

MECANISMOS INTRODUCIDOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA PARA FACILITAR EL USO DE OBRAS Y PRESTACIONES FUERA DEL CIRCUITO COMERCIAL POR PARTE DE INSTITUCIONES RESPONSABLES DEL PATRIMONIO CULTURAL

Mercedes Morán Ruiz*

Fecha de recepción: 27-08-2020

1. JUSTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS Y SUS ANTECEDENTES

Las nuevas tecnologías y el acceso global a Internet han propiciado que podamos, desde cualquier lugar y en cualquier momento, a través de nuestros dispositivos, consultar una gran cantidad de documentos, recursos e información sin necesidad de desplazarnos.

Las bibliotecas, los museos, los archivos y otras instituciones encargadas de la conservación y difusión del patrimonio cultural y del conocimiento no han sido ajenas a las enormes ventajas de las tecnologías en la consecución de sus objetivos. Por ello, estas instituciones llevan años desarrollando proyectos de digitalización a gran escala de los recursos que albergan sus fondos, no solo para evitar su deterioro, sino también para posibilitar su acceso y consulta por cualquier interesado y evitar que partituras, fotografías, mapas, libros, periódicos, grabaciones sonoras o archivos audiovisuales acaben condenados al olvido. De esta manera, en el año 2005 la Comisión Europea puso en marcha el proyecto «Bibliotecas Digitales», que pretende lograr un acceso en línea y gratuito al patrimonio cultural y científico, a través de un punto de acceso común a recursos digitalizados de toda Europa. Esta biblioteca digital, denominada *Europeana*, en la actualidad da acceso en línea y sin restricciones

* Abogada. Departamento Jurídico de CEDRO.

© De la obra: Mercedes Morán Ruiz.

© De la edición: Instituto de Derecho de Autor, 2020.

Reservados todos los derechos. El editor no se hace responsable de las opiniones, comentarios y declaraciones vertidas por el autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

a más de cincuenta millones de archivos digitalizados, proporcionados por las instituciones de los diferentes Estados miembros¹.

Es imprescindible tener en cuenta que estos proyectos exigen la copia de obras u otras prestaciones para la obtención de un archivo digital, de una mayor perdurabilidad que el original y de fácil transmisión a través de las redes electrónicas. Posteriormente, se lleva a cabo la difusión de esas obras o prestaciones ya digitalizadas, a través de un portal de Internet, de forma que un usuario pueda acceder a ellas en cualquier momento y lugar. Ello supone un acto de comunicación al público, en su modalidad de puesta a disposición. Estos dos actos (la realización de una copia y su posterior puesta a disposición en las redes), cuando afectan a obras o prestaciones sujetas a derechos de propiedad intelectual, requieren, con carácter general, la autorización previa de su titular de derechos. Así lo exige tanto el derecho internacional como el derecho de la Unión Europea, que confieren a autores y otros titulares el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción, por cualquier procedimiento, de sus obras u otras prestaciones y cualquier acto de comunicación al público, sin más limitaciones que las que se prevean legalmente. En ausencia de un límite o excepción que posibilite a bibliotecas, archivos y museos la reproducción y divulgación de los recursos de sus colecciones a la sociedad en general, estas instituciones requieren la pertinente autorización. Sin embargo, esta labor no está exenta de dificultades, esfuerzos y costes que, en ocasiones, podrían incluso poner en riesgo la viabilidad del proyecto e impedir que finalmente se llevase a cabo.

Imaginemos que nos encontramos al frente de uno de estos proyectos de digitalización y posterior difusión de los fondos de, por ejemplo, una biblioteca de acceso público. Como punto de partida, tendríamos que determinar si las obras o prestaciones que deseamos emplear se encuentran en dominio público o si, por el contrario, todavía no ha transcurrido su plazo de protección. A continuación, tendríamos que identificar y localizar a sus titulares de derechos para, posteriormente, contactar con ellos e iniciar los trámites de negociación de las correspondientes autorizaciones. En este proceso es posible que nos topemos con dos obstáculos:

Por un lado, es posible que no podamos identificar o localizar a los titulares de derechos de un buen número de obras o prestaciones. Sin embargo, la dificultad de obtener autorización en estos casos ya ha sido atajada a través de la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012. Esta directiva exige a los Estados miembros la incorporación en sus legislaciones de excepciones o limitaciones a los derechos de reproducción y puesta a disposición para determinados usos de las denominadas obras huérfanas (aquellas cuyos titulares de derechos no están identificados o, de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una previa búsqueda diligente de estos), por parte de centros educativos, museos, bibliotecas y hemerotecas accesibles al público, organismos públicos de radiodifusión, archivos, fonotecas y filmotecas².

Por otro lado, aun en el caso de que los titulares de derechos estén identificados y localizados, el contacto y la negociación de las autorizaciones individuales requerirían la inversión de una gran cantidad de tiempo y recursos, que se traducen en costes. Los costes asociados a la obtención del permiso de un titular de derechos para la explotación de sus obras o prestaciones se denominan «costes de transacción». Estos costes se verán enormemente reducidos si solicitamos una única autorización, a través de una entidad de gestión colectiva, que englobe todas las obras y prestaciones de los titulares de derechos a los que esta representa.

Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual conceden licencias a diferentes usuarios en condiciones comerciales equitativas y no discriminatorias. A través de una sola autorización (licencia), el usuario queda legitimado para la explotación de un gran número de obras u otras

1 Se puede acceder a estos recursos a través del portal web de Europeana https://classic.europeana.eu/portal/es?utm_source=new-website&utm_medium=button (último acceso 17/8/2020).

2 Este límite lo encontramos en el artículo 37 bis de la ley de propiedad intelectual española, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI).

prestaciones. Ello, por un lado, ahorra enormes costes al usuario y, por otro, permite a los titulares de derechos obtener una remuneración que de otra forma les resultaría imposible. Pensemos en las dificultades que también entraña a un autor u otro titular de derechos atender a las diferentes solicitudes de utilización de sus obras o prestaciones, negociar unas condiciones equitativas, controlar que los usos se adecuan a lo pactado e incluso exigir el abono de la remuneración en el caso de que esta sea desatendida por el usuario. Por ello, estos sistemas de licencias colectivas de las entidades de gestión son una excelente solución para usuarios de obras y prestaciones protegidas y para sus titulares de derechos. Sin embargo, estos sistemas no siempre cubren de forma exhaustiva todas las obras y prestaciones que el usuario necesita emplear, sino solo las de aquellos a los que la entidad de gestión representa, a través de un contrato de gestión o en virtud de un acuerdo de representación firmado con una entidad de otro Estado³.

Pensemos que los fondos de la mayoría de las bibliotecas, archivos y museos se componen de numerosos recursos, con un gran interés histórico o cultural, pero, por su antigüedad, por su escaso valor comercial actual, porque nunca estuvieron destinados a la venta o por otros motivos no se encuentran disponibles al público en los cauces comerciales. Se trata de las denominadas obras y prestaciones fuera del circuito comercial (en adelante, OPFCC). La riqueza de estos recursos, junto a su indisponibilidad en los canales comerciales habituales justifican el elevado interés de las instituciones responsables de este patrimonio en sacarlos a la luz y permitir su acceso y consulta por la sociedad. Se puede presumir que los derechos de propiedad intelectual de muchos de estos recursos, especialmente los dados en el siglo XX, siguen estando vigentes, de forma que su uso requeriría autorización. Sin embargo, no todos ellos formarían parte del repertorio de una entidad de gestión. Por estos motivos, las bibliotecas y demás instituciones encargadas del patrimonio cultural han acusado el fenómeno conocido como «agujero negro del siglo XX», que se traduce en una práctica ausencia de obras y prestaciones de este siglo en sus proyectos de digitalización y difusión, debido a la dificultad de obtener una autorización de sus titulares de derechos (en ocasiones desconocidos o ilocalizables) o de una entidad de gestión que actúe en su nombre.

Por ello, el 20 de septiembre de 2011, bajo el auspicio de la Comisión Europea, varias asociaciones de bibliotecas, representantes de autores y editores y entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual firmaron un memorándum de entendimiento, en el que pactaron los principios que se debían seguir en la concesión de licencias para el uso, por parte de bibliotecas, de libros y artículos de revistas especializadas no disponibles en los circuitos comerciales⁴. Este acuerdo apuesta por la concesión de licencias voluntarias de las entidades de gestión, si bien este tipo de autorizaciones, para lograr satisfacer las necesidades de las bibliotecas, deberían englobar también las obras de titulares de derechos que no fueran miembros de la entidad de gestión licenciante. Este mecanismo, conocido bajo la denominación de «licencias colectivas con efecto ampliado», surge en los años 60 en los países nórdicos y ha ido siendo replicado en otras legislaciones, para favorecer la concesión de licencias en sectores determinados, que requerían el uso masivo de una gran cantidad de obras y prestaciones⁵.

3 Los acuerdos de representación, también conocidos como acuerdos de representación recíproca o convenios bilaterales, aparecen definidos en el artículo 3, letra j, de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior, como todo acuerdo entre entidades de gestión colectiva en virtud del cual una entidad de gestión colectiva encomienda a otra entidad de gestión colectiva la representación de los titulares respecto de los derechos sobre su repertorio.

4 Se puede obtener más información de este memorándum en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_11_619 (último acceso 19/8/2020).

5 En relación con las licencias colectivas con efecto ampliado puede consultarse Stokkmo, O. «El acuerdo de licencia colectiva ampliada (LCA)», Cuadernos jurídicos del Instituto de Derecho de Autor (2020) accesible en <https://documentos-ia.s3.amazonaws.com/15+ANIVERSARIO/El+Acuerdo+de+Licencia+Ampliada.pdf> (último acceso 24/08/2020).

El memorándum sirvió de base para que algunos países introdujeran en sus legislaciones medidas específicas para fomentar el acceso a OPFCC. Entre ellos se encuentran Francia y Alemania⁶, que aprobaron normas basadas en los sistemas de licencias colectivas con efecto ampliado, a través de las cuales, entidades de gestión de esos territorios quedaban legitimadas para conceder licencias voluntarias en nombre de titulares de derechos, aunque estos no hubieran mandatado a la entidad a hacerlo. Sin embargo, el memorándum, al no tener un carácter vinculante, no tuvo un seguimiento homogéneo en los distintos Estados de la UE. Además, este documento solo se refiere a un tipo concreto de obras (libros y revistas especializadas) y no posibilita que los usos licenciados tengan un efecto transfronterizo, por lo que este acuerdo resulta insuficiente. Por ello, la Directiva UE 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (DDAMUD) introduce, por primera vez en el derecho de la Unión, unas medidas específicas, de obligada incorporación en todos los Estados miembros, a través de las que se pretende un mayor acceso a OPFCC.

Esta directiva apuesta, con carácter principal por los sistemas de concesión, por entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual de licencias colectivas con efecto ampliado. Solo en el caso de que este sistema de licencias no pueda implantarse, por no existir una entidad de gestión que pueda llevar a cabo esta tarea, entrará en juego un límite o excepción, que permitirá a determinadas instituciones el uso de OPFCC. En ambos casos, solo se admitirán usos de OPFCC con fines no comerciales, si bien el alcance de estos podrá ser transfronterizo. Estas medidas, que se describirán a continuación, se contemplan en los artículos 8 a 11 de la Directiva y tendrán que incorporarse en las legislaciones de los Estados miembros antes del 7 de junio de 2021.

2. MEDIDAS INTRODUCIDAS EN LOS ARTÍCULOS 8 A 11 DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/790

El artículo 8 de la DDAMUD, en su punto primero, exige a los Estados miembros que introduzcan en sus legislaciones mecanismos que permitan a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual la concesión de licencias colectivas con efecto ampliado, para el uso con fines no comerciales por parte de instituciones responsables del patrimonio cultural, de OPFCC que se hallen de forma permanente en sus colecciones. Los beneficiarios de estas licencias con efecto ampliado son las bibliotecas o museos accesibles por el público, los archivos e instituciones responsables del patrimonio cinematográfico o sonoro, aglutinadas bajo la denominación «instituciones responsables del patrimonio cultural»⁷. Para el establecimiento de este sistema de licencias se han de cumplir dos requisitos:

1. **Representatividad:** La entidad de gestión que conceda la licencia ha de ser suficientemente representativa, tanto de los titulares de derechos del tipo de obras o prestaciones a los que se refiera la autorización como de los concretos derechos objeto de la licencia. Por tanto, una entidad de gestión que conceda una licencia a una biblioteca abierta al público, para la digitalización y puesta a disposición de libros que se encuentren fuera del circuito comercial, tendrá que ser considerada

6 Francia introdujo esta medida en el año 2012, a través de la Ley n.º 2012-287, de 1 de marzo, relativa a la explotación digital de los libros no disponibles del siglo XX. No obstante, este sistema fue considerado incompatible con el derecho de la Unión vigente (Directiva 2001/29/CE) en sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de noviembre de 2016, en el asunto C-301/15, lo que motivó su reforma en el año 2017. En Alemania, en 2014, se introduce en su legislación de propiedad intelectual un mecanismo para favorecer el licenciamiento por parte de las entidades de gestión de obras no disponibles en los canales comerciales que se encuentren en las colecciones de bibliotecas, museos y archivos y hayan sido publicadas antes de 1966. El sistema alemán incluye un mecanismo a través del cual se presume que una entidad de gestión colectiva que administre los derechos de reproducción y comunicación pública de obras que se encuentren fuera del circuito comercial también estará legitimada para administrar los derechos de aquellos que no le hayan encomendado la gestión de sus derechos. Puede consultarse en alemán en <http://www.buzer.de/gesetz/10944/index.htm> (último acceso 19/8/2020).

7 Definidas en el artículo 2, punto 3, DDAMUD.

representativa de los titulares de derechos de ese tipo de obras (autores y/o editores) y, además, en virtud de aquellos mandatos que le hayan otorgado sus miembros, gestionar los derechos objeto de la licencia (normalmente los derechos de reproducción y comunicación al público, en su modalidad de puesta a disposición). Esta representatividad es el requisito que legitima que una entidad de gestión pueda conceder licencias que abarquen las obras y prestaciones de incluso aquellos que no le hayan encomendado actuar en su nombre.

La Directiva permite a los Estados la definición de los requisitos que determinen cuándo una entidad de gestión es suficientemente representativa, siempre que se basen en un número significativo de titulares de derechos en los tipos de obras y prestaciones pertinentes, que hayan otorgado mandato a la entidad de gestión⁸. Sin embargo, esta flexibilidad puede derivar en criterios dispares y afectar a la necesaria armonización que requiere toda medida que pretenda un alcance transfronterizo⁹. Por otro lado, el número de titulares de derechos representados no debe ser el único elemento que tener en cuenta en la valoración de la representatividad de una entidad de gestión; otros aspectos, como su capacidad para conceder estas licencias, capacidad para administrar los derechos recaudados y para poder localizar y distribuir cantidades a titulares no representados, deben ser valorados¹⁰.

2. Igualdad de trato: No cabe una discriminación injustificada entre aquellos que mandataron a la entidad para la gestión de sus obras o prestaciones y aquellos que no lo hicieron. Por tanto, ambos deben gozar de una igualdad de trato y a ambos se les deben aplicar las mismas reglas en cuanto al reparto de las cantidades recaudadas.

En el caso de obras u otras prestaciones para las que no exista ninguna entidad de gestión suficientemente representativa de los titulares y de los derechos pertinentes, los Estados miembros deben introducir en sus legislaciones un límite o excepción que permita a las instituciones responsables del patrimonio cultural la reproducción y puesta a disposición de OPFCC con fines no comerciales (artículo 8, apartados 2 y 3 DDAMUD).

A continuación, ahondaremos en estos dos mecanismos que, en esencia, pretenden fomentar el acceso a OPFCC en la Unión Europea.

a) Mecanismo de concesión de licencias colectivas con efecto ampliado para el uso de OPFCC

La DDAMUD deja a la elección de los Estados el mecanismo jurídico específico en el que basarán la concesión, por entidades de gestión, de licencias colectivas con efecto ampliado, para el uso no comercial de OPFCC, por parte de instituciones responsables del patrimonio cultural. En el considerando 33, se señalan, a modo de ejemplo, como alternativas, el sistema de licencias colectivas ampliadas o las presunciones de representación¹¹, si bien cabrían otros modelos que permitan a las entidades de gestión conceder una licencia que abarque obras y prestaciones de no miembros,

⁸ Considerando 33.

⁹ En este sentido, Evangelio Llorca, R. «La regulación de las obras y prestaciones fuera del circuito comercial en la Directiva (UE) 2019/790» en *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital Europeo* (2019), editorial Tirant lo Blanch, ISBN: 9788413365329, p. 232.

¹⁰ Como se señala en «*Comment of the European Copyright Society on the Implementation of the Extended Collective Licensing Rules (Arts. 8 and 12) of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*» (2020), p. 8 accesible en: https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/06/ecs-comment-ecl_art_8-12_20200613.pdf (último acceso 25/08/2020).

¹¹ De acuerdo con el «*Commission staff working document-impact assessment on the modernisation of EU copyright rules*» (parte 3, p. 130), accesible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/impact-assessment-modernisation-eu-copyright-rules>, se conocen como licencias colectivas ampliadas aquellas en las que, por habilitación legal, se extienden los efectos de una licencia concedida por una entidad de gestión también a aquellos que no son miembros de esta. Los mecanismos de presunción de representación constituyen ficciones legales con base en las cuales se considera (presume) que determinadas entidades de gestión representarán también a no miembros. En este caso la extensión de los efectos no se refiere a la licencia, sino al mandato o contrato de gestión de la entidad de gestión. Véase también Stokkmo, O., «*El acuerdo de licencia colectiva ampliada...*».

siempre que se garanticen las salvaguardas contempladas en el texto de la directiva, a las que posteriormente me referiré.

Estas licencias deben obtenerse de una entidad de gestión, que sea representativa en el Estado miembro en el que esté establecida la institución responsable del patrimonio cultural interesada en la explotación, y pueden abarcar el uso de OPFCC en cualquier Estado miembro¹².

Podrán ser objeto de autorización con base en estas licencias actos de reproducción, distribución y comunicación al público (incluyendo actos de puesta a disposición en las redes). Cabría preguntarse si está justificado que se haya incluido entre los derechos objeto de licencia la distribución, ya que los derechos afectados por los proyectos de difusión de las instituciones responsables del patrimonio cultural se refieren, con carácter general, a la puesta a disposición de obras y prestaciones a través de las redes y no al reparto de ejemplares físicos de estas¹³. De hecho, como veremos, no se contempla la posibilidad de llevar a cabo actos de distribución cuando entra en juego el mecanismo del límite o excepción, lo que pone de manifiesto que esta modalidad de explotación no es indispensable para la finalidad perseguida por la Directiva.

Para evitar que la existencia en un mismo territorio, de varias entidades de gestión concurrentes en una misma modalidad de titulares y derechos de explotación obstaculice la posibilidad de obtener una licencia, los Estados miembros tendrán que establecer normas específicas. A modo de ejemplo, la Directiva propone la obligación de que estas entidades concurrentes otorguen licencias conjuntas o que operen a través de un acuerdo¹⁴.

b) Establecimiento de un límite o excepción

En algunos casos, es posible que no exista una entidad de gestión que represente a los titulares de una determinada obra o prestación (por ejemplo, en el caso de los videojuegos) o de los derechos afectados o que, de existir, no sea suficientemente representativa. Para estos casos, los Estados miembros han de prever una excepción que permita a las instituciones responsables del patrimonio cultural poner a disposición, con fines no comerciales, OPFCC que se encuentren permanentemente en sus colecciones.

Esta excepción abarcaría actos de reproducción y comunicación al público (exclusivamente en su modalidad de puesta a disposición a través de sitios web no comerciales). En este caso no se contempla que las obras y prestaciones puedan ser objeto de distribución, a excepción de bases de datos y programas de ordenador (para las que la excepción puede abarcar actos de distribución e incluso de transformación). Por tanto, el mecanismo de excepción, salvo en el caso de los programas de ordenador y las bases de datos, es más restrictivo que el mecanismo de licencias con efecto ampliado y solo entrará en juego cuando no exista una entidad suficientemente representativa que faculte la concesión de esta licencia. No será de aplicación, por tanto, este límite o excepción cuando, existiendo esta entidad suficientemente representativa, no se alcance un acuerdo con el usuario sobre los términos de la licencia¹⁵. Para legitimar que este límite o excepción abarque el acceso a las obras y prestaciones desde cualquier Estado miembro, se considerará que los usos se producen en el Estado en el que se encuentre la institución responsable del patrimonio cultural que lleva a cabo su difusión (artículo 9 DDAMUD).

La DDAMUD no exige que este límite/excepción lleve aparejada una remuneración o compensación, aunque tampoco lo prohíbe. No obstante, en mi opinión, un límite/excepción no remunerado colocaría a los titulares de derechos afectados en una situación más desfavorable que la de aquellos cuyas obras se explotan con base en un sistema de licencia, los cuales sí serían compensados por la explotación de sus obras. Es cierto que, en el caso de que la excepción sea remunerada, los titulares de

12 Artículos 8.6 y 9 DDAMUD.

13 En este sentido, M. Hilty R., Li T. y Moscon V., en «*Modernisation of the EU Copyright Rules Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*» (2017), ISBN 978-3-00-057529-7, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 17-12, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3036787>.

14 Considerando 33.

15 Considerando 32.

derechos pueden encontrar dificultades para lograr que les sean satisfechas las cantidades derivadas de la explotación de sus obras, al no existir una entidad de gestión que recaude en su nombre. Sin embargo, ello no debe impedir que estos titulares de derechos también gocen del mismo nivel de protección que aquellos cuyas obras son explotadas con base en un sistema de licencias colectivas con efecto ampliado.

Teniendo en cuenta que el límite o excepción, frente al sistema de licencias con efecto ampliado, no garantiza a los titulares de derechos la percepción de las cantidades derivadas de la explotación de sus obras o prestaciones, considero que se ha de apostar fundamentalmente por la solución basada en la concesión de licencias. Ello implica que el requisito de la representatividad exigida a las entidades de gestión licenciantes no deba ser interpretado de forma excesivamente restrictiva, especialmente en el caso de que en el territorio en el que se encuentre la institución responsable del patrimonio cultural exista una entidad de gestión suficientemente representativa de los titulares de derechos afectados, pero no de los derechos pertinentes¹⁶.

c) Salvaguardas en favor de los titulares de derechos afectados

Para garantizar la protección de los titulares de derechos cuyas obras puedan quedar afectadas por el sistema de licencias con efecto ampliado o el límite/excepción, la DDAMUD introduce una serie de requisitos o salvaguardas.

Ya hemos visto que las licencias con efecto ampliado solo podrán ser concedidas por entidades de gestión suficientemente representativas de los titulares de derechos, en el tipo pertinente de obras o prestaciones y de los derechos objeto de la licencia. Esto implica que solo estarán legitimadas ciertas entidades que tengan la infraestructura suficiente para la concesión de estas licencias, recaudación y reparto de cantidades y localización de los titulares no miembros. Estas entidades, además, estarán sujetas a las obligaciones y régimen de responsabilidad previstos en la Directiva 2014/26/UE.

Junto a ello, la DDAMUD permite a los titulares de derechos, en cualquier momento (antes de la explotación de la obra por la institución y mientras tenga lugar), mediante un mecanismo fácil y efectivo, excluir sus obras de la aplicación del sistema de licencias o del límite/excepción. Esta exclusión no debe impedir a los titulares de derechos reclamar una remuneración por el uso efectivo de la obra o prestación con base en una licencia previa a la exclusión¹⁷. En el mismo sentido, en el caso de establecerse un límite o excepción remunerado, la exclusión tampoco debería impedir que el titular reclamase una remuneración o compensación por el uso que se haya producido con carácter previo.

Para posibilitar esta exclusión, el artículo 10 exige unas determinadas medidas de publicidad. Por un lado, se creará un portal único, gestionado por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), en el que se proporcionará información sobre los usos que se pretenden llevar a cabo, al menos seis meses antes de que tengan lugar. Además, en el Estado miembro en el que se encuentra la institución responsable del patrimonio cultural se establecerán, cuando sea necesario para el conocimiento general de los titulares de derechos, medidas de publicidad adicionales en las que se informe de las facultades de las entidades de gestión, las licencias concedidas, los usos al amparo de la excepción y las posibilidades de exclusión de las que gozan los titulares de derechos. Estas medidas tendrán que ser definidas por los Estados miembros, si bien la Directiva indica que no implicarán la información individual a cada titular de derechos¹⁸. Esta mención adquiere especial importancia, ya que constituye una aclaración a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 16 de noviembre de 2016, en el asunto C-301-15 (conocido como *Soulier y Doke*). El TJUE declaró el sistema francés para el licenciamiento de obras fuera del circuito comercial, introducido en su legislación en el

16 A este respecto, en el documento «*Comment of the European Copyright Society on the Implementation of the Extended Collective Licensing Rules (Arts. 8 and 12)*...» (pp. 1 y 7) se señala que el requisito de la representatividad debe ser flexible, de forma que salvaguarde los intereses de los titulares de derechos y garantice la efectividad de los sistemas de licencias colectivas en aquellos supuestos en los que las licencias tradicionales (basadas en el mandato de los titulares de derechos) no ofrecen una solución exhaustiva.

17 Considerando 35.

18 Considerando 41.

año 2012, contrario al derecho de la Unión y exigió su posterior replanteamiento. Entre otros motivos, se achacaba al sistema francés analizado que no dispusiera de un mecanismo que garantizase la información efectiva e individualizada a los titulares de derechos afectados¹⁹. Sin embargo, la información a título individual podría suponer una carga excesiva, por lo que la DDAMUD la descarta, si bien las medidas de publicidad que establezcan los Estados miembros han de ser eficaces, para garantizar que los titulares de derechos puedan oponerse a que sus obras o prestaciones sean explotadas.

d) ¿Cuándo se considera que una obra o prestación está fuera del circuito comercial?

La consideración de cuándo una obra o una prestación se encuentran fuera del circuito comercial adquiere especial relevancia, puesto que de esta determinación depende que estas puedan quedar afectadas por el sistema de concesión de licencias con efecto ampliado o por el límite/excepción. El apartado 5 del artículo 8 de la DDAMUD considera OPFCC aquellas sobre las que pueda presumirse de buena fe que no están disponibles para el público en su totalidad, a través de los canales comerciales habituales, después de haberse hecho un esfuerzo razonable para comprobar este extremo.

Lamentablemente esta definición contiene una serie de conceptos que pueden derivar en interpretaciones divergentes entre los Estados miembros. En primer lugar, cabe preguntarse qué alcance tiene el esfuerzo razonable exigido en la comprobación de la indisponibilidad de una obra o prestación. La Directiva sí aclara que este esfuerzo no se traduce en una comprobación de cada uno de los recursos que incluya el proyecto de digitalización. Solo se exige una evaluación individual de cada obra o prestación cuando se considere razonable, con base en información pertinente, en la probabilidad de disponibilidad comercial y en el coste esperado de la operación. Incluso podría determinarse si un conjunto de obras u otras prestaciones se encuentran fuera del circuito comercial mediante un sistema de muestreo. Tampoco se exige que la comprobación consista en una acción repetida en el tiempo si se han tenido en cuenta pruebas fácilmente accesibles de la disponibilidad futura de las obras y prestaciones²⁰. A pesar de las indicaciones de la Directiva, la consideración de si en un proceso de comprobación se ha desplegado o no un esfuerzo razonable parece muy discrecional. Un procedimiento de comprobación tasado, como el exigido en la búsqueda diligente previa a la consideración de una obra como huérfana, hubiera aportado una mayor seguridad jurídica.

Por otro lado, se suscita la cuestión de quién ha de llevar a cabo la comprobación de la indisponibilidad de una obra y quién es el responsable de la veracidad de su resultado. La Directiva deja en manos de los Estados la atribución de este régimen de responsabilidades²¹. En el caso de que opere el límite o excepción, por no existir una entidad de gestión suficientemente representativa, es evidente que el responsable de llevar a cabo esta comprobación y de su resultado será la institución beneficiaria de la excepción²². En el caso de que exista una entidad suficientemente representativa que conceda autorización para el uso de OPFCC, debe quedar claro quién ha realizado la comprobación de la indisponibilidad de obras y prestaciones, de cuyo resultado depende la viabilidad de la licencia con efecto ampliado. Si se deja en manos de la institución licenciataria, la entidad de gestión licenciante debe poder contar con garantías de que esta comprobación se ha realizado correctamente, desplegando los esfuerzos necesarios; lo que la exoneraría de responsabilidad en el caso de que la obra o prestación no pudiera considerarse OPFCC. Si este esfuerzo se deja en manos de la entidad licenciante, se le estaría imponiendo una carga, en ocasiones difícilmente asumible, que podría acabar repercutiéndose en el coste de adquisición de la licencia. Parece razonable que, en este caso, sea la institución solicitante de una concreta licencia para usos de OPFCC la que haya comprobado previamente que las obras y prestaciones de su colección no se encuentran en el mercado²³,

19 Apartado 43 de la Sentencia del TJUE en el asunto C-301/15.

20 Considerando 38.

21 Considerando 38.

22 Así se entiende también por Evangelio Llorca, R. «*La regulación de las obras y prestaciones...*», p. 230.

23 Aquí difiero de lo señalado por Evangelio Llorca, R. en «*La regulación de las obras y prestaciones fuera del circuito comercial...*», que estima que las encargadas deberían ser las entidades de gestión, como receptoras de las cantidades que recaudan en nombre de los titulares de derechos (p. 230).

máxime si tenemos en cuenta que esta comprobación puede basarse en el cotejo de solo una muestra de las obras o prestaciones. ¿Quién mejor que la institución que va a realizar el proyecto de digitalización puede saber qué número de obras o prestaciones constituyen una muestra representativa?

Los canales comerciales habituales en los que se ha de comprobar la indisponibilidad de las obras o prestaciones también merecen especial atención. En mi opinión, la Directiva debería haberse referido a «canales de explotación habituales» y no a «canales comerciales habituales», ya que muchas obras y prestaciones son difundidas por sus titulares a través de las redes sin que se lleve a cabo su explotación comercial. Obras y prestaciones que se suben por el titular de derechos a blogs, webs, plataformas como YouTube, etc., son accesibles por los usuarios, aunque no se encuentren en canales comerciales, por lo que no quedaría justificada la aplicación de los mecanismos previstos en el artículo 8 DDAMUD, que lo que persiguen es sacar a la luz obras y prestaciones que no serían accesibles de otra forma.

Si una obra u otra prestación están disponibles en una edición posterior (en el caso de obras literarias) o en un formato diferente (por ejemplo, no se encuentran en papel, pero sí en digital) no podemos considerar que estén fuera del circuito comercial. Sin embargo, si solo podemos encontrar en el circuito comercial adaptaciones, traducciones u otras manifestaciones, podremos considerar que la obra o prestación originaria de la que derivan sí se encuentra fuera del circuito comercial. La disponibilidad limitada de una obra o prestación, como sucede cuando solo están disponibles en tiendas de segunda mano, no impide que podamos considerarlas OPFCC²⁴. Por tanto, podrá considerarse OPFCC aquella que solo sea accesible de forma residual o muy limitada, que es lo que ocurre cuando solo están disponibles en tiendas de segunda mano.

Independientemente de lo anterior, los Estados miembros podrán establecer requisitos específicos para determinar si las obras o prestaciones pueden ser objeto de licencia o empleadas con base en una excepción, como, por ejemplo, que haya transcurrido un determinado periodo de tiempo desde que la obra o prestación apareció en el mercado por primera vez²⁵. Estos requisitos podrán variar en función de la naturaleza y formas de explotación de las obras y prestaciones. Por ejemplo, un videojuego, un programa de ordenador o una obra multimedia, por su naturaleza, podrán dejar de estar fuera del circuito comercial con una antelación mayor que una obra literaria, musical o audiovisual, lo que justificaría la aplicación de fechas diferentes. De nuevo, la posibilidad de que los legisladores nacionales introduzcan sus propios requisitos para la determinación de la condición de OPFCC, puede favorecer la aparición de divergencias que impidan la armonización exigida a toda medida que pretende un alcance transfronterizo²⁶.

e) Obras o prestaciones de terceros países

El mecanismo de licencias colectivas con efecto ampliado y el subsidiario límite o excepción no abarcarán conjuntos de OPFCC cuando se disponga de pruebas que permitan suponer que consisten principalmente en obras o prestaciones de terceros países, salvo que exista en el territorio en el que se encuentre la institución responsable del patrimonio cultural una entidad de gestión suficientemente representativa de los titulares de derechos de ese tercer país. La entidad de gestión del territorio en el que se encuentre la institución responsable podrá alcanzar la representatividad de obras de terceros países a través de acuerdos de representación firmados con entidades de gestión de aquellos territorios²⁷.

La exclusión de obras de terceros países ha recibido varias críticas²⁸. No solo no aparece en la directiva una clara justificación de por qué estas obras o prestaciones no se encuentran comprendidas

24 Considerando 38.

25 Artículo 8.5 y considerando 37.

26 En este sentido, Geiger C., Frosio C. y Bulayenko O., en «Facilitating Access to Out-of-Commerce works in the Digital Single Market – How to Make Pico della Mirandola’s Dream a Reality in the European Union» (2018) 9(3) Journal of Intellectual Property, Information Technology & Electronic Commerce (JIPITEC), accesible en <https://ssrn.com/abstract=3484173> (p. 250) y Evangelio Llorca, R., «La regulación de obras y prestaciones...» (p. 231).

27 Considerando 39 y artículo 8.7 DDAMUD.

28 Entre otros, Evangelio Llorca R., «La regulación de obras y prestaciones...» (p. 233) y Geiger C., Frosio G., Bulayenko O. «Facilitating Access...» (p. 250).

en el mecanismo de concesión de licencias con efecto ampliado o en el límite/excepción, sino que, además, puede entrañar ciertas dificultades a las instituciones responsables del patrimonio cultural. A estas instituciones les puede resultar complicado identificar la nacionalidad de los autores o la procedencia de obras o prestaciones en idiomas como el francés, portugués o español, muy extendidos fuera de la Unión Europea²⁹. Esta exclusión podría restar eficacia a las medidas introducidas en el artículo 8 DDAMUD y generar inseguridad jurídica a instituciones responsables del patrimonio cultural y entidades de gestión licenciantes, si bien se puede contrarrestar apostando por la firma de convenios de representación entre entidades de gestión de diferentes territorios.

3. CONCLUSIONES

Los sistemas de licencias colectivas con efecto ampliado pueden ser una buena solución para posibilitar la difusión de recursos, que forman parte de nuestro acervo cultural y que de otra forma no serían accesibles, siempre que se posibilite que los titulares de derechos sean remunerados y que puedan oponerse a la utilización de sus obras y prestaciones. Para el funcionamiento de estos sistemas son indispensables las entidades de gestión colectiva, las cuales, tras la adopción de la Directiva 2014/26/UE, quedan sometidas a obligaciones de información, transparencia y buen gobierno, así como a establecer las medidas necesarias para identificar y localizar a los titulares de derechos no miembros, para hacerles llegar las cantidades recaudadas en su nombre³⁰. En aquellos casos en los que inevitablemente se tenga que prever un límite o excepción, este debería llevar aparejada siempre una compensación o remuneración, para que los titulares de derechos afectados no se encuentren en una situación más desfavorable que la de aquellos que sí sean remunerados a través de un sistema de licencias.

Los Estados miembros tienen mucho trabajo por delante en la trasposición de estas medidas. Especialmente cauteloso se debe ser en la consideración de OPFCC, para evitar que puedan ser objeto de licencia o de uso al amparo de un límite o excepción obras o prestaciones que sí son accesibles por el público o cuyos titulares puedan tener intención de comercializar en el futuro. También merece una especial atención en las legislaciones de los Estados miembros la definición del esfuerzo razonable que se ha de desplegar en la comprobación de la indisponibilidad de una obra o prestación, así como el régimen de atribución de responsabilidades por esta tarea. Además, se tendrán que adoptar a nivel nacional unas medidas de publicidad adecuadas, que garanticen que los titulares de derechos puedan excluir sus obras o prestaciones del sistema de concesión de licencias o límite/excepción. Los mecanismos de exclusión también han de ser ágiles y no deben imponerse a los titulares unos esfuerzos o requisitos excesivos.

El conjunto de Estados miembros debería tener en cuenta que las divergencias en aspectos tales como la consideración de la representatividad de las entidades de gestión licenciantes, la determinación de la condición de OPFCC o el diseño de los mecanismos de publicidad y exclusión pueden restar seguridad jurídica. En la búsqueda de un mercado único digital, el establecimiento de normas y criterios diferentes entre los Estados miembros no beneficia a nadie.

Por tanto, queda mucho trabajo por hacer para lograr que las medidas a través de las que se pretende un mayor acceso a OPFCC logren la finalidad prevista, garantizando, a la vez, un elevado nivel de protección a los autores y otros titulares de derechos.

29 Como señalan Geiger C., Frosio G., Bulayenko O., «*Facilitating Access...*» (p. 249. párrafo 30).

30 Artículo 13 de la Directiva 2014/26/UE.