R. CASAS VALLÉS, «La problemática de las llamadas obras huérfanas (Propuestas de solución con particular referencia a la Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas)», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2014-1, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, p. 125.

¹³³ La libertad dada a los EM respecto a la provisión de licencias colectivas extendidas y otros instrumentos similares ha sido reiterada en varias directivas comunitarias, como la DDASI (Cdo. 18), la DOH (Cdos. 4 y 24) y la Dir. 2014/26/UE relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (Cdo. 12) (C. SGANGA, «From Soulier to the EU copyright law reform: what future for non-voluntary collective management schemes?», *ERA Forum*, vol. 1/2018, accesible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3109001, p. 7).

¹³⁴ A. STROWEL, «The European "Extended Collective Licensing" Model», *Colum J L & Arts*, n. 34, 2011, p. 668; C. SGANGA, «From Soulier...», *cit.*, p. 5. Solo en los casos en que no se prevea el derecho de oposición de los titulares, la LCE se considerará una limitación (T. RIIS/J. SCHOVSBO, «Extended Collective...», *cit.*, pp. 485-486). En contra, se sostiene que incluso cuando hay derecho de oposición debe estimarse que una LCE es un límite a los derechos de propiedad intelectual, en la medida en que la conversión de la necesidad de consentimiento previo en una presunción de dicho consentimiento va en contra del principio de exclusividad de los derechos (C. RYDNING, «Extended Collective Licenses. The compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law», *Complex 3/10*, Norwegian Research Center for Computers and Law, 2010, p. 24; y J. AXHAMN/L. GUIBAULT, «Cross-border extended...», *cit.*, p. 49). El modelo de LCE debe respetar, por tanto, el test de las tres etapas (J. AXHAMN/L. GUIBAULT, «Cross-border extended...», *cit.*, p. 49; M.-C. JANSSENS/R. TRYGGVADÓTTIR, «Facilitating access...», *cit.*, p. 37).

Con todo, hay que tener en cuenta, como pone de relieve CASAS VALLÉS, que las LCE requieren un sistema de sociedades de gestión bien establecido, así como que se apartan del Derecho civil, basado en el derecho de propiedad y la autonomía privada, para acercarse al Derecho laboral, determinado por el salario y la negociación colectiva¹³⁵.

- iv) Requisitos para la extensión. Especial referencia a la representatividad de la entidad de gestión colectiva

Como se ha indicado, son tres los requisitos exigidos por el art. 7.1.

1. Representatividad de la EGC

Respecto al primero, relativo a la representatividad de la EGC, la Propuesta de Directiva, de forma similar a la Dir. sobre gestión colectiva de 2014, no establece los criterios para determinarla¹³⁶. Únicamente exige que la EGC sea «ampliamente» (en los textos de la Comisión y el Parlamento) o «suficientemente» (en la posición negociadora del Consejo) representativa de los titulares de derechos en la categoría en cuestión de obras u otras prestaciones o de los derechos objeto de la licencia, con base en los mandatos de titulares de derechos concedidos [art. 7.1. a)].

La utilización de un adverbio u otro marca una importante diferencia en cuanto a la exigencia de representatividad, pudiendo el primero suponer un serio inconveniente a la implementación práctica de los mecanismos de extensión de licencias¹³⁷. Y es que, en efecto, al menos por lo que se refiere al primer elemento (el número de miembros de la EGC) de los tres que, según L. GUIBAULT y S. SCHROFF definen la representatividad (los otros dos serían el mandato de los socios a la entidad y la información a los no-miembros)¹³⁸, se apuntan ciertos obstáculos a la consecución de un número elevado de miembros. Por ejemplo, que los titulares de derechos no tuvieran en mente la explotación comercial de sus obras cuando estas fueron creadas, y, por tanto, no sintieran necesidad de ingresar en una EGC. O el fomento de la competitividad entre las EGC por la Dir. 2014/26/UE sobre gestión colectiva, permitiendo a los titulares de derechos

¹³⁵ R. CASAS VALLÉS, «La problemática...», *cit.*, p. 125. En efecto, como recuerda G. MINERO ALEJANDRE, «Comentario al artículo 152», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 1996, la regla general, al menos en España, en materia de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual es la gestión colectiva voluntaria, que se materializa a través de un contrato de gestión o mandato por el que el titular de derechos de autor o conexos, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, encomienda la administración de sus derechos a la entidad correspondiente (art. 153 TRLPI).

¹³⁶ EBLIDA/PUBLIC LIBRARIES/IFLA/EUROPEANA/LIBER, «Arts. 7 to 9...», *cit.*, p. 2.

¹³⁷ Como destacan, asimismo, C. GEIGER/G. FROSIO/O. BULAYENKO, «Facilitating wider...», p. 14.

¹³⁸ L. GUIBAULT/S. SCHROFF, «Extended Collective...», *cit.*, p. 13.

elegir la que prefieran, con independencia de su ubicación en uno u otro EM (art. 5.2); de modo que, si el objetivo se consigue, habrá más de una EGC relevante para cada tipo de obras y derechos¹³⁹. Por ello, para una mayor utilidad del sistema, debería escogerse finalmente el criterio de representatividad «suficiente» propuesto por el Consejo.

En cuanto al segundo elemento de la representatividad, el mandato por parte de los miembros de la EGC, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el art. 5 Dir. de gestión colectiva de 2014, deben señalarse específicamente los derechos para los que se concede el mandato. Pues bien, en el caso de obras antiguas, es poco probable que se haya previsto expresamente la puesta a disposición en línea, por lo que las EGC deberían actualizar sus contratos con los miembros¹⁴⁰.

¹³⁹ L. GUIBAULT/S. SCHROFF, «Extended Collective...», *cit.*, pp. 13-14. Por otra parte —añaden estos autores—, si se identifica amplia representatividad con representar a la mayoría de titulares de derechos de un sector, resulta que, aunque solo exista una EGC en un ámbito, ello no implica necesariamente que represente a la mayoría de titulares. En España, a día de hoy, existen ocho EGC a nivel nacional, a saber: 1) SGAE (Sociedad General de Autores y Editores): autores y editores musicales, autores dramáticos y audiovisuales; 2) CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos): autores y editores de obras literarias o, más ampliamente, de texto; 3) VEGAP (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos): autores plásticos; 4) DAMA (Derechos de Autor de Medios Audiovisuales): autores audiovisuales, singularmente directores cinematográficos; 5) AIE: artistas intérpretes o ejecutantes de obras musicales; 6) AISGE (Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión): artistas intérpretes o ejecutantes de obras teatrales y audiovisuales, así como directores de escena; 7) AGEDI (Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales): productores de fonogramas; y 8): EGEDA (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales): productores de grabaciones audiovisuales. Como cabe apreciar, aunque hay algunos solapamientos, en líneas generales cada una de las entidades actúa en un ámbito delimitado, en un contexto de monopolio fáctico, como destaca N. MORALES IMBERNÓN, «El Anteproyecto...», *cit.*, p. 5 (según paginación de la leydigital). Por consiguiente, cada una de ellas disfruta de un elevado poder de mercado, al no tener que enfrentarse a la competencia de ninguna otra entidad de gestión, con la única excepción del segmento de los autores audiovisuales, en el que coinciden SGAE y DAMA (G. MINERO ALEJANDRE, «Comentario al artículo 152», *cit.*, p. 1990).

¹⁴⁰ L. GUIBAULT/S. SCHROFF, «Extended Collective...», *cit.*, pp. 15-16. En la práctica —señalan estos autores— hay EM como Dinamarca y Alemania, en los que se implementa correctamente este requisito, y otros, como Francia, en los que no. Así, en Dinamarca, el Ministro de Cultura, encargado de comprobar la representatividad de la entidad de gestión colectiva, la basa en una combinación del número de miembros y del derecho exclusivo en cuestión. De igual forma, en cuanto a las OFCC publicadas en Alemania antes del 1 de enero de 1966 y comprendidas en el régimen establecido por la Ley sobre entidades de gestión colectiva, se establece expresamente que solo respecto de las EGC que ya gestionen el derecho en cuestión respecto de sus miembros, se presumirá que lo gestionan también respecto de los no miembros (art. 51). Por el contrario, en Francia, la Ley de 2012 incorporó un sistema discutible en relación con los libros indisponibles publicados antes del 1 de enero de 2001. Así, una vez inscrito un libro indisponible en la base de datos pública gestionada por la Biblioteca Nacional de Francia —cosa que puede hacerse a petición de cualquier persona— se concede a los titulares de derechos un plazo de seis meses desde la inscripción para pedir su exclusión de la lista. Si no lo hacen, SOFIA, que ha sido la EGC determinada por el Ministerio de Cultura, será la encargada de ejercitar los derechos digitales sobre la obra, dentro del marco establecido por la ley (art. L. 134-3.I, primer párrafo), sin perjuicio de la posibilidad de los titulares de derechos de sacar sus obras de la licencia concedida. Pues bien, como el texto de la ley no es suficiente para dar un mandato a SOFIA, esta entidad necesita el consentimiento expreso de los titulares de derechos para ejercitarlos en su nombre. Sin embargo, hasta 2018 el documento de adhesión que los autores firmaban para ser miembros de SOFIA no hacía referencia los derechos

Otro inconveniente para la implementación práctica del sistema se dará en ciertos EM en los que no existen EGC para la gestión de los derechos de reproducción, distribución y puesta a disposición de las obras audiovisuales y visuales, especialmente fotografía. Se ha propuesto, como posible solución, recurrir a las EGC que gestionan otros derechos (los derechos de remuneración) sobre los mismos tipos de obras; de modo que donde no exista una EGC representativa de derechos, se consideraría como tal a una EGC representativa de obras¹⁴¹.

En cuanto al lugar en que la EGC que conceda la licencia en cuestión ha de ser representativa, el art. 7.4 de los textos de la Comisión y el Parlamento distinguen: a) en general, el EM en que las obras o fonogramas se hayan publicado por primera vez, o a falta de publicación, en que se hayan radiodifundido por primera vez, excepto en el caso de obras cinematográficas y audiovisuales; b) respecto de estas, el EM en que los productores de dichas obras tengan su sede o su residencia habitual; c) en caso de que, tras esfuerzos razonables, no se pueda determinar un EM o un tercer país de acuerdo con los criterios de las letras a) y b), el EM en que la institución de patrimonio cultural esté establecida. En el mandato negociador del Consejo, en cambio, el citado precepto establece que se exija la representatividad de la EGC solamente en el EM en el que la entidad de patrimonio cultural esté establecida.

2. Igualdad de trato a todos los titulares de derechos en cuanto a los términos de la licencia

El principio de igual trato se aplica a la remuneración, y respecto de los no-miembros extranjeros, responde al principio del trato nacional del art. 5.1 CB¹⁴². No se extiende, sin embargo, a los demás beneficios de la EGC que se paguen fuera de aquella. Además, si el titular no puede ser encontrado o localizado, no será remunerado y su remuneración permanecerá en la EGC, la cual podrá usarla en forma de beneficios colectivos para sus miembros¹⁴³.

3. Facultad de exclusión por parte de los titulares de derechos

El tercer requisito previsto en el art. 7.1 c) es que los titulares de derechos puedan, en cualquier momento, quedar fuera del sistema. Los textos de la Comisión y el Parlamento se refieren a la facultad de «*oponerse a que se considere*

relativos a obras indisponibles. Después de que el Consejo de Estado, a consecuencia de la ya citada STJUE en el caso *Soulier y Duke*, anulara el art. 1 del Decreto n. 2013/182, que, en desarrollo de los arts. L. 134.1 a L. 134-9 CPI, introdujo los arts. R. 134-5 a R. 134-10 CPI, SOFIA modificó el documento de adhesión, de manera que ahora los autores expresamente encargan la gestión de la remuneración procedente de la explotación de libros indisponibles en formato digital.

¹⁴¹ C. GEIGER/G. FROSIO/O. BULAYENKO, «Facilitating wider...», *cit.*, p. 15.

¹⁴² J. AXHAMN/L. GUIBAULT, «Cross-border extended...», *cit.*, p. 35.

¹⁴³ T. RIIS/J. SCHOVSBO, «Extended Collective...», *cit.*, p. 491; J. AXHAMN/L. GUIBAULT, «Cross-border extended...», *cit.*, p. 45.

que sus obras u otras prestaciones están fuera del circuito comercial e impedir que se les aplique la licencia a sus obras u otras prestaciones». El texto del Consejo, a mi modo de ver más acertado, se refiere a que los titulares de derechos «puedan, en cualquier momento, excluir la posibilidad de que las entidades de gestión colectiva licencien sus obras o prestaciones de acuerdo con lo previsto en este artículo, ya sea en general o para casos específicos, o excluir la aplicación de una licencia concedida de acuerdo con este precepto a sus obras o prestaciones».

Se ha dicho que el sistema de exclusión previsto por la Propuesta configura una clara excepción al art. 5 Dir. 2014/26/UE sobre gestión colectiva, la cual exige un consentimiento expreso, y además por escrito, para que la EGC pueda representar los derechos de un titular¹⁴⁴; e implica, en definitiva, una merma del derecho de exclusividad del autor. A pesar de ello, hay quien estima que es una vía adecuada a la hora de encontrar un equilibrio entre los intereses públicos y la propiedad intelectual¹⁴⁵; mientras que, desde una posición contraria, se considera que se está consagrando una peligrosa tendencia a la normalización de la utilización de obras protegidas sin autorización¹⁴⁶.

Por otra parte, cabe plantear aquí si el hecho de imponer a los autores un trámite (negarse a que las EGC licencien sus obras o prestaciones de acuerdo con lo previsto en la Propuesta o pedir la exclusión de la aplicación de una licencia concedida de acuerdo con la norma a sus obras o prestaciones) no sería contrario a la prohibición de someter el disfrute y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual a cualquier formalidad prevista en el art. 5.2 CB. Así lo han defendido varios autores en relación con la facultad de los titulares de derechos de pedir la exclusión de sus obras de la lista de libros indisponibles prevista en la ley francesa de 2012¹⁴⁷. Otros autores, sin embargo, en relación con las LCE de los países nórdicos, que también establecen un derecho de oposición en favor de los no miembros a quienes se ha extendido la licencia, consideran que ese planteamiento se basa en el entendimiento de que los derechos solo pueden ejercitarse de forma individual, cuando en realidad, como es sabido, cabe un ejercicio colectivo, y se puede decir que los no-miembros

¹⁴⁴ M^a. M. CURTO POLO, «La Propiedad Intelectual...», *cit.*, p. 497; C. SGANGA, «From Soulier...», *cit.*, p. 8.

¹⁴⁵ I. ESPÍN ALBA, *Obras huérfanas...*, *cit.*, p. 186, en relación con el régimen establecido para las obras huérfanas en la Directiva de 2014. En esta línea, O. FISCHMAN-AFON, «The Evolution of Copyright Law and inductive speculations as to its future», *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 19, 2012, n. 2, p. 258, también citado por la autora referida, sostiene que la difusión en masa de trabajos genera la necesidad de cambio en las normas de exclusividad, permitiendo la utilización de mecanismos de *opt-out*, matizando los sistemas de responsabilidad y dando más terreno a las excepciones y limitaciones del derecho de autor.

¹⁴⁶ S. CHECA PRIETO, *La explotación comercial de las obras huérfanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 254.

¹⁴⁷ F. MACREZ, «L'exploitation numérique des livres indisponibles: que reste-t-il du droit d'auteur?», *Recueil Dalloz*, n. 12, 22 marzo 2012, p. 9; A. BENSAMOUN, «The French...», *cit.*, p. 219. En definitiva —señala la segunda autora citada—, el disfrute de los derechos está ligado a una expresión de voluntad.

cubiertos por una LCE claramente ejercitan sus derechos, bien que colectivamente, incluso cuando no ejercitan su derecho de opción. Por tanto, la LCE es un tipo específico de explotación y el *opt-out* no es una condición para el ejercicio del derecho como tal¹⁴⁸. Se dice además que si un modelo como el de licencia colectiva obligatoria, que no incluye la facultad de oposición, se considera compatible con la prohibición de formalidades, un modelo similar pero con facultad de exclusión debería serlo también¹⁴⁹.

En cualquier caso, en la medida en que se establecen para proteger los intereses de los titulares de derechos, considero que los procedimientos de exclusión deben: a) alcanzar al mayor número posible de no-miembros de la EGC; b) explicar claramente, mediante la información facilitada, el propósito y el alcance del acuerdo; y c) facilitar de la forma más fácil y barata para el no-miembro el mecanismo para notificar a la EGC su negativa al ejercicio de sus derechos¹⁵⁰.

Asimismo, de igual forma que se prevé un efecto transfronterizo de las licencias acordadas de conformidad con la Propuesta en beneficio de las instituciones de patrimonio cultural, creo que debería establecerse un procedimiento de *opt-out* general, aplicable a todas las licencias sobre OFCC existentes en todos los EM; de manera que un autor no quedara obligado a ejercitar su facultad de no inclusión en cada EM donde su obra pudiera haber sido publicada¹⁵¹.

Por otro lado, se apunta que debería quedar claro que los EM están obligados a configurar la facultad de *opt-out* de los autores tanto de forma general como para casos específicos, sin que pueda entenderse que es facultativo para aquellos permitirla solo para uno de esos casos o para los dos¹⁵².

Finalmente, estimo que la prevalencia de la voluntad individual del titular de derechos debería quedar clara también en relación con eventuales acuerdos existentes o futuros entre el titular de derechos y un usuario, los cuales deberían declararse expresamente preferentes por la Directiva¹⁵³.

¹⁴⁸ J. AXHAMN/L. GUIBAULT, «Cross-border extended...», *cit.*, p. 46. En términos parecidos, T. RIIS/J. SCHOVSBO, «Extended Collective...», *cit.*, p. 483, sostiene que los no-miembros cubiertos por una LCE ejercitan sus derechos cuando no usan su facultad de exclusión.

¹⁴⁹ J. AXHAMN/L. GUIBAULT, «Cross-border extended...», *cit.*, p. 46.

¹⁵⁰ En este sentido, J. GINSBURG, «Extended Collective Licenses in International Treaty Perspective: Issues and Statutory Implementation», *Columbia Public Law Research Paper*, n. 14-564, p. 6, accesible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3068997; L. GUIBAULT/S. SCHROFF, «Extended Collective...», *cit.*, p. 19.

¹⁵¹ Así lo defiende THE SOCIETY OF AUTHORS (UK), «Our Views...», *cit.*, p. 6. Esto sería lo más coherente, según la mencionada asociación, con el objetivo del mercado único digital.

¹⁵² THE SOCIETY OF AUTHORS (UK), «Our Views...», *cit.*, p. 6.

¹⁵³ J. AXHAMN/L. GUIBAULT, «Cross-border extended...», *cit.*, p. 60, defienden la inclusión de esta regla en un eventual sistema de LCE para los proveedores de Europea, a fin de proteger, por ejemplo, contenido de naturaleza personal, como cartas privadas, fotos personales, diarios, que hayan sido depositados en una institución cultural a condición de que solo se faciliten a los usuarios para fines de investigación.

Para cerrar este apartado estimo oportuno destacar que, como recuerda la Propuesta, a fin de asegurar la efectividad de los mecanismos de licencia previstos en aquella, es fundamental contar con un sistema de gestión colectiva riguroso y eficiente, que debería ser fomentado por los EM. Dicho sistema debe incluir, en particular, reglas de buen gobierno, transparencia e información, así como de reparto diligente y adecuado de las sumas entre los titulares de derechos, según dispone el Cdo. 24 Dir. 2014/26/UE, y se contempla en su articulado¹⁵⁴.

v) Medidas de publicidad

Para proteger los intereses de los titulares de derechos, el art. 7.3 de la Propuesta enmendada por el Parlamento, obliga a los EM a adoptar medidas de publicidad adecuadas, durante un periodo mínimo de seis meses antes de que las OFCC sean digitalizadas, distribuidas, comunicadas públicamente o puestas a disposición, en relación con tres aspectos:

- a) La consideración de las obras o prestaciones como fuera del circuito comercial.
- b) Cualquier licencia, especialmente en lo que se refiere a su aplicación a titulares no representados por la entidad de gestión licenciante.
- c) La posibilidad de los titulares de derechos de negarse a que sus obras o prestaciones se cataloguen como fuera del circuito comercial y de excluir la aplicación a las mismas de la licencia.

El establecimiento del plazo mínimo de antelación de seis meses fue introducido por la enmienda 69 del Parlamento. En el texto de la Comisión se impone, de forma más vaga, que las medidas de publicidad se mantengan «incluso durante un periodo de tiempo razonable» antes de que las obras o prestaciones sean digitalizadas, distribuidas, comunicadas públicamente o puesta a disposición del público¹⁵⁵. Conviene aclarar que el término «incluso» se utiliza aquí como adverbio de modo con el significado de «inclusivamente, con inclusión», en traducción de la palabra «*including*» de la versión inglesa de la Propuesta.

El art. 8.2, por su parte, dispone que los EM deben asegurar que la información que permita la identificación de las obras o prestaciones fuera del circuito comercial cubiertas por el art. 7, así como la información sobre la posibilidad de

¹⁵⁴ La importancia de la transparencia en la gestión colectiva en general, y especialmente en las licencias que producen efectos obligatorios para titulares no miembros de la EGC, ha sido destacada por M.-C. JANSSENS/R. TRYGGVADÓTTIR, «Facilitating access...», *cit.*, p. 34, así como por J. AXHAMN/L. GUIBAULT, «Cross-border extended...», *cit.*, pp. 46 y 55, entre otros.

¹⁵⁵ La otra modificación —de menor calado— introducida por el Parlamento en el art. 7.3 de la Comisión consiste en el cambio de la alusión de la letra b) a «la» licencia por la referencia a «cualquier» licencia.

los titulares de derechos recogidas en el art. 7.1 c) y 7.1a b) se hagan accesibles al público de forma permanente, fácil y efectiva, a través del portal en línea que será creado y gestionado por la EUIPO, de acuerdo con el Reglamento UE 386/2012 (art. 8.3 Propuesta) con una antelación mínima de seis meses al momento en que las obras o prestaciones sean digitalizadas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a disposición del público en EM distintos de aquellos en los que se ha concedido la licencia, y por toda la duración de la licencia¹⁵⁶.

La lectura que cabe hacer de los arts. 7.3 y 8, en la versión expuesta, es, a mi juicio, que los EM están obligados, con carácter general, a adoptar medidas de publicidad, durante el periodo mínimo establecido, respecto de los tres aspectos señalados por el primero de dichos preceptos; y que tienen en principio libertad para escoger los mecanismos concretos, si bien en lo que se refiere a la identificación de las OFCC y a la facultad de oposición y exclusión de los titulares de derechos uno de ellos debe ser, necesariamente, el portal en línea de EUIPO, sin perjuicio de que pueda dársele publicidad adicional por otros medios.

En el texto del Consejo, las medidas de publicidad se reflejan en el art. 8a. De acuerdo con el apartado 1 del citado precepto, los EM asegurarán que la información a los efectos de las obras o prestaciones fuera de comercio, así como la relativa a la posibilidad de los titulares de derechos recogidas en el art. 7.1 c), y, tan pronto como esté disponible, la información sobre las partes de la licencia, los territorios cubiertos y los usos permitidos, sea públicamente accesible en un portal en línea —creado y gestionado por la EUIPO, según el apartado 2 de la norma— desde al menos seis meses antes desde que las obras u otras prestaciones sean distribuidas, comunicadas al público o puestas a disposición del público de acuerdo con la licencia.

Hasta aquí, cabe señalar tres diferencias con los textos de la Comisión y el Parlamento:

- a) No se exige que las medidas de publicidad se adopten antes de la digitalización de las obras o prestaciones.
- b) Se añade, como obligatoria a través del portal online de la EUIPO, la información sobre las partes de la licencia, los territorios cubiertos y los usos permitidos.
- c) No hay referencia a la necesidad de que la información a través del portal esté accesible en los EM distintos a aquel en que se concedió la licencia y por toda la duración de esta.

¹⁵⁶ La única diferencia entre los textos de la Comisión y el Parlamento es la adición, por el segundo, de que el acceso a la información a través del portal de la EUIPO sea permanente, fácil y efectivo.

A ello añade el apartado tercero del art. 8a de la propuesta del Consejo que los EM adoptarán otras medidas adicionales de publicidad, pero solamente «si fuera necesario para el conocimiento general de los titulares de derechos», respecto a la posibilidad de las EGC de licenciar obras o prestaciones de acuerdo con el art. 7, las licencias concedidas y las posibilidades de los titulares de derechos recogidas en el art. 7.1 c)¹⁵⁷. Se especifica, además —a diferencia de los textos de la Comisión y el Parlamento—, que tales medidas se adoptarán, en principio, solamente en el EM en que se ha concedido la licencia; pero si hubiera datos, como por ejemplo el origen de la obra o prestación, que hicieran pensar que el conocimiento de los titulares podría ser más efectivo en otros EM o terceros países, entonces las medidas de publicidad cubrirían también tales territorios.

En este punto es importante recordar la STJUE de 16 de noviembre de 2016, C- 301/15, *Soulier y Doke*¹⁵⁸. En ella se cuestiona la legislación francesa sobre libros indisponibles en el punto en que encomienda a una EGC el ejercicio del derecho a autorizar la explotación digital de libros no disponibles, sin consentimiento expreso de los autores, si estos no se oponen a tal ejercicio en el plazo de seis meses desde la inscripción de tales libros en una base de datos creada al efecto. En relación con ello, el TJUE admite que el necesario consentimiento previo del autor para la explotación de sus derechos sobre sus obras pueda ser expreso o tácito (apdo. 35), si bien la validez del segundo debe estar sujeta a requisitos estrictos, dado el objetivo de la DDASI de garantizar un elevado nivel de protección a los autores (apdo. 37). Entre esos requisitos, se encuentra el de garantizar una información previa «efectiva e individualizada» a los titulares de derechos sobre la futura utilización de sus obras por parte de un tercero y sobre los medios puestos a su disposición para prohibirlo si lo desean. Pues bien, en la medida en que la normativa francesa no incluye un mecanismo que garantice el cumplimiento de tal requisito, la sentencia afirma que es contraria a la DDASI, ya que no cabe considerar que la mera falta de oposición por parte de aquellos exprese un consentimiento implícito a tal utilización (apdos. 38 y 43)¹⁵⁹.

La exigencia de una información individualizada anula, en gran medida, las ventajas de las licencias colectivas extendidas en términos de reducción de costes de transacción. Se dice, en este sentido, que hace peligrar las bases en las

¹⁵⁷ De acuerdo con el Cdo. 28 del mandato negociador del Consejo, esas medidas pueden consistir, por ejemplo, en el uso de canales de comunicación adicionales para alcanzar a un público más amplio. La necesidad, la naturaleza y el alcance geográfico de esas medidas adicionales de publicidad debería depender de las características de las obras o prestaciones fuera del circuito comercial afectadas, de los términos de la licencia y de las prácticas existentes en los EM.

¹⁵⁸ EU:C:2016:878.

¹⁵⁹ Según señala el apdo. 39 de la sentencia, sin información previa efectiva relativa a esa futura utilización, el autor no está en disposición de posicionarse al respecto y, por consiguiente, de, en su caso, prohibirla, de modo que la existencia misma de su consentimiento implícito en relación con dicha utilización resulta puramente hipotética.

que hasta ahora vienen operando las licencias colectivas extendidas nacionales existentes¹⁶⁰. Por eso se ve con buenos ojos que la Propuesta no exija medidas de publicidad individualizadas¹⁶¹, y que el Consejo, yendo más allá, haya incluido en el Cdo. 28 del texto propuesto por este órgano, en respuesta a la STJUE, una referencia expresa a que las medidas de publicidad deberían ser efectivas sin necesidad de informar a cada titular de derechos individualmente¹⁶².

Así las cosas, se entiende que las EGC y las asociaciones de interesados tienen vínculos suficientes con la comunidad creativa para identificar y localizar a los correspondientes autores y titulares de derechos (foros de discusión, presencia *online*, participación activa en congresos o eventos...). Además, las EGC podrían publicar en sus sitios web la información sobre los acuerdos, obras y titulares no identificados, así como sobre los mecanismos de reclamación de royalties. Esto probablemente satisfaría los requisitos de notificación y autorización tácita de los no-miembros¹⁶³.

vi) Obras y prestaciones excluidas del régimen

El apartado 5 del art. 7 de los textos de la Comisión y del Parlamento excluye del régimen previsto a las obras o prestaciones de nacionales de terceros países, salvo, en el caso de obras cinematográficas y audiovisuales, cuando los productores de las mismas tengan su sede o su residencia habitual en un Estado miembro, o, tratándose del resto de obras o de fonogramas, cuando se hayan publicado por primera vez, o a falta de publicación, se hayan radiodifundido por primera vez en un Estado miembro.

Eso implica, por ejemplo, que si la biblioteca de una universidad española, por ejemplo, cuenta con una licencia de CEDRO para usos digitales, a través de la cual puede digitalizar y poner a disposición de sus usuarios el repertorio de la mencionada EGC a través de una Intranet, dicha licencia se extenderá a las OFCC de titulares de derechos no-miembros de CEDRO de la misma categoría que las que son objeto de la licencia voluntaria (esto es, libros, revistas, periódicos o partituras musicales) que hayan sido publicadas por primera vez en

¹⁶⁰ C. SGANGA, «The Eloquent Silence of Soulier-Doke and its Critical Implications for EU Copyright Law», *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2017, vol.12, n.4, pp. 321-330, accesible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2894547, p. 23, y «From Soulier...», *cit.*, pp. 22-23; C. GEIGER/G. FROSIO/O. BULAYENKO, «Facilitating wider...», pp. 16-17.

¹⁶¹ C. GEIGER/G. FROSIO/O. BULAYENKO, «Facilitating wider...», p. 17.

¹⁶² C. SGANGA, «From Soulier...», *cit.*, p. 25. En relación con ello, G. F. FROSIO, «Resisting the Resistance: Resisting Copyright and Promoting Alternatives», *Rich. Journal L. & Tech.*, vol. XXIII, n. 2, 2017, p. 30, señala que la implementación de la directiva podría ser la única opción para mantener los acuerdos de LCE existentes.

¹⁶³ L. GUIBAULT/S. SCHROFF, «Extended Collective...», *cit.*, pp. 21-22. En cualquier caso, estos autores apuntan que el diálogo entre las partes interesadas que impone el art. 9 Propuesta a los EM podrá servir para concretar las medidas de publicidad adecuadas.

España o en cualquier otro país de la UE, con independencia de la nacionalidad de su autor; pero no, por ejemplo, a las obras de nacionales de Estados Unidos que se hayan publicado por primera vez en dicho país.

El Consejo propone una norma parcialmente distinta. Así, de acuerdo con el art. 7.5 de su posición negociadora, dicho régimen no se aplicará a las colecciones de obras y prestaciones fuera del circuito comercial si, después de un razonable esfuerzo para determinar su disponibilidad comercial, existe evidencia de que se trata de obras o prestaciones (en vez de «fonogramas») publicadas por primera vez, o a falta de publicación, radiodifundidas por primera vez en un tercer país, excepto en el caso de obras cinematográficas o audiovisuales, caso en el cual será cuando los productores de las obras tengan su sede o su residencia habitual en un tercer país; o bien de que son obras o prestaciones de nacionales de un tercer país, cuando no se ha podido establecer un Estado miembro o no miembro de acuerdo con lo anterior. Todo ello a menos que la EGC sea suficientemente representativa de los titulares de derechos de aquel tercer Estado, en el sentido del apartado 4 del mismo art. 7.

A mi modo de ver, la propuesta del Consejo es más clara en cuanto a las OFCC que quedan excluidas del régimen de la futura directiva, al hacer referencia expresa, no solo a las obras o prestaciones de nacionales de terceros países, excepto en las situaciones señaladas, sino también a las obras o prestaciones de nacionales de EM cuando la publicación o radiodifusión de la obra o prestación se haya realizado en un país no miembro o, en caso de obras cinematográficas o audiovisuales, la sede o residencia habitual del productor se encuentre en un tercer país¹⁶⁴.

En cualquier caso, no parece que la exclusión de las obras y prestaciones de autores nacionales de terceros países se encuentre plenamente justificada¹⁶⁵, en la medida en que las LCE no son una excepción o limitación a los derechos de autor y, por tanto, no se aplica el test de los tres pasos ni hay problema en relación con el cumplimiento de compromisos internacionales. Y aunque el mecanismo se configurara como una excepción o limitación, sería compatible con el test de los tres pasos, en la medida en que se refiere a un caso especial relativo a OFCC y entidades de patrimonio cultural, no choca con la explotación de la obra y no perjudica injustificadamente los intereses de los titulares de derechos, ya que las obras licenciadas bajo una LCE serán usadas bajo condiciones acordadas por una parte significativa de los titulares de derechos¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Conviene advertir, no obstante, que, a pesar de que en los textos de la Comisión y el Parlamento no se realiza esa referencia expresa, también en ellos deben entenderse al margen de los mecanismos de concesión de licencias, las obras o prestaciones cuya primera publicación o, a falta de publicación, cuya emisión haya tenido lugar en un tercer país o, en el caso de las obras cinematográficas o audiovisuales, a obras cuyo productor tenga su sede o residencia habitual en un tercer país.

¹⁶⁵ Según el Cdo. 26, se trata de «motivos de cortesía internacional».

¹⁶⁶ C. GEIGER/G. FROSIO/O. BULAYENKO, «Facilitating wider...», *cit.*, pp. 19-20.

Por otro lado, esta exclusión se enfrenta también a ciertos inconvenientes prácticos. Así, en los supuestos de pluralidad de titulares, puede ser difícil obtener información sobre su nacionalidad, lo que hará impracticable la exclusión de las obras de nacionales de terceros países¹⁶⁷.

vii) Diálogo entre las partes interesadas

El art. 9 de la Propuesta, en los textos de la Comisión y el Parlamento (enmienda 71), impone a los EM que aseguren un diálogo regular entre las organizaciones representativas de los titulares de derechos y los usuarios y cualesquiera otras organizaciones de partes interesadas relevantes, a fin de fomentar, sobre una base sectorial, la relevancia y la facilidad de uso de los mecanismos de concesión de licencias contemplados en el art. 7.1, asegurar la efectividad de las salvaguardias para los titulares de derechos previstas en la propuesta, especialmente por lo que se refiere a las medidas de publicidad, y cuando sea aplicable, contribuir al establecimiento de los requisitos referidos en el segundo párrafo del art. 7.2¹⁶⁸. En el Cdo. 28a de la Propuesta, introducido por la enmienda 30 del Parlamento, se explica que dicho diálogo es importante para asegurar que los mecanismos de licencia establecidos para las OFCC son adecuados y funcionan correctamente, que los titulares de derechos están convenientemente protegidos por dichos mecanismos, que las licencias están adecuadamente publicitadas y que la claridad legal en cuanto a la representatividad de las entidades de gestión colectiva y la categorización de las obras está asegurada.

En la versión del Consejo, el art. 9 impone adicionalmente a los EM que realicen una consulta con los titulares de derechos, las EGC y las instituciones de patrimonio cultural de cada sector antes de establecer los requisitos relativos al art. 7.2.

3.2. Excepción o limitación

Como expone el Cdo. 22 *bis* del texto del Parlamento, las soluciones basadas en la gestión colectiva no siempre son posibles, como por ejemplo cuando no existe práctica de gestión colectiva para cierto tipo de obra o prestación (así,

¹⁶⁷ EBLIDA/PUBLIC LIBRARIES/IFLA/EUROPEANA/LIBER, «Arts. 7 to 9...», *cit.*, p. 3.

¹⁶⁸ La Comisión de Cultura y Educación, en su Opinión de 4.9.2017, propuso una enmienda dirigida a añadir un párrafo 1 *bis* al art. 9 Propuesta, en el que se estableciera que cuando fuera necesario, los EM facilitarían el diálogo entre los titulares de derechos con miras a establecer entidades de gestión colectiva responsables de los derechos pertinentes en su categoría de obras; y otra para la adición de un párrafo 1 *ter* al mismo precepto en el que se dispusiera que, en cooperación con los EM, la Comisión fomentaría el intercambio de mejores prácticas en toda la Unión en relación con todo diálogo entablado en virtud del citado artículo. Accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2018-0245+0+DOC+XML+V0//ES#title1>

en las obras audiovisuales, según se ha señalado). Pero también ocurre —según se dice desde las instituciones culturales— cuando, aunque exista una EGC, no es suficientemente representativa de los titulares de un particular tipo de obras como para poder ofrecer una licencia, o aun siéndolo, no quiere conceder una licencia a las entidades de patrimonio cultural para que estas difundan las obras en Internet¹⁶⁹. Aunque, en relación con este último punto, hay que recordar que el apartado 2 del art. 16 Dir. 2014/26/UE establece que las condiciones de concesión de licencias «se basarán en criterios objetivos y no discriminatorios», a lo que añade el apartado 3 que, en el caso de que una EGC no expida una licencia para un servicio concreto, deberá facilitar al usuario solicitante una declaración motivada en la que explique los motivos para la no expedición.

Por ello, recogiendo la reivindicación de las organizaciones de instituciones culturales europeas¹⁷⁰, al régimen de licencias colectivas extendidas o presunción legal de representación —que se había perfilado como única solución por la Comisión y por el Consejo, como se ha visto—, se ha añadido un régimen subsidiario por el Parlamento (enmienda 69). Dicho régimen implica el establecimiento de una excepción o limitación obligatoria que permita a las instituciones culturales poner a disposición del público las OFCC recogidas en sus colecciones permanentes¹⁷¹.

Concretamente, el art. 7.1 *bis* del texto del Parlamento dispone que los EM establecerán una excepción o limitación a los derechos recogidos en: a) los arts. 2 y 3 DDASI (derecho de reproducción y derechos de comunicación al público de obras y de puesta a disposición del público de prestaciones protegidas); b) los arts. 5.a) y 7.1 Dir. 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos (derechos de reproducción y transformación y derechos de extracción y reutilización); c) el art. 4.1 Dir. 2009/24/CE sobre la protección jurídica de los programas de ordenador (derechos de reproducción, transformación y distribución); y d) el art. 11.1 de la Propuesta (derecho conexo de reproducción y puesta a disposición de los editores de prensa).

¹⁶⁹ EBLIDA/PUBLIC LIBRARIES/IFLA/EUROPEANA/LIBER, «Arts. 7 to 9...», *cit.*, p. 2.

¹⁷⁰ J. PAGEL (Secretaria General de NEMO), «El museo y los derechos de autor en Europa: una encuesta y unas recomendaciones», *Revista PH*, Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, n. 88, octubre 2015, p. 40, accesible en <http://www.iaph.es/revistaph/index.php/revistaph/article/view/3684#.XAPPFmhKjiU>; EBLIDA/PUBLIC LIBRARIES/IFLA/EUROPEANA/LIBER, «Arts. 7 to 9...», *cit.*, p. 1.

¹⁷¹ La introducción de la excepción fue sugerida por Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (Opinión de 14.6.2017) y la Comisión de Industria, Investigación y Energía (Opinión de 1.8.2017), accesibles en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2018-0245+0+DOC+XML+V0//ES#title1>. La primera limitaba los beneficiarios a las instituciones de patrimonio cultural, mientras que la segunda los ampliaba a los organismos de investigación y los centros de enseñanza, tanto formal como no formal. En ambos casos se defendía que los EM deberían velar por que se remunerase de manera adecuada cualquier perjuicio no razonable de los intereses legítimos de los titulares de derechos, así como que deberían asegurar que los titulares de derechos tuvieran derecho a oponerse a la utilización de sus obras al amparo de la excepción.

Antes de seguir adelante, interesa llevar a cabo una aclaración terminológica. A diferencia de la legislación española, en la que el TRLPI emplea la denominación «límites» para designar aquellas restricciones a los derechos exclusivos de autor y a los derechos conexos a los de autor en favor de determinados beneficiarios que pueden, sin necesidad de consentimiento del autor, usar obras intelectuales protegidas¹⁷², en las directivas comunitarias se prefieren los términos «excepciones» y «limitaciones», los cuales parecía que se utilizaban indistintamente¹⁷³. Sin embargo, como destaca MARTÍNEZ MARTÍNEZ¹⁷⁴, tal uso indistinto desaparece en la Propuesta objeto de este trabajo. En el texto de la misma presentado por la Comisión, los arts. 3 y 5 recogen sendas «excepciones» obligatorias relativas a minería de textos y datos y conservación del patrimonio cultural, respectivamente; mientras que el art. 4, en relación con la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas, dispone que los EM establecerán una «excepción o limitación». Si bien en este precepto no hay distinción conceptual entre ambos vocablos, sí se recoge la posibilidad de que se establezca una indemnización justa en favor del autor, cosa que no sucede en los mencionados arts. 3 y 5. Es por ello que cabe concluir que la Comisión reserva el término «excepción» para límites gratuitos y el de «limitación» para límites remunerados¹⁷⁵.

Así las cosas, lo que vendría a significar la referencia a «excepción o limitación» en el art. 7bis de la propuesta enmendada por el Parlamento sería la libertad

¹⁷² Así, el Título III del Libro I del TRLPI se intitula «Duración, límites y salvaguarda de otras disposiciones legales»; y el Capítulo II del mismo se titula «Límites». No obstante, debe advertirse que el mismo texto legal habla de «excepciones» al derecho *sui generis* sobre una base de datos (art. 135 TRLPI).

¹⁷³ Así lo ha defendido, por ejemplo, T. DREIER, «Thoughts on revising the limitations on copyright under Directive 2001/29», *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, n. 2, 2015, pp. 139 y 140, en relación con el art. 5 DDASI. Aunque otros autores, como J. R. SALELLES, «La armonización comunitaria proyectada del régimen de excepciones del derecho de autor y otros derechos afines en la sociedad de la información», *RGD*, n.º 675, diciembre 2000, p. 15096, estiman que en la DDASI parecen usarse ambos términos, no como estrictamente sinónimos, sino como indicadores de una restricción mayor o menor a los derechos de autor y derechos conexos. En este sentido,

¹⁷⁴ N. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Los fines educativos y de investigación como límite al derecho de autor*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 71.

¹⁷⁵ Entre la doctrina española, no son pocos los autores que optan por no distinguir entre excepciones, limitaciones o límites. En este sentido, R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras musicales...*, cit., p. 393; E. GALÁN CORONA, «Los derechos patrimoniales del autor (reproducción, distribución y puesta a disposición) tras la reforma introducida por la Ley 23/2006, de 7 de julio», *Reformas recientes de la propiedad intelectual* (coord. C. Rogel Vide), Madrid, 2007, pp. 46-47; E. ALGARRA PRATS, «El límite a los derechos de autor por razón de seguridad pública», *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías* (coord. J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 22-23. Otros, en cambio, consideran más correcto distinguir entre excepciones y limitaciones con base en el mismo criterio que se desprende de la Propuesta DDAMUD, esto es, en función del carácter gratuito o remunerado del límite. En esta línea cabe mencionar, entre otros, a A. DELGADO PORRAS, «La incorporación de la Directiva 2001/29 al Derecho español de propiedad intelectual (Derecho de autor y derechos afines al de autor)», *RIDA*, n.º 210, octubre 2006, p. 31; C. LÓPEZ SÁNCHEZ, «La utilización de una obra intelectual en favor de personas con discapacidad», *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, cit., pp. 240-241.

concedida a los EM para configurar de forma gratuita o remunerada el límite previsto a los derechos señalados; límite que, de acuerdo con el citado precepto, permitirá a las entidades de patrimonio cultural realizar copias y poner a disposición del público a través de Internet, sin ánimo de lucro, OFCC que formen parte de las colecciones de aquellas de modo permanente, siempre que se den dos condiciones:

- a) Que se indique el nombre del autor o de cualquier otro titular de derechos, salvo cuando sea imposible;
- b) Que todos los titulares de derechos puedan, en cualquier momento, oponerse a que sus obras o prestaciones se consideren fuera del circuito comercial y excluir la aplicación de la excepción a sus obras o prestaciones.

Ahora bien, este límite no podrá aplicarse en sectores o respecto de tipos de obras en los que sean factibles soluciones basadas en licencias, que pueden ser las previstas en la Propuesta u otras. A estos efectos, los EM deberán determinar, consultando para ello con autores y demás titulares de derechos, entidades de gestión colectiva e instituciones de patrimonio cultural, en qué sector o tipos de obras específicos no son viables los sistemas basados en licencias colectivas extendidas, debiendo en tales casos aplicarse la excepción o limitación (art. 7.1 ter)¹⁷⁶.

A mi juicio, la propuesta del Parlamento es acertada en tres sentidos.

En primer lugar, por completar los sistemas de extensión legal de licencias colectivas mediante un límite a los derechos de autor; y ello porque la solución basada exclusivamente en las licencias concedidas por EGC no parece suficiente, debido a las carencias existentes en la gestión colectiva en función del país, los tipos de obras o las clases de derechos¹⁷⁷. Se trata, además, de un límite que, a mi modo de ver, cumple el test de las tres etapas, recogido en el art. 5.5 DDASI. Así, el uso permitido se establece para casos excepcionales —exclusivamente uso de obras y prestaciones fuera de circuito comercial por instituciones de patrimonio cultural—, no afecta a la explotación normal de la obra —ya que no existe explotación de la misma—, ni causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular —pues se le permite, en cualquier momento, oponerse a que sus obras o prestaciones se consideren fuera del circuito comercial y excluir la aplicación de la excepción a sus obras o prestaciones—; especialmente si se considera, como creo que debe hacerse, que el test de las tres etapas debe interpretarse de forma flexible, en términos de

¹⁷⁶ En el Considerando 22a se aclara que la falta de acuerdo sobre los términos de una licencia no debería interpretarse como falta de disponibilidad de soluciones basadas en licencias.

¹⁷⁷ En el mismo sentido, P. KELLER, «Access to cultural heritage: Geoblocking or a Digital Single Market», *Communia*, 4.11.2017, disponible en <https://www.communia-association.org/2017/11/04/access-cultural-heritage-geoblocking-digital-single-market/>

equilibrio entre el interés privado del titular de derechos y el interés público de determinado uso de la obra¹⁷⁸.

En segundo lugar, por configurar dicho límite como obligatorio, ya que solo así se logrará una verdadera uniformidad entre las diferentes legislaciones nacionales de los EM y estará más cerca el objetivo del mercado único digital¹⁷⁹. Aunque, ciertamente, algunas indefiniciones de la Propuesta, como la ya referida respecto de qué obras o prestaciones se podrán considerar fuera del circuito comercial, pueden mermar efectividad a la obligatoriedad del límite.

Y en tercer lugar, por contemplar la excepción o limitación como subsidiaria de las soluciones basadas en las licencias concedidas por las EGC, ya que, a diferencia de lo que ocurre con las obras huérfanas, en el caso de las OFCC que no sean también huérfanas los titulares de derechos están identificados o localizados. Por otro lado, además, las LCE o presunciones de representación tienen la ventaja (frecuente) de estar basadas en negociaciones libres¹⁸⁰.

Por lo demás, el límite comparte reglas previstas para el sistema de extensión de licencias colectivas voluntarias. Así, los EM deben garantizar que los requisitos y mecanismos específicos empleados para determinar si las obras o prestaciones usadas bajo la excepción o limitación legal no se extienden más allá de lo necesario y razonable y no impiden que se atribuya el estatus de fuera del circuito comercial a una colección en su conjunto cuando se pueda presumir razonablemente que todas las obras o prestaciones de la misma están fuera del circuito comercial (art. 7.2, según enmienda 69); el límite tendrá efecto transfronterizo (art. 8.1, según enmienda 70), se le aplicará el régimen previsto en relación con las medidas de publicidad en lo que se refiere a la facultad de

¹⁷⁸ C. GEIGER, «L'avenir des exceptions au droit d'auteur. Observations en vue d'une nécessaire adaptation et harmonisation du système», *JCP*, 2005, n. 47, I 186, p. 2156; y «El papel del test de las tres etapas en la adaptación del derecho de autor a la sociedad de la información», en *e.Boletín de derecho de autor*, enero-marzo 2007, pp. 19 y ss.; R. XALABARDER, «Digital libraries in the current legal and educational environment: towards a remunerated compulsory license or limitation?», *Global Copyright. Three Hundred Years since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace* (ed. L. Bently/U. Suthersanen/ P. Torremans), Edward Elgar, Cheltenham, 2010, pp. 247-248; R. MATULIONYTE, «10 years...», *cit.*, pp. 62-63. Otra cosa sería una excepción que permitiera la puesta a disposición de cualesquiera obras digitalizadas a través de los sitios web de las bibliotecas y demás instituciones culturales. Esta actividad, como señala R. MATULIONYTE, «10 years for...», *cit.*, p. 65, afectaría a la normal explotación de las obras y perjudicaría injustificadamente los intereses legítimos de los titulares.

¹⁷⁹ En el mismo sentido, R. XALABARDER PLANTADA, «La Directiva sobre Derecho de Autor en el Mercado Único Digital: una propuesta tan necesaria como peligrosa», *elderecho.com*, 17.10.2018, accesible en <https://elderecho.com/la-directiva-derecho-autor-mercado-unico-digital-una-propuesta-tan-necesaria-peligrosa>. Como señala esta autora, «[h]asta el momento, la UE ha permitido —por norma general— que cada ley nacional elija los límites a adoptar y su alcance, conduciendo así a una diversidad de soluciones aplicables en cada país de la UE. La existencia de diferencias sustanciales entre los diferentes límites nacionales impacta negativamente en el desarrollo del mercado interior, al generar incertidumbre legal y aumentar los costos de transacción».

¹⁸⁰ J. AXHAMN/L. GUIBAULT, «Cross-border extended...», *cit.*, p. 43.

exclusión de los titulares de derechos (art. 7.3, según enmienda 69, y art. 8.2, según enmienda 70) y será objeto del diálogo entre las partes interesadas que los EM deben asegurar, de acuerdo con el art. 9 (enmienda 71).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La digitalización y disponibilidad en línea del patrimonio cultural europeo genera indudables beneficios sociales, culturales y económicos, además de ser un elemento necesario para la consecución del mercado único digital. Ahora bien, dicho patrimonio contiene numerosas obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual, respecto de las cuales es preciso contar con la autorización de los titulares de derechos, lo cual puede resultar muy difícil —cuando no imposible— y en todo caso costoso cuando las creaciones se encuentran fuera del circuito comercial. Se ha tratado de buscar una solución mediante el acuerdo de las partes interesadas, impulsado por la UE, pero, sin perjuicio de sus bondades, no es suficiente por su falta de obligatoriedad. Asimismo, ciertos EM —que no todos— han tomado medidas al respecto, si bien son de alcance meramente nacional.

Así las cosas, debe recibirse con agrado la previsión de un régimen sobre obras fuera del circuito comercial en la Propuesta de Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital, el cual pretende establecer un marco jurídico claro y uniforme en la Unión Europea que permita el acceso en línea a este tipo de obras y prestaciones en todo el territorio de la Unión con pleno respeto de los intereses de los titulares de derechos.

A este respecto, me parece que la solución más adecuada es la que propone el Parlamento Europeo, esto es, la combinación de mecanismos de extensión de los efectos de licencias voluntarias concedidas por EGC a los titulares de derechos sobre obras de igual tipo que no son miembros de aquella —otorgando libertad a los EM para escoger el sistema que estimen más conveniente, de acuerdo con la tradición y la práctica de cada uno— con un límite (subsidiario y obligatorio) a los derechos de autor. Un sistema único basado en la gestión colectiva, la cual no existe para todas las obras y derechos, ni ofrece las mismas garantías en todos los EM, sería, a mi modo de ver, insuficiente.

En cualquier caso, ambas vías prevén ciertas garantías para la protección de los titulares de derechos de autor y conexos, tales como la exigencia de representatividad de las EGC cuyas licencias pueden extenderse y la imposición a estas de la igualdad de trato entre miembros y *outsiders*, la concesión de una facultad de exclusión a los no-miembros y la adopción de medidas de publicidad suficiente. El procedimiento de exclusión, no obstante, debería detallarse más, a mi juicio, para asegurar que en todos los EM se instaure un sistema fácil y barato para los no-miembros, así como que la facultad de exclusión ejercitada en uno de dichos estados tendrá efectos en todos los demás.

En la misma línea, estimo igualmente que, a fin de conseguir la ansiada uniformidad, en el texto definitivo resultante del trílogo entre Comisión, Consejo y Parlamento debe limitarse el margen de libertad concedido a los EM en cuanto a los criterios para calificar una obra o prestación como fuera del circuito comercial o las medidas de publicidad, respecto de las que, para contrarrestar la doctrina del caso *Soulier*, debería quedar claro que no han de pasar necesariamente por una información individualizada a cada titular no-miembro.

Por otra parte, creo que debería reconsiderarse la exclusión de los usos comerciales, en la medida en que la aportación de fondos por instituciones privadas para cubrir el elevadísimo coste de los procesos de digitalización a gran escala y de puesta a disposición en línea permitiría un mayor acceso al patrimonio cultural europeo, sin que ello tenga por qué significar un perjuicio para los titulares de derechos, siempre que, aparte de ser debidamente remunerados, ostenten en todo caso la facultad de excluir todas o parte de sus obras del régimen legalmente previsto.