

La digitalización del patrimonio cultural

La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital

María Serrano Fernández
Universidad Pablo de Olvide

-

Sumario

-

Desde principios del siglo XXI la Unión Europea ha prestado una especial atención a los proyectos de digitalización masiva de las obras y otras prestaciones que integran de forma permanente las colecciones de determinadas instituciones culturales, a fin de conservarlas y ponerlas a disposición del público. El punto de partida de ese conjunto normativo fue la Directiva 2001/29/CE y el último exponente la Directiva 2019/790/ del Parlamento y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (DDAMUD). En la primera parte de este trabajo se analizan dichas disposiciones, prestando una especial atención a las dificultades que han impedido ese proceso de digitalización del patrimonio cultural; dificultades que han estado presentes en las sucesivas normas comunitarias publicadas. Por ello, constituye un paso previo e imprescindible realizar un breve estudio de dicha normativa para comprender el sentido y alcance de la regulación contenida en la Directiva 2019/790. La segunda parte del trabajo se centra en el estudio de esta norma comunitaria; en concreto, se analiza la excepción relativa a la conservación del patrimonio cultural (art. 6 DDAMUD), para, posteriormente, estudiar los dos mecanismos previstos en la DDAMUD para permitir la accesibilidad en línea del material cultural. El principal o preferente es que las entidades de gestión colectiva celebren con las instituciones responsables del patrimonio cultural acuerdos de licencia con efecto ampliado (art. 8.1 DDAMUD); con carácter subsidiario se prevé una excepción obligatoria. Con respecto a dicha normativa, será preciso determinar si se han solventado los problemas enumerados y si las soluciones adoptadas pueden calificarse de satisfactorias.

Abstract

-

Since the beginning of the 21st century, the European Union has paid particular attention to projects for the mass digitisation of works and other features that permanently integrate the collections of certain cultural institutions, in order to preserve them and make them available to the public. The starting point of that normative set was Directive 2001/29/EC and the last exponent of Directive 2019/790/EC of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the digital single market (DDAMUD). The first part of this work analyses these provisions, paying particular attention to the difficulties that have prevented this process of digitising cultural heritage, difficulties that have been present in the successive published Community rules. It is therefore a preliminary and essential step to carry out a brief study of this legislation in order to understand the meaning and scope of the regulation contained in Directive 2019/790. The second part of the work focuses on the study of this Community norm; in particular, the exception relating to the conservation of cultural heritage is analysed (art. 6 DDAMUD), and, subsequently, study the two mechanisms envisaged in the DDAMUD to allow online accessibility of cultural material. The principal or preferential is for collective management organizations to enter into extended-effect licensing agreements with institutions responsible for cultural heritage (art. 8.1 DDAMUD); the alternative, a mandatory derogation is provided for. With regard to this legislation, it will be necessary to determine whether the problems listed above have been solved and whether the solutions adopted can be described as satisfactory.

Title: *Digitisation of cultural heritage. The directive on copyright and related rights in the digital single market*

-

Palabras clave: conservación del patrimonio cultural; limitaciones a los derechos de autor, obras y prestaciones fuera del circuito comercial; instituciones responsables del patrimonio cultural; licencias colectivas con efecto ampliado; mercado único digital.

Keywords: *preservation of cultural heritage; copyright exceptions and limitations; out-of-commerce works and other subject-matter; cultural heritage institutions; extended collective licensing; digital single market.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.03

3.2020

Recepción
04/01/2020

-

Aceptación
15/05/2020

-

Índice

-

1. Planteamiento: el nuevo papel asumido por las instituciones culturales derivado del uso de las nuevas tecnologías**2. El Derecho comunitario: hacia un mercado digital único**

2.1. El significado y alcance de los límites a los derechos de autor

2.2. Estrategias de la Unión Europea para facilitar la digitalización y puesta a disposición del patrimonio cultural

a. La Directiva 2001/29/CE/del Parlamento 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

b. La Comunicación i2010: Bibliotecas Digitales

c. El Libro Verde sobre derechos de autor en la economía del conocimiento

d. Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y la Agenda Digital para Europa

e. Comunicación sobre un mercado único digital y la reforma del marco jurídico europeo sobre derechos de autor

f. La Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas

g. Hacia un marco de derechos de autor más moderno y más europeo

h. A modo de conclusión

3. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital

3.1. Introducción

3.2. Conservación del patrimonio cultural

a. Justificación de la excepción

b. La excepción al derecho de reproducción

3.3. Uso de obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial

a. ¿Por qué un régimen específico para las obras y otras prestaciones protegidas fuera del circuito comercial?

b. Ámbito objetivo de aplicación del régimen específico. Noción de obras y prestaciones fuera del circuito comercial

c. Soluciones adoptadas para el uso de las obras y otras prestaciones protegidas fuera del circuito comercial

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

e. Medidas de publicidad

f. Diálogo entre las partes interesadas

4. Conclusiones**5. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Planteamiento: el nuevo papel asumido por las instituciones culturales derivado del uso de las nuevas tecnologías*

Originariamente, el papel de las bibliotecas se centraba en adquirir libros y otros documentos poniéndolos a disposición del público, asegurando al mismo tiempo su conservación. En un contexto analógico las colecciones de las bibliotecas estaban formadas fundamentalmente por obras en formato físico, tales como libros y revistas impresas y cuyo ámbito de difusión y de circulación era relativamente limitado. El paso de un entorno analógico a otro digital ha supuesto, sin duda, una revolución en las formas de acceso y difusión del conocimiento, incidiendo de forma fundamental en las expectativas del público acerca de los servicios que esperan obtener de estas instituciones. En la actualidad, gran parte de las reproducciones de las obras se hacen mediante procedimientos digitales, tanto si es con fines de conservación como de puesta a disposición de los usuarios; además, los soportes y recursos permiten trascender el ámbito de influencia de la propia biblioteca hacia el concepto de biblioteca digital¹. Respecto de los archivos y los museos, su principal función ha sido la de custodiar y preservar los materiales que forman parte de sus colecciones, al ser estos únicos e irremplazables. Sin embargo, las nuevas tecnologías también han tenido una influencia importante en los servicios que ofrecen este tipo de instituciones; así, hoy en día, el público no se limita a contemplar de una manera pasiva las obras que integran sus colecciones, sino que también puede acceder a sus contenidos a través del uso de una pantalla interactiva, la proyección de películas etc. Por otra parte, estas entidades culturales comparten con las bibliotecas una misma preocupación en relación con sus colecciones: la necesidad de efectuar copias para fines de conservación o de investigación.

Estas instituciones y su relevante papel en la difusión de la cultura se han convertido en centro de atención de la Unión Europea; en términos generales, es posible afirmar que la Unión Europea ha sabido reaccionar a los desafíos que la acción conjunta de las redes informáticas y el formato digital han planteado a la propiedad intelectual y al papel desempeñado por estas instituciones. Dicha reacción se ha traducido en la aprobación de un conjunto de disposiciones que han tenido como objetivo la consecución de un mercado único digital². El punto de partida

* Autora de contacto: María Serrano Fernández, mserfer@upo.es.

¹ BURREL, Robert y COLEMAN, Allison: *Copyright exceptions: The Digital Impact*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 140-142 señalan que las bibliotecas han sido tradicionalmente concebidas como entidades que adquirirían y ponían a disposición de los usuarios sus colecciones; inicialmente estas eran mayoritariamente material impreso, especialmente libros, al que posteriormente se le añadió material audiovisual, tales como DVD. Sin embargo, en los últimos tiempos se han multiplicado las plataformas y las webs donde se alojan los soportes electrónicos, de forma que entre los servicios que prestan las bibliotecas se incluye el de permitir el acceso a esos instrumentos. En parecidos términos, CURTO POLO, Mercedes: “La Propiedad Intelectual en las bibliotecas universitarias (II): Obras huérfanas y obras descatalogadas”, *Propiedad intelectual y transferencia del conocimiento en universidades y centros públicos de investigación*, CARBAJO CASCON, FERNANDO y CURTO POLO, MERCEDES (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 476 señala que en los últimos años, al amparo de las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías, bibliotecas, archivos, museos y otros centros de conservación y difusión de la cultura reclaman una mayor participación en la sociedad del conocimiento. Pretenden que se les otorgue un papel fundamental en la digitalización de los materiales analógicos con vistas no sólo a su preservación a largo plazo, sino también a facilitar la accesibilidad a los mismos mediante los nuevos medios que ofrecen las nuevas formas de comunicación a distancia.

² Para un estudio de las iniciativas de la Unión Europea en este ámbito, puede consultarse CIVITELLI, Chiara: “Derechos de autor y bibliotecas en el entorno digital: la imprescindible búsqueda de un punto de equilibrio entre intereses contrapuestos. Estrategias y Políticas Europeas en el ámbito de las bibliotecas

de ese conjunto de normas comunitarias fue la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante DDASI)³. Después, se han sucedido un conjunto de normas comunitarias cuyo último exponente es la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (en adelante DDAMUD)⁴. En lo que a nosotros nos interesa, esta norma comunitaria persigue dos objetivos: el primero es permitir a las instituciones responsables del patrimonio cultural realizar copias digitales de sus obras a fin de preservar sus colecciones para futuras generaciones; el segundo es permitir la digitalización y difusión transfronteriza de las obras que están fuera del circuito comercial. Se trata, sin duda, de objetivos ambiciosos pero que no están exentos de dificultades, alguna de las cuales tienen su razón de ser en la existencia de intereses contrapuestos entre las partes afectadas por dichos proyectos de digitalización. En efecto, a las instituciones culturales les interesa los proyectos de digitalización de sus colecciones a fin de poder conservar sus obras y difundirlas en línea; por ello, estas instituciones abogan por una regulación de los derechos de autor más permisiva y por el establecimiento de un conjunto de excepciones obligatorias de interés público. Por su parte, a los editores, los autores y las entidades de gestión colectiva les preocupa que los proyectos de digitalización masiva patrocinados por las bibliotecas u otros medios, así como la difusión en línea de sus obras sin la debida diligencia de búsqueda pueda infringir los derechos de autor. En tal sentido, se considera que los acuerdos de licencia son el instrumento más adecuado para mejorar la difusión del conocimiento y ofrecer a los usuarios un acceso más efectivo de las obras; de igual modo, se alega que las excepciones obligatorias pueden anular los beneficios económicos de los titulares de los derechos de explotación sobre las obras protegidas.

Como tendremos ocasión de analizar, estas dificultades se pusieron de manifiesto ya en la DDASI, punto de partida de este largo proceso hacia la digitalización del patrimonio cultural y han estado presentes en las sucesivas normas comunitarias publicadas que regulan la materia relativa a los límites al Derecho de autor. Por esta razón, consideramos que constituye un paso previo e imprescindible realizar un breve recorrido por las principales disposiciones comunitarias para comprender el sentido y alcance de la regulación contenida en la DDAMUD⁵.

digitales”, *Anuario de la Propiedad Intelectual*, 2015, pp.299-339, EVANGELIO LLORCA, Raquel: “Estrategias de la Unión Europea para facilitar el uso de las obras fuera del circuito comercial por instituciones de patrimonio cultural en el mercado único digital”, *Revista de Propiedad Intelectual*, 2018, nº 60, pp. 13-66 y SERRANO FERNÁNDEZ, María: “Instituciones de interés público: bibliotecas, museos, archivos y accesos a plataformas *on line*”, *Cuestiones de Derecho de Autor en la Unión Europea*, SERRANO GÓMEZ, EDUARDO (dir.), Reus, Madrid, 2017, pp. 63-100.

³ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-81549>

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=ES>. El plazo de transposición de tiene como fecha límite el 7 de junio de 2021. Un primer análisis de esa Directiva realiza VALDECANTOS FLORES, Maitane: “La Propiedad Intelectual se adapta a la revolución tecnológica: entrada en vigor de la Directiva de la UE 2019/790”, *Actualidad Civil*, nº 6, 2019, pp. 1-11.

⁵ Para una visión general de las respuestas legislativas de la UE a los desafíos que plantea la digitalización masiva, véase SYNODINOU, Tatiana: “The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitisation and copyright law without cutting it off? - Part I”, *Kluwer Copyright Blog*, 29-7-2019, disponible en <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/08/05/the-new-copyright-directive-out-of-commerce-works-articles-8-to-11-is-it-possible-to-untie-the-gordian-knot-of-mass-digitisation-and-copyright-law-without-cutting-it-off-part-i> (Consulta 21 de mayo 2020).

2. El Derecho comunitario: hacia un mercado digital único

2.1. El significado y alcance de los límites a los derechos de autor

Con la expresión *límites* o *limitaciones* se alude a situaciones o circunstancias en las que la utilización de una obra intelectual, por un tercero sin tener la autorización del titular de los derechos de explotación, no constituye una infracción de los derechos de autor. En términos generales, los límites pueden clasificarse en dos grupos: el primero alude a los supuestos en los que dichos usos pueden ser realizados sin consentimiento del titular de los derechos de explotación y sin pagar remuneración alguna; el segundo comprende las disposiciones que permiten una determinada utilización del contenido protegido por la propiedad intelectual, previo pago al titular de los derechos⁶. Aunque en ocasiones se alude a la expresión *excepciones* para referirse al primer grupo y *límites* al segundo, lo cierto es que los textos legales y la mayor parte de la doctrina científica utilizan indistintamente ambos términos⁷. No obstante, en nuestro país existen autores que defienden que estamos ante términos diferentes, siendo preferible la expresión límites o limitaciones; el fundamento es que los límites al derecho exclusivo no constituyen excepciones a una regla, sino que deben considerarse la técnica a través de la cual la ley delimita el monopolio del autor; delimitación que estaría justificada para lograr el adecuado equilibrio entre los intereses de los creadores o de los titulares de los derechos de explotación y el interés general de acceso a la cultura y al fomento de la investigación⁸. En nuestro caso, utilizaremos indistintamente el término límites o limitaciones y excepción, este último más habitual en el *common law*.

En consonancia con la noción de límites, el artículo 17 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual⁹, (en adelante TRLPI) dispone, bajo la rúbrica, *Derecho exclusivo de explotación y sus modalidades*, que “Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación que no podrán ser realizados sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”.

⁶ Para un estudio de los límites, véase LÓPEZ MAZA, Sebastián: *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009, pp. 1 y ss.

⁷ Sobre esta cuestión terminológica: ESPIN ALBA, Isabel: *Obras huérfanas y derechos de autor*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 121 y ss; CARRANCHO HERRERA, Teresa: “Reproducción, préstamo y consulta en museos, archivos, bibliotecas y otras instituciones”, DE ROMÁN PÉREZ, RAQUEL (coord.) *Propiedad Intelectual en las Universidades Públicas*, Comares, Granada, 2019, pp. 146 y ss.

⁸ En el Derecho inglés, BURREL, Robert y COLEMAN, Allison: op. cit. p. 113 y CORNISCH, Graham: *Copyright: interpreting the law for libraries, archive and information services*, Facet Publishing, London, 2015, pp. 61 y ss advierten que uno de los problemas a los que se enfrentan los autores cuando investigan sobre copyright excepción es que no existe neutralidad en los términos que describen esta materia. Así, aquellos que abogan por incrementar la protección de los titulares de derechos prefieren la utilización del término excepción. Ello es debido a que esta expresión conlleva que estemos ante una derogación del régimen general cual es el monopolio en favor de los creadores intelectuales; su naturaleza de excepción determina que deban ser objeto de interpretación estricta. La postura opuesta es la defendida por aquellos que propugnan una regulación más amplia de estos límites y prefieren la denominación de derecho de los usuarios de obras protegidas por derechos de autor. Desde estos planteamientos, la regulación de estos límites debe ser equivalente al régimen jurídico de los derechos concedidos por los creadores de las obras.

⁹ BOE n° 97, de 22/04/1996.

En su acepción más amplia, los límites al derecho patrimonial se dirigen a la satisfacción de intereses generales de muy diversa índole¹⁰; en concreto, el artículo 37 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 contempló una serie de límites establecidos en favor de determinadas instituciones culturales, como las bibliotecas, los museos o archivos, basados en fines de interés social vinculados a la promoción de la educación y la cultura¹¹. Dicho precepto contempla tres supuestos distintos: el primero afecta al derecho de reproducción, el segundo al derecho de préstamo y el último de ellos al derecho de comunicación pública. Analizaremos en su momento la compatibilidad de esta norma con lo dispuesto en la DDAMUD.

2.2. Estrategias de la Unión Europea para facilitar la digitalización y puesta a disposición del patrimonio cultural

a. *La Directiva 2001/29/CE del Parlamento 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*

Esta norma comunitaria estableció que las bibliotecas, centros de enseñanza, museos accesibles al público o archivos se podían beneficiar de dos límites a los derechos de autor. El primero de ellos amparaba los actos específicos de reproducción de obras protegidas que no tuvieran fines comerciales (art. 5.2.c). En virtud del segundo, se estimaban lícitos aquellos actos de puesta a disposición del público, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de estos establecimientos, de obras que figuren en sus colecciones y que no estén sujetas a condiciones de adquisición o licencia (art. 5.3. n)¹².

¹⁰ Así, por ejemplo, por motivos de interés público, como sucede con la libre reproducción de obras como prueba en procesos judiciales y administrativos; para satisfacer las necesidades colectivas de información, como ocurre con la libre reproducción de los discursos pronunciados en el seno de organismos públicos, de las alocuciones y discursos pronunciados en público, o de los artículos de actualidad. En interés de la enseñanza, mediante el uso libre de ilustraciones con fines didácticos siempre que no haya un fin lucrativo; por razones humanitarias, como sucede con las reproducciones para uso privado de los invidentes; para la difusión del conocimiento, la discusión de las ideas y la libertad de crítica, como en el derecho de cita. Para un estudio de los límites: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Los límites del Derecho subjetivo y del Derecho de Autor”, *Los límites del Derecho de Autor*, ROGEL VIDE, CARLOS (coord.), Reus, Madrid, 2006, pp. 18-20. En el mismo sentido, DE MIGUEL ASECIO, Pedro Antonio de: *Derecho Privado e Internet*, Civitas, Madrid, 2015, p. 64.

¹¹ La redacción actual del artículo 37 TRLPI es el resultado de diversas reformas legislativas. El primer párrafo procede de la Ley de 1987. El segundo fue añadido por la Ley 43/1994, de 30 de diciembre de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Posteriormente, el art. 37.2 fue modificado por la Disposición Final de la Ley 10/2007 de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas. Por último, la Ley 23/2006, de 7 de julio que incorporó al Derecho español la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información añadió a los fines de investigación, previstos en el párrafo primero, los fines de conservación e incorporó el apartado tercero del art. 37. Además modificó la rúbrica del precepto: “Reproducción, préstamo y consulta mediante terminales especializadas en determinados establecimientos”, con el fin de adaptarlos a su nuevo contenido. Sobre las modificaciones sufridas por el art. 37 TRLPI: SERRANO FERNÁNDEZ, María: “Los límites al Derecho de autor en favor de las bibliotecas, museos, archivos y demás instituciones culturales en el derecho inglés. Estudio de Derecho comparado con la legislación española”, *Estudio de los límites a los Derechos de autor desde una perspectiva de Derecho comparado*, SERRANO FERNÁNDEZ, MARIA (coord.), Reus, Madrid, 2017, pp. 27-64.

¹² En concreto, el art. 5.2. de la DDASI disponía que los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2, en los siguientes casos: c) en

Esta regulación supuso un paso muy importante en el reconocimiento de un límite a los derechos de autor en favor de estas instituciones culturales; sin embargo, presentaba unas deficiencias que a la larga han constituido un obstáculo grave para lograr la digitalización del patrimonio cultural. Así, en primer lugar, estos límites o excepciones tenían *carácter facultativo*¹³; ello conllevó que no todos los Estados miembros incluyeran esas excepciones, o lo hicieran del mismo modo. En segundo lugar, los términos en los que estaba redactada la norma resultaban demasiados estrictos. Así, con respecto a la posibilidad de realizar determinados actos de reproducción sin autorización de los titulares de los derechos de autor, el acto permitido era la reproducción, entendiéndose por tal la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier soporte de toda la obra o de parte de ella que permita su comunicación y la obtención de copias. Sin embargo, el precepto no admitía expresamente la posibilidad de realizar copias digitales de una obra impresa para fines de conservación¹⁴, o la posibilidad de realizar nuevas copias de obras que ya estuvieran en formato digital¹⁵ y, en ningún caso, amparaba la digitalización masiva de obras protegidas por derechos

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. Por su parte, el párrafo tercero de dicho precepto permitía que los Estados miembros establecieran excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 (derecho de reproducción) y artículo 3 (derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas) en los siguientes casos: n) 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.

¹³ El carácter facultativo de estos límites tenía como excepción un supuesto aplicable al derecho de reproducción. En efecto, la DDASI impuso a los Estados miembros la inclusión de una excepción consistente en actos de reproducción provisional que fueran transitorios y accesorios y formaran parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consistiera en facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o una utilización lícita de una obra o prestación protegida y que no tengan por sí mismas una significación económica independiente (art. 5.1).

¹⁴ CIVITELLI, Chiara: “Excepciones y límites a los derechos de autor en favor de bibliotecas: comparación entre Italia y España”, *Estudio de los límites a los derechos de autor desde una perspectiva de Derecho Comparado*, SERRANO FERNANDEZ, MARÍA (coord.), Reus, Madrid 2017, p. 109 afirma que la normativa española parece permitir a las bibliotecas digitalizar sus obras con fines de conservación. Sin embargo, la falta de precisión del legislador español ha suscitado un debate en la doctrina española sobre si es posible la preservación digital y el número de copias que pueden hacerse. En cambio, la normativa italiana parece excluir del ámbito de las excepciones establecidas en favor de las bibliotecas cualquier forma de digitalización de libros. Por tanto, la digitalización de libros en Italia solo puede realizarse cuando la obra ha entrado en dominio público, o tras la autorización escrita del autor o editor.

¹⁵ Al respecto, FERNÁNDEZ MOLINA, Juan Carlos y CHAVES GUIMARES, José Augusto: “Las nuevas leyes de derechos de autor: ¿adecuadas para la preservación digital?”, *Information Research*, v. 12, nº4, 2007, disponible

en https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/32748/FernandezMolina_DerechosAutor.pdf;sequence=1 (Consulta 12 de marzo de 2019) ponen de manifiesto que la preservación digital presenta muchas más dificultades que la de las obras en formatos tradicionales debido a problemas de diferente naturaleza: técnica, económico-organizativa y legal. En cuanto a los primeros, está demostrado que los medios digitales se degradan más rápidamente que los tradicionales; además, el rápido desarrollo tecnológico, el hardware y el software se quedan obsoletos continuamente, por lo que también existe el riesgo de que las publicaciones electrónicas no estén ya accesibles en el futuro. Incluso si el medio y el contenido están en buenas condiciones, la tecnología necesaria para hacer accesible la obra puede que ya no esté disponible. A los problemas descritos hay que añadir los derivados del cambio en el modelo de negocio. La mayoría de la información digital no es comprada por las bibliotecas sino alquilada, es decir, no tienen la propiedad de la mayoría de la información digital de sus colecciones, sino solamente un derecho de acceso y uso concedido por una licencia o contrato. Así, si la información misma no reside en la biblioteca, puede que

de autor. Por su parte, la segunda de las excepciones prevista en la DDASI solo permitía la consulta de las obras, sin autorización del titular de los derechos, a través de terminales especializados instalados en los establecimientos y para fines de estudio e investigación; la accesibilidad transfronteriza y en línea de las obras contenidas en las colecciones de las instituciones culturales no estaba incluida en el ámbito de la excepción. Ello impedía que los usuarios pudieran acceder a las obras desde distintos dispositivos en cualquier momento y desde cualquier lugar. Como tendremos ocasión de analizar, los documentos posteriores aprobados en la Unión Europea van a tener como denominador común la búsqueda de soluciones que permitan superar estas limitaciones¹⁶.

En este contexto, en el año 2004, la empresa Google anunciaba su proyecto *Google Books* (primero conocida como *Google Print Library* y después *Google Books Search-GBS*) con la intención de digitalizar los fondos de las bibliotecas norteamericanas y europeas. Sin duda, ese proyecto actuó como detonante para llevar a cabo políticas de digitalización. Así, en una carta fechada el 28 de abril de 2005, dirigida al presidente del Consejo y de la Comisión, seis jefes de Estado o de Gobierno (Francia, Polonia, Alemania, Italia, España y Hungría) solicitaban la creación de una biblioteca digital europea donde recoger y dar acceso al patrimonio cultural de Europa¹⁷. Como consecuencia de aquella llamada de atención, el 30 de septiembre de ese mismo año, la Comisión publicó la *Comunicación i2020: Bibliotecas Digitales*¹⁸.

b. *La Comunicación i2010: Bibliotecas Digitales*

La Iniciativa i2020 define a las bibliotecas digitales como colecciones organizadas de contenidos digitales puestos a disposición del público. Se integra por contenidos previamente digitalizados (copias de libros u otros documentos), o creados desde el principio en formato digital. El concepto de biblioteca digital se mueve en torno a tres ejes fundamentales. La accesibilidad en línea, la digitalización de las colecciones analógicas¹⁹ y la preservación y el

no tenga acceso a la información más vieja, o incluso a ninguna información si se cancela la suscripción o si desaparece ese editor. Esto es una diferencia fundamental con la información impresa, que al ser poseída físicamente por las bibliotecas, suponía que estas tenían un control absoluto sobre las obras que componían su colección, incluso cuando la suscripción se hubiera cancelado. Por último, también hay problemas legales, ya que las estrategias de preservación exigen el consentimiento del titular de los derechos de autor.

¹⁶En parecidos términos, Johan AXHAMN y Lucie GUIBAULT: “Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe’s cultural heritage?”, *Final report prepared for Europeana Connect project*, Amsterdam, 2001, disponible en <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:465947/FULLTEXT01.pdf> (Consulta 21 de mayo 2020), p.6.

¹⁷ESPÍN ALBA, Isabel: op. cit. p. 20 señala que nadie parece negar que en el ámbito europeo la preocupación por el tema de las bibliotecas digitales surgiera como respuesta a las iniciativas de Google en esta materia. En el mismo sentido, CHIVITELLI, Chiara: “Derechos de autor y bibliotecas en el entorno digital...”, op. cit. pp. 305 y 306.

¹⁸COM (2005) 465, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A124226i>

¹⁹LÓPEZ MAZA, Sebastián: op. cit. pp. 16 y 17 define la digitalización como 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 del original; la información se transmite por medio de códigos que permiten diferentes tipos de contenido, como el sonido, el texto o la animación que pueden presentarse o combinarse de forma separada. De esta manera, se fija la obra en un medio que permite su posterior distribución y obtención de copias o su comunicación pública a través de redes o radiodifusión. Sobre la digitalización, véase: CARRANCHO HERRERO, Teresa: “Contenidos digitales e instituciones

almacenamiento de los contenidos digitales para garantizar que las futuras generaciones puedan acceder al material digital.

Resulta evidente que como consecuencia de este proceso de digitalización masiva, la posibilidad de acceso a los fondos de las instituciones responsables de la conservación del patrimonio cultural se ve incrementado de forma excepcional, en la medida que ya no son necesarias las restricciones de manipulación y uso de los originales, garantizándose que incluso los materiales deteriorados o respecto de los que se ha perdido el soporte físico original puedan ser objeto de acceso a través de copias digitalizadas. El resultado, como apunta ESPÍN ALBA²⁰, es una enorme ampliación de la disponibilidad de los materiales, principalmente con fines educativos y de investigación. Esta evidente mejora en los servicios que se prestan a los usuarios implica también un incremento del impacto social y económico de estas instituciones culturales en el ámbito de la cultura y de la investigación. Es previsible, añade esta autora, que todo ello facilite el desarrollo de recursos cooperativos, de modo que aquellas instituciones que tengan materiales afines y/o complementarios puedan intercambiar recursos y aumentar el potencial de acceso a los usuarios con la consecuente revalorización de sus servicios. En otras palabras, permite crear un único punto de acceso a documentos de distintas instituciones que se refieren a una determinada materia²¹.

En relación con el proceso de digitalización de las colecciones europeas, la Comisión identificó cuatro tipos de dificultades. La primera de ellas era financiera, debido a que esas actuaciones exigían una inversión y una mano de obra importantes²². La segunda dificultad era de carácter

culturales”, *Medios de comunicación, contenidos digitales y derechos de autor*, SERRANO GÓMEZ, EDUARDO (dir.), Reus, Madrid, 2019, pp. 182 y ss; ESPÍN ALBA, Isabel: op. cit. p. 27; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: *El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines a la sociedad de la información*, Comares, Granada, 2001, p. 10; RODRÍGUEZ MORENO, Sofía: *La era digital y las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 107 y 108.

²⁰ Op. cit. p. 31.

²¹ Este doble impacto cultural y económico se resaltó en la propia Comunicación; así, bajo la expresión DISPONIBILIDAD EN LÍNEA DEL PATRIMONIO CULTURAL DE EUROPA: LO QUE ESTÁ EN JUEGO se afirma, por un lado, 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. En lo relativo a los datos económicos, las 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.

²² Como pone de manifiesto CARRANCHO HERRERO, Teresa: “Contenidos digitales e instituciones culturales” op. cit. pp. 177 y 180, la *Carta del dominio público de Europea* publicada en abril de 2010 advertía del elevado coste que supone digitalizar los fondos analógicos y mantener los fondos digitales. Por ello, se consideraba necesario que los gobiernos estimularan o exigieran a las organizaciones que generaran ingresos mediante la concesión de licencias. En tal sentido, la Carta ya indicaba que, si bien las sociedades públicas y privadas constituyen una buena opción para contribuir a la financiación de la

organizativo, provocado por el riesgo de duplicar el trabajo, digitalizando una obra varias veces, así como la necesidad de actualizar las competencias del personal implicado; en tercer lugar existían problemas de carácter técnico, ya que era imprescindible mejorar los costes de digitalización; por último, la digitalización conllevaba problemas jurídicos nacidos de la necesidad de compatibilizar dicho proceso con los derechos de propiedad intelectual existentes sobre la obra inmersa en dicho proceso de digitalización²³. A pesar de las dificultades expuestas, la biblioteca digital, denominada Europea, se puso en marcha el 20 de noviembre de 2008. Su objetivo era facilitar la conversión a formato digital de los acervos bibliográficos de las instituciones culturales europeas y ponerlas a disposición del público a través de un único punto de acceso multilingüe²⁴.

c. El Libro Verde sobre derechos de autor en la economía del conocimiento

El 16 de julio de 2008, la Comisión Europea publicó el Libro Verde sobre derechos de autor en la economía del conocimiento con el objetivo de promover un debate sobre la materia. La segunda parte de dicho documento se refería a problemas específicos relacionados con las excepciones y limitaciones que afectan especialmente a la difusión de conocimientos, y planteaba la conveniencia de que estas excepciones evolucionaran en la era de la difusión digital. Respecto de las excepciones contempladas en los artículos 5.2.c y 5.3.n DDASI, el Libro Verde puso de manifiesto que ni la norma comunitaria, ni las legislaciones nacionales contenían normas claras y específicas sobre las excepciones en favor de las bibliotecas y entidades culturales;

digitalización, como lo hacen a cambio del acceso privilegiado a las colecciones digitalizadas, se debe alcanzar el máximo control posible para evitar que estas relaciones comerciales con socios exclusivos dificulten, cuando no impidan, el libre acceso a las obras. Y ello es así, en la medida que los derechos de exclusividad aíslan la información digitalizada y dificultan el acceso a ella de los profesores y ciudadanos o de otras instituciones. De igual modo, la Recomendación de la Comisión de 27 de octubre de 2011 sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011H0711>) afirma en su Considerando 9 que el coste de la digitalización del patrimonio cultural para el conjunto de Europa es elevado y, por eso, no puede cubrirse solamente con financiación pública. El patrocinio de la digitalización por el sector privado o la creación de asociaciones entre los sectores público y privado pueden ser vías para la participación de entidades privadas en las actividades de digitalización y, por tanto, deben fomentarse. Para ser justas y equilibradas, estas asociaciones deben cumplir una serie de principios fundamentales. Concretamente, procede establecer plazos para el uso preferente del material digitalizado. El informe del Comité de Sabios sobre la digitalización del patrimonio cultural europeo estableció un plazo máximo de siete años para el uso preferente del material digitalizado por las asociaciones entre los sectores público y privado.

²³ En efecto, como señala ESPÍN ALBA, Isabel: op. cit. pp. 27 y 51, dentro de los materiales digitalizados que forman parte de la colección de una biblioteca se pueden encontrar obras de muy diferente estatus jurídicos. Están las obras que se encuentran en el dominio público que son aquellas cuyos plazos de protección han expirado y pueden ser utilizadas por cualquiera, respetando siempre los derechos morales; por el contrario, existirán otras sobre las que aún recaen derechos de propiedad intelectual y que se determinará si son huérfanas o no después de una búsqueda diligente.

²⁴ Para implementar la Iniciativa i2020: Bibliotecas Digitales se publicaron además otras disposiciones y acuerdos emanados de los órganos de la Unión Europea, entre los que cabe citar: Recomendación 2006/585/CE de la Comisión, de 24 de agosto de 2006, sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital; las Conclusiones del Consejo sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital de 7 de diciembre de 2006. La Resolución del Parlamento Europeo i2020: hacia una biblioteca digital europea de 27 de septiembre de 2007. La Comunicación de la Comisión 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 de 11 de agosto de 2008; las Conclusiones del Consejo relativas a la biblioteca digital Europea de 20 de noviembre 2008 y la Comunicación de la Comisión Europea-los próximos pasos, de 28 de agosto de 2009; finalmente, la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de mayo de 2010, sobre Europea - los próximos pasos.

excepciones que además habían sido traspuestas de forma diferente por las legislaciones de los Estados miembros. Es más, algunos Estados miembros como el Reino Unido habían adoptado normas muy restrictivas sobre los actos de reproducción realizados por las bibliotecas al amparo de esta excepción, autorizando a realizar una única copia de una obra literarias, dramática o musical perteneciente a su colección permanente, con fines de conservación y sustitución²⁵. En consecuencia, se planteaba el interrogante de si debía precisarse el alcance de la excepción en beneficio de las bibliotecas, centros de enseñanza, museos y archivos de acceso público en relación con la conversión en formatos, el número de copias autorizadas en el marco de la excepción y el escaneado de colecciones completas conservadas en las bibliotecas.

Respecto del derecho de puesta a disposición del público de obras protegidas, la excepción impide que las colecciones de estas instituciones culturales sean accesibles en línea; asimismo, muchos editores están digitalizando sus propios catálogos con objeto de crear bases de datos interactivas en línea, donde el material pueda consultarse fácilmente desde el ordenador del usuario pagando una cuota de suscripción al servicio. En consideración a lo anterior, el Libro Verde se preguntaba si para reforzar el acceso a las obras, las bibliotecas, los centros de enseñanza, los museos y los archivos de acceso público deberían celebrar acuerdos con los editores para la concesión de licencias y si hay ejemplos de regímenes de licencias para el acceso en línea a las colecciones de las bibliotecas que se apliquen con resultados satisfactorios. Finalmente, se advierte que la excepción prevista en el art. 5.3.n de la Directiva no incluye la entrega en línea de obras o prestaciones protegidas²⁶.

d. Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y la Agenda Digital para Europa

El 3 de marzo de 2010 la Comisión Europea publicó la Comunicación Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, en la cual se enmarcaban las políticas europeas para la próxima década. En dicho documento se establecen siete iniciativas emblemáticas, entre las que resalta un Agenda Digital para Europa que tenía, entre otros objetivos, establecer la promoción y protección de la diversidad cultural y los contenidos

²⁵ En su redacción original, *The Copyright, Designs and Patents Act*, 1988 recogía en su artículo 42 la posibilidad de hacer copias de obras literarias, dramáticas y musicales con fines de preservación y sustitución, limitándose dicha excepción a la posibilidad de hacer una única copia. Dicha norma fue reformada por *Copyright and Rights in Performances (Research Education, Libraries and Archives) Regulation* 2014, que le dio una nueva redacción al artículo 42. En el nuevo precepto se elimina toda referencia a obras literarias, dramáticas y musicales, de lo que se desprende que en la actualidad pueden copiarse con fines de preservación o sustitución todo tipo de obras. Sin embargo, se mantiene la limitación a una sola copia y se exige que las reproducciones de obras con dicha finalidad puedan hacerse únicamente cuando no exista una posibilidad razonable de adquirir una copia de sustitución.

²⁶ Tras el debate suscitado por el Libro Verde, la Comisión Europea, en su Comunicación Los derechos de autor en la economía del conocimiento de 19 de octubre de 2009, anunció una serie de actuaciones en materia de propiedad intelectual. Entre las posibles soluciones propuestas para establecer un régimen sencillo y rentable de comercio de derechos que cubriera las cuestiones relativas a la digitalización y difusión en línea en el ámbito de las bibliotecas digitales, se pensó en el establecimiento de un régimen colectivo de licencias que pudiera complementarse con un sistema ampliado, basado en un compromiso de búsqueda con la debida diligencia, por la que se considere que un gestor de derechos representa a terceros; es decir, a titulares de derechos que no sean oficialmente miembros del régimen colectivo. Sobre estas bases, la Comisión se comprometió a estudiar si eran precisas más iniciativas como parte de la nueva estrategia, incluida la posible creación de una nueva excepción reglamentaria para los esfuerzos de digitalización.

creativos de la Unión Europea. En tal sentido, se afirma que la digitalización y el acceso en línea de las obras son dos instrumentos útiles para alcanzar dicho objetivo. Sin embargo, la complejidad del actual sistema de concesión de licencias y las barreras económicas que tienen su origen en las elevadas inversiones necesarias para proyectos de digitalización a gran escala, representan los dos mayores obstáculos.

Ese mismo año la Comisión constituyó un Comité de Sabios encargado de realizar un informe con el fin último de encontrar soluciones novedosas para superar los obstáculos económicos y normativos a la digitalización, preservación digital y accesibilidad en línea del patrimonio cultural²⁷. La publicación del Informe, denominado «El nuevo Renacimiento sobre la digitalización del patrimonio cultural europeo» se llevó a cabo el 10 de enero de 2011 y, en lo que a nosotros nos interesa, incluía las siguientes recomendaciones:

- Las instituciones culturales deben digitalizar las obras que están en dominio público a través de fondos públicos, para asegurar el acceso a ellas y permitir su uso transfronterizo.
- Las legislaciones de los Estados miembros deberían introducir unas licencias colectivas obligatorias en favor de instituciones culturales para la digitalización de las obras.
- El portal Europeana debe convertirse en la referencia principal de patrimonio cultural europeo en línea.
- Para garantizar la conservación de las colecciones en formato digital, una segunda copia de este material cultural debe archivarse en Europeana.
- Debe fomentarse la cooperación entre el sector público y el sector privado en materia de digitalización, preservación digital de obras y accesibilidad en línea.

Las recomendaciones del Comité de Sabios fueron implementadas a través de diferentes documentos publicados a partir de 2011, entre los que destaca la Recomendación de la Comisión de 27 de octubre de 2011 sobre digitalización, accesibilidad del material cultural y preservación digital y las Conclusiones del Consejo de 10 de mayo de 2012 sobre digitalización y acceso en línea del material cultural y la conservación digital.

*e. Comunicación sobre un mercado único digital y la reforma del marco jurídico europeo sobre derechos de autor*²⁸

Esta Comunicación considera que los derechos de propiedad intelectual constituyen un activo fundamental en la economía de la Unión Europea. Sin embargo, dicho potencial económico depende, cada vez más, de la capacidad de muchos titulares para ceder sus contenidos creativos a través de licencias. Ello exige un marco legal global y coherente en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual. Al respecto, las normas en esta materia deben entenderse como una normativa marco que permita una gestión de estos derechos lo más eficiente posible, estableciendo los incentivos adecuados para la creación y la inversión, los modelos empresariales innovadores, la promoción de la diversidad cultural y la difusión lo más amplia posible de las obras en beneficio de la sociedad en su conjunto.

²⁷ Previamente se había constituido un Grupo de expertos de alto nivel sobre bibliotecas digitales que el 4 de junio de 2008 había publicado un informe sobre la conservación digital y las obras huérfanas y descatalogadas.

²⁸ De 24 de mayo de 2011 (COM (2011)).

Para conseguir dichos objetivos, la Comisión se propuso trabajar en dos líneas de acción paralelas: la primera era iniciar un diálogo con las partes interesadas con el objetivo explícito de proponer soluciones prácticas a los problemas planteados en este ámbito²⁹; la segunda tenía como finalidad completar la labor de revisión y modernización del marco legislativo de la Unión Europea sobre derechos de autor; en ese contexto cabe enmarcar la *Consulta sobre la revisión de las normas de Derechos de autor dentro de la Unión Europea*³⁰, en la cual se abordaron cuestiones relativas a los límites y excepciones a los derechos de autor en el entorno digital y los mecanismos de defensa de los derechos. En relación con las excepciones de los derechos de autor en favor de determinadas instituciones culturales los resultados de la consultan señalaron los siguientes aspectos: 1º. La necesidad de que los límites al derecho de reproducción contemplen la posibilidad de efectuar copias con fines de preservación digital³¹. 2º. La necesidad de la accesibilidad transfronteriza y en línea de las obras contenidas en las colecciones de las instituciones culturales. En relación con esta cuestión se considera necesario ampliar al ámbito de la excepción prevista en la DDASI a fin de permitir el acceso remoto de las obras, si bien su aplicación podría limitarse a las obras que están fuera del circuito comercial.

En el *Informe sobre Derechos de Autor en el mercado único digital*, publicado en junio de 2013 y a falta de una completa armonización de la normativa en esta materia que constituye un objetivo a largo plazo, se afirma que el único instrumento válido para la explotación transfronteriza en línea de contenidos protegidos es la concesión de licencias³².

f. *La Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas*

En un escenario centrado en la difusión de las obras en un entorno digital era preciso establecer un marco jurídico que permitiera el acceso legal, transfronterizo y en línea de las obras huérfanas. Respondiendo a esa necesidad el 25 de octubre de 2012 se aprueba la Directiva del Parlamento y del Consejo sobre ciertos usos autorizados de obras huérfanas (en adelante DOH)³³. En términos generales se puede definir la obra huérfana como aquella que está protegida por los derechos de autor, los cuales no pueden ser identificados o localizados por

²⁹ El diálogo de las instituciones europeas con las partes interesadas se puso en marcha con la iniciativa *Licencias para Europa*, a través de la cual la Comisión pretendía propiciar un foro de debate con las partes interesadas a fin de formular soluciones prácticas sobre cuestiones relacionadas con la concesión de licencias sobre derechos de autor en el entorno digital.

³⁰ Los resultados de dicha consulta fueron publicados en un *Report* de la Dirección general para el mercado interno y los servicios de Comisión Europea, publicado en julio de 2014.

³¹ Al respecto, se advierte que es imprescindible realizar periódicos cambios de formato de los documentos para su conservación y accesibilidad en el tiempo, en atención al progreso tecnológico. Asimismo se considera que el mecanismo de las licencias presenta el inconveniente de que pueden ser resueltas por los editores, en cuyo caso las bibliotecas perderían el acceso a los documentos, sin poder por tanto desempeñar su función de interés público. Finalmente, se sugiere que la Unión Europea aclare qué requisitos deben cumplir los beneficiarios de esta excepción, debiéndose aplicar exclusivamente a las entidades cuya única misión sea la conservación del patrimonio cultural.

³² Para un estudio detallado sobre dicho Informe: CIVITELLI, Chiara: "Derechos de autor y bibliotecas en el entorno digital...", op. cit. pp. 328 y ss.

³³ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:ES:PDF>

quién quiere realizar actos de explotación que requieren el consentimiento del autor y después de haber realizado una búsqueda diligente³⁴.

De las posibles soluciones que admitía el problema de las obras huérfanas, Europa se decantó por el modelo de una excepción obligatoria a los derechos de autor en favor de determinadas instituciones culturales, siempre que se tratara de usos no comerciales, y sin necesidad de pagar una remuneración previa, pero con la previsión de una remuneración equitativa en el caso de que el titular de los derechos apareciera³⁵; para la determinación de dicha remuneración se tendría en cuenta el uso efectivamente realizado de la obra huérfana, la naturaleza no comercial de la utilización y el posible perjuicio causado a los titulares.

Sin duda, la técnica legislativa de imponer a todos los Estados miembros un límite de carácter obligatorio supuso un cambio fundamental respecto de la DDASI cuya regla general, como hemos tenido ocasión de analizar, era el carácter facultativo de los límites. El modelo de la DOH está basado en un sistema de *opt-in* en el que se recogen en una base de datos única para el territorio de la UE las búsquedas diligentes realizadas por las entidades beneficiarias del límite, con el consiguiente reconocimiento mutuo. La búsqueda diligente debe ser realizada de buena fe respecto de cada obra o prestación protegida. Ello implica la consulta de las fuentes adecuadas en función de la categoría de obras o prestaciones protegidas, que serán determinadas por cada Estado miembro en consulta con los titulares de derechos y los usuarios, debiendo ser incluidas como mínimo las fuentes enumeradas en el Anexo de la Directiva³⁶. La responsabilidad de realizar y documentar la búsqueda diligente corresponde a las entidades autorizadas para el uso de las obras o fonogramas, que pueden llevarla a cabo con sus medios o acudir a acuerdos con otras entidades. La Directiva prevé que los titulares de derechos de las obras u otras prestaciones puedan poner fin a la condición de huérfana de la obra y reclamar la oportuna compensación por los usos que de la misma se hayan realizado sin su consentimiento (sistema *out-out*).

Respecto de los usos autorizados (art. 6 DOH), las entidades beneficiarias solo podrán llevar a cabo: a) la reproducción, conforme al artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE a efectos de digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración. b) La puesta a disposición del público, conforme al artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE. Ahora bien, estos usos solo estarán autorizados cuando las instituciones señaladas en la Directiva hagan uso de las obras huérfanas en el ejercicio de su misión de interés público: en particular, conservación y restauración y facilitación del acceso con fines culturales y educativos³⁷.

³⁴ Stef VAN GOMPEL: “Unlocking the potential of pre-existing content: How to address the issue of orphan works in Europe?”, *IIC* n° 6, 2007, disponible en https://www.ivir.nl/publicaties/download/IIC_2007_6_orphan_works.pdf (Consulta 19 de mayo 2020)

³⁵ ESPIN ALBA, Isabel: op. cit. pp. 162.

³⁶ En España estas fuentes han sido fijadas por el Real Decreto 224/2016, y ello sin perjuicio de la obligación de consultar fuentes adicionales disponibles en otros países donde haya pruebas que sugieran la existencia de información pertinente sobre los titulares de derechos (art. 4.4. Real Decreto 224/2016). Sobre esta cuestión, Mercedes CURTO POLO: “La Propiedad Intelectual en las bibliotecas universitarias”, op. cit. p. 488.

³⁷ Se pregunta CURTO POLO: IDEM, p. 492 si se trata de una Directiva de mínimos, de forma que los Estados miembros puedan ampliar la excepción relativa a las obras huérfanas en relación con posibles usos comerciales; en opinión de esta autora no parece que haya sido esta la voluntad del legislador

g. *Hacia un marco de derechos de autor más moderno y más europeo*

En dicha Comunicación de 9 de diciembre de 2015 se pone de manifiesto la necesidad superar la fragmentación y las fricciones dentro del mercado único³⁸. En el concreto ámbito de las excepciones establecidas en favor de las bibliotecas, museos, archivos y establecimientos educativos, se advierte de lo importante que es que dicha regulación se adapte a un entorno digital y transfronterizo. De nuevo se insiste en que la excepción de la UE que autoriza a determinadas instituciones a permitir la consulta de obras en pantalla para la investigación y el estudio privado no tiene en cuenta las posibilidades que ofrece la tecnología actual para la consulta a distancia, debiéndose permitir la consulta a distancia de las colecciones de estas instituciones para fines de estudio e investigación privada.

En segundo lugar y respecto de la excepción relativa a las actividades de conservación de las instituciones del patrimonio cultural, se reitera que los Estados miembros no suelen tener en cuenta los formatos digitales a la hora de aplicar esa excepción a nivel nacional, por ello se debe permitir el uso de las tecnologías digitales para hacer frente a la rápida obsolescencia tecnológica de los dispositivos.

h. *A modo de conclusión*

Alcanzar el objetivo de un mercado único digital exige conseguir una amplia disponibilidad de los contenidos creativos en todos los Estados miembros, garantizando al mismo tiempo que la normativa de la Unión Europea siga proporcionando un alto nivel de protección a los titulares de derechos, manteniendo un equilibrio adecuado con otros objetivos de política pública, como la educación, la investigación o la conservación y difusión del patrimonio cultural. En ese contexto, y como se ha expuesto, esa labor de digitalización del patrimonio cultural se ha enfrentado con diversos problemas que han dificultado enormemente esa tarea. Descrito el estado de la cuestión, queda ahora por analizar la regulación contenida en la Directiva a fin de determinar si se han solventado algunas de las dificultades enumeradas y si las soluciones adoptadas pueden calificarse de satisfactorias.

comunitario. Todo ello se entiende sin perjuicio de la libertad contractual de dichas entidades para, en uso de su libertad contractual, llegar a acuerdos con entes privados. No obstante, conforme al Considerando 22 tales acuerdos no deben imponer restricción alguna a los beneficiarios de la Directiva en cuanto al uso por su parte de las obras huérfanas y no se debe conceder al socio comercial ningún derecho a utilizar o a controlar el uso de las obras huérfanas. En la práctica, será difícil llegar a acuerdos con entidades privadas si éstas no tiene ninguna posibilidad de explotar comercialmente las obras digitalizadas, salvo en el marco de una iniciativa de mecenazgo. Sobre las diferencias entre el texto de la Propuesta de Directiva en esta cuestión y el texto definitivo en la DOH: María SERRANO FERNÁNDEZ: “Las obras huérfanas. Luces y sombras de la Directiva 2012/28 sobre ciertos usos autorizados de obras huérfanas”, *Propiedad Intelectual en el siglo XXI: Nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*, ESPÍN ALBA, ISABEL (coord.), Reus, Madrid, 2014, pp. 168 y 169.

³⁸ Previamente, el 6 de mayo de 2015 se había aprobado la Comunicación Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52015DC0192>, sustentada en tres pilares: 1) La mejora del acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios digitales en Europa; 2) la creación de unas condiciones adecuadas y equitativas para el éxito de las redes digitales y los servicios innovadores; 3) el aprovechamiento máximo del potencial de crecimiento de la economía digital. La Comisión estableció una hoja de ruta con dieciséis acciones clave en el marco de estos pilares, que debería ponerse en marcha antes de que finalizara 2016 y creó una herramienta en línea para medir los avances de Europa hacia una economía y sociedad digitales, el Índice de la Economía y la Sociedad Digitales (DESI, por sus siglas en inglés).

3. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital

3.1. Introducción

La Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE constituye un paso más en esa labor de modernización. En términos generales, cabe afirmar que la nueva norma comunitaria establece un conjunto de reglas que tienen por finalidad adaptar determinadas limitaciones a los derechos de autor y los derechos afines en un entorno digital y transfronterizo; además, la DDAMUD pretende facilitar la concesión de licencias, principalmente en lo que respecta a la difusión de obras y otras prestaciones que están fuera del circuito comercial. El interrogante que se plantea es determinar cómo aborda esta nueva norma esos problemas que han estado latente en todo ese largo recorrido normativo en favor de la digitalización de obras intelectuales y otras prestaciones.

En primer lugar y con respecto a la primera de las cuestiones planteadas, la DDAMUD tiene como objetivo que en materia de excepciones y limitaciones exista un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los autores y otros titulares de derechos por una parte y los usuarios por otra. A juicio del legislador comunitario lograr dicho equilibrio conlleva que las excepciones y límites establecidos por la DDAMUD únicamente puedan aplicarse en casos especiales que no sean incompatibles con una explotación normal de las obras y otras prestaciones y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos de los titulares de derechos³⁹.

La norma comunitaria viene pues a plasmar lo que constituye un principio fundamental en materia de derechos de autor, cual es que los límites que se imponen al derecho exclusivo de explotación de la obra deben cumplir la llamada *regla de los tres pasos*⁴⁰. Es decir, que los límites

³⁹ En parecidos términos BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “El mercado único digital y la propiedad intelectual” *Aranzadi Civil-Mercantil, Revista doctrinal*, nº 2, 2016, pp. 2 y ss pone de manifiesto que hay que tener cautela a la hora de ampliar el número de excepciones a la propiedad intelectual, aunque las mismas vayan acompañadas de compensaciones equitativas a los titulares de los derechos excepcionados. La propiedad intelectual, especialmente el derecho de autor es un derecho de exclusiva. Lo que conviene tener presente a la hora de transformarlo, a través de excepciones, en un derecho de remuneración. La remuneración del titular, como contenido de su derecho, debe seguir siendo básicamente una excepción, y ello no se respeta cuando las excepciones se multiplican.

⁴⁰ Dicha regla, de origen anglosajón, está recogida en el art. 9.2 del Convenio de Berna cuyo texto dispone que: “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”. En el Derecho español esta regla está plasmada en el art. 40 bis TRLPI que está situado sistemáticamente al final del Capítulo II, Título III que regula la materia relativa a los límites a los derechos de autor. Dicho precepto dispone que: “Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”. Sobre esta regla: OLIVEIRA ASCENSÃO, José de: “Os limites dos limites. A teoria dos tres passos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e outras relativas à informação e a gestão dos direitos”, *Los límites a los derechos de autor*, ROGEL VIDE, CARLOS (coord.), Reus, Madrid, 2006, pp. 87 y ss.

a los derechos de autor deben cumplir tres condiciones 1. Que se trate de supuestos particulares, que por ser excepciones a un derecho en principio exclusivo o ilimitado, deben ser interpretados de manera restrictiva. 2. Que no atenten contra la explotación normal de la obra. 3. Que no causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor⁴¹.

Desde estos planteamientos, la DDAMUD establece cuatro límites que deben ser *obligatoriamente adoptados por los Estados miembros*: en favor, de la minería de datos (art.3); de la educación *on line* (art. 5); la preservación cultural (art. 6) y el uso de las obras fuera del comercio por parte de las bibliotecas (art. 8)⁴². Nuestro estudio se va a limitar a las dos últimas excepciones.

Como hemos tenido ocasión de analizar a lo largo de este trabajo, el carácter obligatorio de las excepciones era una cuestión planteada en las distintas normas comunitarias; se estimaba que la naturaleza facultativa de las excepciones dificultaba enormemente la armonización de soluciones en esta materia. En consecuencia, la naturaleza imperativa de estos límites debe valorarse muy positivamente; a fin de garantizar que estas excepciones no serán eliminadas por medio de acuerdos contractuales, el artículo 7.1 dispone que “Será inaplicable toda disposición contractual contraria a las excepciones establecidas en los artículos 3, 5 y 6”. El fundamento de esta norma determina que deba proyectarse respecto de toda disposición contractual relativa (entre otros) a derechos de autor de los Estados miembros, incluso cuando la disposición en cuestión forme parte de un contrato internacional cuya ley aplicable sea la de un tercer Estado. A esta solución conduce la caracterización de las normas reguladoras de los límites y excepciones como relativas al alcance y caracterización de los derechos y, por lo tanto, regidas por la *lex loci protectionis*, de modo que quedan al margen de la *lex contractus*. El mismo resultado se alcanzaría de considerar que el artículo 7 responde a que las normas de los artículos 3, 5 y 6 establecen normas internacionales imperativas -en el sentido del artículo 9.1 del Reglamento de Roma (I) aplicables a los contratos internacionales, cualesquiera que sea la ley del contrato- en la medida que tenga por objeto la explotación de derechos exclusivos de los Estados miembros⁴³.

⁴¹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: op. cit. p.22 señala que hasta la Revisión del Convenio de Berna de 1971, la regla de los tres pasos estaba recogida en el art. 9.2 de dicho Convenio. Posteriormente, dicha regla fue incorporada a dos instrumentos internacionales: el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, Anexo I del Tratado de la OMC y en el artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de autor. Se debe aclarar que El Acuerdo sobre los ADPIC es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

⁴²En tal sentido, el Considerando 5 de la DDAMUD señala que: En los ámbitos de la investigación, la innovación, la educación y la conservación del patrimonio cultural, las tecnologías digitales permiten nuevos tipos de usos que no están claramente enmarcados por las normas vigentes de la Unión sobre excepciones y limitaciones. Por otra parte, el carácter optativo de las excepciones y limitaciones establecidas en las Directivas 96/9CE, 2001/29/CE y 2009/24/CE en estos ámbitos pueden afectar negativamente al funcionamiento del mercado interior, especialmente en el caso de usos transfronterizos, que ocupan un lugar cada vez más importante en el entorno digital. Es conveniente establecer excepciones o limitaciones obligatorias con respecto a los usos de tecnologías de minería de datos, la ilustración con fines educativos en el entorno digital y la conservación del patrimonio cultural. Se deben seguir aplicando las excepciones y limitaciones vigentes establecidas en el Derecho de la Unión, también a la minería de textos y datos, a la educación y a las actividades de conservación, siempre que no limiten el ámbito de aplicación de las excepciones o limitaciones obligatorias establecidas en la presente Directiva, que los Estados miembros deben transponer a su Derecho interno. Procede por tanto modificar las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.

⁴³De MIGUEL ASENSIO, Pedro Miguel: “Mercado único digital y propiedad intelectual: las Directivas 2019/789 y 2019/790, *La Ley Unión Europea*, nº 71, 2019, pp. 12 y 13.

En todo caso, lo dispuesto en el art. 7.1 de la DDAMUD tiene una enorme importancia pues solventa un problema que se produce con mucha frecuencia en este ámbito, cual es que en la práctica los acuerdos contractuales entre las bibliotecas y los titulares de los derechos se articulan a través de licencias de uso que se configuran como contratos de adhesión, los cuales en numerosas ocasiones son más restrictivos que las disposiciones legales⁴⁴.

Centrándonos en los límites que afectan al patrimonio cultural, la norma comunitaria regula dos supuestos: el primero afecta al derecho de reproducción y el segundo al derecho de comunicación pública. Analizaremos, a continuación, cada uno de ellos.

3.2. Conservación del patrimonio cultural

a. *Justificación de la excepción*

El legislador comunitario señala que las instituciones responsables del patrimonio cultural se dedican a la conservación de sus colecciones para futuras generaciones. Un acto de conservación de una obra u otra prestación protegida de la colección de una institución responsable del patrimonio cultural puede requerir la reproducción y, en consecuencia, necesitar la autorización de los titulares de los derechos correspondientes. Las tecnologías digitales abren nuevas vías para preservar el patrimonio conservado en dichas colecciones, pero también plantean nuevos desafíos, lo que exige adaptar el marco jurídico vigente estableciendo una excepción obligatoria al derecho de reproducción para hacer posible estos actos de conservación. No obstante, la existencia de diversos planteamientos adoptados por los Estados miembros respecto de los actos de reproducción para la conservación del patrimonio cultural dificulta la cooperación transfronteriza, la puesta en común de los medios de conservación y el establecimiento de redes de conservación transfronteriza por parte de las instituciones responsables de dicho patrimonio, dando lugar a un uso ineficiente de esos recursos. Ello puede repercutir negativamente en la conservación del patrimonio cultural. A fin de solventar dichos obstáculos, la DDAMUD señala que es necesario que los Estados miembros establezcan una excepción por la que se autorice a las instituciones del patrimonio cultural a reproducir obras y otras prestaciones que se hallen con carácter permanente en sus colecciones con fines de conservación, por ejemplo, para hacer frente a la obsolescencia tecnológica o a la degradación de los soportes originales. Dicha excepción ha de permitir la realización de copias mediante las herramientas, medios o tecnologías de conservación adecuadas, en cualquier formato o medio, en la cantidad necesaria y en cualquier momento de la vida de una obra o prestación, en la medida necesaria exclusivamente para fines de conservación⁴⁵.

⁴⁴ En el Derecho inglés la reforma de *The Copyright Act 1998* llevada a cabo por *The Copyright and Rights Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014*, añadió un párrafo 7º al art. 42, relativo a la posibilidad de hacer copias de obras con fines de preservación o sustitución, en virtud del cual cuando los términos de un contrato pretendan impedir o restringir la práctica de cualquier acto que, en virtud de esta sección, no violaría derechos de autor, esta cláusula es inaplicable. Por tanto, se dispone que los términos de un contrato no pueden ser más restrictivos que lo previsto en la norma legal. En términos similares se pronuncia el art. 75.5 del Código Portugués de Derechos de autor al disponer que 5 — É nula toda e qualquer cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários das utilizações enunciadas nos n.ºs 1, 2 e 3 deste artigo, sem prejuízo da possibilidade de as partes acordarem livremente nas respectivas formas de exercício, designadamente no respeitante aos montantes das remunerações equitativas (Redacção dada pela Lei 50/2004 de 24 de Agosto).

⁴⁵ Considerandos 25, 26 y 27 de la DDAMUD.

Es importante advertir que esta excepción de carácter obligatorio no elimina el límite facultativo previsto en el art. 5.2.c) de la DDASI; en consecuencia, cuando la DDAMUD se transponga al Derecho español, este límite obligatorio para fines de conservación del patrimonio cultural podrá coexistir con la posibilidad de realizar actos de reproducción para fines de investigación o estudio *ex art. 37.1 TRLPI*⁴⁶.

El acto permitido es únicamente la reproducción de la obra con fines de conservación. Por ello, aquellos actos de reproducción realizados por las instituciones responsables del patrimonio cultural con fines distintos a la conservación de la obra necesitan la autorización del titular de los derechos, a menos que estén autorizados por otras excepciones o limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión.

b. La excepción al derecho de reproducción

El artículo 6 establece que: *Los Estados miembros establecerán una excepción a los derechos previstos en el artículo 5, letra a), y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE, el artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE, el artículo 4, apartado 1, letra a) de la Directiva 2009/24/CE y el artículo 15, apartado 1 de la presente Directiva, con el fin de permitir a las instituciones responsables del patrimonio cultural efectuar copias de las obras u otras prestaciones que se hallen de forma permanente en sus colecciones, en cualquier formato y en cualquier soporte, con la única finalidad de conservar tales obras u otras prestaciones y en la medida necesaria para esa conservación*⁴⁷.

Una vez expuestos los términos en los que aparece recogida la excepción, vamos a analizar los requisitos de aplicación de este precepto.

⁴⁶ En el mismo sentido, OLAVARRÍA IGLESIAS, Jesús: “Límite obligatorio al derecho de reproducción para fines de conservación en las instituciones de patrimonio cultural (art. 6 de la Directiva 2019/790/UE)”, *Propiedad Intelectual y mercado único digital*, SAIZ GARCÍA, CONCEPCIÓN Y EVANGELIO LLORCA, RAQUEL (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 283 y 284.

⁴⁷ La Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996 sobre la protección jurídica de las bases de datos dispone en su art. 5 a) que el autor de una base de datos tendrá el derecho exclusivo, respecto de la forma de expresión de dicha base, susceptible de la protección de los derechos de autor, de realizar o autorizar: a) la reproducción temporal o permanente, total o parcial, por cualquier medio y de cualquier forma. Por su parte, el art. 7.1 de la misma norma señala que los Estados miembros dispondrán que el fabricante de la base de datos pueda prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta, cuando la obtención, verificación o la presentación de dicho contenido represente una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo. El art. 4.1.a) de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, reconoce entre los derechos exclusivos que le corresponden al autor de un programa de ordenador el derecho de realizar o autorizar a) la reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuera permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa de ordenador necesiten la reproducción del mismo, estos actos estarán sujetos a la autorización del titular del derecho. Finalmente, el art. 15.1 de la DDAMUD reconoce a las editoriales de las publicaciones en prensa establecidas en un Estado miembro los derechos de reproducción, de comunicación al público de obras y el de poner a disposición del público prestaciones protegidas, reconocidos respectivamente en los artículos 2 y 3.2 de la Directiva 2001/29CE para el uso en línea de sus publicaciones de prensa por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

1º. Instituciones responsables del patrimonio cultural. Del tenor literal del art. 6 DDAMUD se desprende que únicamente estas instituciones son las que puedan realizar copias con fines de conservación. Ahora bien, ¿qué se entiende por institución responsable del patrimonio cultural? Las distintas normas que recogen los límites a los derechos de autor, en las que los beneficiarios del límite son instituciones culturales, ponen de manifiesto que no existe un concepto único de institución responsable del patrimonio cultural⁴⁸.

Así, el art. 5.2 DDASI contemplaba una excepción 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. Por su parte, el párrafo primero del artículo 37 TRLPI que transpone dicha norma a nuestro ordenamiento realiza una enumeración de las entidades que son beneficiarias del límite: museos, bibliotecas, fonotecas, hemerotecas y archivos. Dichas instituciones han de ser de titularidad pública o estar integradas en instituciones de carácter cultural o científico. Si comparamos el art. 37 TRLPI con el art. 5.2.c) de la DDASI es posible apreciar algunas diferencias importantes. 1. El texto español incluye en la lista de las instituciones beneficiarias de estos límites a las fonotecas, hemerotecas, que son instituciones no citadas en la norma comunitaria. 2. El artículo 37 no se fija en la actividad concreta de la institución, sino en la titularidad de ésta, pública o privada, o en su carácter cultural o científico, con los problemas de interpretación que ello conlleva. 3. Por último, mientras que la norma comunitaria incluye expresamente a los centros de enseñanza entre las entidades que pueden acogerse a dicha excepción, dichos centros no aparecen mencionados en el art. 37 TRLPI.

Por su parte, el artículo 1.1 de la Directiva 2012/28/UE, de 25 de octubre sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, se refiere a determinados usos de las obras huérfanas por parte de las bibliotecas, centros de enseñanza y museos accesibles al público, así como archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión, establecidos en los Estados miembros, efectuados con el fin de alcanzar objetivos relacionados con la misión de interés público⁴⁹. El art. 37.4 bis del TRLPI que transpone dicha Directiva al Derecho español incluye en su enumeración a los centros educativos, museos, bibliotecas y hemerotecas accesibles al público, así como los organismos públicos de radiodifusión, archivos, fonotecas y filmotecas. Únicamente a los organismos de radiodifusión se les exige que sean públicos, lo cual significa que los demás mencionados basta que sean accesibles al público, pero pueden ser de titularidad pública o privada⁵⁰.

⁴⁸ CARRANCHO HERRERO, Teresa: “Contenidos digitales e instituciones culturales”, op. cit. pp. 189 y ss.

⁴⁹ Sobre el ámbito subjetivo de la Directiva sobre obras huérfanas, véase: CURTO POLO, Mercedes: “La Propiedad Intelectual en las bibliotecas universitarias...”, op. cit. pp.481 y ss.

⁵⁰ Afirma DE ROMÁN PÉREZ, Raquel: “Las obras huérfanas en la Ley de Propiedad Intelectual y utilidades permitidas”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 38, 2017-2018, p. 302, que estos organismos y centros prácticamente coinciden con las entidades a las que se refiere el artículo 37.1 y 3 de la LPI respecto del límite que permite la reproducción de obras y la consulta mediante terminales; sin embargo, las utilidades que se pueden realizar por una y otra vía son diferentes. La excepción prevista en el artículo 37.1 de la LPI permite la reproducción de los elementos de sus colecciones, sin necesidad del consentimiento de los titulares de los derechos, únicamente cuando se haga sin finalidad lucrativa con fines de conservación o investigación. Por su parte, la puesta a disposición del público de los fondos digitalizados de acuerdo con el artículo 37.3 de la LPI solo puede hacerse en el propio establecimiento con fines de investigación. Por el contrario, el artículo 37 bis permite la digitalización masiva y la puesta a disposición de las obras huérfanas que formen parte de las colecciones de las entidades beneficiarias, con la posibilidad de dar acceso directo a ellas a través de cualquier plataforma digital, siempre que sirva para cumplir con la misión de interés público de la entidad y en particular cuando la finalidad sea cultural y

Finalmente, la DDAMUD entiende por institución responsable del patrimonio cultural a una *biblioteca, un museo accesible al público, un archivo o una institución responsable del patrimonio cinematográfico o sonoro*. En el Considerando 13 se aclara qué debe entenderse por instituciones responsables del patrimonio cultural; al respecto, se afirma que engloba a las bibliotecas y los museos accesibles al público, independientemente del tipo de obras o prestaciones que tengan en sus colecciones permanentes, así como los archivos y las instituciones de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro. También debe entenderse que incluyen, entre otras, las bibliotecas y los archivos nacionales, en lo que respecta a sus archivos y bibliotecas accesibles al público, así como a los centros de enseñanza, los organismos de investigación y los organismos de radiodifusión del sector público⁵¹. Estas instituciones son las únicas que pueden efectuar copias de las obras u otras prestaciones protegidas con la finalidad de su conservación. Sin embargo, nada se indica sobre el carácter público o privado de las instituciones, por lo que habremos de entender que quedan comprendidas tanto las públicas como las privadas⁵².

En todo caso, deben ser instituciones accesibles al público. ¿Conlleva dicho requisito que el acceso al público debe ser general, o puede ser restringido? La DDAMUD no dice nada al respecto, pero como es sabido, precisamente para conservar mejor las obras, muchas de estas instituciones solo permiten que accedan un número limitado de personas. Ahora bien, si la finalidad es conservar las obras que forman parte del patrimonio cultural, resulta discutible la exigencia de que sean accesibles al público, pues en una interpretación a *sensu contrario*, podría llegarse a la conclusión de que si dicha institución no es accesible al público no podría digitalizar sus colecciones, aunque ello conllevara el peligro de su deterioro o destrucción.

En definitiva, el estudio de las directivas comunitarias revela que no existe una noción única de qué se entiende institución responsable del patrimonio cultural; dicho concepto debería ser único y en tal sentido estimamos que la DDAMUD, además de la enumeración, debería contener una definición clara al respecto.

De igual modo, también es susceptible de crítica que el legislador comunitario no defina que se entiende por *patrimonio cultural*, cuando además de nuevo no se emplea un término único al referirse a la digitalización y conservación del patrimonio. Así, por ejemplo, la Recomendación de la Comisión de 27 de octubre de 2011, sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital, utiliza la expresión *material cultural*. ¿Son expresiones sinónimas? Para CARRANCHO HERRERO⁵³ el término patrimonio cultural parece más técnico que el de material cultural pues se refiere a los bienes protegidos por la normativa

educativa. Los organismos públicos de radiodifusión no aparecen como entidades beneficiarias en el artículo 37 de la LPI, pero sí se incluyen en el artículo 37 bis relativo a las obras huérfanas.

⁵¹ En opinión de EVANGELIO LLORCA, Raquel: “La regulación de las obras y prestaciones fuera del circuito comercial en la Directiva (UE) 2019/790”, *Propiedad Intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, op. cit. p. 234 la enumeración no debe considerarse taxativa, de tal manera que si en el futuro aparecieran creaciones intelectuales expresadas en un soporte aún no conocido y se crearan entidades encargadas de su archivo y custodia con posibilidades de reproducción y puesta a disposición, deberían incluirse entre las entidades beneficiarias.

⁵² CARRANCHO HERRERO, Teresa: “Contenidos digitales e instituciones culturales”, op. cit. p. 109 incluye también a las bibliotecas y archivos de las Universidades públicas en la medida que son titulares de bienes considerados como patrimonio cultural y pueden incluirse dentro de la categoría de centros de enseñanza.

⁵³ IDEM, op. cit. pp.191 y ss.

de protección de los bienes culturales o del patrimonio cultural, que quizás no abarque todo lo que puede considerarse material cultural. En el Considerando 1 de dicha Recomendación de 2011 se incluye dentro del concepto de material cultural a las publicaciones impresas (libros, revistas y periódicos), fotografías, piezas de museo, documentos de archivo, material audiovisual y de audio, monumentos y yacimientos arqueológicos.

2º. Obras u otras prestaciones que se hallen de forma permanente en las colecciones de estas instituciones, en cualquier formato y en cualquier soporte. Como ya se ha apuntado, dentro de los materiales susceptibles de ser digitalizados por estas instituciones pueden encontrarse obras que se encuentran en dominio público y obras sobre las que todavía recaen derechos de propiedad intelectual. Las primeras pueden ser utilizadas libremente por cualquiera de forma gratuita, respetando siempre los derechos morales de autor (integridad y paternidad), sin que nadie pueda oponerse a ello⁵⁴. Por el contrario, cuando estamos ante obras cuyos derechos de explotación aún siguen vigentes, en principio la reproducción de esa obra exigiría la autorización del titular de dichos derechos y, en su caso, el pago de la correspondiente remuneración. La existencia de ese límite determina que se pueda reproducir la obra sin la autorización del autor o de los titulares de los derechos de explotación, siempre que dicha reproducción se haga con la finalidad prevista en la norma, a la que luego haremos referencia.

Además, debe tratarse de obras u otras prestaciones que de forma permanente integren las colecciones de estas instituciones. El artículo 6 DDAMUD no define qué debe entenderse por forma permanente; para tratar de aclarar esta expresión debe acudir al Considerando 29 que dispone que, a los efectos de la presente Directiva, debe considerarse que las obras y otras prestaciones se encuentran de forma permanente en la colección de una institución responsable del patrimonio cultural cuando las copias de dichas obras u otras prestaciones son propiedad de dicha institución u obran en su poder de forma permanente, por ejemplo, como consecuencia de una transmisión de la propiedad, acuerdos de licencias, obligaciones de depósito legal o acuerdos de custodia permanente⁵⁵. En consecuencia, cuando la obra o prestación protegida se encuentra en poder de estas instituciones de una manera temporal, por ejemplo, como consecuencia de un préstamo, no podrán ser objeto de reproducción.

Igualmente, es preciso añadir que aunque la Directiva no lo indique expresamente, las obras que se digitalicen deben estar previamente divulgadas, ya que en caso contrario se infringiría el derecho moral del autor a decidir sobre la divulgación de su obra.

⁵⁴ Como apunta ESPIN ALBA, Isabel: op. cit. pp. 48 y ss no estamos ante un supuesto de titularidad pública de un bien, sino de la posibilidad de libre utilización de objetos inmateriales; en el TRLPI la duración de la protección es el elemento que determina el paso al dominio público. Frente a esta concepción, señala esta autora, existe el dominio público funcional que incluiría aquellos trabajos que son voluntariamente compartidos por sus titulares o que por ley se permite su puesta a disposición del público; en este último supuesto estarían las obras huérfanas que por excepción legal o por licencia colectiva extendida están circulando libremente.

⁵⁵ En la Propuesta de Directiva, en el Considerando 21, solo se contemplaban dos supuestos en los que una obra se encuentra en poder de estas instituciones de manera permanente: la transmisión de la propiedad o los acuerdos de licencia. Posteriormente, se añadieron los supuestos de depósito legal y acuerdos de custodia permanente. Entre los modos a través de los cuales una institución de esta clase puede tener obras de forma permanente en sus colecciones cita CARRANCHO HERRENA, Teresa: “Contenidos digitales e instituciones culturales”, op. cit. pp. 199 y ss, el ejercicio de un derecho de adquisición preferente de bienes culturales, entrega de bienes para el pago de impuestos, o incluso, la cesión de bienes recuperados tras una exportación ilegal.

En cuanto a las obras que pueden ser reproducidas, queda por resolver la cuestión relativa a la posibilidad de reproducir obras que, aunque se considere que forman parte del patrimonio cultural, se encuentran protegidas por el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen; este sería el caso, por ejemplo de las fotografías o cartas. Al respecto, podría tenerse en cuenta lo previsto en el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1985, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen que dispone que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas, aquellas actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

3º. Reproducción con la finalidad de conservar las obras u otras prestaciones protegidas y en la medida necesaria para esa conservación⁵⁶. El citado artículo 6 establece una excepción obligatoria al derecho de reproducción con el único fin de conservación. La norma comunitaria no ofrece un concepto de reproducción, por lo que podemos tomar como referencia el previsto en el artículo 18 TRLPI que entiende por tal la fijación directa o indirecta provisional o permanente, por cualquier medio y de cualquier forma, de todo o parte de la obra que permita su comunicación y obtención de copias.

La reproducción debe tener por única finalidad la conservación, sin embargo no se define qué se entiende por conservar. En nuestra opinión se trata de un término equivalente a *preservación*. Es decir, la posibilidad de realizar la copia de una obra en previsión de su pérdida, deterioro, pero también cuando la obra esté agotada, descatalogada o resulte inaccesible. Ya hemos apuntado en este trabajo los problemas que plantea la preservación digital, ya que los medios digitales se degradan con gran rapidez y el rápido desarrollo tecnológico conlleva que los soportes a los que se incorporan las obras queden obsoletos en un breve periodo de tiempo. Precisamente, para hacer frente a dicho problema el legislador comunitario permite hacer copias con fines de conservación para superar la obsolescencia tecnológica, o a la degradación de los soportes originales, o para asegurar dichas obras u otras prestaciones protegidas.

Además de la posibilidad de hacer copias con fines de preservación, se incluye también la posibilidad de que las copias tengan por finalidad la *sustitución*, entendiéndose por tal la realización de una copia específicamente para suplir un ejemplar de la biblioteca que se ha perdido o cuando, por otros motivos, no convenga poner el original a disposición del público.

¿Cuántas copias pueden hacerse? Sobre esta cuestión la DDAMUD no señala una cifra concreta. En el Considerando 27 únicamente se indica que se ha de permitir la realización de copias en la cantidad necesaria, en cualquier momento de la vida de una obra u otra prestación y en la medida necesaria para los fines de conservación. Hay pues una remisión a las circunstancias de cada caso concreto. Habrá que ver la forma en la que los Estados miembros transponen el art. 6 DDAMUD a fin de analizar si determinan el número exacto de copias que es lícito realizar.

⁵⁶ Ciertamente, el art. 6 no señala expresamente que el acto permitido sea la reproducción; sin embargo no cabe duda al respecto, ya que se alude a las copias. Por otra parte, los Considerandos 25 y 26 de la DDAMUD aluden expresamente a la reproducción. Más explícitamente, el Considerando 27 señala que los Estados miembros establecerán una excepción por la que se autorice a las instituciones responsables del patrimonio cultural *a reproducir obras u otras prestaciones*

Ahora bien, el legislador comunitario es consciente de que estas instituciones responsables del patrimonio cultural pueden no disponer de los medios o de los conocimientos técnicos para llevar a cabo por sí mismas los actos necesarios para conservar sus colecciones en el entorno digital; por ello se les permite recurrir a terceros. Aunque el art. 6 no lo prevé expresamente, si se hace referencia a dicha posibilidad en el Considerando 28 donde se admite la posibilidad de que puedan recurrir a la ayuda de otras instituciones culturales y otros terceros con tal fin. Por consiguiente, al amparo de dicha excepción se debe autorizar a estas instituciones a recurrir a terceros que actúan en su nombre y bajo su responsabilidad incluidos los establecidos en otros Estados miembros, para la realización de copias.

Finalmente se plantea la duda de si las copias digitalizadas realizadas generarían derechos de autor. Al respecto, durante la tramitación parlamentaria se suprimió el número 1 bis del artículo 5 de la Propuesta de Directiva⁵⁷ (ahora art. 6 DDAMUD) que disponía lo siguiente: “Los Estados miembros garantizarán que ningún material resultante de un acto de reproducción de material de dominio público esté sujeto a los derechos de autor u otros derechos afines, siempre y cuando tal reproducción sea fiel y tenga por objeto la preservación del material original”. El hecho de que esta disposición no se haya mantenido en el texto definitivo puede plantear problemas de interpretación. Dicho de otro modo, ¿las copias digitales podrían ser consideradas como una transformación de la obra original y generar derechos de propiedad intelectual para su autor?

El artículo 21 del TRLPI regula el derecho de transformación, como uno de los derechos de explotación que le corresponden en exclusiva al autor de la obra. En el párrafo primero del precepto se afirma que la transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive otra obra diferente. La distribución de los derechos de autor entre la obra original y la transformada se regula en el párrafo segundo, disponiéndose que los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderían al autor de esta última, sin perjuicio del derecho que ostenta el autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.

El artículo 21 debe ponerse en conexión con el artículo 11 del mismo cuerpo legal que alude a la obra derivada, resultado de dicha transformación. En este contexto, es preciso señalar que la transformación de la obra original en una derivada puede ser realizada por el propio autor, o por un tercero, con el consentimiento del primero. En el segundo caso, y sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, el autor de la obra derivada ostenta derechos de propiedad intelectual sobre esa obra que ha resultado alterada o modificada.

El interrogante que se plantea es si la digitalización de una obra original que se realiza con fines de conservación puede calificarse como obra derivada y por tanto generar derechos de

⁵⁷ Dicha Propuesta es de 14 de septiembre de 2016, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52016PC0593>. Sobre la Propuesta de Directiva: SERRANO GÓMEZ, Eduardo: “La Propuesta de Directiva de derechos de autor en el mercado único digital: un paso más en la defensa de los creadores”, en *Hay Derecho* <https://hayderecho.expansion.com/2018/10/30/la-propuesta-de-directiva-de-derechos-de-autor-en-el-mercado-unico-digital-un-paso-mas-en-la-defensa-de-los-creadores/> y GONZÁLEZ GARCIA, Agustín: “Derechos de autor y Mercado Único Digital, una reforma en marcha”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 947, 2018, p. 8.

autor. Comparto con CARRANCHO HERRERO⁵⁸ la opinión de que dichas copias no generarían derechos de propiedad intelectual por varios motivos. En primer lugar, porque como advierte esta autora si algo caracteriza a la copia digital es que reproduce la obra original de forma fidedigna, hasta en sus más mínimos detalles, precisamente para que se pueda conservar, conocer e investigar sin perjudicar a la obra originaria; es más, en muchas ocasiones nos encontramos ante un proceso mecánico. Por tanto, en tal hipótesis la obra digitalizada carecería del requisito de la originalidad que se exige para las obras derivadas⁵⁹. En segundo lugar, es preciso recordar que nos encontramos ante un límite o excepción de carácter obligatorio, lo que significa que en atención a un fin de interés público, determinadas instituciones culturales, sin el consentimiento del autor o del titular de los derechos de explotación, tienen la posibilidad de reproducir las obras que forman parte de sus colecciones de forma permanente con la finalidad de conservación del patrimonio cultural. Es evidente que no resulta muy coherente prescindir de dicha autorización y luego hacer copias que generarían derechos de autor. El artículo 6 DDAMUD señala que se pueden efectuar copias con la finalidad de conservar tales obras u otras prestaciones y en *la medida necesaria para esa conservación*. El carácter restrictivo de los términos en los que se concede esta excepción parece ir en contra de la posibilidad de que estemos ante una obra transformada que genere, a su vez, derechos de autor. Finalmente, para interpretar el sentido de una norma hay que estar a sus antecedentes legislativos (art. 5 CC) y, sin duda, los términos en los que estaba redactado el art. 5 de la Propuesta constituyen un argumento más en favor de dicha solución. En tal sentido, hubiera sido deseable que dicho precepto se hubiera mantenido en la redacción final de la Directiva. Lógicamente, es posible que la reproducción de la obra constituya un acto de transformación que, por su originalidad, dé lugar a una obra derivada que genere derechos de propiedad intelectual sobre esta. Pero desde mi punto de vista no estaríamos en la hipótesis contemplada en el art. 6 DDAMUD.

3.3. Uso de obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial

a. *¿Por qué un régimen específico para las obras y otras prestaciones protegidas fuera del circuito comercial?*

Como hemos puesto de manifiesto en el presente trabajo, desde principios del siglo XXI la UE ha prestado una atención especial a los proyectos de digitalización en masa de las colecciones de determinadas instituciones, a fin de conservarlas y ponerlas a disposición del público. Ciertamente, la DDASI permitía la consulta de obras sin autorización del titular de derechos, a través de terminales especializados instalados en determinados establecimientos para finalidades de estudio e investigación. Sin embargo, los documentos publicados por la UE sobre esta cuestión pusieron de manifiesto que esta excepción no respondía a las necesidades y posibilidades tecnológicas actuales; por ello se consideraba imprescindible ampliar el ámbito de esta excepción, si bien limitando su aplicación a las obras y prestaciones fuera del circuito comercial. En una primera aproximación, cabe definir esta categoría como aquellas obras o prestaciones que no están disponibles para el público en los canales comerciales habituales;

⁵⁸ “Contenidos digitales e instituciones culturales”, op. cit. pp. 185 y ss.

⁵⁹ En el mismo sentido, MARISCAL GARRIDO-FALLA, Patricia: “Comentario al artículo 21”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (coord.), Tecnos, Madrid, 2017, p. 444.

son obras respecto de las cuales quién podría y, a veces debería, explotar las obras, por la razón que sea no lo hace ⁶⁰.

¿Qué especial problemática presentan estas obras que justifican un régimen específico?⁶¹ El legislador comunitario parte de la premisa de que las instituciones responsables del patrimonio cultural han de contar con un marco claro para la digitalización y difusión, en particular a través de las fronteras, de las obras y prestaciones que están fuera del circuito comercial. Sin embargo, las especiales características de este tipo de obras, unido al volumen de estas que se incluyen en los proyectos de digitalización a gran escala, conlleva que pueda ser extremadamente difícil obtener la autorización previa de todos los titulares de derechos individuales. Ello puede deberse, por ejemplo, a la antigüedad de las obras o prestaciones, a lo limitado de su valor comercial, al hecho de que nunca estuvieron destinadas a usos comerciales, o a que nunca se explotaron comercialmente⁶².

Ante este panorama se consideró que era necesario establecer medidas que posibilitaran determinados usos de estas obras. Ahora bien, ¿qué tipo de medidas? Vista la imposibilidad de obtener la autorización de los titulares de derechos de forma individual, la solución era la gestión colectiva. No obstante, con carácter general, las entidades de gestión colectiva solo

⁶⁰ EVANGELIO LLORCA, Raquel: “La regulación de las obras...” op. cit. pp. 218 y ss y “Estrategias...”, op. cit. pp. 19 y 20. Señala esta autora que la denominación de obras y prestaciones «fuera del circuito comercial» es relativamente reciente. Por lo que se refiere al ámbito de la UE, con carácter general y hasta el año 2011, la denominación utilizada era la de «obras agotadas» que son aquellas respecto de las que no existen ejemplares disponibles. Puntualmente, no obstante, se usó el calificativo de obras y prestaciones «fuera de distribución» (Informe del Comité de Sabios sobre la digitalización del patrimonio cultural europeo: Un nuevo Renacimiento); sin embargo, esta expresión resultaba demasiado restrictiva porque se refiere exclusivamente a una forma de explotación concreta, la distribución, dejando fuera la comunicación pública. Desde 2011, en el ámbito comunitario se utiliza la expresión obra fuera del circuito comercial, mucho más omnicomprensiva. En España, tradicionalmente se ha hablado de obras «descatalogadas», por ser esta la expresión recogida (exclusivamente para libros) en el art. 10.1 de la Ley 10/2017, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas; también se ha utilizado la expresión obras fuera del comercio, la cual puede crear confusiones debido a su significado tradicional en el Derecho civil. XALABARDER PLANTADA, Raquel: “Las obras «huérfanas» y las obras descatalogadas”, *Noticias de la Unión Europea*, disponible en <https://studylib.es/doc/4444516/las-obras-%E2%80%9Chu%C3%A9rfanas%E2%80%9D-y-las-obras-descatalogadas> señala que el debate en torno a las obras descatalogadas se centra fundamentalmente en el ámbito contractual entre el editor y el autor, en el encuentro (o desencuentro) de sus intereses respectivos y, solo en segunda instancia alcanza al público en general; en parecidos términos, ESPÍN ALBA, Isabel: op. cit. p. 159.

⁶¹ A juicio de CURTO POLO, Mercedes: “El destino de los libros olvidados”, *European papers*, 2017, vol. 2, n.2. pp. 732 -733 y “La propiedad Intelectual en las bibliotecas universitarias...”, op. cit. pp. 476 y 495 el principal problema de las obras fuera del circuito comercial es lo complicado que puede ser dirigirse a los titulares de derechos a fin de que otorguen su consentimiento para hacerlas accesibles al público. Esta dificultad afecta particularmente a las instituciones de promoción cultural que, al amparo de las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, pretenden que se les otorgue un papel fundamental en la digitalización de los materiales analógicos con vistas no solo a su preservación a largo plazo, sino también a facilitar la accesibilidad a los mismos mediante los medios que ofrecen las nuevas formas de comunicación a distancia (consulta *in situ*, préstamo de ejemplares, puesta a disposición en línea). Sin embargo, esta actividad trasciende claramente las posibilidades de actuación de estas instituciones al amparo de las excepciones contempladas en la legislación vigente. Las instituciones comunitarias han sido conscientes de estas dificultades y por ello han abordado el establecimiento de un marco contractual bajo el que queden legitimados ciertos usos de estas obras con fines de promoción cultural. La necesidad de lograr una armonización en esta materia en los distintos Estados miembros quedó patente en la STJUE de 16 de noviembre de 2016 (asunto Marc Soulier y Sara Doke) comentada por esta autora en “El destino de los libros olvidados”, op. cit. pp. 736 y ss.

⁶² Cdo 30 DDAMUD.

pueden otorgar licencias en nombre de los titulares de derechos que así se lo hayan encomendado, lo cual deja fuera, en primer lugar, todas aquellas obras cuyos titulares de derechos no son miembros de estas organizaciones, y en segundo lugar, a aquellos que no han celebrado un contrato de gestión con las mismas que los convierta en sus administrados (los denominados *outsiders* en inglés⁶⁵). Pues bien, para que la digitalización masiva resultara económicamente viable en la práctica, la solución que se adoptara exigía que el acuerdo de licencia se aplicara también a los titulares de derechos que no han otorgado un mandato a tal fin a la entidad de gestión colectiva⁶⁴. Ello justifica que la DDAMUD considere que todos los Estados miembros deben de disponer de *mecanismos jurídicos* que permitan que las licencias expedidas por entidades de gestión colectiva pertinentes y suficientemente representativas y destinadas a instituciones responsables del patrimonio cultural para determinados usos de este tipo de obras, *se apliquen también a los derechos de los titulares de derechos que no hayan otorgado mandato a tal fin a la entidad de gestión colectiva representativa*⁶⁵.

Sin embargo, de nuevo el interrogante que se planteaba era cuáles debían ser estos mecanismos. Al respecto, el propio legislador comunitario apuntaba algunos de ellos: la concesión de licencias colectivas ampliadas, los mandatos legales o las presunciones de representación⁶⁶. En todo caso, el principio fundamental en esta materia es que el marco establecido por la Directiva debe ofrecer flexibilidad a los Estados miembros para elegir la fórmula que deseen de conformidad con sus tradiciones, prácticas y circunstancias jurídicas⁶⁷. En este contexto y a la vista de la especial problemática que planteaban las obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial, la UE decidió intervenir a fin de dotar a esas obras de un régimen jurídico específico que solucionara las dificultades expuestas⁶⁸. Dicho régimen está

⁶⁵ Definidos por Johan AXHAMN y Lucie GUIBAULT: op. cit. p. 32 “as authors of works which are not represented by the organization. In other words *outsiders* refers to national and foreign right holders who are not members of the organization, as well as heirs of deceased authors. It has been claimed in the legal literature that an *outsider effect* is present also if a use is not authorized explicitly in the agreement between an author and his CMO”.

⁶⁴ EVANGELIO LLORCA, Raquel: “La regulación de las obras...”, op. cit. pp. 221 y ss.

⁶⁵ Cdo 31 DDAMUD.

⁶⁶ Lucie GUIBAULT y Simone SCHROFF: “Extended Collective Licensing for the Use of Out-of-Commerce Works in Europe: A Matter of Legitimacy Vis-à-Vis Right Holders”, *IIC*, 2018, pp. 1-24, disponible en <https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-018-0748-5> (Consulta el 18 de mayo de 2020) señalan que para que la digitalización masiva sea económicamente viable en la práctica, se debe encontrar una solución que permita integrar a tantos propietarios de derechos como sea posible, incluidos los no miembros. En principio, esto se puede lograr de una de estas tres maneras: licencias obligatorias legales, acuerdos voluntarios y Licencias Colectivas Extendidas (ECL). Esta última posibilidad tiene la ventaja de facilitar significativamente el proceso de licencia, pues incluso aunque no todos los titulares de derechos están identificados, los acuerdos de licencia se pueden celebrar. Al mismo tiempo, proporciona a los titulares de derechos una remuneración más alta que los sistemas de licencias obligatorias. Sobre esta cuestión véase también Johan AXAMN Y Lucie GUIBAULT: op. cit. pp. 51 y ss

⁶⁷ Considerando 33 DDAMUD. No obstante, es posible que las licencias colectivas no sean la solución idónea en todos los casos, debido a que las instituciones responsables del patrimonio cultural pueden tropezar con obstáculos de distinto tipo. Así, es posible que no exista una práctica de gestión colectiva para los derechos de determinados tipos de obras o prestaciones; tal es el caso de las obras audiovisuales, especialmente las cinematográficas, donde el licenciamiento comercial se suele realizar directamente por los titulares de derechos. De igual forma, es posible que la entidad de gestión no sea suficientemente representativa, o incluso no existan entidades de gestión en relación con obras que nunca han sido comercializadas, como postales, cartas, diarios, archivos etc.

⁶⁸ Previamente, la Unión Europea había auspiciado la elaboración de un Memorandum de entendimiento sobre los principios claves en materia de digitalización y ofertas de obra fuera del circuito comercial, firmado el 20 de septiembre de 2011 por representantes de bibliotecas, autores editores y entidades de

previsto en los artículos 8 a 11 de la DDAMUD que pretenden establecer ese marco jurídico claro al que hacía referencia el legislador comunitario en el Cdo 30; su objetivo es que las instituciones responsables del patrimonio cultural puedan llevar a cabo la digitalización y difusión transfronterizas de las obras fuera del circuito comercial que integran de forma permanente sus colecciones. Vistas pues las razones de esta regulación específica y, antes de analizar las soluciones previstas en la Directiva, determinaremos con más exactitud a qué tipo de obras se aplica dicha regulación.

b. Ámbito objetivo de aplicación del régimen específico. Noción de obras y prestaciones fuera del circuito comercial

El régimen previsto en los artículos 8 a 11 de la DDAMUD se aplica a las obras y prestaciones fuera del circuito comercial que se hallen de forma permanente en la colección de las instituciones responsables del patrimonio cultural. Al respecto, el artículo 8.5 de la DDAMUD señala que: *Se considerará que una obra o prestación está fuera del circuito comercial cuando pueda presumirse de buena fe que la totalidad de la obra u otra prestación no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales, después de haberse hecho un esfuerzo razonable para determinar si está a disposición del público.*

En primer lugar, parece conveniente diferenciar la obra fuera del circuito comercial de la obra huérfana, pues ambas tienen en común la dificultad de los usuarios para tener acceso lícito a las mismas. La obra huérfana es una obra protegida por el derecho de autor cuyo titular no se puede identificar y/o localizar; se trata, por tanto, de una obra que no necesariamente se encuentra fuera del circuito comercial; por el contrario, ésta es una obra protegida, con titulares identificados, pero que no está a disposición del público en los canales comerciales habituales⁶⁹. De igual modo, la solución que ha dado el legislador comunitario ha sido distinta para cada una de estas categorías de obras. Según pusimos de manifiesto, en el caso de la obra huérfana la Directiva 2012/28/UE de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, introdujo un límite de obligada transposición por todos los Estados miembros. Respecto del Derecho español, dicha transposición se realizó añadiendo un artículo

gestión colectiva europea y conocido por su acrónimo MoU; en palabras de ESPÍN ALBA, Isabel: op. cit. p. 161 se hace una apuesta por el mecanismo de licenciamiento en el sector del libro, consensuado entre los agentes económicos implicados. Ahora bien, ese consenso solo se consiguió en el ámbito de los libros y de las revistas especializadas.

⁶⁹ XALABARDER PLANTADA: Raquel: op. cit. p.2 define estas obras como aquellas que estando protegidas todavía por el derecho de autor, es difícil, cuando no imposible identificar o localizar a sus titulares para recabar la debida autorización para la explotación de la obra, ya sea porque en el original o en la copia de la obra no aparece identificado el autor, o porque aún cuando esté identificado es difícil la localización del titular de derechos, que puede haber ido variando tras sucesivas ediciones a lo largo del tiempo. Por su parte, Christophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: "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. 18-11 disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3287734 (Consulta el 20 de mayo 2020) definen estas obras o prestaciones como aquellas en las que todas sus traducciones, versiones y manifestaciones no están a disposición del público a través de los canales comerciales habituales y no puede esperarse razonablemente que lo esté.

37 bis al TRLPI por el artículo 1.6 de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre⁷⁰; por el contrario, en el caso de las obras fuera del circuito comercial, la DDAMUD ha establecido como solución preferente la licencia colectiva con efecto ampliado y, con carácter subsidiario, una excepción obligatoria.

En segundo lugar, es preciso examinar con detalle los requisitos exigidos en el art 8.5 DDAMUD para poder calificar a una obra como fuera del circuito comercial.

1º. Que pueda presumirse de buena fe que la totalidad de la obra u otra prestación no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales. Puede decirse, por tanto, que el elemento clave es la *indisponibilidad*. ¿Qué debe entenderse por tal? La norma comunitaria delimita el concepto de disponibilidad para aclararnos cuándo debe entenderse que una obra está o no disponible en algunos supuestos que podrían inducir a una cierta confusión. Así, se afirma que cuando una obra u otra prestación esté disponible *en cualquiera de sus distintas versiones, como ediciones posteriores de obras literarias y versiones diferentes de obras cinematográficas, o en cualquiera de sus distintas manifestaciones, como los formatos digital e impreso de una misma obra, no debe considerarse que esa obra u otra prestación está fuera del circuito comercial* (Cdo 37). A la inversa, la disponibilidad comercial de adaptaciones, incluidas otras versiones lingüísticas o adaptaciones audiovisuales de una obra literaria, no deben impedir que una obra u otra prestación en una lengua determinada se considere que está fuera del circuito comercial⁷¹. La disponibilidad pública debe evaluarse en los canales habituales, lo

⁷⁰ BOE de 15 de noviembre de 2015. El art 37 bis TRLPI define a la obra huérfana como aquella cuyos titulares de derechos no están identificados, o de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una previa búsqueda diligente de los mismos. Al respecto, DE ROMÁN PÉREZ, Raquel: op. cit. p. 303 advierte que en esta definición no se han tenido en cuenta los fonogramas, a pesar de que la Directiva al establecer el concepto de obras huérfanas incluye estos objetos de propiedad intelectual (art. 2.1). La pregunta es entonces si los fonogramas quedan excluidos del artículo 37 bis de la LPI. En opinión de esta autora la respuesta debe ser negativa pues a pesar de que los fonogramas no aparecen en la definición de obras huérfanas, sí se incluyen en el apartado 4 del artículo 37 bis de la LPI, dentro del listado de obras y prestaciones concretas que las entidades beneficiarias pueden reproducir y poner a disposición del público, y además en el apartado 6, letras a) y c), y en la Disposición Transitoria Vigésima Primera. Por otro lado, no se ha previsto en el libro segundo de la LPI un límite equivalente al del artículo 37 bis para los fonogramas, que hubiera sido lo lógico en caso de haberse optado por reservar el precepto a las obras en sentido estricto. Por tanto, hay que entender que a pesar de la omisión señalada, cuando el artículo 37 bis de la LPI utiliza la expresión «obras huérfanas» no se refiere únicamente a las obras que reúnen los requisitos del artículo 10 de la LPI, sino a las obras y a los fonogramas respecto de los que no estén identificados los titulares de los derechos de propiedad intelectual, o que aún estando identificados no estén localizados. En el caso de los fonogramas el límite entra en juego incluso cuando la fijación de sonidos no recae sobre la ejecución de obras, tratándose del registro de otras realidades sonoras (art. 114.1 LPI).

⁷¹ El art. 7.2 de la Propuesta de Directiva disponía que 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 está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales y no pueda esperarse razonablemente que lo esté. Como puede apreciarse, en la redacción final se ha considerado que la obra no está fuera del circuito comercial si está disponible en cualquiera de sus versiones o manifestaciones; por el contrario, la disponibilidad de adaptaciones no impide que se considere fuera del circuito comercial. Compartimos la opinión de EVANGELIO LLORCA, Raquel: “La regulación de las obras...”, op. cit. p. 228, de que ese distinto tratamiento es lógico. Las distintas versiones y manifestaciones no modifican la esencia de una obra o prestación, que sigue siendo la misma; en cambio, las adaptaciones pueden percibirse como obras o prestaciones distintas, destinadas a diferentes mercados y, por tanto, no competitivas. De ahí, que pueda estimarse acertado que se haya eliminado la

cual exige un esfuerzo razonable. En tal sentido, la disponibilidad limitada de una obra u otra prestación, como su disponibilidad en tiendas de segunda mano, o la posibilidad teórica de poder obtener una licencia para una obra u otra prestación, no debe considerarse como disponibilidad para el público en los canales comerciales habituales (Cdo 38)⁷².

2º. La certeza sobre la indisponibilidad de la obra no tiene que ser absoluta. Para el legislador es suficiente que *pueda presumirse de buena fe* que la totalidad de la obra u otra prestación no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales, después de haberse hecho un esfuerzo razonable para comprobar su disponibilidad⁷³.

¿Cuándo debe estimarse que se ha hecho ese esfuerzo razonable? Sin duda estamos ante un concepto indeterminado y, de nuevo, se nos ofrecen algunas pautas que permiten delimitar dicha expresión. Así, en primer lugar, ese esfuerzo razonable no debe implicar una acción repetida en el tiempo, pero sí debe implicar tener en cuenta cualesquiera pruebas fácilmente accesibles de la disponibilidad futura de las obras u otras prestaciones en los canales comerciales habituales. En segundo lugar, no es preciso llevar a cabo una evaluación individual de cada obra, salvo que se considere razonable, teniendo en cuenta la disponibilidad de información pertinente, la posibilidad de la disponibilidad comercial y el coste esperado de la operación. En tercer lugar, normalmente, la comprobación de la disponibilidad de una obra u otra prestación debe tener lugar en el Estado miembro en el que está establecida la institución responsable del patrimonio cultural, a menos que se considere razonable una comprobación transfronteriza; por ejemplo, en los casos en los que se cuenta con información fácilmente

exigencia de que la obra esté indisponible en todas sus traducciones, pues con ello se habría dejado fuera de la categoría de obras fuera del comercio muchas obras traducidas pero que no son susceptibles de ser sustituidas por el original. En parecidos términos se pronuncian Christophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: “Facilitating wider access to Europe’s cultural heritage...”, op. cit. p. 9

⁷² EVANGELIO LLORCA, Raquel: “La regulación de las obras...”, op. cit. p. 227 defiende que no cabe hablar 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 de portales en línea especializados en obras antiguas, raras o descatalogadas como *Uniliber*, *Vialibri* o *Todocolección*. Por otro lado, surge el interrogante de si pueden considerarse como canales comerciales habituales los canales emergentes a los que los autores recurren para revivir sus creaciones (auto-ediciones o auto-distribuciones digitales sin ISBN, post en páginas webs etc. En el mismo sentido, SYNODINOU, Tatiana: “The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitisation and copyright law without cutting it off? - Part I” quién considera que las diferentes percepciones sobre la noción de canales de comercio tradicionales pueden fragmentar aún más el estado de las obras fuera del comercio en la UE y Christophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: “Facilitating Access to Out-of-Commerce Works in the Digital Single Market-How to Make Pico della Mirandola’s Dream a Reality in the European Union”, *JIPITEC*, n.240, pp. 248 y 249 disponible en <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-3-2018/4803> (Consulta 21 de mayo 2020).

⁷³ Critican Christophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: “Facilitating wider access to Europe’s cultural heritage ...”, op. cit. p. 8, la indefinición de elementos tales como los «canales comerciales habituales» o el «esfuerzo razonable». Por su parte, SYNODINOU, Tatiana: “The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitisation and copyright law without cutting it off? - Part II”, *Kluwer Copyright Blog*, 5-8-2019, disponible en <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/29/the-new-copyright-directive-out-of-commerce-works-articles-8-to-11-is-it-possible-to-untie-the-gordian-knot-of-mass-digitisation-and-copyright-law-without-cutting-it-off-part-ii> (Consulta el 21 de mayo 2020), valora positivamente que el mecanismo legal establecido en los artículos 8-11 se aleje del instrumento oneroso de búsqueda diligente de la Directiva de obras huérfanas; al respecto, apunta que podría servir como prototipo para futuras leyes de derechos de autor de la UE.

disponible según la cual una obra literaria se publicó por primera vez en una versión lingüística determinada en otro Estado miembro⁷⁴.

Sin duda, la noción de esfuerzo razonable constituye la pieza clave del sistema, pues funciona como prueba de que se han puesto todos los medios necesarios para comprobar si la obra está a disposición del público, impregnando de legitimidad el uso de estas categorías de obras. De igual modo, constituyen una garantía para los beneficiarios de esos usos⁷⁵. Ahora bien, ¿quién tiene que llevar a cabo ese esfuerzo razonable para determinar si la obra u prestación está disponible? El legislador comunitario no se pronuncia sobre esta cuestión; se limita a decir que los Estados miembros deben poder decidir libremente sobre la atribución de responsabilidades al hacerse ese esfuerzo razonable. La respuesta va a estar íntimamente conectada a las soluciones propuestas por la Directiva. En el supuesto de la licencia colectiva ampliada, la responsabilidad de llevar a cabo esa búsqueda deberán hacerlo las entidades de gestión colectiva, en la medida que son ellas las que perciben las cantidades recibidas en nombre de los titulares de derechos; en la hipótesis de la excepción obligatoria, el esfuerzo razonable, a fin de delimitar la disponibilidad de la obra, corresponde a las instituciones responsables del patrimonio cultural, beneficiarias del límite⁷⁶.

Hasta este momento hemos analizado los requisitos generales, a efectos de determinar si una obra u otra prestación está fuera del circuito comercial. No obstante, el párrafo segundo del art. 8.5 DDAMUD permite que los Estados miembros establezcan requisitos específicos como *una fecha límite* para determinar si las obras o prestaciones pueden ser objeto de licencias o usadas al amparo de la excepción. Estos requisitos no serán más estrictos de lo que es necesario y razonable y no excluirán la posibilidad de calificar a una colección o conjunto de obras u otras prestaciones fuera del circuito comercial en su totalidad, cuando se pueda presumir razonablemente que todas las obras o prestaciones que la integran están fuera del circuito comercial⁷⁷. En nuestra opinión, esa libertad otorgada a los Estados miembros para establecer fechas límites distintas, o para establecer requisitos específicos puede dificultar la armonización de las legislaciones de los Estados miembros y, en última instancia, restar seguridad jurídica a los proyectos de digitalización masiva transfronterizos⁷⁸.

⁷⁴ Cdo 38 DDAMUD.

⁷⁵ En términos similares para las obras huérfanas, ESPÍN ALBA, Isabel: op. cit. p. 179.

⁷⁶ Como se ha dicho, la Directiva sobre obras huérfanas introdujo un límite de obligada transposición por todos los Estados miembros. Al respecto, ESPÍN ALBA, Isabel: IDEM p. 180 y DE ROMÁN PÉREZ, Raquel: op. cit. p. 310 están de acuerdo en afirmar que la responsabilidad de realizar y documentar la búsqueda diligente corresponde a las entidades autorizadas para el uso de la obra. Sobre Propuesta de Directiva, la XALABARDER PLANTADA, Raquel: op. cit. pp. 16 y ss, y EVANGELIO LLORCA, Raquel: “Un nuevo reto para la digitalización y puesta a disposición de obras intelectuales: el uso de obras huérfanas y descatalogadas”, *La Ley*, nº 7884, 2012, pp. 1-8.

⁷⁷ Dichos requisitos específicos se establecen precisamente en atención a las particularidades de los distintos tipos de obras y otras prestaciones en lo que respecta a los modos de publicación y distribución. Antes de establecer estos requisitos es conveniente que los Estados miembros consulten a los titulares de derechos, a las instituciones responsables del patrimonio cultural y a las entidades de gestión colectiva (Cdo 37 *in fine*).

⁷⁸ En el mismo sentido se pronuncian Christophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: “Facilitating wider access to Europe’s cultural heritage ...”, op. cit. p 8 y SYNODINO, Tatiana: “The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitisation and copyright law without cutting it off? - Part I”; esta autora considera que la armonización en torno al concepto de obras fuera del comercio en la UE se puede ver socavado por ese poder de discreción que se le concede a los Estados miembros de fijar diferentes fechas límite, poniendo como ejemplo el caso de las soluciones nacionales alemanas y francesas, donde el alcance de la ley se limitaba a trabajos publicados antes de los años 1966 y 2001, respectivamente.

3º. Modalidades de obras u otras prestaciones que pueden ser declaradas fuera del circuito comercial. Dada la gran variedad de obras y otras prestaciones que poseen las colecciones de las instituciones responsables del patrimonio cultural, pueden entrar en esta categoría todo tipo de obras. Entre ellas, las fotografías, los programas informáticos, los fonogramas, las obras audiovisuales, las obras de arte únicas, incluyendo las que en algún momento han estado disponible en el circuito comercial. De igual modo, también pueden incluirse obras que nunca han estado en el circuito comercial, como los pósteres, folletos, periódicos de trinchera, obras audiovisuales de aficionados etc.

Por el contrario y de acuerdo con lo previsto en el art. 8.7 DDAMUD, el régimen previsto en dicho precepto no se aplicará a los conjuntos de obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial si, sobre la base del esfuerzo razonable a que se refiere el apartado 5 de dicho precepto, hay pruebas de que dichos conjuntos se componen preponderantemente de: a) obras u otras prestaciones que no sean obras cinematográficas o audiovisuales, publicadas por primera vez o, a falta de publicación, emitidas por primera vez en un tercer país. b) obras cinematográficas o audiovisuales cuyos productores tengan su sede o residencia habitual en un tercer país. c) obras u otras prestaciones de nacionales de un tercer país cuando tras un esfuerzo razonable no se haya podido determinar un Estado miembro o un tercer país, según las letras a) y b). Se exceptúa el caso de que la entidad de gestión colectiva sea suficientemente representativa de los titulares de derechos del tercer país de que se trate. La clave de la excepción está entonces en determinar cuándo una entidad se considera suficientemente representativa. Volveremos sobre este punto al analizar las soluciones previstas en la DDAMUD. La razón de la exclusión prevista en el art. 8.7 c) son motivos de cortesía internacional (Cdo 39), adoptándose, de nuevo, un criterio muy similar al de las obras huérfanas⁷⁹. Sin embargo, un sector de la doctrina considera insuficientes estos motivos ya que las licencias colectivas obligatorias no son una excepción o limitación a los derechos de autor y, por tanto, respecto de ellas no se aplica el test de los tres pasos, ni hay problema en relación con el cumplimiento de compromisos internacionales. Y en cuanto a la excepción o limitación, porque es compatible con el test de los tres pasos, en la medida en que se refiere a un caso especial relativo a las obras fuera del comercio y a las entidades responsables del patrimonio cultural y no choca con la explotación de la obra, ni perjudica injustificadamente los intereses de los titulares de derechos⁸⁰.

4º. Las obras o prestaciones deben hallarse de forma permanente en la colección de una institución responsable del patrimonio cultural. Respecto de qué debe entenderse por de forma permanente y la noción de institución responsable del patrimonio cultural, nos remitimos a lo ya expuesto en relación con la excepción del derecho de reproducción para la conservación del patrimonio cultural.

⁷⁹ En efecto, el Considerando 12 esta Directiva, por similares motivos de cortesía internacional se aplica “solo a obras y fonogramas cuya primera publicación se efectúe en el territorio de un Estado miembro o, a falta de publicación, cuya primera radiodifusión se lleve a cabo en el territorio de un Estado miembro o, a falta de publicación o radiodifusión, cuya puesta a disposición del público por los beneficiarios de la presente Directiva se realice con el consentimiento de los titulares de derecho”; sobre esta cuestión, DE MIGUEL ASECIO, Pedro A: “Mercado único digital...”, op. cit. pp. 14-16.

⁸⁰ Christophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: “Facilitating wider access to Europe’s cultural heritage ...”, op. cit. p. 20 y Christophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: “Facilitating Access to Out-of-Commerce Works in the Digital Single Market...”, op. cit. pp. 248 y 249.

c. *Soluciones adoptadas para el uso de las obras y otras prestaciones protegidas fuera del circuito comercial*

El art. 7 de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea preveía la licencia colectiva con efectos ampliados como única solución para llevar a cabo la digitalización masiva y puesta a disposición del público de las obras y prestaciones que están fuera del comercio. Por el contrario, la DDAMUD prevé dos posibles mecanismos para realizar la digitalización y uso de esta categoría de obras. La solución principal es que una entidad de gestión colectiva celebre con las instituciones responsables del patrimonio cultural acuerdos de licencia colectivas con efecto ampliado (art. 8.1); como solución subsidiaria se establece una excepción o limitación obligatoria (art. 8.2). Analizaremos cada una de ellas.

1. Licencias colectivas con efecto ampliado⁸¹

El art. 8.1 DDAMUD dispone que “los Estados miembros dispondrán que una entidad de gestión colectiva pueda, conforme a los mandatos que le hayan otorgado los titulares de derechos, concluir un contrato de licencia no exclusiva para fines no comerciales con una institución responsable del patrimonio cultural a los fines de la reproducción, distribución, comunicación al público o puesta a disposición del público de obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial y se hallan de forma permanente en la colección de la institución, con independencia de si todos los titulares de derechos amparados por la licencia han otorgado mandato a la entidad de gestión colectiva”.

1.1. Sujetos a los que obliga: Como ya se ha expuesto, todos los titulares de derechos que no hayan ingresado como miembros de una entidad de gestión colectiva deben considerarse *no miembros*; entre éstos cabe diferenciar los administrados y los no administrados o mero representados. Los primeros son aquellos sujetos que han celebrado un contrato de gestión con dicha entidad, en virtud del cual adquieren la condición de administrados de la entidad, pero no devienen socios o miembros; los segundos son los que no han celebrado ningún contrato de gestión de derechos. Del tenor literal de la norma se deduce que, precisamente, es a ese titular de derechos no administrado o no mandante al que, en virtud del régimen de licencias con efecto ampliado previsto en el art. 8.1 DDAMUD, se va a extender el contrato de licencia concluido entre la entidad de gestión colectiva y la institución responsable del patrimonio cultural.

La entidad de gestión colectiva es definida por la Directiva 2014/26/UE como toda organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto, y que cumple al menos uno de los siguientes criterios: i) ser propiedad o estar sometida al control de sus miembros, o ii) carecer de ánimo de lucro⁸².

⁸¹ Un amplio estudio sobre este modelo en los países nórdicos realizan Johan AXHAMN y Lucie GUIBAULT: op. cit. pp. 25 y ss.

⁸² La Directiva 2017/26/UE se incorporó al ordenamiento jurídico español por la Ley 2/2019, de 1 de marzo. El nuevo art. 147 en su párrafo 1º exige que estas entidades obtengan la autorización previa del Ministerio de Cultura y Deportes. Por su parte, el art. 147.2 TRLPI dispone que las entidades de gestión colectiva son

¿Quiénes tienen la consideración de miembros de las entidades de gestión colectiva? De acuerdo con lo previsto en el art. 3 d) de la norma comunitaria adquiere esta condición un titular de derechos o una entidad que represente a titulares de derechos, incluidas otras entidades de gestión colectiva y asociaciones de titulares de derechos, que cumpla los requisitos para ser miembros de la entidad de gestión colectiva y sea admitido por ella. Todos los que no estén incluidos en esta definición tienen la consideración de no miembros de la entidad. Ahora bien, según se ha dicho, dentro de esta categoría cabe distinguir entre los *administrados* y los *no administrados* o meros representados. Los primeros son los titulares de derechos que tienen una relación jurídica directa por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual, pero no son miembros de ellas⁸³. Así pues, dejando a un lado los supuestos de administración por ministerio de la ley (como los de gestión colectiva obligatoria), si un titular quiere que una entidad de gestión colectiva administre sus derechos de propiedad intelectual, debe celebrar con ella un contrato de gestión en virtud del cual adquiere la condición de administrado de la entidad, pero no deviene socio o miembro suyo. Es al titular de derechos, no miembro o socio de la entidad, pero cuyos derechos se administran por ella en virtud de un contrato de gestión al que cabe denominar titular de derechos administrado, reservando la denominación titular de derechos no administrado para el que no ha celebrado dicho contrato de gestión. Y es, precisamente, a ese titular de derechos no administrado, o no mandante al que, en virtud del régimen de licencias con efecto ampliado previsto en el art. 8.1 DDAMUD, se va a extender el contrato de licencia concluido entre la entidad de gestión colectiva y la institución responsable del patrimonio cultural⁸⁴.

Sin duda, contar con un sistema de gestión colectiva riguroso y eficaz constituye un requisito imprescindible para que la licencia colectiva produzca estos efectos ampliados (Cdo 34). La Directiva 2014/26/UE establece un sistema que pretende responder a ese modelo estableciendo

propiedad de sus socios y estarán sometidas al control de los mismos, no podrán tener ánimo de lucro y, en virtud de la autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión por sus titulares mediante contrato de gestión y tendrán los derechos y obligaciones que en este título se establecen y, en particular, hacer efectivos los derechos a una remuneración y compensación equitativas en los distintos supuestos previstos en esta ley y a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable.

⁸³ Así, el art. 7 de la Directiva 2014/26/UE bajo la rúbrica *Derechos de los titulares de derechos que no sean miembros de la entidad de gestión colectiva* dispone que los Estados miembros velarán por que las entidades de gestión colectiva cumplan las normas establecidas en el artículo 6, apartado 4 - derecho a revocar la autorización concedida- el artículo 20 -obligación de facilitar determinada información- el artículo 29, apartado 2, y el artículo 33 -relativos a la concesión de licencias multiterritoriales- *en relación con los titulares de derechos que tengan una relación jurídica directa por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual con ellas pero no sean miembros de las mismas*. Por su parte, el art. 156.6 TRLPI señala que las entidades de gestión reconocerán a los titulares de derechos que, sin ser miembros, posean una relación jurídica con ellas en virtud de la ley o por contrato, el derecho a comunicarse electrónicamente con ellas; los derechos de información previstos en los artículos 172.2 y 183.1, letras a) y b); y el derecho a plantear una reclamación o una queja conforme al procedimiento previsto en sus estatutos.

⁸⁴ EVANGELIO LLORCA, Raquel: “La regulación de las obras...”, op. cit. p.237 y ss. Al respecto, es preciso señalar que el art. 5.7 de la Directiva 2014/26/ UE dispone que en los supuestos en que un titular de derechos autorice a una entidad de gestión colectiva a gestionar sus derechos, otorgará consentimiento *explícito* para cada derecho o categoría de derechos o tipo de obras y otras prestaciones que autorice a la entidad de gestión colectiva a gestionar. Todo consentimiento deberá constar por *escrito*; en similares términos se expresa el art. 157 TRLPI. El art. 8.1 de la DDAMUD se configura pues como una clara excepción a lo dispuesto en estas normas.

normas en materia de buena gobernanza, transparencia e información, garantizando tanto la distribución como los pagos regulares, diligentes y exactos de los importes adeudados a los titulares de derechos individuales⁸⁵.

1.2. Alcance de la licencia. En lo relativo a esta cuestión, en términos generales se estará a lo previsto en el acuerdo suscrito por la entidad de gestión colectiva y la entidad responsable del patrimonio cultural, pero siempre que se respete lo dispuesto en el art. 8.1 DDAMUD: debe ser una licencia no exclusiva para fines no comerciales.

Respecto del carácter no exclusivo de la licencia, y de acuerdo con el art. 50 TRLPI, ello implica que la institución responsable del patrimonio cultural podrá utilizar la obra, pero concurriendo tanto con otros cesionarios como con el propio cedente. Su derecho será intransmisible. Ello conlleva que, salvo que otra cosa se prevea en el acuerdo de licencia, varias instituciones culturales pueden tener autorización para el uso de una misma obra y todas ellas podrán digitalizarlas⁸⁶. Además, los usos que comprendan estas licencias no deben tener fines lucrativos, incluso cuando la institución responsable del patrimonio cultural distribuya copias, como sería el caso del material publicitario para una exposición. Sin embargo, y dado que la digitalización de las colecciones de estas instituciones puede suponer inversiones considerables, los términos de las licencias suscritas no podrán impedir que estas instituciones sufraguen los costes de las licencias y los costes de digitalización y difusión de las obras u otras prestaciones amparadas por las licencias⁸⁷.

Los usos permitidos por la licencia son la *reproducción*, la distribución, la comunicación al público o la puesta a disposición del público. El art. 7 de la Propuesta de Directiva enumeraba, como usos autorizados, la *digitalización*, distribución, comunicación al público o puesta a disposición. Como es sabido, la digitalización constituye un acto de reproducción; sin embargo, en la DDAMUD se ha sustituido la expresión digitalización por la noción de reproducción, el cual resulta más acorde con el acervo en materia de propiedad intelectual; de igual modo, se ha sustituido *puesta a disposición*, por la expresión *puesta a disposición del público*. En consecuencia, la licencia comprende todos los derechos de explotación que le corresponden al autor *ex art. 17 TRLPI*, salvo el derecho de transformación⁸⁸.

El derecho de poner a disposición del público obras o prestaciones protegidas implica la posibilidad de que cualquier persona pueda acceder ella en el momento y en el lugar que elija. (art. 3 DDASI). Este derecho no depende pues del concepto de público, sino del modo mediante el cual una persona accede a la obra: en el momento y lugar que ella elija. Junto con la reproducción, este derecho de puesta a disposición constituye la modalidad del derecho de comunicación pública imprescindible para posibilitar el uso transfronterizo de las obras en un entorno digital; no se comprende, por tanto, la razón por la que además se ha incluido el

⁸⁵ Johan AXHAMN y Lucie GUIBAULT: op. cit. p. 8 señalan que los países nórdicos tienen una larga tradición en lo relativo a la gestión colectiva de derechos, de forma que el funcionamiento y la legitimidad del modelo de licencia colectiva con efecto ampliado en otro contexto que el de los países nórdicos bien puede necesitar ser complementado con reglas de buen gobierno.

⁸⁶ En el mismo sentido: CARRANCHO HERRERA, Teresa: "Contenidos digitales e instituciones culturales", op. cit. p. 202.

⁸⁷ Cdo 40 DDAMUD.

⁸⁸ Dicho precepto dispone que corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

derecho de comunicación al público. De igual modo, también se alude el derecho de distribución, que no es necesario para la transmisión en línea de las obra y prestaciones protegidas⁸⁹. Probablemente, el propósito del legislador ha sido ir más allá de la transmisión en línea, permitiendo que las instituciones responsables del patrimonio cultural difundan esta categoría de obras mediante cualquier forma de distribución o comunicación, como por ejemplo, un pase cinematográfico o una exposición de obras de arte⁹⁰.

1.3. *Ámbito territorial de la licencia: las licencias multiterritoriales.* Como se ha expuesto en la primera parte de este trabajo, la imposibilidad de accesibilidad transfronteriza y en línea de las obras contenidas en las colecciones de las instituciones culturales constituía un obstáculo a cualquier proyecto de digitalización en masa del patrimonio cultural. La DDAMUD pretende solventar esta dificultad estableciendo en el art. 9, bajo la rúbrica *Usos transfronterizos* que: 1. “Los Estados miembros garantizarán que las licencias concedidas de conformidad con el art. 8 puedan autorizar el uso de las obras u otras prestaciones que estén fuera del circuito comercial por una institución responsable del patrimonio cultural en cualquier Estado miembro”.

Es evidente que si no se hubiera implantado dicha solución, la institución que quisiera poner la obra a disposición del público en toda la UE tendría que adquirir licencias respecto de cada Estado donde quisiera actuar. Ahora bien, el tenor literal de la norma no conlleva que la licencia, como un efecto automático de esta, abarque a todo el territorio de la UE; solo afirma que esas licencias pueden autorizar el uso transfronterizo de las obras. El alcance territorial de la licencia dependerá, por tanto, del acuerdo concluido entre la entidad de gestión colectiva y la institución responsable del patrimonio cultural⁹¹. En tal sentido, el Cdo 40 señala que dichas entidades deben seguir teniendo la facultad de llegar a un acuerdo sobre el alcance territorial de la licencia, incluyendo la opción de cubrir todos los Estados miembros, el canon autorizado y los usos autorizados.

Por su parte, el párrafo segundo del art. 9 considera que los usos de obras y otras prestaciones al amparo de la excepción o limitación establecida en el artículo 8, apartado 2, se producen solamente en el Estado miembro en el que está establecida la institución responsable del patrimonio cultural que haga dicho uso. Como se ha afirmado⁹², al aplicar el criterio de la *lex loci protectionis* se estima localizado el uso de las obras o prestación en cada Estado desde el que los usuarios acceden a la obra o prestación protegida; en consecuencia, ello conduciría a la aplicación de las legislaciones de varios Estados miembros. Pues bien, para evitar la aplicación de ese cúmulo de leyes y la carga que su cumplimiento conllevaría para las instituciones responsables del patrimonio cultural, se acude a la ficción de que el uso únicamente tiene lugar

⁸⁹ Ello a pesar de que una vez que se decidió subsumir las transmisiones digitales en uno de los derechos ya existentes, frente a la solución de crear un nuevo derecho, la decisión final de cual debía ser el derecho elegido contempló dos opciones. La primera, que era la impulsada por el Libro Blanco-*White Paper*- de los Estados Unidos defendía el derecho de distribución en una versión adaptada al entorno de Internet: la distribución por transmisión. La segunda era la patrocinada por la Unión Europea y sus Estados miembros que veían en las transmisiones digitales una operación compleja que necesitaba la aplicación cumulativa de los derechos de reproducción y comunicación pública; sobre esta cuestión, SERRANO FERNÁNDEZ, María: *El impacto de la sociedad de la información en la propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 38 y ss

⁹⁰ EVANGELIO LLORCA, E: “La regulación de las obras...”, op. cit. p. 243.

⁹¹ El art. 151 TRLPI regula los requisitos que deben cumplir las entidades de gestión que tengan un establecimiento en otro Estado de la Unión Europea.

⁹² DE MIGUEL ASECIO, Pedro A: “Mercado único digital...”, op. cit. pp. 9 y 10.

en el Estado miembro en el que radica dicho establecimiento. Con ello basta para su uso lícito en los demás Estados miembros, siempre que el uso de las obras o prestaciones satisfaga los requisitos para su utilización lícita en ese concreto Estado miembro donde está establecida la institución responsable del patrimonio cultural.

1.4. Mecanismos para conseguir el efecto ampliado de la licencia. Como ya tuvimos ocasión de exponer, el legislador comunitario concede a los Estados miembros la libertad para elegir el tipo de mecanismo de licencia que va a instaurar a fin de que los efectos de la licencia se extienda a titulares de derechos que no han otorgado un mandato a la entidad de gestión colectiva; el legislador comunitario apunta alguno de estos mecanismos: la concesión de licencias colectivas ampliadas o con efecto ampliado y las presunciones de representación (Cdo 33).

Con respecto a la primera de las soluciones apuntadas, para que estas licencias colectivas tengan dicho efecto ampliado se requiere que concurren dos condiciones: a) que la entidad de gestión colectiva, sobre la base de sus mandatos, sea suficientemente representativa de los titulares de derechos en el tipo pertinente de obras u otras prestaciones y de los derechos objeto de licencia⁹³.

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

En lo relativo al primero de los requisitos establecidos, es preciso advertir que la Directiva no determina cuándo una entidad de gestión es suficientemente representativa; dicho de otro modo, cuál es el criterio o el sistema para evaluar esa representatividad⁹⁴. En tal sentido, se ha criticado que la norma comunitaria no establezca unos criterios precisos y uniformes para evaluar la representatividad de las entidades de gestión colectiva, dejando esta cuestión a la discrecionalidad de los Estados miembros. Al respecto, parece que el criterio no debe ser exclusivamente numérico, sino que deben tenerse en cuenta otros parámetros, tales como la categoría de derechos gestionados, la capacidad organizativa de la entidad, el sector creativo en el que opera etc⁹⁵.

⁹³ Sobre el significado de la expresión ampliamente representativa: Christophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: "Facilitating wider access to Europe's cultural heritage ...", op. cit. pp. 14 y 15 y Johan AXHAMN y Lucie GUIBAULT, op. cit. pp. 30 y 31.

⁹⁴ Únicamente se afirma que se debe ofrecer a los Estados miembros flexibilidad para determinar los requisitos aplicables para que las entidades de gestión colectiva sean suficientemente representativas, siempre que esa determinación se base en un número significativo de titulares de derechos en los tipos de obras u otras prestaciones pertinentes que hayan otorgado un mandato por el que autorizan la concesión de licencias para el tipo de uso en cuestión. En el supuesto de que concurren varias, respecto de un sector específico, los Estados miembros deben poder fijar libremente las normas específicas aplicables en aquellos casos en los que más de una entidad de gestión colectiva sea representativa para las obras u otras prestaciones, exigiendo, por ejemplo, licencias conjuntas o un acuerdo con las entidades pertinentes; sobre los elementos que definen la representatividad de una entidad de gestión: EVANGELIO LLORCA, Raquel: "La regulación de las obras...", op. cit. pp. 250 y ss; Lucie GUIBAULT y Simone SCHROFF: op. cit. p. 13 y Christophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: "Facilitating Access to Out-of-Commerce Works in the Digital Single Market...", op. cit. pp. 245 y 246.

⁹⁵ SYNODINOU, Tatiana: "The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitisation and copyright law without cutting it off? -Part II", *Kluwer Copyright Blog*, 5-8-2019, disponible en <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/29/the-new-copyright-directive-out-of-commerce-works-articles-8-to-11-is-it-possible-to-untie-the-gordian->

En cuanto a la igualdad de trato, y teniendo presente que los efectos de la licencia se extienden a los no miembros de la entidad colectiva, este requisito parece implicar que la entidad no puede discriminar a los no miembros de la entidad, respecto de sus miembros.

En lo relativo a las presunciones de representación, se presume que una entidad colectiva que gestiona derechos de propiedad intelectual sobre determinados tipos de obras está legitimada dentro de su ámbito de actividad, a autorizar también a los usuarios la utilización de obras cuya gestión de derechos no ha sido encomendada a aquella por el titular de derechos. Como indica EVANGELIO LLORCA⁹⁶, su principal diferencia con las licencias colectivas extendidas o ampliadas reside en que en aquellas la presunción se aplica al mandato hecho a la entidad de gestión colectiva, mientras que en estas la presunción recae sobre la licencia. En consecuencia, la presunción de representación otorga a la entidad de gestión colectiva una facultad de representación general independientemente de si se celebra con ella o no un contrato de licencia, mientras que el efecto extendido de la licencia con efecto ampliado solo afecta a los contratos de licencia que se hayan celebrado.

Finalmente, es preciso señalar que estas soluciones previstas en la DDAMUD para facilitar la concesión de licencias colectivas deben aplicarse sin perjuicio del uso de tales obras u otras prestaciones al amparo de excepciones o limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión, o al amparo de las licencias con efecto ampliado, cuando dichas concesiones de licencias no se basen en el hecho de que las obras u otras prestaciones de que se trate estén fuera del circuito comercial. Estas medidas también deben aplicarse sin perjuicio de los mecanismos nacionales para el uso de obras u otras prestaciones que estén fuera del circuito comercial sobre la base de licencias entre entidades de gestión colectiva y usuarios distintos de las instituciones responsables del patrimonio cultural⁹⁷.

2. Excepción obligatoria a los derechos de autor. Razones de su implantación y régimen jurídico

Sin duda, uno de los aspectos más controvertidos de las excepciones contempladas en la DDASI era el carácter facultativo de las limitaciones recogidas. Como ya se ha expuesto, los documentos posteriores advertían que el hecho de que no todos los Estados miembros hubieran incorporado estas excepciones a su ordenamiento jurídico, o no lo hubieran hecho del mismo modo, había constituido un obstáculo para lograr el objetivo de la armonización en lo relativo a la digitalización de las obras que forman parte de determinadas instituciones culturales con fines de conservación y puesta a disposición de línea.

De modo similar a lo previsto en la Directiva sobre obras huérfanas, la DDAMUD solventa este inconveniente estableciendo una excepción obligatoria. Dicha solución no estaba prevista en la Propuesta de Directiva que contemplaba como único mecanismo las licencias obligatorias con efecto ampliado⁹⁸. A nuestro juicio debe valorarse muy positivamente el que se añadiera una

[knot-of-mass-digitisation-and-copyright-law-without-cutting-it-off-part-ii/?doing_wp_cron=1589915244.9160230159759521484375](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245_ES.html?redirect)

⁹⁶ EVANGELIO LLORCA, Raquel: “La regulación de las obras...”, op. cit. pp. 248 y 249.

⁹⁷ Cdo 43.

⁹⁸ Dicho cambio fue consecuencia de la admisión de la enmienda 69 al Proyecto de Directiva. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245_ES.html?redirect

solución imperativa y subsidiaria cuando no es posible acudir al mecanismo de las licencias colectivas con efecto ampliado⁹⁹.

¿Cuándo es susceptible de aplicarse esta excepción? Como afirma en el Cdo 32 de la DDAMUD cuando las licencias colectivas no aporten una solución para todos los casos en los que una institución responsable del patrimonio cultural tropieza con dificultades para obtener todas las autorizaciones necesarias de los titulares de derechos para el uso de las obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial. Así, por ejemplo, cuando no existe una práctica de gestión colectiva para los derechos de un determinado tipo de obra u otra prestación, o cuando la entidad de gestión colectiva pertinente no es suficientemente representativa de la categoría de los titulares de derechos y de los derechos en cuestión. Es, en estos casos concretos, cuando las instituciones responsables del patrimonio cultural, al amparo de una excepción o limitación armonizada de los derechos de autor y derechos afines, deben poner a disposición en línea en todos los Estados miembros las obras u otras prestaciones de su colección permanente que están fuera del circuito comercial. A fin de dejar claro la naturaleza de excepción que tiene este mecanismo, la DDAMUD añade que es importante que los usos al amparo de dicha excepción o limitación solo tengan lugar cuando se cumplan determinadas condiciones, en particular, en lo que respecta a la disponibilidad de soluciones para la concesión de licencias. El hecho de que no exista un acuerdo sobre los términos de la licencia no se debe interpretar como una falta de disponibilidad de soluciones para la concesión de licencias.

En lo relativo al régimen jurídico de la excepción, el artículo 8.2 de la DDAMUD dispone que los Estados miembros establecerán una excepción o limitación a los derechos establecidos en el artículo 5, letras a), b), d) y e), y el artículo 7, apartado 1 de la Directiva 96/9/CE, los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29/CE, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2009/24/CE y el artículo 15 apartado, 1 de la presente Directiva para permitir que las instituciones responsables del patrimonio cultural pongan a disposición, con fines no comerciales, obras u otras prestaciones fuera del circuito comercial que se encuentren en su colección permanente.

Los preceptos de la Directiva enumerados en el art. 8.2 reconocen derechos exclusivos a los titulares de derechos de explotación para prohibir o autorizar actos de explotación de sus obras. En virtud de dicha remisión, los derechos que se encuentran afectados por el límite son los siguientes:

-Los derechos del autor de una base de datos a realizar o autorizar el derecho exclusivo de reproducción, transformación y comunicación pública de una base de datos original y la reproducción, distribución y comunicación de una base de datos modificada. También el

⁹⁹ Advierte Paul KELLER: “A better solution to making out of commerce works available online”, *Europeana Pro*, 26-9-2016, disponible en <https://pro.europeana.eu/post/a-better-solution-to-making-out-of-commerce-works-available-online> (Consulta el 21 de mayo 2020), que una solución basada exclusivamente en la gestión colectiva no sería suficiente. No obstante, en sectores con una gestión colectiva bien establecida, una excepción tendría un fuerte impacto en los derechos de los autores y otros titulares de derechos, y podría socavar el funcionamiento de los acuerdos de licencias colectivas extendidas existentes que ya existen en varios miembros de la UE, predominantemente en los países nórdicos.

derecho del fabricante de una base de datos de prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial de esta (arts. 5 y 7 de la Directiva 96/9/CE)¹⁰⁰.

-El derecho de los autores de autorizar o prohibir la reproducción y la comunicación al público de sus obras. De igual modo, los derechos de autorizar o prohibir la reproducción de sus obras y de poner a disposición del público las prestaciones protegidas que se reconoce a los titulares de derechos afines (arts. 2 y 3 DDASI)¹⁰¹.

-Los derechos de reproducción, transformación y distribución pública que le corresponden al autor de un programa de ordenador (art. 4.1 de la Directiva 2009/24/CE)¹⁰².

-Finalmente, los derechos afines de reproducción y puesta a disposición reconocidos a los editores de prensa en relación con los usos en línea por parte de los prestadores de los servicios de la información (art. 15 DDAMUD)¹⁰³.

Ahora bien, el artículo 8.2 DDAMUD exige dos requisitos para que las instituciones responsables del patrimonio cultural puedan utilizar las obras y prestaciones que están fuera del circuito comercial al amparo de la excepción. El primero es que se indique el nombre del autor o de cualquier otro titular de los derechos identificable, excepto cuando esa indicación sea imposible; el segundo, que dichas obras u otras prestaciones se pongan a disposición en sitios web no comerciales.

El primero de los requisitos tiene por finalidad el respeto al derecho de paternidad que se reconoce a los autores y a los artistas, intérpretes y ejecutantes; dicha imposibilidad de identificación puede venir dada, por ejemplo, si la obra se ha publicado de forma anónima o bajo un seudónimo. En cuanto al segundo requisito, su finalidad parece responder al hecho de impedir que se obtengan beneficios económicos con el uso de estas obras.

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

El artículo 8.4 DDAMUD dispone que los Estados miembros establecerán que todos los titulares de derechos puedan en cualquier momento, con facilidad y de manera efectiva, excluir sus obras u prestaciones del mecanismo de concesión de licencias o de la aplicación de la excepción o limitación, en general o para casos concretos, también después de la conclusión de un contrato de licencia o después de que comience el uso de que se trate.

El fundamento de dicha facultad de exclusión (*opt-out*) es la de garantizar que los titulares de derechos puedan recuperar fácilmente el control de sus obras, así como evitar que el uso de estas pueda perjudicar sus intereses¹⁰⁴. La DDAMUD se asegura así que, llegado el momento de la transposición, la regulación de los Estados miembros cumpla las condiciones previstas en la norma: facilidad, efectividad, en general o para casos concretos y para las dos soluciones previstas en la norma.

¹⁰⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31996L0009>

¹⁰¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0029>

¹⁰² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32009L0024>

¹⁰³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019L0790>

¹⁰⁴ Sobre esta facultad de *opt-out*, Johan AXHAMN y Lucie GUIBAULT: op. cit. pp. 37 y 38.

Como ya tuvimos ocasión de señalar, una facultad similar se prevé en la Directiva sobre obras huérfanas (art. 5) donde se impone a los Estados miembros la obligación de velar a fin de que los titulares de derechos sobre obras o fonogramas que se consideren huérfanas tengan, en todo momento, la posibilidad de poner fin a dicha condición en lo que se refiere a sus derechos. Apunta ESPÍN ALBA¹⁰⁵, que la regulación de dicha exclusión podría venir acompañada de algún requisito adicional para el *opt-out*, como la explotación efectiva de la obra o la intención de explotarla en un periodo más o menos cercano. Estas consideraciones son plenamente aplicables a las obras o prestaciones que están fuera del circuito comercial, en la medida que estamos antes obras que no están disponibles en el mercado. No obstante, parece presuponerse esa intención de explotar la obra en la medida que el fundamento de esta facultad es garantizar que los titulares de derechos puedan recuperar fácilmente el control de sus obras, así como evitar que el uso de estas pueda perjudicar sus intereses, entendemos que económicos.

Si esta facultad de exclusión se ejercita durante el periodo de vigencia de la licencia, debe ponerse fin dentro de un plazo razonable a los usos en curso. Esa exclusión además no debe afectar a sus reclamaciones de remuneración por el uso efectivo de la obra o prestación objeto de la licencia¹⁰⁶. Sin embargo, tampoco deja claro el legislador comunitario si en el caso de licencias multiterritoriales dicha facultad de exclusión puede ejercitarse con carácter general, con efecto en todos los Estados miembros, o por el contrario, debe ejercitarse respecto de cada Estado donde su obra se pone a disposición del público.

e. Medidas de publicidad

La información sobre el uso actual y futuro de las obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural debe ser objeto de publicidad. ¿Cómo debe ser dicha publicidad? Se nos dice que debe ser adecuada, tanto antes como durante el uso, al amparo de la limitación o excepción según proceda. La información debe extenderse además a la facultad de exclusión que se reconoce a los titulares de derechos y, es especialmente importante en el caso de usos transfronterizos en el mercado interior¹⁰⁷.

Desde estos planteamientos, el art. 10 DDAMUD introduce diversas medidas de publicidad, algunas imperativas y otras optativas para los Estados miembros. Entre las primeras está la obligación de los Estados miembros de velar por que la información sea accesible permanentemente, con facilidad y de manera efectiva en un único portal público en línea a partir de seis meses como mínimo antes de que las obras o prestaciones se distribuyan, comuniquen al público o se pongan a disposición del público de conformidad con la licencia o al amparo de la excepción o limitación. El portal será creado y gestionado por la Oficina de Propiedad Intelectual.

¹⁰⁵ Op. cit. p. 186.

¹⁰⁶ Cdo 48, apartado 2. Además se añade que los Estados miembros deben poder decidir si resulta oportuno adoptar medidas adicionales para proteger a los titulares de derechos. Entre esas medidas podría figurar, por ejemplo, alentar el intercambio de información entre las entidades de gestión colectiva y otras partes interesadas en toda la Unión con el fin de dar a conocer esos mecanismos y la posibilidad que tienen los titulares de derechos de excluir sus obras u otras prestaciones de dichos mecanismos.

¹⁰⁷ Cdo 41.

En lo relativo al alcance de esta información, la misma deberá comprender: 1. La información que posean las instituciones responsables del patrimonio cultural, las entidades de gestión colectiva o las autoridades públicas pertinentes, a los fines de identificar las obras o prestaciones fuera del circuito comercial amparadas por una licencia, o usadas al amparo de la excepción o limitación establecida. 2. La información sobre la facultad de exclusión reconocida a los titulares de derechos en el art. 8.4 DDAMUD. 3. La información sobre las partes de la licencia, los territorios cubiertos, los usos, tan pronto como esté disponible y cuando sea pertinente; parece pues que la información sobre este aspecto no tiene carácter imperativo.

Estas medidas de publicidad se adoptarán en el Estado miembro en el que se haya solicitado la licencia o para usos al amparo de la excepción o limitación prevista en el art. 8.2, así como en el Estado miembro en que esté establecida la institución responsable del patrimonio cultural. No obstante, si hay pruebas, como el origen de las obras u otras prestaciones, que indiquen que se podría aumentar más eficazmente el conocimiento de los titulares de derechos en otros Estados miembros o en terceros países, tales medidas de publicidad se podrían extender a dichos territorios (art. 10 DDAMUD *in fine*).

Si comparamos el texto definitivo con que el que aparecía en la Propuesta de Directiva (art. 7.3), se aprecian diferencias sustanciales; así, en primer lugar, nada se decía acerca de las características de dicha información: accesible, permanente, fácil y efectiva. En cuanto al periodo de tiempo en el que debía estar disponible la información, no se aludía al plazo de seis meses, solo era preciso que se mantuvieran durante un periodo de tiempo razonable, antes de que las obras o prestaciones fueran digitalizadas, distribuidas, comunicadas públicamente o puestas a disposición del público. Finalmente, la redacción sobre el alcance de la información es mucho más precisa en el texto de la Directiva.

En relación con la forma en la que se proporcionará esa información, la Directiva introduce una obligación de publicidad general, en lugar de individualizada para cada autor o titular de derechos. Esta solución se ha valorado muy positivamente, ya que la necesidad de proporcionar información individualizada a cada autor conlleva que la implementación de un esquema extendido de licencias de gestión colectiva pudiera resultar problemática¹⁰⁸.

La DDAMUD ha considerado pues que solo se debe proporcionar una información de carácter general, superando de este modo algunas de las consecuencias de la decisión *Soulier* del TJUE¹⁰⁹, en el que el Tribunal señaló que la normativa francesa no incluía un mecanismo que

¹⁰⁸ SYNODINOU, Tatiana: “The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitisation and copyright law without cutting it off? – Part II”. En parecidos términos, Christophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: “Facilitating wider access to Europe’s cultural heritage ...”, op. cit. pp. 17 y 18 al considerar que la exigencia de una información individualizada hace peligrar las bases en las que hasta ahora vienen operando las licencias colectivas extendidas nacionales y EVANGELIO LLORCA, Raquel: “La regulación de las obras”, op. cit. pp. 265 y 266 quién considera que las entidades de gestión colectiva 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...) por lo que las medidas de publicidad individualizadas no son imprescindibles.

¹⁰⁹ Sentencia C-301/15 de 16 de noviembre de 2016, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0301>. Para un análisis de dicha sentencia: Mercedes CURTO POLO: “El destino de los libros olvidados”, op. cit. pp. 736 y ss.

garantizara la información a los autores de forma eficaz e individual¹¹⁰. Concretamente, en dicha resolución se afirma que todo autor debe ser informado de forma efectiva de la futura utilización de su obra por parte de un tercero y de los medios puestos a su disposición para prohibir dichos usos si lo desea. El fundamento es que, sin una información previa y efectiva relativa a esa futura utilización, el autor no está en disposición de posicionarse al respecto y, por consiguiente, de prohibirla en su caso, de forma que la propia existencia de su consentimiento implícito, en relación con dicha utilización, resulta puramente hipotética.

La ley francesa cuestionada encomienda a una sociedad reconocida el ejercicio del derecho a autorizar la explotación digital de libros no disponibles, al mismo tiempo que permite a los autores de dichos libros oponerse a tal ejercicio en el plazo de seis meses, desde la inscripción de tales libros en una base de datos creada al efecto. Así, el ejercicio del derecho de oposición establecido por dicha normativa en favor de los titulares de derechos sobre los libros de que se trata —en especial, de los autores— tiene como efecto prohibir la utilización de tales obras, mientras que la falta de oposición de un autor determinado en el plazo fijado puede considerarse, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2, letra a), y en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, expresión de su consentimiento implícito a tal utilización. Pues bien, el TJUE viene a señalar que la referida normativa no incluye *un mecanismo que garantice la información efectiva e individualizada de los autores*¹¹¹. Por tanto, no se excluye que algunos de los autores afectados ni siquiera tengan, en realidad, conocimiento de la utilización que se pretende hacer de sus obras y, por consiguiente, no están en condiciones de posicionarse, en un sentido o en otro. En estas circunstancias, no cabe considerar que la mera falta de oposición por su parte exprese su consentimiento implícito a tal utilización (apartados 38 a 43).

Las medidas optativas están contempladas en el párrafo segundo del art. 10 DDAMUD, de forma que si fuera necesario para conocimiento general de los titulares de derechos, los Estados miembros velarán para que se tomen medidas de publicidad adicionales sobre la facultad de las entidades de gestión colectiva de conceder licencias, las licencias concedidas, los usos al amparo de la excepción o limitación y la facultad de exclusión prevista en el art. 8.4¹¹². Esta información adicional se puede poner a disposición de los titulares de derechos mediante la utilización de canales de información adicionales, con el objetivo de llegar a un público más amplio¹¹³. En todo caso, las medidas de publicidad han de ser eficaces sin necesidad de tener que informar a título individual a cada titular de derechos.

f. *Diálogo entre las partes interesadas*

Las medidas adoptadas para mejorar las prácticas de concesión de licencias y garantizar un mejor acceso a los contenidos concluye con una llamada al diálogo entre las partes interesadas (art. 11 DDAMUD). Dicho precepto dispone que los Estados miembros alentarán un diálogo

¹¹⁰ Christophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO: “Facilitating Access to Out-of-Commerce Works in the Digital Single Market...”, op. cit. pp. 246 y 247.

¹¹¹La cursiva es nuestra.

¹¹² En el texto de la Propuesta se omitía toda referencia a las medidas adicionales.

¹¹³ El Cdo 41 párrafo segundo determina que la necesidad, la naturaleza y el ámbito geográfico de estas medidas deben depender de las características de las obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial, de los términos de la licencia o del tipo de uso al amparo de la excepción o limitación y de las prácticas existentes en los Estados miembros. Sobre esta cuestión Lucie GUILBAUT y Simone SCHROFF: op. cit. pp. 21 y 22.

regular entre las organizaciones de usuarios y titulares de derechos representativas, incluidas las entidades de gestión colectiva, y cualquier otra organización interesada, sobre una base sectorial, para fomentar la relevancia y facilidad de uso de los mecanismos de concesión de licencias contemplados en el artículo 8, apartado 1, y para garantizar que las salvaguardias para los titulares de derechos a que se refiere el presente capítulo sean eficaces¹¹⁴.

4. Conclusiones

I. La DDASI estableció que las bibliotecas, centros de enseñanza, museos accesibles al público o archivos se podían beneficiar de dos límites a los derechos de autor. El primero de ellos amparaba los actos específicos de reproducción de obras protegidas que no tuvieran fines comerciales (art. 5.2.c). En virtud del segundo, se estimaban lícitos aquellos actos de puesta a disposición del público, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de estos establecimientos, de obras que figuren en sus colecciones y que no estén sujetas a condiciones de adquisición o licencia. Aunque esta norma supuso un paso muy importante en el reconocimiento de límites a los derechos de autor en favor de determinadas instituciones culturales, presentaba unas deficiencias que a la larga han constituido un obstáculo grave para lograr la digitalización del patrimonio cultural. En efecto, en primer lugar, estos límites o excepciones tenían carácter facultativo, de forma que no todos los Estados miembros incluyeron esas excepciones, o lo hicieron del mismo modo, lo que impidió una armonización de las legislaciones nacionales sobre esta cuestión. En segundo lugar, los términos en los que estaban redactadas las excepciones resultaban demasiado estrictos. Así, con respecto a la posibilidad de efectuar determinados actos de reproducción, no se admitía expresamente la posibilidad de realizar copias digitales de una obra impresa para fines de conservación, o la posibilidad de realizar nuevas copias de obras que ya estuvieran en formato digital para hacer frente al deterioro o a la obsolescencia de dichas copias y, en ningún caso, amparaba la digitalización masiva de obras protegidas por derechos de autor. La segunda de las excepciones prevista en esta Directiva no incluía la accesibilidad transfronteriza y en línea de las obras contenidas en las colecciones de dichas instituciones. Estas carencias fueron puestas de manifiesto de una manera reiterada en los sucesivos documentos publicados en el seno de la UE sobre esta cuestión. La DDAMUD constituye un hito fundamental en este devenir legislativo, proponiendo un conjunto de soluciones que pretenden solventar esos obstáculos que habían impedido la consecución de un mercado único digital. En tal sentido, debe valorarse muy positivamente que las excepciones que establece tengan un carácter obligatorio, imponiéndose de este modo a los Estados miembros la obligación de que incorporen estas excepciones a su ordenamiento jurídico, lográndose de este modo el objetivo de alcanzar la armonización de las legislaciones.

II. El art. 6 DDAMUD establece un límite o excepción al derecho de reproducción a fin de permitir, a las instituciones responsables del patrimonio cultural, efectuar copias de las obras u otras prestaciones que se hallen de forma permanente en sus colecciones, con el único objetivo de conservar tales obras u otras prestaciones y en la medida necesaria para esa conservación.

¹¹⁴ En el Cdo 42 se afirma que ese diálogo debe tener como fin de garantizar que los mecanismos de licencia establecidos por la presente Directiva para las obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial sean pertinentes y funcionen adecuadamente, que los titulares de derechos estén protegidos convenientemente, que las licencias reciban la adecuada publicidad y que se proporcione seguridad jurídica por lo que respecta a la representatividad de las entidades de gestión colectiva y la categorización de las obras.

Dicha excepción pretende posibilitar la realización de copias con fines de conservación para hacer frente a la obsolescencia tecnológica, o a la degradación de los soportes originales, o para garantizar que dichas obras u otras prestaciones protegidas estarán disponibles para futuras generaciones. En consecuencia, esta excepción que pretende solventar los problemas que se plantean en el ámbito de la preservación digital debe ser valorada muy positivamente. No obstante, la opinión favorable que merece esta excepción no es incompatible con el hecho de que por su redacción sea susceptible de algunas críticas. En primer lugar, la DDAMUD se ha limitado a enumerar las instituciones responsables del patrimonio cultural, sin incluir una definición clara de que se entiende por tal, máxime cuando no existe una noción única en el acervo comunitario. En segundo lugar, también es susceptible de crítica que la DDAMUD no defina qué se entiende por patrimonio cultural cuando, de nuevo, no se emplea un término único al referirse a la digitalización y conservación del patrimonio cultural. Así, por ejemplo, la Recomendación de la Comisión de 27 de octubre de 2011, sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital, utiliza la expresión material cultural; el legislador comunitario no ha aclarado si estamos ante expresiones equivalentes. En tercer lugar, consideramos un error que se haya suprimido el art. 1 bis del art. 5 de la Propuesta de Directiva que disponía que los Estados miembros garantizarán que ningún material resultante de un acto de reproducción de material de dominio público esté sujeto a los derechos de autor u otros derechos afines, siempre y cuando tal reproducción sea fiel y tenga por objeto la preservación del material original. En consecuencia, y a fin de evitar problemas de interpretación, sería aconsejable que llegado el momento de transponer esta norma, los Estados miembros incorporaran un apartado similar al que fue suprimido, a fin de aclarar esta cuestión.

III. Las obras y prestaciones fuera del circuito comercial se caracterizan por la enorme dificultad de obtener la autorización de los titulares de derechos de forma individual. Por ello, para que los proyectos de digitalización de estas obras fueran viables en la práctica, era preciso que la solución adoptada conllevara que los efectos de la licencia se aplicara también a los titulares de derechos que no son miembros de las entidades de gestión colectiva, o que no han celebrado con ellas un contrato de gestión. En tal sentido, el art. 8.1 DDAMUD establece que los Estados miembros dispondrán que una entidad de gestión colectiva pueda, conforme a los mandatos que le hayan otorgado los titulares de derechos, concluir un contrato de licencia no exclusiva para fines no comerciales con una institución responsable del patrimonio cultural con independencia de si todos los titulares de derechos amparados por la licencia han otorgado mandato a la entidad de gestión colectiva. Como solución subsidiaria se establece una excepción o limitación obligatoria (art. 8.2 DDAMUD). Teniendo en cuenta que el art. 7 de la Propuesta de Directiva preveía la licencia colectiva con efectos ampliados como única solución para llevar a cabo la digitalización masiva y puesta a disposición del público de las obras y prestaciones que están fuera del comercio comercial, debe valorarse muy positivamente que en el texto definitivo la DDAMUD se prevean estos dos posibles mecanismos para realizar la digitalización y uso de esta categoría de obras. En lo relativo a los aspectos más destacados de esta regulación, podemos señalar dos. El primero es que las licencias colectivas con efecto ampliado puedan tener también un efecto transfronterizo. El segundo, respecto de la excepción obligatoria, que se disponga que el uso se entiende producido únicamente en el Estado miembro en el que está establecida la institución responsable del patrimonio cultural que haga dicho uso, superándose el criterio de la *lex loci protectionis* que conllevaría la aplicación de las legislaciones de varios Estados miembros. Sin embargo también la regulación prevista en el art. 8 DDAMUD es susceptible de alguna crítica; así, el art. 8.5 DDAMUD permite que los Estados

miembros establezcan una fecha límite u otros requisitos específicos para determinar si las obras o prestaciones pueden ser objeto de licencias o usadas al amparo de la excepción. Sin duda, esa libertad puede dificultar la armonización de las legislaciones de los Estados miembros y, en última instancia, restar seguridad jurídica a los proyectos de digitalización transfronterizo.

IV. La DDAMUD concede a los Estados miembros flexibilidad para elegir el tipo de mecanismo jurídico que permita que las licencias expedidas se apliquen a los titulares de derechos que no han otorgado un mandato a tal fin a las entidades de gestión colectiva; entre estos mecanismos se citan las licencias colectivas ampliadas o las presunciones de representación. Se trata, por tanto, de un aspecto sobre el que tendrá que pronunciarse el legislador español cuando transponga la DDAMUD a nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, en nuestra opinión se debería optar, o al menos potenciar, la opción de las licencias colectivas ampliadas en la medida que este mecanismo se basa en los contratos de licencia que se hayan celebrado; por el contrario, las presunciones de representación otorgan a la entidad de gestión colectiva una facultad de representación general, independientemente de si se han celebrado con ella o no un contrato de licencia. Ahora bien, en este contexto la delimitación de qué debe entender por una entidad de gestión suficientemente representativa es fundamental. Puesto que la norma comunitaria no se pronuncia sobre esta cuestión, de nuevo la ley española que transponga la DDAMUD deberá precisar de forma clara y precisa los criterios que se deben cumplir para que una entidad de gestión colectiva pueda ser calificada de suficientemente representativa; sin duda, además de un criterio numérico se deben tener en presente otros parámetros tales como la categoría de derechos gestionados, la capacidad organizativa de la entidad, el sector creativo en el que opera etc.

V. Para que una obra o prestación sea calificada como fuera del circuito comercial, se estima que es suficiente que pueda presumirse de buena fe que la totalidad de la obra u otra prestación no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales, después de realizar un esfuerzo razonable para comprobar su disponibilidad. La falta de precisión del legislador comunitario sobre un aspecto que estimamos fundamental exige una vez más que la futura norma española de transposición se pronuncie sobre dos extremos. El primero, es incluir una definición clara relativa a qué debe entenderse por esfuerzo razonable, en la medida que estamos ante una pieza clave para permitir la utilización de esta modalidad de obras por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural. El segundo, es determinar quién asume la responsabilidad de llevar a cabo ese esfuerzo razonable con el objetivo de decidir si la obra u prestación está o no disponible. Desde nuestro punto de vista, en el supuesto de la licencia colectiva ampliada, la responsabilidad debe ser asumida por las entidades de gestión colectiva, ya que son ellas las que van a percibir las cantidades en nombre de los titulares de derechos; en la hipótesis de la excepción obligatoria, el esfuerzo razonable a fin de delimitar la disponibilidad de la obra corresponde a las instituciones responsables del patrimonio cultural, beneficiarias del límite.

VI. Finalmente, el legislador español deberá decidir si en la futura ley que transponga a nuestro Derecho la DDAMUD se contemplan medidas de publicidad optativas y cuáles serían estas; de igual modo, deberá concretar los cauces a través de los cuales se va a fomentar el diálogo entre las partes interesadas al que alude el artículo 11 DDAMUD.

5. Bibliografía

Ricardo ANTEQUERA PARILLI (2006), “Los límites del Derecho subjetivo y del Derecho de Autor”, *Los límites del Derecho de Autor*, ROGEL VIDE, CARLOS (coord.), Reus, Madrid, pp. 7-82.

Johan AXHAMN y Lucie GUIBAULT (2011), “Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe’s cultural heritage?”, *Final report prepared for Europeana Connect project*, Amsterdam, disponible en <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:465947/FULLTEXT01.pdf>

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2016), “El mercado único digital y la propiedad intelectual”, *Aranzadi Civil- Mercantil, Revista doctrinal*, nº 2, pp. 81-84.

Robert BURREL y Allison COLEMAN (2005), *Copyright exceptions: The Digital Impact*, Cambridge University Press, Cambridge.

M^a Teresa CARRANCHO HERRERA (2019), “Reproducción, préstamo y consulta en museos, archivos, bibliotecas y otras instituciones”, *Propiedad Intelectual en las Universidades Públicas*, DE ROMÁN PÉREZ, RAQUEL (coord.), Comares, Granada.

M^a Teresa CARRANCHO HERRERA (2019), “Contenidos digitales e instituciones culturales”, *Medios de comunicación, contenidos digitales y derechos de autor*, SERRANO GÓMEZ, EDUARDO (dir.) Reus, Madrid, pp. 175-218.

Chiara CIVITELLI (2015), “Derechos de autor y bibliotecas en el entorno digital: la imprescindible búsqueda de un punto de equilibrio entre intereses contrapuestos. Estrategias y Políticas Europeas en el ámbito de las bibliotecas digitales”, *Anuario de la Propiedad Intelectual*, pp.299-339.

Chiara CIVITELLI, Chiara (2017), “Excepciones y límites a los derechos de autor en favor de bibliotecas: comparación entre Italia y España”, *Estudio de los límites a los derechos de autor desde una perspectiva de Derecho Comparado*, SERRANO FERNANDEZ, MARÍA (coord.), Reus, Madrid, pp. 99-121.

Graham CORNISCH (2015), *Copyright: interpreting the law for libraries, archive and information services*, Facet Publishing, London.

Mercedes CURTO POLO (2017), “El destino de los libros olvidados”, *European Papers*, v. 2, n. 2, pp. 731-741.

Mercedes CURTO POLO (2018), “La Propiedad Intelectual en las bibliotecas universitarias (II): Obras huérfanas y obras descatalogadas”, *Propiedad intelectual y transferencia del conocimiento en universidades y centros públicos de investigación*, CARBAJO CASCON, FERNANDO y CURTO POLO, MERCEDES (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 476-501.

Pedro Antonio DE MIGUEL ASECIO (2015), *Derecho Privado e Internet*, Civitas, Madrid.

Pedro Antonio De MIGUEL ASENSIO (2019), “Mercado único digital y propiedad intelectual: las Directivas 2019/789 y 2019/790”, *La Ley Unión Europea*, nº 71, pp. 1-16.

Raquel DE ROMÁN PÉREZ (2017), “Las obras huérfanas en la Ley de Propiedad Intelectual y utilizaciones permitidas”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 38, 2017-2018, pp. 299-321.

Isabel ESPIN ALBA (2014), *Obras huérfanas y derechos de autor*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

Raquel EVANGELIO LLORCA (2012), “Un nuevo reto para la digitalización y puesta a disposición de obras intelectuales: el uso de obras huérfanas y descatalogadas”, *La Ley*, nº 7884, pp. 14 y ss.

Raquel EVANGELIO LLORCA (2018), “Estrategias de la Unión Europea para facilitar el uso de las obras fuera del circuito comercial por instituciones de patrimonio cultural en el mercado único digital”, *Revista de Propiedad Intelectual*, nº 60, pp. 13-66.

Raquel EVANGELIO LLORCA (2019), “La regulación de las obras y prestaciones fuera del circuito comercial en la Directiva (UE) 2019/790”, *Propiedad Intelectual y mercado único digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 213-265.

Juan Carlos FERNÁNDEZ MOLINA y José Augusto CHAVES GUIMARES (2007): “Las nuevas leyes de derechos de autor: ¿adecuadas para la preservación digital?”, *Information Research*, v. 12, nº4, disponible en https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/32748/Fernandez_Molina_DerechosAutor.pdf;sequence=1

Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2001), *El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines a la sociedad de la información*, Comares, Granada.

Christophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO (2018), “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. 18-11 disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3287734

Christophe GEIGER, Giancarlo FOSIO y Oleksandr BUYALENKO (2018), “Facilitating Access to Out-of-Commerce Works in the Digital Single Market – How to Make Pico della Mirandola’s Dream a Reality in the European Union”, *JIPITEC*, n. 240, pp. 240-250, disponible en <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-3-2018/4803>

Agustín GONZÁLEZ GARCIA (2018), “Derechos de autor y Mercado Único Digital, una reforma en marcha”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 947, p. 8.

Lucie GUILBAUT y Simone SCHROFF (2018), “Extended Collective Licensing for the Use of Out-of-Commerce Works in Europe: A Matter of Legitimacy Vis-à-Vis Right Holders”, *IIC*, pp. 1-24, disponible en <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs40319-018-0748-5>

Sebastián LÓPEZ MAZA (2009), *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada.

Patricia MARISCAL GARRIGO-FALLA (2017), “Comentarios al artículo 21”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO (coord.), Tecnos, Madrid, pp. 443-459.

Jesús OLAVARRÍA IGLESIAS (2019), “Límite obligatorio al derecho de reproducción para fines de conservación en las instituciones de patrimonio cultural (art. 6 de la Directiva 2019/790/UE)”, *Propiedad Intelectual y mercado único digital*, SAIZ GARCÍA, CONCEPCIÓN Y EVANGELIO LLORCA, RAQUEL (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 273-286.

José de OLIVEIRA ASCENSÃO (2006), “Os limites dos limites. A teoria dos tres pasos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e outras relativas à informação e a gestão dos direitos”, *Los límites a los derechos de autor*, ROGEL VIDE, CARLOS (coord.), Reus, Madrid, pp. 83-108.

Paul KELLER, (2016), “A better solution to making out of commerce works available online”, *Europeana Pro*, 26-9-2016, disponible en <https://pro.europeana.eu/post/a-better-solution-to-making-out-of-commerce-works-available-online>

Sofía RODRÍGUEZ MORENO (2004), *La era digital y las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.

Eduardo SERRANO GÓMEZ (2018), “La Propuesta de Directiva de derechos de autor en el mercado único digital: un paso más en la defensa de ellos creadores”, en *Hay Derecho* disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2018/10/30/la-propuesta-de-directiva-de-derechos-de-autor-en-el-mercado-unico-digital-un-paso-mas-en-la-defensa-de-los-creadores/>

María SERRANO FERNÁNDEZ, (2014), “Las obras huérfanas. Luces y sombras de la Directiva 2012/28 sobre ciertos usos autorizados de obras huérfanas”, *Propiedad Intelectual en el siglo XXI: Nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*, ESPÍN ALBA, ISABEL (coord.), Reus, Madrid, pp. 143-169.

María SERRANO FERNÁNDEZ (2017), “Instituciones de interés público: bibliotecas, museos, archivos y accesos a plataformas *on line*”, *Cuestiones de Derecho de Autor en la Unión Europea*, SERRANO GÓMEZ, EDUARDO (dir.), Reus, Madrid, pp. 63-100.

María SERRANO FERNÁNDEZ (2017), “Los límites al Derecho de autor en favor de las bibliotecas, museos, archivos y demás instituciones culturales en el derecho inglés. Estudio de Derecho comparado con la legislación española”, *Estudio de los límites a los Derechos de autor desde una perspectiva de Derecho comparado*, SERRANO FERNÁNDEZ, MARIA (coord.), Reus, Madrid, pp. 27-64.

María SERRANO FERNÁNDEZ (2019), *El impacto de la sociedad de la información en la propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Tatiana SYNODINOU (2019): “The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitisation and copyright law without cutting it off? - Part I”, *Kluwer Copyright Blog*, 29-7-2019, disponible en <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/08/05/the-new-copyright-directive-out-of-commerce-works-articles-8-to-11-is-it-possible-to-untie-the-gordian-knot-of-mass-digitisation-and-copyright-law-without-cutting-it-off-part-i/>

Tatiana SYNODINOU (2019): “The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitisation and copyright law without cutting it off? - Part II”, *Kluwer Copyright Blog*, 5-8-2019, disponible en <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/29/the-new-copyright-directive-out-of-commerce-works-articles-8-to-11-is-it-possible-to-untie-the-gordian-knot-of-mass-digitisation-and-copyright-law-without-cutting-it-off-part-ii/>

Maitane VALDECANTO FLORES (2019), “La propiedad Intelectual se adapta a la revolución tecnológica: entrada en vigor de la Directiva de la UE 2019/790”, *Actualidad Civil* nº 6, pp. 1-11.

Stef VAN GOMPEL (2007), “Unlocking the potential of pre-existing content: How to address the issue of orphan works in Europe?”, *IIC*, n. 6, pp. 669-702, disponible en https://www.ivir.nl/publicaties/download/IIC_2007_6_orphan_works.pdf

Raquel XALABARDER PLANTADA (2012), “Las obras «huérfanas» y las obras descatalogadas”, *Noticias de la Unión Europea*, disponible en <https://studylib.es/doc/4444516/las-obras-%E2%80%9Chu%C3%A9rfanas%E2%80%9D-y-las-obras-descatalogadas>.