

LA ARMONIZACIÓN EUROPEA DE LA OBLIGACIÓN DE REMUNERACIÓN EQUITATIVA Y PROPORCIONADA DE AUTORES Y ARTISTAS POR LA CESIÓN DE DERECHOS COMO PASO ‘SINE QUA NON’ PARA SU VERDADERA TUTELA EFECTIVA EN EL TERRITORIO EUROPEO

Gemma Minero Alejandre

Fecha de recepción: 17-06-2020

1. UBICACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE REMUNERACIÓN EN LA DIRECTIVA 2019/790

Uno de los objetivos perseguidos por el legislador europeo con la aprobación de la Directiva 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital —en adelante, DDAMUD— es la redacción de unas reglas uniformes sobre la remuneración equitativa de autores y artistas, como derecho intrínseco al componente económico de la propiedad intelectual, que se deriva directamente del hecho de la creación, interpretación o ejecución y la posterior decisión de cesión de los derechos.¹ Con esta norma, el legislador europeo, por primera vez, aborda la regulación de este aspecto contractual para lo que articula una serie de herramientas tuitivas de los intereses de autores y artistas, con lo que se pretende garantizar, en última instancia, el adecuado funcionamiento del mercado único digital. Resulta ciertamente llamativo que no se hubiera armonizado hasta ahora esta cuestión, sobre todo si tenemos en cuenta las múltiples proclamaciones del legislador europeo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el deseo de alcanzar un elevado nivel de protección de los titulares de derecho de propiedad intelectual.

1 Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, DOUE L. 130/92, de 17 de mayo de 2019, pp. 92-125, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>.

Con todo, y a pesar de las insuficiencias que se identificarán a lo largo de este trabajo, el paso dado por el legislador europeo merece *per se* una valoración positiva.² Uno de los principales motivos de esta valoración es el carácter transversal de los arts. 18 y siguientes de la DDAMUD que se estudian en este trabajo, de forma que las nuevas normas europeas no se limitan a un sector concreto o a un determinado tipo de cesión de los derechos de autores y artistas, sino que se trata de disposiciones contractuales generales.³ Esta buena acogida puede ser aún mayor en función de las decisiones sobre transposición que lleven a cabo los legisladores nacionales de los Estados miembros, pues, como se verá, son muchos los extremos para los que la nueva Directiva permite un amplio margen de libertad estatal en su implementación.⁴ Al tratarse de una armonización de mínimos, los legisladores estatales podrán ampliar la tutela otorgada a autores y artistas. Ello conduce a un importante inconveniente, pues puede traducirse, en función de los casos, en una nueva diversidad de normas dentro del mercado único, al no haberse procedido a aprobar una regulación de máximos que configuren un verdadero *acquis* europeo del derecho contractual de la propiedad intelectual.⁵

No se trata de crear un derecho irrazonable del autor o del artista sobre la inversión realizada por otros sujetos, sino de permitir al titular originario de derechos participar de manera justa en los rendimientos que genera su trabajo intelectual y artístico y de disponer de información suficiente como para poder evaluar esa remuneración obtenida, aun cuando la explotación de dicho trabajo esté en manos de terceros —productoras y compañías de distribución, entre otros— que, con su intervención, suman valor en esa cadena. Se regula, en definitiva, un principio de justicia, sin que se busque conseguirlo por la vía de desincentivar el trabajo y la financiación aportada por otros sujetos, cuyas intervenciones son igualmente valiosas. El mensaje que se transmite es el de que no solo merece remuneración el trabajo de esos otros sujetos de la cadena, sino también, por justicia, el trabajo de los primeros eslabones: los autores y los artistas, sin los cuales los sucesivos cesionarios e intermediarios carecerían de sentido. De ahí que el art. 18 de la DDAMUD haga referencia a los dos límites máximos para tener en cuenta por el legislador nacional a la hora de dar forma a las medidas previstas en esta norma, que son la base del derecho de los contratos. A saber: la libertad de pacto y el justo equilibrio entre los derechos y deberes de las partes contractuales.

Justo equilibrio que no se cumpliría si se pretendiese que el cesionario únicamente participara desde el punto de vista económico en el riesgo del fracaso de la explotación. En efecto, este resultado parecería inadecuado, por injusto y contrario a la búsqueda de incentivos necesarios para el funcionamiento del mercado. Sin embargo, igualmente debe sorprender un segundo supuesto en el que el principio del justo

-
- 2 En general, la propuesta de Directiva y la voluntad de las autoridades europeas de asegurar un mejor y más justo reparto de la remuneración ya cosecharon valoraciones positivas. En este sentido, la Association Littéraire et Artistique Internationale en su «Resolución relativa a las propuestas europeas de 14 de septiembre de 2016 tendentes a instituir un mejor reparto del valor cuando se ponen a disposición obras y otros elementos en internet», de 18 de febrero de 2017, <https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/170218-value-gap-en.pdf>; R. HILTY y V. MOSCON, *Modernisation of the EU Copyright Rules. Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, Max Planck Institute for Innovation & Competition, Research Paper, N. 17-12, 2017, https://pure.mpg.de/rest/items/item_2470998_12/component/file_2479390/content; y L. BENTLY, M. KRETSCHMER & TECHNOLIS CONSULTANTS, *Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive, Study Commissioned by the European Parliament*, 2017, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596810/IPOL_STU\(2017\)596810_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596810/IPOL_STU(2017)596810_EN.pdf).
 - 3 De ahí la insuficiencia de las normas nacionales sectoriales que puedan existir —por ejemplo, referidas al contrato de edición— en las que ya se reflejen todas o algunas de las reglas reguladas ahora de forma transversal en los arts. 18 a 23 de la DDAMUD —entre otras, la obligación del cesionario de informar de forma periódica sobre la explotación llevada a cabo o la acción del cedente para reclamar una remuneración adicional cuando la recibida fuese insuficiente—.
 - 4 Sobre la amplitud del margen de transposición de los legisladores nacionales, véase P. GOLDSTEIN y P. B. HUGENHOLTZ, *International Copyright. Principles, Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 2019, p. 251.
 - 5 Véase A. LUCAS-SCHLOETTER, «European Copyright Contract Law: A Plea for Harmonisation», *IIC*, N. 48, 2017, p. 897.

equilibrio tampoco se cumple: cuando autores y artistas no son tenidos en cuenta a la hora de repartir los ingresos de la explotación de sus obras y prestaciones. Cosa que sucede en los frecuentes casos en los que la remuneración pactada es irrisoria —el porcentaje de participación en los ingresos acordado es muy bajo— o cuando se prevé como tanto alzado una cantidad muy baja, pagada al principio de la relación contractual, que no permite un incremento posterior en paralelo con el éxito que alcance la explotación de la obra o prestación. De ahí que este segundo supuesto merezca las mismas críticas y reproches que la primera tesis indicada en este párrafo y de ahí también que sea positiva la valoración que merece la norma aprobada por el legislador. Es un primer paso en la correcta dirección de conferir una remuneración adecuada que garantice la creación cultural futura o, por lo menos, la subsistencia en el presente de autores y artistas.

Por tanto, ninguna transposición nacional debe coartar o limitar en exceso la autonomía privada de las partes del contrato ni para imponer al autor o artista una concreta remuneración que pueda ser contraria a sus intereses —sean estos los que fueren, el legislador no puede anular su autonomía privada— ni para inclinar la balanza de la remuneración tanto del lado de los autores y artistas que ello impida a los cesionarios de derechos patrimoniales conseguir unas condiciones económicas razonables que permitan proteger sus intereses como sujetos que participan en la cadena de valor. Por poner un ejemplo, piénsese en el actual mercado musical y audiovisual cuyo consumo se realiza a través de plataformas de contenidos —Spotify, iTunes, Deezer, Netflix, HBO, Amazon Prime Video, Amazon Music, etc.—, en las que han de convivir —y obtener una remuneración que les permita seguir funcionando— una serie de intervinientes, desde la propia plataforma, las productoras, los autores de los diferentes tipos de obras, los artistas intérpretes o ejecutantes, etc. A ello se añaden las sublicencias que el primer cesionario pueda otorgar tras haber celebrado el primer contrato con los autores y artistas. Se parte de la base de que todos los integrantes de esa cadena de valor son necesarios en este modelo de negocio y deben tener incentivos suficientes para seguir realizando su labor intelectual, pero los incentivos de los cesionarios no deben ser los únicos o cuasiúnicos. Por ello, la intervención legislativa busca procurar el justo reparto de las remuneraciones a recibir por todos —incluidos los autores y los artistas— que el mercado por sí solo no ha sabido conseguir.⁶ Asimismo,

6 HERNÁNDEZ-PINZÓN plasmaba la situación de los artistas musicales previa a la aprobación de la DDAMUD en el encuentro de la ALAI de 2015 con las siguientes palabras referidas al reparto de valor entre los diferentes agentes que intervienen en la producción musical: «El productor es el que acapara la mayor parte de los ingresos (70 %) y, en el mejor de los casos, paga un pequeño “royalty” al artista, dependiendo de lo pactado en el contrato discográfico y el poder de negociación que tenga cada artista individualmente». Véase A. HERNÁNDEZ-PINZÓN, «Music Flatrates-Presentation and Legal Assessment», *Remuneration for the use of works*, S. VON LEWINSKI, Walter de Gruyter, Berlín, 2015, p. 324. Por su parte, XALABARDER PLANTADA llama la atención sobre la situación de los autores en el mercado audiovisual: «Los porcentajes de ingresos de explotación acordados como mínimos a través de negociación colectiva que deberían abonarse además del salario acordado, en la práctica, se deducen de este». Véase R. XALABARDER PLANTADA, «La remuneración equitativa de los autores audiovisuales mediante un derecho irrenunciable de gestión colectiva», en *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, C. SAIZ GARCÍA y R. EVANGELIO LLORCA (directoras), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 480. Esta autora, tras alabar la eficiencia de la gestión colectiva, concluye que «los mayores ingresos (recaudados por entidades de gestión) de los autores audiovisuales provienen precisamente de aquellos derechos que han sido completamente armonizados por el derecho de la UE: la distribución por cable y la compensación equitativa por copia privada» (p. 488). De ahí que esta autora proponga la armonización de un derecho de los autores audiovisuales irrenunciable e inalienable y de gestión colectiva para obtener una remuneración equitativa a cambio de la cesión de sus derechos de explotación al productor (pp. 492 y ss.). Sin embargo, como se analizará en este trabajo, la versión finalmente aprobada del art. 18 de la DDAMUD, a diferencia de lo que sucedía con el inicial art. 14, no se refiere expresamente a la posibilidad de que los legisladores nacionales regulen mecanismos de remuneración obligatoria de autores y artistas. Durante la tramitación parlamentaria, dos comités del Parlamento Europeo propusieron la introducción de la regulación de un derecho de remuneración equitativa a favor de los autores audiovisuales por la puesta a disposición de sus obras en internet, pero esta propuesta no se incluyó en la versión final votada por el Parlamento. Con todo, es importante tener en cuenta las diferentes situaciones que pueden plantearse en la práctica. Los autores y artistas cuya producción intelectual se desenvuelva en el marco de una relación laboral se benefician de los resultados obtenidos por la negociación colectiva y, en particular, de la nulidad de los acuerdos de remuneración por su trabajo que estén por debajo de los convenios colectivos que resulten aplicables. Las asimetrías de información y remuneración se sufren principalmente por autores y artistas noveles que no se enmarcan

se ahonda en la idea de la presunción de onerosidad de los contratos de cesión de derechos patrimoniales que ya regía en muchos ordenamientos nacionales, a lo que ahora se añade una segunda presunción a nivel europeo: la de pago proporcional a los ingresos por la explotación de la obra o prestación protegida.⁷

Dicha cesión de derechos patrimoniales se da con mucha frecuencia, pues es habitual que los propios autores y artistas no sean quienes explotan de forma directa sus obras o prestaciones, sino que prefieran hacerlo únicamente por medio de un intermediario profesional —que al hacerse con una licencia exclusiva podrá sublicenciar a su vez la explotación de los derechos—. Es menos frecuente, aunque también se da, la coexistencia de varios cesionarios no exclusivos que hayan celebrado contratos directamente con autores y artistas o, en otros casos, la simultaneidad de la explotación directa —por los propios autores y artistas— y la explotación por intermediarios.

Se sigue con todo ello una línea ya iniciada por el legislador europeo en la Directiva 92/100/CEE, de alquiler y préstamo, que reconoció por primera vez en su art. 5 el derecho de remuneración de carácter irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria de todo autor y de todo artista que hayan cedido su derecho de alquiler a un productor de fonogramas o a un productor audiovisual para el arrendamiento del fonograma o la película.⁸ Ahora la DDAMUD busca extender de forma transversal la lógica de la remuneración equitativa y proporcionada —evitando como regla general el pacto de cantidades *ex ante* o tanto alzado— a todo contrato de cesión de derechos patrimoniales de los autores y de los artistas. El legislador europeo de 2019 reconoce el derecho a la remuneración «equitativa», a lo que se añade ahora el adjetivo de «proporcionada», sin que se plasme en la norma comunitaria una horquilla cuantitativa de porcentajes en los que deba moverse el pacto de la remuneración para cumplir este objetivo, tal y como se analizará más adelante.

Se aparta, por tanto, de la técnica legislativa seguida en la Directiva 2011/77/CE, de 27 de septiembre, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho

en relaciones laborales, sino en contratos de remuneración a tanto alzado con renuncia expresa a la participación en el posible éxito de su obra o prestación. Un estudio sobre el funcionamiento de la cadena de valor de las industrias musical y audiovisual y de las prácticas habituales de remuneración en ambos sectores con datos cuantitativos y tablas comparativas de los ingresos de los diferentes intervinientes en la cadena de valor se contiene en L. GUIBAULT, O. SALAMANCA and S. VAN GOMPEL, IVIR and Europe Economics, «Remuneration of authors and performers for the use of their works and the fixations of their performances», Study commissioned by the European Commission (DG Communications Networks, Content & Technology), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c022cd3c-9a52-11e5-b3b7-01aa75ed71a1>, pp. 61 a 103 y 159 a 181.

- 7 Sobre la no presunción del carácter gratuito del contrato de cesión de derechos patrimoniales, véase LL. CABEDO SERNA, *El derecho de remuneración del autor*, Dykinson, Madrid, pp. 444 y ss.; J. A. TORRES LANA, «Comentario al artículo 46», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, p. 908.
- 8 Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, DOCE L. 346, de 27 de noviembre de 1992, pp. 61-66, ELI: <http://data.europa.eu/cli/dir/1992/100/1993-11-19>. Esta regla actualmente se contiene en el art. 5 de la versión consolidada de esta Directiva, esto es, la Directiva 2006/115/CE, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, DOCE L. 376, de 27 de diciembre de 2006, pp. 28-35, ELI: <http://data.europa.eu/cli/dir/2006/115/oj>. En el ordenamiento español, la remuneración equitativa del autor y del artista por el alquiler del fonograma o de la obra audiovisual se regula en los arts. 90.2 y 109.3 de la Ley de Propiedad Intelectual. Adicionalmente, el legislador español ha regulado de manera parcial algunos supuestos específicos de reconocimiento de un derecho del artista al pago por el productor de una remuneración equitativa. Así, por ejemplo, el art. 108.2 de la Ley de Propiedad Intelectual regula la cesión del artista al productor fonográfico o audiovisual del derecho de puesta a disposición del público, junto con la regulación en los apartados 3 a 6 de este art. 108 del derecho irrenunciable del artista al cobro de una remuneración equitativa de gestión colectiva obligatoria por la explotación de las fijaciones de sus interpretaciones o ejecuciones mediante actos de puesta a disposición del público. A ello se suma el derecho de remuneración equitativa y única, en el sentido de compartida entre artista y productor, por la comunicación pública de fonogramas por los usuarios (cesionarios), también de gestión colectiva obligatoria, previsto en el art. 116.2 y 3 de la Ley de Propiedad Intelectual. Sobre el reducido grado de armonización europeo del sistema de remuneración de autores y artistas, véase G. PRIORA, «The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration in the CDSM Directive: A Reason for Hope?», *EIPR*, 42(1), pp. 1-3.

de autor y de determinados derechos afines.⁹ La citada Directiva 2011/77 introduce en el art. 3 de la Directiva 2006/116/CE un nuevo apartado 2 *quater* en el que sí se reguló un porcentaje específico sobre los ingresos del productor como remuneración equitativa del artista, seguido de un derecho del artista a solicitar al productor la información necesaria para asegurar el pago de esa remuneración.¹⁰ En este último punto sí se prevé una importante mejora más beneficiosa para el autor y el artista en la norma de 2019: se obliga al cesionario a transmitir de forma periódica, y sin necesidad de solicitud previa del autor o del artista, la información referida a la explotación de la obra o prestación protegida.

No se concibe un mercado europeo de la propiedad intelectual —principalmente, gracias a la rápida evolución tecnológica de las formas de explotación de obras y otras prestaciones a través de plataformas digitales musicales y audiovisuales— si ello no va de la mano de unas reglas claras y uniformes sobre el funcionamiento efectivo del mercado de los derechos de autores y artistas, que pasa por su correcta remuneración, por el uso efectivo de sus obras y prestaciones protegidas en el entorno digital y por mecanismos que permitan corregir desequilibrios contractuales tras la celebración de los acuerdos de cesión.¹¹ Algunas de las normas que se comentan en este trabajo son reglas para aplicar en la fase precontractual —principalmente, el principio de remuneración equitativa y proporcionada—, pero otras muchas únicamente se implementan en la etapa de cumplimiento o ejecución del contrato ya celebrado —así, el derecho de información, la acción de adaptación contractual y la acción de revocación—.

El carácter transfronterizo de estos nuevos canales de explotación de contenidos protegidos conduce a la insuficiencia de medidas adoptadas únicamente a escala estatal y obliga a actuar desde un nivel supranacional, europeo. Con el objetivo de cumplir la necesidad identificada en la Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 2015 titulada «Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor», el legislador europeo ha buscado adaptar y completar el actual marco de la Unión en materia de derechos de autor para adaptar y cumplir la finalidad de procurar un elevado nivel de protección de los derechos de autor y derechos afines, que en este caso se traduce en la búsqueda de una tutela efectiva de los intereses económicos del autor y del artista.¹²

9 DOUE L. 265, de 11 de octubre de 2011, pp. 1-5, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2011/77/oj>.

10 De acuerdo con esta norma, cuando un contrato de cesión de derechos prevea un único pago a tanto alzado del artista, este tiene un derecho irrenunciable a percibir del productor de fonogramas una remuneración anual adicional por cada año completo una vez transcurridos cincuenta años desde la publicación o comunicación al público del fonograma (apartado 2 *ter* del art. 3 de la Directiva 2006/116, también introducido por la Directiva 2011/77). En particular, esa remuneración adicional será del 20 % de los ingresos totales que el productor obtenga por la explotación del fonograma en el año precedente a aquel en el que se abone la remuneración (nuevo apartado 2 *quater* del art. 3 de la Directiva 2006/116).

11 Así se proclama en el considerando 3 de la DDAMUD.

12 COM (2015) 626 final, de 9 de diciembre de 2015. En esta comunicación, la Comisión enfatiza el rol que los derechos de propiedad intelectual juegan en la recompensa de la creatividad y la inversión en contenidos creativos. Afirma: «Un marco para los derechos de autor que ofrezca un elevado nivel de protección es la base de la competitividad mundial de las industrias creativas europeas» (pp. 2-3). Un análisis exhaustivo del posicionamiento de la Comisión Europea respecto de la obligación de transparencia y la remuneración de los autores y las diferentes comunicaciones emitidas en la última década se contiene en LL. CABEDO SERNA, «La obligación de transparencia de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital: ¿Un paso más hacia una remuneración adecuada para los autores?», en *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, C. SAIZ GARCÍA y R. EVANGELIO LLORCA (directoras), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 419 y ss. La labor de revisión y modernización del marco legislativo europeo sobre derechos de autor en el ámbito digital se inició con la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones «Agenda Digital para Europa», de 19 de mayo de 2010 COM (2010) 245 final/2. Acerca de las nuevas dificultades encontradas por los creadores para conocer el uso efectivo de sus obras, dada la variedad de formas de explotación que permiten las nuevas tecnologías y la intervención de nuevos agentes activos en la puesta a disposición del público de obras —como son los usuarios de plataformas de internet que permiten la subida de archivos por pares—, junto con la aparición de nuevos intermediarios en la cadena de valor, véase C. SAIZ GARCÍA, «El principio de remuneración adecuada y proporcionada en la Directiva 2019/790/UE», en *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, C. SAIZ GARCÍA y R. EVANGELIO LLORCA (directoras), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 368 a 371.

Este objetivo no se entiende si no va de la mano de unas reglas claras que funcionen como valores del propio sistema europeo de tutela de la propiedad intelectual que el legislador europeo ha querido agrupar en seis artículos (18 a 23) de la DDAMUD, que conforman un capítulo específico dentro de esta nueva norma europea, titulado «Remuneración equitativa de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes en los contratos de explotación», dentro del Título IV, sobre «Medidas para garantizar el correcto funcionamiento del mercado de derechos de autor». Por tanto, y a pesar de contenerse en un título de la Directiva en el que comparte ubicación con las obligaciones de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea —en el art. 17— y con la regulación de reglas específicas sobre publicaciones —arts. 15 y 16—, el capítulo sobre remuneración equitativa tiene la virtud de aplicarse de manera transversal a cualquier contrato de cesión de derechos del autor o del artista, sea cual sea la forma en la que vaya a realizarse la explotación de sus derechos tanto en las habituales plataformas digitales como en otras vías tradicionales de uso de obras y prestaciones protegidas. Con todo, teniendo en cuenta el éxito actual de las plataformas digitales de contenidos, los prestadores de este tipo de negocios son los principales obligados al cumplimiento de las obligaciones dimanadas de los arts. 18 y ss. de la DDAMUD, que se estudian en este trabajo, incluso en aquellos tipos de plataformas que permiten la subida de archivos por parte de sus usuarios —en muchas ocasiones, archivos que contienen obras derivadas— y que, para ser lícitas, necesitan de la previa celebración de contratos de autorización de uso en cumplimiento de lo previsto en el art. 17 de la DDAMUD.¹³

Nótese que este capítulo se aplica por igual a autores y artistas, habiendo querido conceder el legislador europeo en esta ocasión una absoluta equiparación jurídica en los derechos patrimoniales a ambos grupos. Se busca reducir las diferencias de tutela entre ambos colectivos, pues ambos sufren por igual, con carácter general, la debilidad estructural en la negociación de su remuneración que la norma europea busca corregir.¹⁴ Cuestión esta última que habrá de tenerse en cuenta por el legislador español a la hora de transponer estas disposiciones, sin introducir distinguos entre los mecanismos proteccionistas de la remuneración del autor y los del artista. Además, en el terreno autoral, las reglas aquí estudiadas tienen la virtud de poder aplicarse a todo sujeto considerado autor conforme a la normativa nacional, sea autor único o coautor, sin que la falta de armonización europea del concepto de autoría —y de la tipología de obras, entre ellas, las obras en colaboración y obras colectivas— tenga repercusión alguna a estos efectos.¹⁵

Los arts. 18 a 23 de la DDAMUD configuran, por tanto, la espina dorsal económica del sistema de cesión de derechos patrimoniales de autores y artistas en el territorio europeo y su implementación se espera que tenga unos costes limitados y en todo caso razonables para los cesionarios de derechos

13 De ahí que, a modo de ejemplo, pueda citarse la obligación contenida en el art. 17.8 de la DDAMUD, que dispone que, cuando el prestador de servicios hubiera celebrado con los titulares de derechos la correspondiente licencia, no tendrá *per se* un deber de supervisión de los contenidos de los usuarios de ese servicio, pero sí una obligación de proporcionar «información sobre el uso de los contenidos contemplados por los acuerdos».

14 Decisión que es especialmente beneficiosa para los artistas, que no tendrán que demostrar la aportación de originalidad en su interpretación o ejecución para ser beneficiarios de las medidas tuitivas previstas en los arts. 18 a 23 de la DDAMUD. Sin embargo, otros colectivos tendrán que afanarse en la prueba de la originalidad de su intervención para poder acceder a esta mayor protección. Entre ellos LAFRANCE cita a los ingenieros de sonido. Litigios que no son nuevos, sino que derivan del propio hecho de la falta de armonización real del concepto de autoría entre los Estados miembros y las correspondientes diferencias interpretativas dimanadas de ello. Véase M. LAFRANCE, «Fairness for authors and performers: the role of Law», en *Fairness, Morality and Order Public in Intellectual Property*, D.J. GERVAIS (ed.), Edward Elgar, Cheltenham, 2020, p. 42.

15 Pensemos, por ejemplo, en las obras audiovisuales, para las que el legislador europeo ha entendido que será considerado autor, en todo caso, el director principal de una obra cinematográfica o audiovisual (art. 2.1 de la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines). Sin embargo, el legislador europeo extiende el plazo de tutela de la obra audiovisual a la siguiente lista de sujetos tanto si en la normativa nacional son considerados autores como si no lo son: director principal, autor del guion, autor de los diálogos y compositor de la banda sonora específicamente compuesta para la obra cinematográfica o audiovisual (art. 2.2 de la Directiva 2006/116/CE). Ello sin perjuicio de que las normativas nacionales prevean de forma adicional la autoría de otros sujetos.

patrimoniales.¹⁶ Se sigue la tónica ya existente, entre otros, en los ordenamientos alemán, holandés y español, que ahora se busca extender, con carácter armonizado, al resto de Estados miembros de la Unión Europea, dado el carácter transfronterizo de buena parte de las actuales formas de explotación de obras y prestaciones protegidas.¹⁷ El carácter imperativo de las fórmulas verbales empleadas por el legislador europeo en estos seis preceptos es buena prueba de que su implementación efectiva no se somete a la mera voluntad de las partes o de los legisladores y jueces nacionales. Sin embargo, resulta criticable que no se haya dado un paso más, que la obligación de transposición se refiera únicamente a los resultados, sin que el legislador europeo haya regulado como tal de manera uniforme los medios y que haya preferido dar a los Estados miembros un amplio margen de decisión sobre la implementación.

El primero de esos preceptos, el art. 18 de la DDAMUD, recoge ahora la máxima que resume este objetivo: el principio de remuneración adecuada de autores y artistas. Se busca articular una regla justa, que atienda a los criterios de mercado, que, en palabras de la propia Directiva, sea «proporcionada respecto del valor económico real o potencial de los derechos objeto de licencia o cedidos» y se calcule con base en «todas las circunstancias del caso, como las prácticas de mercado o la explotación real de la obra».¹⁸ Llama la atención que el legislador europeo tenga que dedicar esfuerzos a identificar esta idea, que podríamos pensar que va de suyo con la entrada de la obra o prestación protegida en el mercado en el que se pretenda su explotación.¹⁹ Sea como fuere, queda claro que las circunstancias existentes alrededor del funcionamiento del mercado cultural no han creado resultados eficientes para los titulares iniciales de derechos de propiedad intelectual y la autonomía de la voluntad ejercida por los diferentes agentes de los canales de explotación de obras y prestaciones no ha logrado, con carácter general, asegurar la remuneración justa de los autores y artistas, por lo que la intervención legislativa era necesaria.

No se prohíbe el pacto del pago a tanto alzado, pero sí se hace primar el acuerdo de pago de cantidades proporcional al efectivo uso, acompañado de los mecanismos regulados en los arts. 19 y siguientes de la DDAMUD.²⁰ No puede perderse de vista la realidad de que el pacto sobre el pago proporcional

16 Así se prevé en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea, resumen de la evaluación de impacto relativa a la modernización de la normativa sobre derechos de autor de la UE que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital, presentado el 14 de septiembre de 2015 (SWD (2016) 302 final), p. 5. Con todo, se reconoce que «la escasez de datos no ha permitido una cuantificación global de estos costes», afirmación que refleja la pretendida opacidad del sistema ante la falta de interés de los cesionarios por proporcionar información sobre los datos de explotación de obras y prestaciones e ingresos generados. Seguidamente, puede leerse: «En la evaluación de impacto se incluyen estimaciones sobre la base de los contados ejemplos aducidos por las partes interesadas».

17 Una reflexión acerca de las normas nacionales sobre remuneración de los autores y artistas en los diferentes ordenamientos nacionales se contiene en L. GUIBAULT, O. SALAMANCA and S. VAN GOMPEL, *IVIR and Europe Economics*, «Remuneration of authors and performers for the use of their works and the fixations of their performances», Study commissioned by the European Commission (DG Communications Networks, Content & Technology), *cit.*, pp. 139 y ss.

18 Afirmaciones contenidas en el considerando 73 de la DDAMUD.

19 Idea que, además, estaba ya presente en algunos considerandos de directivas previas que hablaban de la necesidad de garantizar a los autores y artistas unos ingresos suficientes o una participación económica en la explotación y el éxito de sus creaciones. Así, por ejemplo, el considerando 5 de la Directiva 2006/115/CE, de 12 de diciembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines, el considerando 3 de la Directiva 2001/84/CE, de 27 de septiembre, sobre el derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original y el considerando 10 de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.

20 El legislador europeo renunció a la armonización de los casos taxativos en los que se permite el pacto de remuneración a tanto alzado. Este listado seguirá quedando en manos de los legisladores de los Estados miembros, que habrán de seguir, eso sí, ese propósito normativo. En el ordenamiento español, esta regla no resulta problemática, pues su razón de ser ya se cumple al haber reservado nuestro legislador la modalidad de pago a tanto alzado para determinados casos concretos, rigiendo para el resto de supuestos la regla del pago proporcional. En efecto, el art. 46.2 de la Ley de Propiedad Intelectual identifica cuatro grupos de supuestos en los que se permite el pacto de remuneración a tanto alzado que se completa con los casos enunciados en los arts. 52 y 90.3. Se permite hacer uso de la autonomía de la voluntad para pactar la remuneración proporcional en supuestos que puedan englobarse en alguno de los grupos para los que el legislador ha previsto la remuneración a tanto alzado.

no se traduce siempre y en todo caso en una remuneración justa, pues dicho acuerdo implica que el cedente pagará al cesionario la cantidad correspondiente al porcentaje de participación pactado por las partes, que puede ser, en función de los casos, muy amplio o muy reducido, de forma que este pacto no siempre beneficia al autor o al artista más que el acuerdo de pago a tanto alzado. Lo que sí garantiza el pacto del pago proporcional es una mayor posibilidad de acceso por el autor o artista cedente a la información sobre el uso efectivo de la obra o prestación protegida por su cesionario.

Le siguen a este art. 18 de la DDAMUD otros cinco preceptos más: uno sobre la regulación de la obligación de transparencia de los cesionarios de derechos, a cumplir de manera periódica —art. 19—, pues difícilmente podrá el autor o el artista saber si está siendo remunerado de forma equitativa y proporcionada o si se está incumpliendo el contrato que en su día celebró con su cesionario si no dispone de información para poder evaluar el valor económico de su obra o prestación protegida de forma periódica —al menos una vez al año—. El legislador es consciente de dos realidades fácticas: la habitual posición de debilidad que tienen los autores y artistas en la negociación previa a la cesión de sus derechos frente a cesionarios que presentan prerredactadas las cláusulas contractuales —que en tantas ocasiones configuran contratos de adhesión—, por un lado, y la frecuente opacidad de los canales de explotación de obras y prestaciones protegidas, por otro.²¹

Dentro de este capítulo de la DDAMUD destaca otro precepto referido a la articulación del mecanismo de adaptación de los contratos para la consecución de una remuneración adicional y equitativa en determinadas circunstancias —art. 20—. En particular, el engranaje regulado en esta norma solamente podrá ponerse en marcha cuando el autor o artista cedente haya evaluado la información proporcionada por el cesionario y, de resultas de lo cual, concluya que la remuneración obtenida es desproporcionadamente baja en comparación con los ingresos derivados de la explotación de la obra o prestación protegida.

A ello se suma la norma sobre el mandato estatal de articulación de un mecanismo voluntario de resolución alternativa de los litigios que puedan surgir en el cumplimiento de esa obligación de transparencia y/o de ese mecanismo de adaptación contractual —art. 21 de la DDAMUD—, que puede ser muy útil para autores y artistas que sean reacios a utilizar la vía judicial para resolver sus contiendas.²² Este precepto prevé la posible participación de las entidades de gestión en esos mecanismos alternativos a petición expresa de los autores o artistas implicados. Por su parte, el considerando 79 de la DDAMUD concede flexibilidad a los legisladores nacionales a la hora de decidir sobre la creación de un nuevo organismo o mecanismo, o bien recurrir a uno ya existente que cumpla las condiciones reguladas en la Directiva —entre ellas, la posibilidad de acudir a la vía judicial posteriormente—. En el caso español, este puede ser la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Asimismo, se regula el derecho de revocación de licencias por autores y artistas cuyas obras y prestaciones no hayan sido explotadas en un plazo razonable, esto es, un derecho de revocación ante el incumplimiento por el cesionario de su deber de explotar la obra o prestación protegida cuyos derechos patrimoniales le fueron cedidos con carácter exclusivo y, por ello, excluyente para cualquier otro sujeto, incluido el autor o el artista, que tras la correspondiente cesión quedaron impedidos de realizar una explotación directa de la obra o prestación —art. 22 de la DDAMUD—.

21 Hechos sobre los que llama la atención el considerando 75 de la DDAMUD. Sobre la configuración del contrato de cesión de derechos patrimoniales como habitual contrato de adhesión, véase S. DUSOLLIER, C. KER, M. IGLESIAS, Y. SMITS, «Contractual arrangements applicable to creators: Law and Practice of selected Member States», pp. 16 y ss., Study commissioned by the European Parliament's Committee on Legal Affairs. https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/dv/contractualarrangements_/contractualarrangements_en.pdf. Sin embargo, la constatación del carácter débil —o, por el contrario, fuerte— del cedente de los derechos patrimoniales ha de realizarse caso por caso a la luz de las circunstancias concretas de las partes contractuales y del sector cultural de que se trate.

22 Sin embargo, es criticable que el legislador europeo no haya extendido la obligación estatal de diseñar un mecanismo de resolución alternativa de conflictos también en las controversias generadas por el pretendido ejercicio por el autor o el artista del derecho de revocación contractual por falta de explotación de la obra o prestación, así como para dirimir desavenencias que tengan que ver con la propia decisión o proceso de negociación precontractual sobre la cantidad o forma de pago de la remuneración por la cesión de derechos.

Finalmente, se prevé la regla de cierre sobre disposiciones comunes —art. 23 de la DDAMUD— que establece la obligación de cada país miembro de la UE —y, por ello, la responsabilidad propia del Estado en caso de incumplimiento o inactividad— de velar por que las partes no pacten en los contratos que firmen la derogación de estas reglas imperativas.²³ Más didáctico hubiera sido, qué duda cabe, que el art. 23 hubiera indicado de manera expresa la sanción que correspondería aplicar en caso de incumplimiento, previendo la nulidad de pleno derecho de todo pacto contrario de las reglas previstas en los arts. 18 y siguientes de la DDAMUD.²⁴

Resulta ciertamente criticable la decisión del legislador de no someter a la obligación de transparencia regulada en el art. 19 de la DDAMUD a las partes de los contratos firmados con posterioridad a la entrada en vigor de la Directiva, el 6 de junio de 2019.²⁵ Por el contrario, el art. 27 de la DDAMUD indica que los cesionarios de derechos únicamente quedarán obligados a cumplir la obligación de transparencia a partir del 7 de junio de 2022, sin prever una regla especial de eficacia transitoria de la Directiva para los contratos celebrados antes de esta fecha.²⁶

La misma crítica sobre la vigencia de la nueva regulación europea se extiende a los arts. 18 y 20 a 23 de la DDAMUD, cuya vigencia se prevé, conforme al art. 26 de la DDAMUD, únicamente para obras y prestaciones protegidas a fecha de «7 de junio de 2021 o con posterioridad», indicando seguidamente que la Directiva «se aplicará sin perjuicio de los actos celebrados y de los derechos adquiridos antes del 7 de junio de 2021». Siendo las reglas previstas en estas disposiciones principios informadores o vertebradores del sistema de tutela de la propiedad intelectual, creemos que los beneficios que supone la nueva norma europea para autores y artistas habrían de hacerse extensibles a todo contrato celebrado desde el 6 de junio de 2019, confirmando a partir de esta fecha eficacia retroactiva a los resultados beneficiosos que se puedan derivar para autores y artistas.

Sin embargo, el considerando 81 de la DDAMUD merece una valoración positiva al prever el carácter imperativo de estas reglas no solo en los contratos en los que sean parte los autores y/o artistas, sino también en los contratos que quienes han contratado con los anteriores celebren sublicencias con terceros. Así sucederá cuando se haya cedido un concreto derecho patrimonial o una amalgama de derechos patrimoniales con carácter exclusivo a un cesionario y este, a su vez, haya otorgado licencias no exclusivas a otros sujetos para permitir la explotación de todos o algunos de los derechos que le fueron cedidos. En el caso del ordenamiento jurídico español, la relevancia de este considerando se explica en el hecho de que, salvo que esas sublicencias tuvieran un carácter exclusivo, en cuyo caso habrían de ser consentidas por el titular originario del derecho, en el resto de supuestos las sublicencias no exclusivas podrán otorgarse libremente por el primer licenciario, por lo que el autor o artista no tendría un derecho a exigir ser informado de la sublicencia y de la identidad de ese subcesionario.²⁷ En estos casos, son los sucesivos titulares derivativos de los derechos quienes disponen de toda la información relativa a la explotación efectiva, debiendo sumarse las correspondientes obligaciones parciales de información a cumplir por cada uno de ellos, de manera que el cedente inicial disponga del mosaico completo con el que poder ejercitar el resto de mecanismos previstos en la DDAMUD.

23 Asimismo, este precepto deja fuera del campo de aplicación de las medidas contenidas en el Capítulo 3 del Título IV de la DDAMUD a los autores de programas de ordenador.

24 En el caso español, este pronunciamiento hubiera ido en la línea del art. 55 de la Ley de Propiedad Intelectual, que declara el carácter irrenunciable de los beneficios que se otorgan al autor por los arts. 42 a 54.

25 El art. 31 de la DDAMUD prevé la entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la UE, que se produjo el 17 de mayo de 2019.

26 Eso sí, la literalidad de esta norma permite subsumir en el ámbito de aplicación de la obligación de transparencia, a partir de junio de 2022, tanto los contratos celebrados con posterioridad como los celebrados previamente y, dentro de este segundo supuesto, tanto a las cesiones firmadas antes de la entrada en vigor de la DDAMUD como a las licencias celebradas después del 6 de junio de 2019 y antes del 7 de junio de 2022.

27 El art. 48 de la Ley de Propiedad Intelectual confiere al licenciario exclusivo la facultad de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros.

2. CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE REMUNERACIÓN ADECUADA Y PROPORCIONADA, OBLIGACIÓN DE TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ADAPTACIÓN DEL CONTRATO

Al regular el derecho de remuneración de autores y artistas que hubieran celebrado contratos de cesión exclusiva de sus derechos patrimoniales, el art. 18 de la DDAMUD emplea los términos «remuneración adecuada y proporcionada». No define este concepto, por lo que su interpretación quedará en manos de los legisladores nacionales y de los tribunales —dejando un importante papel al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la línea pseudolegislativa en la que viene actuando en los últimos años—. Para el legislador europeo, por otro lado, sería difícil, por no decir imposible, tratar de acomodar una potencial definición del concepto de remuneración adecuada y proporcionada a las particularidades de cada sector cultural.

Sin embargo, es importante destacar que el derecho es a ser remunerado, que no meramente compensado. No se trata de una compensación, como sucede con el ejercicio de algunos de los límites y excepciones legales.²⁸ Es, sin embargo, una remuneración dimanada de la propia decisión del autor o del artista de dejar en manos de un tercero —el cesionario— la explotación de su obra o prestación. Por tanto, la remuneración es consecuencia directa no de una decisión del legislador que permita el uso, sino de una opción acordada por el titular originario del derecho de propiedad intelectual con su contraparte contractual. No resarce, por tanto, un daño causado, sino que remunera un uso y se calcula de manera directa en relación con la explotación de la obra o prestación que efectivamente se haya producido. Por tanto, ha de estarse al valor real del derecho cedido.²⁹ Este carácter remuneratorio ha de presidir la interpretación de esta norma.

Es importante destacar los parámetros previstos en el considerando 73 de la DDAMUD, a la hora de cuantificar esa remuneración adecuada y proporcionada, que permiten la flexibilidad en el ejercicio de este derecho por parte de autores y artistas. A saber: la específica contribución en relación con el conjunto de la obra o de la interpretación o ejecución,³⁰ las prácticas comunes de ese mercado y la explotación real de la obra o prestación y, como criterio final o residual, el resto de circunstancias de cada caso —así, por ejemplo, el número de derechos patrimoniales cedidos y la extensión geográfica de la cesión y el tipo de obra que, en ocasiones, delimita o influye en el tipo de valor añadido por el cesionario de los derechos—. Se infiere en este punto la influencia del legislador alemán, que prevé la aplicación de la regla estándar de remuneración de cada concreto sector para calificar el pacto de remuneración equitativa, para lo que habrá de estarse a lo que habitual y razonablemente se pacte en el tráfico comercial para ese tipo de obra, esas concretas modalidades de explotación cedidas y esa duración y alcance geográfico.³¹

28 Así, por ejemplo, si nos referimos a las compensaciones equitativas reguladas en la Ley de Propiedad Intelectual española, podemos citar las previstas para el ejercicio del límite de copia privada (arts. 31.2 y 25), la compensación por préstamo de obras (art. 37.2), la referida a la consulta de obras a efectos de investigación en terminales especializados de determinados establecimientos (art. 37.3), la compensación por recopilación por agregadores de contenidos de artículos con fines comerciales (art. 32.2) y la compensación por usos de trabajos sobre temas de actualidad (art. 33.1).

29 Sobre los criterios de cálculo basados en el daño y en el valor real o valor de mercado del derecho referidos, eso sí, a los derechos de mera remuneración, y no así a los derechos exclusivos de explotación, véase T. RIIS, «Remuneration Rights in EU Copyright Law», *IIC*, 2020, n. 51, pp. 446-467. Este autor infiere del art. 18 de la DDAMUD la existencia de un derecho de remuneración residual que sobrevive a la cesión por el autor o el artista de sus derechos exclusivos y permite ejercitar una acción para solicitar una remuneración adicional.

30 Este criterio flexible permite subsumir una gran variedad de supuestos. Desde casos de coautoría con participación equivalente de los varios coautores o, por el contrario, con pacto entre los diversos coautores de cuantificación de la titularidad del derecho de acuerdo con diferentes porcentajes y supuestos más complejos en los que la participación de los varios sujetos intervinientes no sea equivalente en términos cuantitativos y cualitativos, y no exista *a priori* acuerdo entre ellos para conferir un reflejo económico en la remuneración equitativa y proporcionada que recibir por cada uno de ellos. El uso de criterios cuantitativos y cualitativos de identificación de la concreta contribución de cada sujeto no está exento de problemas prácticos. Reflexión que ha de extenderse asimismo a supuestos de pluralidad de artistas intérpretes y/o ejecutantes.

31 Véase el § 32.2 UrhG, que regula un derecho irrenunciable del autor a alterar el contenido del contrato para solicitar el cobro de una remuneración equitativa cuando la remuneración pactada no cumpliera este carácter.

La remuneración proporcionada —por contraposición al pacto del pago de un tanto alzado— no tiene por qué ser *per se* una remuneración adecuada, puesto que el primer objetivo únicamente se refiere al acuerdo de calcular el pago del autor en proporción a los ingresos generados por la explotación, lo que a su vez se traduce en que el ingreso del cesionario se realizará de forma porcentual con respecto del total obtenido por la explotación que hubiera realizado.³² Por tanto, la razón de ser de la regla general de la remuneración porcentual está en la relación o conexión directa que con ello se traza entre el ingreso generado por la explotación de la obra, interpretación o ejecución y el pago al autor o artista, que participará en las consecuencias económicas del éxito o del fracaso de la explotación. De ahí el interés que la buena marcha en la explotación de la obra genere tanto para cedente como para cesionario cuando se pacte la remuneración proporcional.

De todo ello se infieren dos ideas básicas que actúan como límite a la libertad de pacto de cedente y cesionario, pues permiten al primero ejercitar su derecho incluso en casos de pacto en contrario: I) cuando se pacte un contrato de cesión de derechos patrimoniales —y no así en casos de donaciones de derechos o explotaciones gratuitas de obras por cesión directa a los usuarios finales, como sucede en algunas licencias de tipo *Creative Commons* o similares— en todo caso ha de existir una remuneración³³ y II) el porcentaje de participación en los ingresos por la explotación que se hubiere pactado no puede ser tan bajo o irrisorio que equivalga en la práctica a su inexistencia.³⁴

Sin embargo, el § 36 UrhG da prevalencia, por ser más beneficioso para el autor, a las tarifas acordadas en convenios colectivos celebrados por asociaciones de autores. En 2015, el legislador holandés siguió el ejemplo alemán en el actual art. 25.c.(1) de ley nacional. Véase P. GOLDSTEIN y P. B. HUGENHOLTZ, *International Copyright. Principles, Law and Practice*, cit., p. 252. De acuerdo con XALABARDER PLANTADA, el carácter equitativo requiere «que la remuneración se obtenga por cada acto (y modalidad) de explotación». De ahí que la implementación del principio previsto en el art. 18 de la DDAMUD tenga que traducirse en la necesidad de pactar una remuneración diferenciada para cada derecho de explotación cedido por el autor o artista y, en particular, para cada modalidad o tipo específico de explotación dentro de cada derecho. Véase R. XALABARDER PLANTADA, «La remuneración equitativa de los autores audiovisuales mediante un derecho irrenunciable de gestión colectiva», cit., p. 499.

- 32 Del mismo modo, la remuneración a tanto alzado no es *per se* inadecuada, sino que habrá de analizarse en cada caso concreto si, dadas las circunstancias, estamos o no ante una remuneración adecuada al valor de mercado, pudiendo el autor o el artista ejercitar el derecho de adaptación del contrato previsto en el art. 20 de la DDAMUD. De hecho, el pacto del pago de un tanto alzado será mucho más beneficioso para autores y artistas cuyas obras y prestaciones carezcan de todo éxito comercial. Sin embargo, el carácter más o menos beneficioso del pacto solamente podrá conocerse *ex post*, una vez celebrado y ejecutado el contrato de cesión de derechos patrimoniales. De ahí la utilidad que también tienen en estos casos los mecanismos regulados en la DDAMUD para dar al autor la oportunidad de reclamar el pago de una remuneración adicional.
- 33 El propio considerando 72 de la DDAMUD indica que la necesidad de proteger a la parte más débil del contrato, que está detrás de los arts. 18 y ss. de la DDAMUD, no se da cuando el autor o artista hubiera celebrado directamente el contrato de autorización de uso con el usuario final. Por tanto, quedarán al margen de esta regla sobre la onerosidad de la cesión de derechos patrimoniales los supuestos en los que el autor o el artista de manera deliberada pretenda ceder altruistamente sus derechos de explotación de sus obras o prestaciones protegidas, tanto aquellos contratos celebrados de manera directa con un único cesionario como aquellas licencias de tipo *Creative Commons*, que pueden tener por destinatario o beneficiario cualquier usuario sin necesidad de celebración de un contrato de cesión escrito en sentido estricto. La interpretación que proponemos aparece asimismo implícita en el considerando 74 de la DDAMUD, que indica que la necesidad de disponer de información sobre la explotación de su obra o prestación para evaluar el valor económico de esta no surge cuando «el autor o el artista intérprete o ejecutante ha concedido una licencia al público en general sin remuneración». Además, de manera genérica, el considerando 82 de la DDAMUD afirma: «Ninguna disposición de la presente Directiva debe interpretarse en el sentido de que impide que los titulares de derechos exclusivos de conformidad con el Derecho de la Unión en materia de derechos de autor autoricen el uso gratuito de sus obras u otras prestaciones mediante licencias gratuitas no exclusivas en beneficio de cualquier usuario». Disposición que permite defender, por tanto, que la obligación de remuneración equitativa y proporcionada no es óbice para que el autor pueda tomar de forma libre decisiones sobre la explotación gratuita de su obra. Afirmación que es extensible asimismo al artista intérprete o ejecutante.
- 34 De acuerdo con CABEDO SERNA, para hablar de remuneración proporcional debemos estar ante un porcentaje de participación en los ingresos por la explotación suficiente, en el sentido de equitativo. Véase LL. CABEDO SERNA, *El derecho de remuneración del autor*, cit., p. 504.

Las tarifas establecidas por las entidades de gestión son un baremo especialmente útil a los efectos de dilucidar si estamos o no ante una remuneración equitativa y proporcionada, pero no puede perderse de vista la inexistencia de una efectiva unificación o armonización de tarifas a nivel europeo. Armonización completa que, por lo demás, parece improbable, pues la articulación legal de los porcentajes de ingresos por la explotación de la obra a pagar por autores o artistas sería contraria al principio de la libertad contractual, al anular la autonomía privada de las partes del contrato y no ser apta para dar respuesta a las circunstancias que caractericen cada supuesto de hecho.

La falta de regulación de la obligada mención contractual de cada una de las modalidades de explotación cedidas por el autor o el artista y, en paralelo, de la remuneración asignada a cada una de ellas es ciertamente criticable.³⁵ Sin embargo, del objetivo tuitivo buscado por el legislador puede deducirse que el principio implícito en esta regla se extiende a los cuatro derechos patrimoniales y todas las facultades que los componen —cuando todos o algunos de ellos se hubiera cedido—, a pesar de que el derecho de transformación no goza aún de armonización a nivel europeo. Esta última indicación ha de extenderse asimismo a la interpretación que se haga de la obligación de transparencia regulada en el art. 19 de la DDAMUD.³⁶

El art. 18 de la DDAMUD no se refiere únicamente a los contratos de cesión con carácter exclusivo de los derechos patrimoniales de autores y artistas por lo que habrá de entenderse de forma amplia, como un derecho a ser remunerado de manera adecuada tras la celebración de cualquier tipo de cesión de derechos por parte del autor o del artista, incluyendo las cesiones no exclusivas. Por este mismo motivo, el derecho a una remuneración adecuada sigue en manos del autor o del artista cuando el cesionario exclusivo de los derechos patrimoniales haya celebrado a su vez contratos por los que cede todo o parte de sus derechos de titularidad derivada a subcesionarios, mantenga o no el primer cesionario alguna de las facultades de explotación de esos derechos. En este último caso habrán de tenerse en cuenta las reglas nacionales que rijan para la subcesión de derechos patrimoniales. Así, por ejemplo, en el ordenamiento español, el art. 49 de la Ley de Propiedad Intelectual exige que la cesión exclusiva de los derechos patrimoniales por parte del primer cesionario se realice con el consentimiento expreso del autor. Norma que actualmente no resultaba aplicable al artista, pues queda fuera de la remisión expresa contenida en el art. 132 de la Ley de Propiedad Intelectual, pero cuyo campo de aplicación el legislador español habrá de extender para cumplir el objetivo de equiparación de la DDAMUD.

El deber de transparencia del cesionario de los derechos patrimoniales regulado en el art. 19 de la DDAMUD se traduce en el derecho del autor y del artista a recibir de dichos cesionarios —o de quienes les sucedan en la titularidad de los derechos patrimoniales— de manera periódica —conforme al tenor del considerando 75 de la DDAMUD, «con una periodicidad que sea adecuada en el sector de referencia», y en todo caso al menos una vez al año— información suficiente sobre los modos de explotación efectiva de su obra, los ingresos generados con dicha explotación y la cuantificación de la remuneración que le corresponde a ese autor o artista.³⁷ Se trata de una obligación que los cesionarios han de cumplir sin necesidad de requerimiento previo de los autores y artistas cedentes y que se predica tanto de contratos en los que se hubiere pactado la remuneración a tanto alzado como en los contratos en los que se

35 Esta mención obligatoria sí se en la contenía en la enmienda propuesta por el Parlamento Europeo al entonces art. 14.4 de la DDAMUD, que establecía: «Los contratos especificarán la remuneración aplicable en cada modo de explotación». Véase https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0337_ES.pdf?redirect. Véase C. SAIZ GARCÍA, «El principio de remuneración adecuada y proporcionada en la Directiva 2019/790/UE», *cit.*, pp. 398-399.

36 En contra, CABEDO SERNA, quien entiende que la cesión del derecho de transformación del autor queda fuera del campo de aplicación de las nuevas reglas contenidas en la DDAMUD, al no haber sido este derecho patrimonial objeto de armonización en ninguna de las Directivas previamente aprobadas. Véase LL. CABEDO SERNA, «La obligación de transparencia de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital: ¿Un paso más hacia una remuneración adecuada para los autores?», *cit.*, p. 447.

37 Los legisladores nacionales pueden decidir exigir una periodicidad menor o las propias partes contractuales pueden haber pactado una mayor frecuencia en el cumplimiento de la obligación de información del cesionario.

pactó la remuneración proporcionada, incluso cuando la cantidad ya se hubiera pagado al principio de la relación contractual.³⁸ Dicha información habrá de referirse a la totalidad del ámbito geográfico para el que el autor o artista concedió la correspondiente licencia, pues solo cuando los datos aportados por los cesionarios sean completos los autores y artistas podrán verificar que efectivamente están recibiendo las cantidades pactadas.³⁹ Por tanto, el objetivo final perseguido por el legislador europeo es el empoderamiento de autores y artistas, que, de cumplirse el deber de información por sus cesionarios, serán plenamente conscientes del éxito de su obra o prestación, de la remuneración que les corresponde y de las cantidades en las que el resto de sujetos participan en el reparto de los ingresos por la explotación.⁴⁰

Adicionalmente, el autor o artista puede exigir dicha información a los sucesivos subcesionarios de sus derechos a los que el primer cesionario hubiera licenciado a su vez los derechos patrimoniales que le fueron cedidos.⁴¹ Aunque el autor o artista no sea parte de ese segundo contrato sí tendrá una acción directa para solicitar información al sujeto que lleva a cabo la explotación de su obra o prestación, en virtud del art. 19.2 de la DDAMUD. Además, esta norma se aplica a supuestos en los que los contratos de licencia no se hubieran perfeccionado directamente por el autor o artista, sino por la entidad de gestión colectiva que le represente en ejercicio del mandato otorgado.

Sin embargo, el art. 19.3 de la DDAMUD permite al legislador nacional prever una limitación de la obligación de transparencia del cesionario cuando su cumplimiento imponga una carga administrativa desproporcionada si se compara con los ingresos generados por la explotación de la obra o prestación, cosa que habrá de valorarse *ad casum* y que será cada vez menos frecuente, teniendo en cuenta la facilidad que el uso de las nuevas tecnologías puede introducir en la gestión del deber de información. En estos supuestos el cesionario no queda exonerado de proveer cualquier tipo de información, sino que su obligación se limitará a los tipos y nivel de información que «se pueda razonablemente esperar en tales casos». Por otro lado, el art. 19.4 de la DDAMUD prevé la posibilidad de que el legislador nacional exonerare de la obligación de transparencia a los cesionarios en contratos en los que la contribución del autor o artista no sea significativa en relación con la obra o prestación en su conjunto. Esta indicación merece ciertas críticas, pues generará importantes dudas interpretativas acerca de la medición cuantitativa y/o cualitativa de la relevancia de cada contribución.⁴²

38 En este sentido también se ha pronunciado LL. CABEDO SERNA, «La obligación de transparencia de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital: ¿Un paso más hacia una remuneración adecuada para los autores?», *cit.*, p. 444.

39 Así debe interpretarse la referencia al «mundo» recogida en el considerando 75 de la DDAMUD. Cuando la cesión tenga un ámbito mundial, la obligación de información sobre la explotación realizada, los ingresos obtenidos y las cantidades correspondientes al cedente habrá de referirse a la totalidad de países. Téngase en cuenta que la verificación de las cantidades pagadas a autores y artistas es tanto más compleja cuantos más cesionarios existan, pudiendo cada cesión referirse a una única modalidad de explotación o a un concreto mercado geográfico o tener una duración diferente.

40 Sobre el empoderamiento de autores y artistas véase L. GUIBAULT, O. SALAMANCA and S. VAN GOMPEL, IVIR and Europe Economics, «Remuneration of authors and performers for the use of their works and the fixations of their performances», Study commissioned by the European Commission (DG Communications Networks, Content & Technology), *cit.*, p. 136.

41 Nótese que en este caso no se regula un derecho del autor o artista a obtener automáticamente esa información, sino que recae sobre estos la carga de solicitarla al subcesionario cuando la información proporcionada directamente por el primer cesionario no fuera suficiente.

42 CABEDO SERNA incluye en este supuesto las obras colectivas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en la obra colectiva el autor de cada contribución cede al coordinador los derechos patrimoniales necesarios para la explotación de la obra y es el coordinador quien, a su vez, celebra con el editor u otro cesionario el correspondiente contrato de cesión de derechos patrimoniales. De ahí que siga vigente en este caso la obligación de transparencia del cesionario, si bien habrá de cumplirse informando a su cedente —el coordinador— de los datos sobre la explotación de la obra colectiva. Tras ello, el principio que nutre la interpretación del art. 19 de la DDAMUD obliga al coordinador a informar a cada uno de sus respectivos cedentes, esto es, a cada uno de los autores de contribuciones individuales agrupadas en esa obra colectiva. Véase LL. CABEDO SERNA, «La obligación de transparencia de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital: ¿Un paso más hacia una remuneración adecuada para los autores?», *cit.*, p. 467.

No se trata de una mera obligación formal, sino que estamos ante un requisito material: el titular derivativo de los derechos patrimoniales ha de informar al autor o artista de forma comprensible acerca de cómo se está explotando su obra o prestación y cuánto dinero se está obteniendo con ello, pues solo así el cedente podrá calcular si se están cumpliendo o no las obligaciones de retribución previstas en el contrato y valorar, aun cuando sí exista cumplimiento, si quiere hacer uso del derecho de adaptación contractual previsto en el art. 20 de la DDAMUD. Se trata de que el autor o artista pueda evaluar de forma eficaz el valor económico de sus derechos patrimoniales, aunque tenga que cumplir, en caso de haberse pactado, un compromiso de mantener confidencial la información así obtenida.

No existe razón que justifique no extender la razón de ser del art. 19 de la DDAMUD a las cesiones de derechos patrimoniales *ope legis*, a pesar de que en estos casos la cesión de derechos del autor o del artista no se formaliza en un contrato entre estos y un cesionario, sino que es consecuencia de la aplicación de la disposición legal que regula dicha transmisión.

Asimismo, el art. 19 de la DDAMUD será aplicable como principio informador a los supuestos de cesión gratuita de derechos patrimoniales, entre ellos las licencias *Creative Commons*. Sin embargo, en este caso, el deber de informar tendrá ciertas limitaciones cuando el uso de la obra o prestación realizado no tenga carácter comercial. En efecto, en la mayoría de supuestos de este tipo el autor o artista entenderá que sus intereses se ven satisfechos simplemente cuando pueda reclamar información sobre la utilización realizada, sin necesidad de recibir de forma periódica dicha información como regla general.⁴³

En efecto, el derecho del autor a reclamar una remuneración adicional cuando la recibida no hubiera sido equitativa y adecuada se podrá ejercitar tanto en aquellos supuestos en los que, incumpliendo la regla general, se hubiera pactado el pago a tanto alzado como en aquellos casos en los que se hubiera acordado una remuneración proporcionada, pero el porcentaje pactado por las partes fuera en todo caso inadecuado, por reducido, si se compara con el total de los ingresos generados con la efectiva explotación de la obra o prestación protegida. La amplitud del art. 20 de la DDAMUD permite esta interpretación. Esta norma regula en favor del autor o del artista la acción de revisión que ejercitar cuando «la remuneración inicialmente pactada resulte ser desproporcionadamente baja en comparación con la totalidad de los ingresos subsiguientes derivados de la explotación de las obras o interpretaciones o ejecuciones». Este derecho de adaptación contractual merece una crítica positiva teniendo en cuenta, entre otros extremos, la larga duración de algunos de los contratos de cesión de derechos patrimoniales que impiden al autor o artista poder prever *ex ante* el valor real que su obra o prestación pueda llegar a alcanzar en el mercado. Se trata de una acción para corregir la remuneración que merece ser cobrada por el autor o el artista ante un cambio especial de las circunstancias sobrevenidas: el éxito de la obra,

43 Esta es la interpretación que proponemos de la última frase del considerando 74 de la DDAMUD, en la que se indica que el interés del autor o artista por disponer de información sobre el uso de su obra o prestación no surge cuando «ha concedido una licencia al público en general sin remuneración». Creemos que los motivos que conducen a un autor o artista a celebrar este tipo de licencias abiertas son muy diversos y que no en todo caso ello se traduce en una ausencia de interés por conocer el grado de explotación de sus obras, ejecuciones e interpretaciones. En contra, CABEDO SERNA, quien entiende que el art. 19 de la DDAMUD en ningún caso se aplica a cesiones de derechos mediante licencias *Creative Commons*. Véase LL. CABEDO SERNA, «La obligación de transparencia de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital: ¿Un paso más hacia una remuneración adecuada para los autores?», *cit.*, p. 457. Sí acogemos un punto sobre el que han llamado la atención BENTLY y KRETSCHMER: las cesiones *Creative Commons* suelen tratarse de contratos de adhesión, prerredactados por el autor o artista, lo que casa mal con el llamamiento del legislador europeo a proveer una serie de normas tuitivas de autores y artistas por tratarse estos últimos de la parte débil de la negociación contractual. L. BENTLY, M. KRETSCHMER & TECHNOLIPS CONSULTANTS, *Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive*, Study Commissioned by the European Parliament, 2017, *cit.*, pp. 83-84. Acerca del carácter de contrato de adhesión y la dificultad de control del uso dado de las licencias *Creative Commons*, incluso para las entidades de gestión colectiva, véase R. SÁNCHEZ ARISTI, «Las licencias creative commons: un análisis crítico desde el Derecho español», *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, n. 19, 2007, pp. 436-437 y 440-441; y R. XALABARDER PLANTADA, «Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al *copyright*?», *UOC papers*, n. 2, 2006, p. 9.

ejecución o interpretación que no se hubiera previsto por las partes contractuales. En estos casos, el art. 20 de la DDAMUD proporciona el derecho a reclamar una remuneración adicional.⁴⁴

El considerando 78 de la DDAMUD prevé la posibilidad de asistencia en el ejercicio de esta acción por parte de las entidades de gestión.⁴⁵ Cosa que, sin duda, sumará posibilidades de éxito para autores y artistas al poder beneficiarse de los medios de las entidades y de sus conocimientos sobre el funcionamiento de los diferentes sectores y de los mercados no nacionales, y restará costes de gestión a los productores y demás cesionarios —entre otros, los costes administrativos de cálculo y tramitación de pago de remuneraciones adicionales—.⁴⁶ Este considerando recuerda, asimismo, la posibilidad de que el autor o artista, ante la falta de acuerdo sobre la adaptación de la remuneración, haga uso del resto de mecanismos judiciales y extrajudiciales que le reconozca el ordenamiento. Además, en relación con el método de resolución alternativa de conflictos previsto en el art. 22 de la DDAMUD, la participación de las entidades de gestión aporta seguridad a autores y artistas, que muchas veces no contemplan el recurso a la vía judicial por el coste económico y las posibles consecuencias profesionales y reputaciones que puede conllevar.

El carácter imperativo de esta regla asegura su existencia en todo caso, se haya previsto o no de forma expresa en el contrato de cesión de derechos patrimoniales —cuando se prevé expresamente en el contrato, se suele denominar «best-seller clause»— y con independencia del tipo de remuneración que se hubiere pactado en el contrato, lo que incluye tanto los casos de pago a tanto alzado como los supuestos de remuneración proporcionada, con posibilidad de ejercicio de la acción frente a los derechohabientes del cesionario inicial.⁴⁷ De acuerdo con el considerando 81 de la DDAMUD, esta acción del autor o artista rige con independencia de lo previsto en contratos celebrados entre las partes y terceros, si bien ello no se traduce en el derecho del autor para solicitar la reclamación adicional a esos terceros que no son contrapartes de su contrato. Además, esta norma ha de aplicarse sin perjuicio de las reglas vigentes en el ordenamiento nacional que impidan la cesión de modalidades de explotación aún no existentes en la fecha de celebración del contrato de cesión de derechos —como se prevé en el ordenamiento español en el art. 43.3 de la Ley de Propiedad Intelectual—.

44 Si bien nada obsta a que los legisladores nacionales implementen una norma más beneficiosa para autores y artistas que permita una revisión más amplia de los términos del contrato. En este sentido también se ha pronunciado, C. SAIZ GARCÍA, «El principio de remuneración adecuada y proporcionada en la Directiva 2019/790/UE», *cit.*, p. 404.

45 También pueden tener cabida en la negociación colectiva los sindicatos y asociaciones de autores y artistas con capacidad negociadora en cada país concreto. El papel de los sindicatos es especialmente robusto en el sector audiovisual. Véase L. GUIBAULT, O. SALAMANCA and S. VAN GOMPEL, IVIR and Europe Economics, «Remuneration of authors and performers for the use of their works and the fixations of their performances», Study commissioned by the European Commission (DG Communications Networks, Content & Technology), *cit.*, p. 140.

46 En algunos casos, la gestión individual de esta acción puede ser ineficiente. No podemos olvidar que las entidades de gestión están diseñadas y equipadas para «que los titulares de derechos sean remunerados por usos que los propios titulares no podrían controlar o hacer respetar, en particular en mercados no nacionales» (considerando 2 de la Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior). Téngase en cuenta la fuerte colaboración entre entidades de gestión a nivel europeo —y también, aunque en menor medida, a nivel internacional—, que permite a autores y artistas beneficiarse de los acuerdos de representación recíproca entre ellas. Véase L. GUIBAULT, O. SALAMANCA and S. VAN GOMPEL, IVIR and Europe Economics, «Remuneration of authors and performers for the use of their works and the fixations of their performances», Study commissioned by the European Commission (DG Communications Networks, Content & Technology), *cit.*, p. 144.

47 El art. 47 de la Ley de Propiedad Intelectual, en el que se regula la acción de revisión de la remuneración del autor, únicamente se refiere a las cesiones cuya remuneración se hubiera pactado como pago a tanto alzado. Dicha acción de revisión habrá de extenderse, tras la entrada en vigor de la DDAMUD, a todo supuesto en el que el autor o artista reciba una remuneración desproporcionadamente baja en comparación con los ingresos totales obtenidos por el cesionario con la explotación de su obra o prestación tanto cuando se hubiera pactado un pago a tanto alzado como cuando el porcentaje de remuneración acordado fuera inadecuado, por reducido.

De la literalidad del art. 20 de la DDAMUD antes transcrita —y del considerando 78, que limita la aplicación de esta norma a los supuestos en los que el autor o artista recibe una remuneración «con claridad desproporcionadamente baja en comparación con los ingresos derivados de la subsiguiente explotación»— se infiere lo limitado de esta acción, que únicamente podrá ejercitarse por el autor o el artista en casos excepcionales. Este considerando es especialmente ilustrativo de los rendimientos que deben computarse en el ejercicio de la acción de adaptación: «Todos los ingresos pertinentes para el caso concreto, incluidos, en su caso, los ingresos generados por la comercialización de productos». Este concepto ha de interpretarse de forma amplia, diferenciándose del concepto de beneficio —cuando el cesionario, en la comunicación que realice al cedente, identifique el porcentaje de ingresos que consistieron en beneficios—. Por ello, deben incluirse ingresos directos e indirectos, entre ellos, los derivados de la publicidad y artículos de *merchandising*.⁴⁸ Interpretación que ha de coincidir asimismo con la referida a la obligación de información del cesionario sobre la explotación realizada y los ingresos obtenidos con ella, pues, como se ha indicado previamente, solamente cuando el autor o artista disponga de información completa sobre la explotación que se ha llevado a cabo de su obra o prestación podrá ejercitar de forma efectiva la acción de adaptación contractual, reclamando el pago de una remuneración adicional a la ya obtenida.

Asimismo, el considerando 78 de la DDAMUD indica que el efectivo ejercicio de esta acción habrá de tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto «incluida la contribución del autor o del artista intérprete o ejecutante» —no será equivalente el caso de autoría única que el de coautoría, por ejemplo—, «así como las especificidades y prácticas de remuneración en los distintos sectores de contenidos» —no merecerán necesariamente la misma solución los supuestos de explotación mediante plataformas digitales que los casos de explotación tradicional, en donde el valor añadido que aporte cada agente no tiene por qué ser el mismo— y «si el contrato se basa en un convenio de negociación colectiva» —se entenderá que aquellos contratos que cumplan los criterios marcados por los convenios colectivos, cuando existan, se ajustan en mayor medida, en principio, a las exigencias de remuneración equitativa y proporcionada—.

Más allá de estas indicaciones, que habrán de valorarse caso por caso, ninguna otra restricción al ejercicio de la acción de adaptación contractual parece que pueda ser conforme con el art. 23 de la DDAMUD, que impide el sometimiento de los mecanismos regulados en esta Directiva a condiciones que impidan o dificulten su cumplimiento. De ahí la necesidad de derogar, en el caso español, la limitación temporal prevista en el art. 47 de la Ley de Propiedad Intelectual, que somete el ejercicio de la acción de revisión de la remuneración a la exigencia de que este se realice «dentro de los diez años siguientes al de la cesión». Por tanto, si la ganancia desproporcionadamente alta del cesionario se produce pasada esa primera década, el autor o el artista podrá hacer prevalecer el art. 20 de la DDAMUD frente a la literalidad de la norma española para reclamar el cobro de una remuneración adicional.

3. DERECHO A LA REVOCACIÓN CONTRACTUAL POR FALTA DE EXPLOTACIÓN DEL CESIONARIO

El art. 22 de la DDAMUD regula la facultad del autor o del artista que hubiera celebrado un contrato de cesión exclusiva de sus derechos de revocar dicha cesión cuando su obra o prestación no se estuviere explotando.⁴⁹ Se trata de la acción *use it or lose it*, que al configurarse por el legislador europeo como un

48 En este sentido también se ha pronunciado LL. CABEDO SERNA, «La obligación de transparencia de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital: ¿Un paso más hacia una remuneración adecuada para los autores?», *cit.*, p. 446.

49 El apartado quinto del art. 22 de la DDAMUD únicamente prevé la posibilidad de renuncia a este derecho cuando el contrato de cesión de derechos del autor o artista se hubiera celebrado con base en un convenio de negociación colectiva. Se entiende que en este caso el propio convenio colectivo, por su naturaleza, otorgará al cedente mecanismos más beneficiosos que esta acción general de revocación. Sin embargo, si esto no fuera así, entendemos vigente el derecho de revocación de autores y artistas. En otro orden de cosas, es importante tener en cuenta que la acción de revocación no podrá ejercitarse cuando la falta de explotación traiga causa del propio autor o artista. Así lo dispone el art. 22.4 de la DDAMUD, que prevé la inaplicación de esta acción «si la ausencia de explotación se debe principalmente a circunstancias que se puede razonablemente esperar sean subsanadas por el autor o el artista intérprete o ejecutante».

derecho irrenunciable del autor y del artista, existirá de forma automática en toda cesión de derechos patrimoniales que cumpla las características previstas en esta norma sin necesidad ya de pacto expreso.⁵⁰

No se regula un mecanismo similar, sin embargo, para contratos de cesión no exclusiva de derechos, pues estos últimos permiten que varios cesionarios no exclusivos e incluso el propio autor o artista continúen explotando la obra o prestación con independencia de la explotación —o la falta de explotación— que el primer cesionario no exclusivo estuviere realizando. Ello se explica porque la naturaleza exclusiva de la cesión es la verdadera razón de ser de este mecanismo de corrección del desequilibrio contractual: cuando el cesionario es exclusivo su decisión de no explotar la obra o prestación protegida deja al autor o artista sin posibilidad de obtener ingresos por dicha obra si la remuneración pactada es proporcional a los rendimientos de la explotación y puede, además, irrogar daños económicos y de otro tipo al autor o artista incluso cuando la remuneración acordada fuera a tanto alzado.⁵¹ Cosa que no sucede cuando la cesión se hubiera celebrado con carácter no exclusivo, pues en este último caso, ante la falta de explotación suficiente por el cesionario, el autor o el artista puede tomar la decisión de celebrar una segunda licencia, si bien este posterior contrato ha de tener igualmente una naturaleza no exclusiva.

Podemos estar ante dos supuestos de hecho que den lugar a la aplicación del art. 22 de la DDAMUD: el primero, cuando la obra o prestación no se haya explotado en absoluto. El segundo, cuando se hubiera realizado una explotación insuficiente. El concepto de explotación suficiente habrá de ser valorado en función del sector cultural en el que se englobe, las prácticas habituales y las circunstancias concretas de cada contrato y tipo de obra o prestación, sin que pueda darse una respuesta global. En todo caso, la medición del grado de explotación efectiva llevada a cabo debe realizarse dentro de un «plazo razonable» —art. 22.3 y considerando 80 de la DDAMUD—, permitiendo al cesionario un período de acomodo tras la celebración de la cesión de derechos para la preparación de la explotación futura —entre las actuaciones previas deben destacarse, entre otras, las medidas para la implementación de los recursos tecnológicos asociados a esa forma de explotación de la obra o prestación y los contratos de financiación que puedan ser necesarios en algunos casos—. Esta exigencia impediría el ejercicio de la acción de revocación inminente tras la firma del contrato, sin que hubiere transcurrido un cierto tiempo, cosa que podría constituir un uso abusivo de este derecho en perjuicio del necesario equilibrio entre los derechos e intereses implicados.

A ello se añade la posibilidad expresamente prevista en el apartado segundo del art. 22 de la DDAMUD de que los legisladores nacionales decidan condicionar esta acción al requisito de que su ejercicio se realice «dentro de un plazo específico, cuando dicha restricción esté debidamente justificada por las especificidades del sector o por el tipo de obra u otra prestación protegida de que se trate». Igualmente, la norma europea concede libertad a los legisladores nacionales para regular reglas especiales, incluida la exclusión de la acción de revocación en determinados supuestos de obras y prestaciones que impliquen una pluralidad de autores y/o artistas, dada la complejidad que su ejercicio acarrearía —en cuyo caso subsistiría la autonomía de la voluntad de las partes para pactar la existencia de esta acción de revocación—. ⁵²

Además, esta disposición somete el ejercicio de la acción de revocación a determinados requisitos de procedimiento. En primer lugar, se exige que el autor o artista notifique al cesionario su intención de ha-

50 La autonomía de las partes se predica ahora de la posibilidad de ampliar por contrato el ejercicio por el artista o autor de la posibilidad de modificar o revocar la cesión, incluso en supuestos en donde sí exista una explotación de la obra o prestación por el cesionario.

51 A ello se añade el hecho de que la falta de explotación de la obra o prestación suele considerarse *per se* un incumplimiento contractual por parte del cesionario, dado que el carácter exclusivo de la cesión suele ir ligado a la obligación de procurar todos los medios necesarios para la efectiva explotación de la obra, siendo que dicha explotación repercute, además, en un potencial rendimiento económico para ese cesionario. En el ordenamiento español, el art. 48 LPI señala esta obligación de explotación efectiva por el cesionario exclusivo. Sin embargo, la práctica revela que existen supuestos en los que, dado el elevado desembolso que los recursos necesarios para la explotación conllevan o en atención a otros motivos, no siempre se produce una explotación efectiva de la obra o prestación o esta no siempre es suficiente, en el sentido de normal o media atendiendo a las prácticas de cada sector.

52 Para estos casos, el considerando 80 de la DDAMUD indica que los legisladores nacionales habrán de tener en cuenta el peso de la contribución individual de cada autor o artista.

cer uso de la acción de revocación y fije un plazo adecuado —un período máximo— para la explotación de los derechos objeto de licencia o cesión. Una vez vencido el plazo dado en ese requerimiento previo sin que el cesionario hubiera procedido a la explotación, entonces sí podrá el autor o artista tomar la decisión de revocar el contrato.

Esta norma prevé dos modalidades de ejercicio a elección del autor o del artista: la revocación total y la revocación parcial o modificación contractual. Entre otras modificaciones expresamente contempladas en el art. 22 de la DDAMUD se encuentra la posibilidad de que los autores o artistas pongan fin a la exclusividad del contrato en lugar de revocar la cesión de sus derechos patrimoniales. Sin embargo, cuando el cambio a la modalidad no exclusiva de cesión no se traduzca en un aumento del nivel de explotación de la obra o prestación ha de quedar a disposición del autor o artista la facultad de reclamar la revocación total del contrato. Otra de las posibles opciones del autor o artista es la reducción del número de derechos cedidos al cesionario. Cosa que será especialmente útil para aquellos contratos en los que el titular hubiera cedido en bloque todos sus derechos patrimoniales, incluido el tan preciado derecho de transformación de su obra, en el caso de los autores. Lo mismo puede predicarse respecto al ámbito geográfico de la cesión: la acción prevista en el art. 22 de la DDAMUD puede ejercitarse por el autor o el artista simplemente para limitar la amplitud de la extensión geográfica contenida en el contrato, pasando, por ejemplo, de un ámbito de aplicación mundial a una cesión nacional. Igual comentario merecen otras condiciones previstas en el pacto de cesión de derechos, como puede ser la duración, que podrá acortarse por el autor o artista si esta decisión se ajusta a sus intereses en mayor medida que la opción de la revocación total del contrato.

A pesar de los beneficios que la regulación europea de la acción de revisión trae consigo, su ámbito objetivo de aplicación sigue siendo ciertamente insuficiente. Se echa en falta una extensión de esta acción a los supuestos en los que la cesión exclusiva de derechos del autor o artista no tienen como base un contrato que el autor o artista cedente pueda ulteriormente revocar a falta de explotación efectiva de su cesionario.⁵³ En efecto, la función tuitiva de autores y artistas que se pretende implementar como elemento vertebrador del sistema de protección europeo no será completa hasta que no se aplique por igual a los casos en los que la cesión exclusiva de derechos se prevé en una norma con naturaleza *ope legis* y no base jurídica contractual.

Asimismo, hubiera sido acertada la introducción en el tenor literal del art. 22 de la DDAMUD de una aclaración sobre la posibilidad de ejercitar la acción regulada en esta norma también en aquellos supuestos en los que el cesionario exclusivo hubiera sublicenciado alguna o todas las modalidades de explotación de la obra o prestación protegida a un tercero y este último no hubiese realizado una explotación adecuada. Entendemos que en estos casos también estará vigente la facultad de revocar la primera cesión y el uso de esta acción tendrá el correspondiente efecto de revocación de las subcesiones celebradas por quien fuera parte del primer contrato sin perjuicio de la aplicación de las condiciones requeridas en las correspondientes normas nacionales para la licitud de la subcesión exclusiva de derechos.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

Las nuevas reglas europeas contenidas en los arts. 18 a 23 de la DDAMUD merecen una valoración positiva en abstracto. Es un correcto primer paso en la buena dirección y tiene la ventaja de procurar un sistema transversal aplicado por igual a autores y artistas y referido a todos los mercados de explotación de obras y prestaciones, huyendo de reglas meramente sectoriales. Sin embargo, son medidas poco

53 SAIZ GARCÍA igualmente se ha pronunciado de forma crítica sobre la insuficiencia de la norma europea en lo que a las cesiones *ope legis* de derechos patrimoniales de autores y artistas se refiere. Véase C. SAIZ GARCÍA, «El principio de remuneración adecuada y proporcionada en la Directiva 2019/790/UE», *cit.*, p. 407. Téngase en cuenta que una interpretación correctiva de esta norma parece poco adecuada, toda vez que el considerando 72 de la DDAMUD, al abordar con carácter general el paquete de nuevas medidas europeas, hace hincapié en que estas tienen como ámbito objetivo de aplicación las licencias o cesiones de derechos concedidas por autores y artistas.

ambiciosas y seguramente insuficientes. En particular, se ha dejado escapar la oportunidad para regular a nivel europeo la prohibición de cesión de aquellas modalidades de explotación de obras y prestaciones inexistentes en la fecha de celebración del contrato —siguiendo el ejemplo del art. 43.3 de la Ley de Propiedad Intelectual española— o el sometimiento del surgimiento de esas nuevas modalidades de uso de obras y prestaciones y su cesión al pago de una remuneración proporcionada y equitativa adicional para el autor y el artista —como se contempla en las leyes nacionales de Alemania (§ 32.c UrhG) y Holanda (art. 45.d)—. La pervivencia de reglas nacionales diversas sobre estos y otros extremos contractuales puede complicar la consecución del objetivo pretendido por el legislador europeo, especialmente en contratos de cesión amplios en lo material, lo geográfico y lo temporal.

Está por ver cuál sea, eso sí, el grado de uniformidad real que vaya a lograrse por los legisladores nacionales tras la transposición de esta norma, dado el margen de libertad concedido.⁵⁴ En todo caso, las dudas interpretativas que generen estas nuevas disposiciones europeas y las normas nacionales que se aprueben han de resolverse teniendo como objetivo la base jurídica del sistema creado con la nueva Directiva: la búsqueda de una remuneración adecuada para autores y artistas, corrigiendo el sistema actual de debilidad en la negociación de los contratos de cesión de derechos y de remuneración insuficiente. Así han de interpretarse por los diferentes operadores los múltiples conceptos jurídicos indeterminados previstos en la DDAMUD. Entre ellos, los términos «adecuada» y «desproporcionada».

Se trata, en definitiva, de colocar a autores y artistas en un nivel de seguridad jurídica suficiente como para reclamar la porción justa que les corresponde del pastel de la remuneración, proporcional al efectivo éxito de su obra o prestación y atendiendo a las mayores posibilidades de explotación que los nuevos negocios digitales traen consigo, así como al valor añadido por los diferentes operadores de esa cadena. Atajar la opacidad del funcionamiento de muchos de estos nuevos negocios, regulando una obligación general de información acerca de la efectiva explotación de obras y prestaciones es una adecuada forma de comenzar este cambio de rumbo europeo en beneficio de autores y artistas. La regulación de esta primera regla básica es ya de por sí un motivo para el optimismo.

Sin embargo, no podemos olvidar que nos movemos en el terreno de los contratos, de las cesiones de derechos patrimoniales celebradas entre autores o artistas y cesionarios y, tras ello, en las respectivas subcesiones que dichos cesionarios habitualmente otorgan a terceros, configurando todo ello eslabones necesarios de la cadena de valor de los actuales productos culturales. Debe tenerse presente que la nueva norma europea no puede actuar como cortapisa de la libertad del autor y el artista para decidir sobre la cesión gratuita de la explotación de su obra o prestación en aquellos casos en los que la renuncia a la remuneración sea deliberada. La autonomía privada del titular inicial de los derechos patrimoniales sobre su creación intelectual está por encima de las reglas contenidas en los arts. 18 y ss. de la DDAMUD. Es más, el legislador europeo no impide ni tan siquiera que quien tiene convicción para la cesión gratuita de su obra o su ejecución o su interpretación pretenda otorgar a dicha cesión un carácter exclusivo. Si ese es el deseo del autor o del artista, habrá de ser respetado, y habrá de acomodarse a las reglas ya existentes en los diferentes ordenamientos nacionales que permiten igualmente cumplir con el justo equilibrio de los derechos e intereses implicados, como sucede en el caso español, en supuestos de cesión exclusiva con la norma que obliga al cesionario a la efectiva explotación de la obra cuyos derechos le fueron transmitidos (segundo párrafo del art. 48 de la Ley de Propiedad Intelectual). Sin embargo, la mayoría de supuestos de cesión gratuita en los que la autonomía de la voluntad del autor o artista supone una derogación práctica para el caso concreto de los arts. 18 y ss. de la DDAMUD tienen que ver con licencias del tipo *Creative Commons*, de carácter no exclusivo, otorgadas en beneficio del público en general.

Más allá de estos casos, los arts. 18 a 23 de la DDAMUD tratan de equilibrar los otros supuestos, que son la mayoría, en los que el autor o el artista sí quiere ser remunerado por la explotación de su

54 Sobre este hecho ya llamaron la atención en 2017 tanto la European Copyright Society, «General Opinion on the EU Copyright Reform Package», https://www.ivir.nl/publicaties/download/ECS_opinion_on_EU_copyright_reform.pdf, como R. HILTY y V. MOSCON, «Modernisation of the EU Copyright Rules. Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition», *cit.*

obra o prestación, pero carece de poder de negociación para alcanzar un pacto justo. En estos casos el legislador europeo prevé —como derecho irrenunciable, que no admite pacto en contrario— que la regla ha de ser el pacto de la remuneración proporcional a los ingresos efectivamente generados con la explotación de su obra o prestación y es para estos supuestos también para los que se permite que el autor o el artista reclame el pago de remuneraciones adicionales para lo que se obliga a los cesionarios y subcesionarios de sus derechos patrimoniales a informar, de manera periódica y suficiente, sobre la efectiva explotación realizada.

Con todo, el legislador europeo sigue demostrando una visión inocente o desconocedora de los pesos y poderes de negociación de los diferentes sectores culturales. Cuesta entender por qué no se ha dado un protagonismo mayor a las entidades de gestión en el ejercicio de las medidas reguladas en los arts. 18 a 23 de la DDAMUD, articulando ese derecho irrenunciable a la remuneración equitativa y proporcionada, acompañado de un subderecho al pago de una remuneración adicional y un subderecho a la revocación o la modificación contractual como facultades de gestión colectiva obligatoria.⁵⁵ Es importante explorar esta potencial vía de mejora con el fin de que la eficiencia que caracteriza los mecanismos de gestión colectiva case con las decisiones tomadas por el autor y el artista en uso de su autonomía privada.

Además, quedan sin armonizar muchos otros extremos relacionados con las reglas sobre duración de la cesión, las presunciones a aplicar en caso de lagunas contractuales o las consecuencias dimanadas del carácter exclusivo o no exclusivo de la cesión, entre otros asuntos sobre los que existen importantes diferencias entre los Estados miembros. Esta ausencia de reglas uniformes puede seguir actuando de escollo para la creación de un clima óptimo de seguridad jurídica que permita asegurar un funcionamiento del mercado cultural europeo más eficiente. Además, no cabe duda de que todo ello puede influir en la toma de decisiones sobre la ubicación geográfica de los cesionarios de derechos.

55 En particular, la necesidad de crear un derecho de remuneración equitativa del autor audiovisual que pueda ser gestionado por las entidades de gestión ya había sido señalada por XALABARDER PLANTADA. Defiende que, para este tipo de autores, se trataría de un mínimo irrenunciable, garantizado legalmente y ejecutado por las entidades de gestión, con independencia de la remuneración que el autor audiovisual hubiera acordado con el productor. Véase R. XALABARDER PLANTADA, *International legal study on implementing an unwaivable right of audiovisual authors to obtain equitable remuneration for the exploitation of their works*, CISAC Study, <https://www.cisac.org/CISAC-University/Library/Studies-Guides/AV-Remuneration-Study>, y, de esta misma autora, «The equitable remuneration of audiovisual authors: a proposal of unwaivable remuneration rights under collective management», *RIDA*, 2018, Vol. 255, pp. 5 a 71.