

# CONSERVACIÓN Y DIFUSIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL<sup>1</sup>

M<sup>a</sup> Teresa Carrancho Herrero

Catedrática de Derecho Civil

**SUMARIO:** 1.- CONSIDERACIONES GENERALES. 2.- CONTENIDO DE LA DIRECTIVA. 3.- CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL. 3.1.- BENEFICIARIOS DE LA EXCEPCIÓN PARA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL. 3.2.- QUÉ SE ENTIENDE POR PATRIMONIO CULTURAL. 3.3.- OBRAS Y OTRAS PRESTACIONES QUE SE ENCUENTRAN DE FORMA PERMANENTE EN LAS COLECCIONES. 3.4.- ALCANCE DE LA EXCEPCIÓN. LA COPIA DE OBRAS U OTRAS PRESTACIONES. REQUISITOS. 3.5. DISPOSICIONES COMUNES. 4.- OBRAS FUERA DE CIRCUITO COMERCIAL. 4.1.- CONCEPTO DE OBRA FUERA DE CIRCUITO COMERCIAL. 4.2.- EL CONTRATO DE LICENCIA. 4.2.1.- Requisitos de la licencia. 4.2.2.- Usos permitidos. 4.3.- LA EXCEPCIÓN. 4.4.- EL REQUISITO DE HALLARSE DE FORMA PERMANENTE EN LA COLECCIÓN DE LA INSTITUCIÓN LAS OBRAS Y OTRAS PRESTACIONES. 4.5.- DERECHO DE EXCLUSIÓN. 4.6.- EXCLUSIÓN DE OBRAS U OTRAS PRESTACIONES DE TERCEROS PAÍSES. 5.- USOS TRANSFRONTERIZOS Y PUBLICIDAD. BIBLIOGRAFÍA.

## 1.- CONSIDERACIONES GENERALES

En la Unión Europea se han puesto en marcha diversas iniciativas tendentes a lograr una mayor difusión en línea de nuestro patrimonio cultural. Este ambicioso objetivo se encuentra con problemas relativos al derecho de autor, en particular, respecto de las obras huérfanas y las obras descatalogadas o fuera de circuito comercial, por las dificultades que plantea la obtención de la autorización de los titulares de derechos.

Muchos han sido los documentos elaborados con propuestas en esta materia. Sin ánimo de exhaustividad se va a hacer referencia a los que pueden considerarse de entidad en la materia que nos ocupa, para presentar los objetivos propuestos, los principios que los informan y las dificultades que ya señalan nos encontraremos para su puesta en práctica.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Propiedad intelectual y *Open Data* en la Universidad: intersección entre propiedad intelectual, reutilización de la información del sector público y la protección de datos” DER2016-75709-R (MINECO/FEDER/UE) del que es investigadora principal Raquel de Román, y se ha publicado en 2020 por la editorial Comares como parte de la monografía “Información en abierto y propiedad intelectual en la Universidad”.

La denominada i2010, bibliotecas digitales, se centró en el patrimonio cultural, y se propuso como objetivo conseguir que los recursos de información europeos resulten más fáciles e interesantes de utilizar en línea<sup>2</sup>.

Se indica y así es en la práctica, que la digitalización plantea dificultades financieras, organizativas –no duplicar el trabajo de digitalización- técnicas y jurídicas, pues digitalizar implica copiar, por lo que para ofrecer obras que no se encuentren en el dominio público resulta preciso modificar la normativa sobre derecho de autor.

La agenda digital para Europa fue concebida como una de las siete iniciativas emblemáticas de la Estrategia Europa 2020 adoptada por la Comisión. Para garantizar un entorno digital seguro, abierto e imparcial, la Comisión había elaborado la Estrategia para el Mercado Único Digital -6 de mayo de 2015-, que se estructura en torno a tres pilares básicos: mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios digitales en Europa, crear las condiciones adecuadas para el éxito de los servicios y las redes digitales, y aprovechar al máximo el potencial de crecimiento de la economía digital.

Se considera que lograr un mercado único digital permitirá que Europa mantenga su posición de líder mundial en la economía digital, lo que ayudará a las empresas europeas a crecer a escala mundial, puesto que la economía mundial se está convirtiendo rápidamente en digital. Se indica que las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) ya no son un sector específico, sino el fundamento de todos los sistemas económicos innovadores modernos.

Por lo que nos interesa en este estudio se dice que hay que lograr un mejor acceso a los contenidos digitales y un marco europeo moderno de los derechos de propiedad intelectual. Los derechos de propiedad intelectual propician la creatividad y la industria cultural en Europa... Los contenidos digitales son uno de los principales motores de crecimiento de la economía digital. El 56% de los europeos utilizan internet con fines culturales.

Este objetivo se enfrenta a la necesaria protección de los derechos de propiedad intelectual y en este sentido se manifiesta que un sistema de protección civil equilibrado y eficaz contra las infracciones a escala comercial de los derechos de propiedad intelectual es esencial para que se invierta en innovación y en creación de empleo... También deben tenerse en cuenta medidas para garantizar una remuneración justa de los creadores a fin de fomentar la futura generación de contenidos.

También se alude a la necesaria armonización del régimen de derechos de propiedad intelectual en Europa, que ofrezca incentivos para la creación y la inversión, permitiendo al mismo tiempo la transmisión y el consumo de contenidos a través de las fronteras, sobre la base de nuestra gran diversidad cultural.

---

<sup>2</sup> Se especifica que las bibliotecas digitales son colecciones organizadas de contenidos digitales que se ponen a disposición del público, pueden contener materiales digitalizados –ejemplares de libros y otro material físico- o basarse en información producida directamente en línea en formato digital, de modo que la iniciativa cubre ambos supuestos, el material digitalizado y el digital desde su misma creación.

Se aborda el problema de las barreras para el acceso transfronterizo a servicios de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual y su portabilidad, especialmente en el caso de los programas audiovisuales.

Interesa asimismo destacar el contenido de las Conclusiones del Consejo, de 10 de mayo de 2012, sobre la digitalización y acceso en línea del material cultural y la conservación digital, en las que, entre otros aspectos, se subraya:

- La idea subyacente de trabajar con todos los interlocutores pertinentes para evitar un “vacío del siglo XX” en el material accesible a través de Europeana, y la necesidad de ofrecer a través de este sitio más material protegido por derechos de autor. Esta última afirmación incluye dentro del patrimonio cultural las obras actuales, la cuestión es si se refiere a todas o solo a las que conforme a cada legislación puedan considerarse incluidas en el patrimonio cultural.
- La necesidad de fomentar activamente los acuerdos voluntarios sobre digitalización a gran escala y oferta en línea de obras que estén fuera del circuito comercial y de adoptar las medidas necesarias para brindar la seguridad jurídica requerida en un contexto nacional y transfronterizo.
- Que la digitalización y el acceso en línea del patrimonio cultural europeo deberían realizarse con pleno respeto de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

En cuanto a las actuaciones prioritarias que se recogen en las Conclusiones del Consejo, en el apartado 3, Mejorar las condiciones marco para el acceso en línea y el uso de material cultural mediante las siguientes actuaciones:

- Garantizar que, en principio, el material de dominio público siga siendo de dominio público después de la digitalización, dentro del pleno respeto a los derechos de propiedad intelectual e industrial.
- Fomentar los acuerdos voluntarios y otros mecanismos que faciliten la digitalización y el acceso en línea de obras que estén fuera del circuito comercial.

El Informe del Comité de Sabios, El Nuevo Renacimiento –10 de enero de 2011-, ya se refería a las obras fuera de circulación y recomendaba ponerlas en línea en las instituciones culturales, igual que las obras huérfanas, en razón de que forman parte del patrimonio cultural.

Por su parte, la Recomendación de la Comisión de 27 de octubre de 2011, sobre digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital, enumera los proyectos presentados hasta ese momento, recomienda a los Estados miembros un paquete de medidas actualizado para la digitalización y puesta en línea del patrimonio cultural, y para la conservación digital, para que los beneficios culturales y económicos del cambio digital se materialicen también en Europa.

En la Recomendación se recogen las cuestiones básicas en materia de digitalización, sus objetivos, la forma en que se puede utilizar el material digitalizado y otras cuestiones de las que cabe destacar las siguientes afirmaciones: La accesibilidad en línea del material cultural permite que los ciudadanos de Europa accedan a él y lo utilicen para su ocio, sus estudios o su trabajo; las instituciones culturales europeas podrán llevar a cabo su misión de dar acceso a nuestro patrimonio y de conservarlo en el entorno digital. Este material

digitalizado podrá usarse, sea con fines comerciales o no comerciales, siempre que respeten plenamente los derechos de autor y otros derechos afines. Se considera que las entidades privadas que colaboren en la digitalización puedan usar con preferencia el material digitalizado, pero con plazos. El Comité de Sabios fija en 7 años este plazo. En cualquier caso en lo que no se puede caer es en que estos usos preferentes dificulten cuando no impidan el acceso al material digitalizado por parte de los ciudadanos, de modo que se pierda la finalidad que justifica la digitalización, el acceso de los ciudadanos a la cultura.

Alude a la propuesta de Directiva de obras huérfanas y, por lo que aquí interesa, indica que con el objetivo de digitalizar a gran escala obras fuera de comercio, los Estados miembros necesitarán respaldo legislativo en relación con los mecanismos de concesión de licencias, y la necesidad de garantizar un efecto transfronterizo. Se deben facilitar acuerdos sobre la digitalización de todo el material fuera de comercio posible. En relación con la digitalización y la accesibilidad en línea del material protegido por derechos de autor recomienda que mejoren las condiciones de digitalización y la accesibilidad en línea del material protegido por derechos de autor, creando un marco jurídico que respalde los mecanismos de concesión de licencias que las partes interesadas hayan determinado y acordado sobre la digitalización a gran escala y la accesibilidad transfronteriza de las obras fuera de comercio.

La Recomendación incluye un Anexo con los principios que deben presidir las asociaciones público-privadas para la digitalización del material cultural.

La Carta del dominio público de EUROPEANA, se centra en el dominio público, por lo que no es objeto del presente trabajo, no obstante deben tomarse en consideración sus principios, pues termina diciendo que su objeto es, “por consiguiente, poner de manifiesto, ante los proveedores de contenido, las autoridades responsables y el público en general, la idea en que se basan Europea y European Foundation: el deseo de fortalecer el concepto de dominio público en el mundo digitalizado. Y para alcanzar este objetivo, es fundamental que todo ciudadano tenga una visión clara y actualizada de este esencial recurso”.

Late en estos documentos y en la normativa que se va a exponer el núcleo esencial del tema, resolver la tensión entre el libre acceso a la cultura y la explotación económica de la cultura, que exige, entiendo, una contraprestación para los titulares de derechos, que no queda claro que se requiera en todo caso en los textos que abordan la materia.

La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital aborda la cuestión relativa a la conservación y difusión – digitalizar y difundir- del patrimonio cultural por parte de las instituciones responsables de patrimonio cultural.

En el contexto de la propuesta de Directiva, incluido en su Exposición de Motivos, se indicaba que la evolución de las tecnologías digitales ha transformado la manera en que se crean, producen, distribuyen y explotan las obras y otras prestaciones protegidas por el derecho de autor, se han intensificado los usos transfronterizos y han surgido nuevas oportunidades para que los consumidores puedan acceder a contenidos protegidos. Ello llevó a considerar que las excepciones y limitaciones a los derechos de autor y derechos afines, si bien estaban armonizadas en la Unión Europea, quizá no resultaran adecuadas para hacer frente a esos nuevos tipos de usos, y, en particular, para lograr un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los autores y otros titulares de derechos, por

una parte y los usuarios, por otra. En este contexto la Comisión identificó tres ámbitos de actuación: usos digitales y transfronterizos en la educación, minería de textos y datos en el campo de la investigación científica y el que nos interesa en este trabajo, la conservación y difusión del patrimonio cultural.

Además, los límites previstos en las Directivas vigentes para la posible digitalización de obras no eran obligatorios y, por tanto, tenían desarrollo diverso en los países miembros, y eso dificultaba el logro de los objetivos propuestos.

En el apartado relativo a la evaluación de impacto, en el que se valoraron las distintas opciones, se indicaba respecto a la conservación del patrimonio cultural “que la opción 1 consistía en facilitar a los Estados miembros orientaciones acerca del funcionamiento de la excepción aplicable a actos específicos de reproducción con fines de conservación; esa opción se descartó por considerarse insuficiente para lograr la seguridad jurídica en este ámbito; se eligió la opción 2, consistente en una excepción obligatoria con fines de conservación por parte de instituciones de patrimonio cultural”.

Estas siguen siendo las bases sobre las que se asienta la Directiva sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, tal como se desprende de sus considerandos.

Por otra parte, la Directiva trata en particular, como ya apuntaba SERRANO GÓMEZ, de favorecer “que los particulares puedan hacer efectivo el acceso transfronterizo, es decir, sin barreras geográficas, a las obras y creaciones protegidas sin que el lugar en el que se encuentren pueda derivar en limitaciones o restricciones en comparación con otras ciudades europeas”<sup>3</sup>, cuestión que también afecta a al contenido del presente trabajo.

Esta apretada síntesis de los antecedentes de la Directiva y de otros documentos relacionados con la protección y difusión del patrimonio cultural europeo permite vislumbrar el objetivo último que se persigue, que no es otro que el de favorecer el acceso a la cultura, ahora bien, hay que tener presente como ya he indicado en otro trabajo sobre esta cuestión<sup>4</sup>, que se trata de conjugar la protección de los creadores y los incentivos a la creación con el acceso a la cultura de todos los ciudadanos que incluye el acceso a los contenidos protegidos.

Procede ahora presentar los aspectos de los Considerandos de la Directiva que guardan relación directa con los dos temas que se abordan en el trabajo, la conservación del patrimonio cultural y la difusión de las obras fuera de circuito comercial, como al final se han acabado denominando en la Directiva.

En primer término se señala que las directivas que se han adoptado hasta el momento en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines garantizan un elevado nivel de protección a los titulares de derechos, facilitan la obtención de derechos y establecen un

---

<sup>3</sup> SERRANO GÓMEZ, E. *El derecho de autor en la era digital. A propósito de la propuesta de Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital* en Problemas actuales de Derecho de la Propiedad Industrial. VIII Jornada de Barcelona de la Propiedad Industrial, Ed. Tecnos, Madrid 2018, p. 214. El autor analiza una serie de medidas destinadas a la modernización y adaptación de las normas de propiedad intelectual a la era y mercado digitales, en concreto, medidas para la eliminación de barreras en el acceso transfronterizo a contenidos protegidos, medidas para fomentar la concesión de licencias y la adaptación de las excepciones y límites a los entornos digital y transfronterizo.

<sup>4</sup> *Contenidos digitales e instituciones culturales* en Medios de comunicación, contenidos digitales y derecho de autor, Reus, Madrid, 2019, pp. 175-218.

marco para la explotación de obras y otras prestaciones protegidas, y que el marco jurídico armonizado contribuye al buen funcionamiento del mercado interior y estimula la innovación, la creatividad, la inversión y la producción de nuevos contenidos, también en el entorno digital. Y sobre todo que “La protección que depara este marco jurídico también contribuye al objetivo de la Unión de respetar y promover la diversidad cultural, situando al mismo tiempo en primer plano el patrimonio cultural común europeo”-Considerando 2-.

Se recuerda que la rápida evolución tecnológica transforma sin cesar la manera en que se crean, producen, distribuyen y explotan las obras y otras prestaciones, por lo que la legislación aplicable debe mantener un carácter estable frente a futuras innovaciones, de forma que no limite el desarrollo tecnológico –debería decir también que no se limite la creatividad tecnológica- y se protejan adecuadamente los derechos de los autores. Señala que si bien los objetivos y principios establecidos en el marco de la Unión en materia de derechos de autor siguen siendo sólidos, persiste cierta inseguridad jurídica, tanto para los titulares de derechos como para los usuarios, en lo que se refiere a determinados usos en el entorno digital. La Directiva establece normas para adaptar determinadas excepciones y limitaciones a los derechos de autor y derechos afines en entornos de carácter digital y transfronterizo, así como medidas destinadas a facilitar determinadas prácticas de concesión de licencias en lo que respecta en particular, pero no solamente, a la difusión de obras y otras prestaciones que están fuera del circuito comercial y la disponibilidad en línea de obras audiovisuales en plataformas de vídeo a la carta con miras a garantizar un mayor acceso a los contenidos. Asimismo, contiene normas para facilitar el uso de contenidos en el dominio público<sup>5</sup>-Considerando 3-.

Otro aspecto que se pone de manifiesto es que en los ámbitos de la investigación, la educación y la conservación del patrimonio cultural, las tecnologías digitales permiten nuevos tipos de usos que no están claramente enmarcados por las normas vigentes de la Unión sobre excepciones y limitaciones, por lo que resulta preciso adaptar la normativa vigente. Y, por otra parte, que el carácter optativo de las excepciones y limitaciones establecidas en las Directivas 96/9/CE, 2001/29/CE y 2009/24/CE en esos ámbitos pueden afectar negativamente al funcionamiento del mercado interior, especialmente en el caso de los usos transfronterizos, que ocupan un lugar cada vez más importante en el entorno digital. Por consiguiente, se considera que resulta necesario evaluar de nuevo en función de esos nuevos usos las excepciones y limitaciones vigentes establecidas por el Derecho de la Unión que sean pertinentes para la investigación científica, la enseñanza y la conservación del patrimonio cultural. Vuelve a insistir en que resulta conveniente establecer excepciones o limitaciones obligatorias con respecto a los usos de tecnologías de minería de textos y datos, la ilustración con fines educativos en el entorno digital y la conservación del patrimonio cultural –Considerando 5-<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> El Considerando continua diciendo que “A fin de lograr un funcionamiento correcto y equitativo del mercado de los derechos de autor, también deberían existir normas sobre los derechos de edición, sobre el uso de obras u otras prestaciones por parte de los prestadores de servicios en línea que almacenan y facilita acceso a los contenidos cargados por los usuarios, sobre la transparencia de los contratos de autores y artistas intérpretes o ejecutantes, y sobre la remuneración de autores y artistas intérpretes o ejecutantes, así como un mecanismo que permita revocar los derechos que los autores y artistas intérpretes o ejecutantes hayan cedido de forma exclusiva”.

<sup>6</sup> Se indica, también, que se deben seguir aplicando las excepciones y limitaciones vigentes establecidas en el Derecho de la Unión, también a la minería de textos y datos, a la educación y a las actividades de conservación, siempre que no limiten el ámbito de aplicación de las excepciones o limitaciones

Se recuerda algo esencial en el Considerando 6, que las excepciones y limitaciones tienen por objeto lograr un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los autores y otros titulares de derechos, por una parte, y los usuarios, por otra. Únicamente pueden aplicarse en determinados casos especiales que no sean incompatibles con una explotación normal de las obras u otras prestaciones y no perjudiquen injustificadamente a los intereses legítimos de los titulares de derechos.

Respecto de la conservación de sus colecciones para las generaciones futuras por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural, en el Considerando 25 se indica que un acto de conservación de una obra u otra prestación de la colección de una institución responsable del patrimonio cultural puede requerir la reproducción y, en consecuencia, requerir la autorización de los titulares de los derechos correspondientes. Para hacer frente a los nuevos desafíos que plantean las tecnologías digitales y a las nuevas vías que ofrecen para la conservación del patrimonio cultural se hace necesario adaptar la legislación de manera que se ofrezca solución a la necesidad de reproducción con el objetivo de preservar el patrimonio cultural<sup>7</sup>.

En relación con lo anterior en el Considerando 27 se expone que los Estados miembros deben establecer una excepción por la que se autorice a las instituciones de patrimonio cultural a reproducir obras y otras prestaciones que se hallen con carácter permanente en sus colecciones con fines de conservación, por ejemplo para hacer frente a la obsolescencia tecnológica o la degradación de los soportes originales, o para asegurar dichas obras y otras prestaciones. Cabe destacar que el considerando precisa que Los actos de reproducción llevados a cabo por las instituciones responsables del patrimonio cultural con fines distintos de la conservación de las obras y otras prestaciones que se hallen en sus colecciones permanentes deben seguir sometidos a la autorización de los titulares de derechos, a menos que estén autorizados por otras excepciones o limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión.

El considerando 28 admite que, probablemente, Las instituciones responsables del patrimonio cultural no disponen de los medios o los conocimientos técnicos para llevar a cabo por sí mismas los actos necesarios para conservar sus colecciones, por lo que deben poder recurrir a la ayuda de otras instituciones culturales y otros terceros a tal fin. Por consiguiente, al amparo de esta excepción se debe autorizar a las instituciones responsables del patrimonio cultural a recurrir a terceros que actúen en su nombre y bajo su responsabilidad, incluidos los establecidos en otros Estados miembros, para la realización de copias. Esto debería haberse incluido en el artículo

---

obligatorias establecidas en la presente Directiva, que los Estados deben transponer a su Derecho interno. Procede modificar las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. (Antes decía: Los usos no cubiertos por las excepciones o la limitación previstas en la presente Directiva deben seguir sujetos a las excepciones y limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión. Procede adaptar las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE).

<sup>7</sup> En el Considerando 26 se llama la atención sobre el hecho de que la existencia de diversos planteamientos adoptados por los Estados miembros con respecto a los actos de conservación de las instituciones de patrimonio cultural dificulta la cooperación transfronteriza, la puesta en común de los medios de conservación y el establecimiento de redes de conservación transfronteriza por esas instituciones en el mercado interior, dando lugar a un uso ineficiente de los recursos. Se dice que esta circunstancia puede repercutir negativamente en la conservación del patrimonio cultural.

6 de la Directiva, pero no se ha hecho así. Además tendría que haberse establecido el marco y los límites de esta colaboración<sup>8</sup>.

En la propuesta de Directiva se introdujo un párrafo 1 bis al artículo 5 -actual artículo 6-, en el que se decía que “Cuando una institución del patrimonio cultural encargue a un tercero –también en el caso de que esté establecido en otro Estado miembro- que lleve a cabo bajo su propia responsabilidad un acto de reproducción o digitalización a los fines previstos en el primer párrafo, se considerará que la excepción a que se refiere el primer párrafo es aplicable a dicho acto de reproducción o digitalización, siempre y cuando todas las copias realizadas de las obras u otras prestaciones se devuelvan a la institución de patrimonio cultural demandante o se destruyan. Será inaplicable toda disposición contractual contraria a la excepción prevista en el primer párrafo”. Puede que este texto fuera mejorable, pero lo cierto es que dejaba claro que los terceros que colaboren con las instituciones responsables del patrimonio cultural no pueden beneficiarse en modo alguno de las copias que realizan, son un mero instrumento para la consecución del fin perseguido por la norma, que únicamente considera beneficiarias de la excepción a aquéllas.

En cuanto a las obras fuera de circuito comercial, que es el otro aspecto que se aborda en el trabajo, cabe citar el contenido del Considerando 30 en el que se señala que las instituciones responsables del patrimonio cultural han de contar con un marco claro para la digitalización y difusión, en particular a través de las fronteras, de las obras u otras prestaciones que se consideran fuera del circuito comercial a efectos de la presente Directiva. No obstante, dadas las especiales características de las colecciones de obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial, a lo que se añade el volumen de obras y otras prestaciones incluidas en proyectos de digitalización a gran escala, puede resultar extremadamente difícil obtener la autorización previa de los titulares de derechos individuales. Ello puede deberse, por ejemplo, a la antigüedad de las obras u otras prestaciones, a su limitado valor comercial o al hecho de que nunca estuvieron destinadas a usos comerciales o nunca se explotaron comercialmente. Por consiguiente, es necesario establecer medidas para facilitar determinados usos de obras y otras prestaciones que están fuera del circuito comercial y se encuentran de forma permanente en las colecciones de instituciones responsables del patrimonio cultural<sup>9</sup>.

El régimen de las obras fuera de circuito comercial es complejo y se regula al margen del relativo a la reproducción para la conservación.

Desde la perspectiva económica, el Considerando 40 dice que dado que los proyectos de digitalización a gran escala pueden suponer inversiones considerables a las instituciones de patrimonio cultural, las licencias concedidas en el marco de los mecanismos previstos en la presente Directiva no han de impedir que generen ingresos suficientes para cubrir los costes de la licencia y los costes de digitalización y difusión de las obras y otras prestaciones amparadas por la licencia. Este aspecto no se refleja en los preceptos que se van a analizar. Seguramente los Estados miembros puedan

---

<sup>8</sup> A estas asociaciones público-privadas cabe aplicarles los principios previstos en el Anexo I de la Recomendación de 2011 a los que se acaba de hacer referencia.

<sup>9</sup> Antes este último párrafo decía: la concesión de licencias de derechos sobre obras que están fuera del circuito comercial y se encuentran en las colecciones de instituciones de patrimonio cultural y, de este modo, hacer posible la celebración de acuerdos con efectos transfronterizos en el mercado interior.

establecer alguna previsión en este sentido, siempre y cuando no se perjudique la normal explotación de las obras.

## **2.- CONTENIDO DE LA DIRECTIVA**

El artículo 1.1 dispone que “La presente Directiva establece normas destinadas a armonizar del Derecho de la Unión aplicable a los derechos de autor y derechos afines en el marco del mercado interior, teniendo especialmente en cuenta los usos digitales y transfronterizos de los contenidos protegidos. Establece asimismo normas sobre excepciones y limitaciones a los derechos de autor y derechos afines, sobre facilitación de licencias, así como normas destinadas a garantizar el correcto funcionamiento del mercado de explotación de obras y otras prestaciones”.

El número 2 del precepto dispone que “Salvo en los casos mencionados en el artículo 24<sup>10</sup>, la presente Directiva dejará intactas y no afectará en modo alguno a las

---

<sup>10</sup> Art. 24.- *Modificación de las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE*

1.- La Directiva 96/9/CE se modifica como sigue:

a) en el artículo 6, apartado 2, la letra b) se sustituye por el texto siguiente:

b) “cuando el uso se haga únicamente a efectos de ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que indique la fuente y en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga, sin perjuicio de las excepciones y limitaciones establecidas en la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo (de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE –o sea la presente Directiva-.

a) en el artículo 9, la letra b) se sustituye por el texto siguiente:

b) “cuando se trate de una extracción a efectos de ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que indique la fuente y en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga, sin perjuicio de las excepciones y limitaciones establecidas en la Directiva (UE) 2019/790,

2.- La Directiva 2001/29/CE se modifica como sigue:

a) En el artículo 5, apartado 2, la letra c) se sustituye por el texto siguiente:

“c) en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan por objeto obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto, sin perjuicio de las excepciones y limitaciones previstas en la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo –o sea la presente Directiva-”

b) en el artículo 5, apartado 3, la letra a) se sustituye por el texto siguiente:

a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida, sin perjuicio de las excepciones y limitaciones establecidas en la Directiva (UE) 2019/790.

c) en el artículo 12, apartado 4, se añaden las siguientes letras:

e) examinar las repercusiones de la transposición de la Directiva (UE) 2019/790 en el funcionamiento del mercado interior y señalar las dificultades de transposición que puedan surgir;

disposiciones vigentes establecidas en las Directivas actualmente en vigor en la materia, en particular las Directivas 96/9/CE, 2000/31/CE<sup>11</sup>, 2001/29/CE, 2006/115/CE, 2009/24/CE, 2012/28/UE y 2014/26/UE”.

Antes de iniciar el análisis de la Directiva en lo relativo a las excepción introducida para la conservación del patrimonio cultural y el uso de obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural, que son las que se van a abordar, procede volver a insistir en que el Considerando 6 recuerda que las excepciones y limitaciones tienen por objeto lograr un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los autores y otros titulares de derechos, por una parte, y los usuarios, por otra. Únicamente pueden aplicarse en determinados casos especiales que no sean incompatibles con una explotación normal de las obras u otras prestaciones y no perjudiquen injustificadamente a los intereses legítimos de los titulares de derechos.

Puesto que se van a analizar límites o excepciones al derecho de autor, y en relación con esta última exigencia del Considerando 6, procede traer a colación la denominada regla de los tres pasos, que se recoge en nuestro derecho en el artículo 40 bis LPI, en el que se dispone que “los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”, de modo que se establece el límite a los límites<sup>12</sup>.

La tutela del acceso a la cultura<sup>13</sup> informa muchos de los límites establecidos al derecho de propiedad intelectual, incluidos los de la Directiva que nos ocupa. El artículo 40 LPI, cuya rúbrica es precisamente esta “la tutela del derecho de acceso a la cultura” es el último de los artículos dedicados a los límites, que no afecta a los derechos de explotación sino a un derecho moral, el de divulgación. El precepto limita el derecho de las personas legitimadas para decidir sobre la no divulgación de la obra en aras a la protección de la cultura<sup>14</sup>.

---

f) facilitar el intercambio de información sobre los aspectos pertinentes de la evolución de la legislación y la jurisprudencia, así como sobre la puesta en práctica de las medidas adoptadas por los Estados miembros para aplicar la Directiva (UE) 2019/790:

g) examinar cualquier otro asunto relacionado con la aplicación de la Directiva (UE) 2019/790.

<sup>11</sup> Esta Directiva no se mencionaba en la propuesta.

<sup>12</sup> XIOL RÍOS *La regla de los tres pasos en la jurisprudencia española* en Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual, coordinador Xavier O’Callaghan, Dykinson, Madrid, 2011, p. 373, entiende que la regla de los tres pasos “se formula como una regla dirigida al legislador para establecer los límites dentro de los cuales pueden establecerse excepciones al derecho de explotación del autor.

<sup>13</sup> El Derecho de acceso a la cultura se encuentra recogido en el artículo 44.1 de la Constitución. Sobre su alcance en relación con el derecho de divulgación en general y en particular de los causahabientes del autor puede consultarse VEGA VEGA, J.A. *Derecho de los causahabientes a la no divulgación de la obra y vulneración, mediante su ejercicio, del derecho de acceso a la cultura. El artículo 44.1 de la Constitución y el artículo 40 LPI* en Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites, Reus, Madrid, 2019, pp. 81-127.

<sup>14</sup> El precepto plantea muchas cuestiones que no procede analizar ahora, pero sí quiero señalar la relativa al problema que se plantea en relación al supuesto en el que el autor expresamente hubiera optado por la no divulgación de su obra, si se debe respetar su voluntad; mientras vive la obra no se divulga si es esa su decisión, puede obviarse su decisión una vez fallecido? A este respecto PÉREZ DE CASTRO, N. *¿El derecho de acceso a la cultura es un límite?* en Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual, coordinador Xavier O’Callaghan, Dykinson, Madrid, 2011, p. 359, indica que “no creo que

A este respecto resulta interesante la reflexión de PÉREZ DE CASTRO, que se pregunta si el derecho a la cultura es un límite, y ese es precisamente el título de su trabajo, en el que tras afirmar que la noción de cultura puede resultar inaprensible indica que “Las creaciones intelectuales forman parte de esa cultura: la novela, la obra de teatro, la música, la obra cinematográfica, el videojuego, etc, y todos estos supuestos, junto con otros, son propiedad intelectual”, ...y continúa diciendo “Porque ese podría ser precisamente el error que tiende a cometerse cuando se juzga el derecho de autor a la luz de internet: confundir información con conocimiento, conocimiento con obra intelectual, información con cultura”<sup>15</sup>. También ROGEL cuestiona que el derecho a la cultura se considere suficiente para justificar las inmisiones de toda índole en los derechos de los autores<sup>16</sup>.

### 3.- CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

Una de las excepciones obligatorias que se recogen en la Directiva va dirigida a la conservación del patrimonio cultural, como ya se ha indicado, de la que son beneficiarias las que la Directiva denomina instituciones responsables del patrimonio cultural. La finalidad de la excepción es la conservación del patrimonio cultural, facilitando la tarea de las instituciones que guardan en sus colecciones la mayor parte de las expresiones culturales de todos los tiempos y de muchos países. DREIDER considera a los museos instituciones de la memoria cultural y expone que “si se concibe Europa no sólo como una simple unión económica, sino tomando en serio su dimensión cultural, es entonces necesario adaptar el contexto legal actual, todavía ligado al modelo analógico, a las posibilidades de la tecnología digital en beneficio de museos, bibliotecas y archivos, y, en consecuencia, en beneficio de los ciudadanos de la Unión Europea en general”<sup>17</sup>.

A este respecto, el artículo 6 de la Directiva dispone que Los Estados miembros establecerán una excepción a los derechos previstos en el artículo 5, letra a), y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE, el artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE, el artículo 4, apartado 1, letra a) de la Directiva 2009/24/CE y el artículo 15, apartado 1, de la presente Directiva con el fin de permitir a las instituciones responsables del patrimonio cultural efectuar copias de las obras u otras prestaciones

---

puedan incardinarse en el artículo 40 los casos en los que el autor manifestó expresamente, en vida o a través de testamento, su voluntad de no dar a conocer su obra. En estos supuestos, puede entenderse que el derecho de divulgación ha sido ejercido por aquel. La determinación de no dar a conocer la obra proviene de la voluntad del autor. Si ello es así habrá que esperar a que finalice el plazo de protección establecido por la ley (70 años post mortem) para que la obra inédita entre en el dominio público y aplicar el supuesto del artículo 41”.

<sup>15</sup> PÉREZ DE CASTRO, N. *¿El derecho de acceso ...cit.*, p. 353. Trae a colación la reflexión de A. Castán: *Es una desgracia que la información haya reemplazado a la cultura.*

<sup>16</sup> ROGEL VIDE, C. *Bibliotecas, propiedad intelectual, límites de ésta y límites de tales límites* en Estudio de los límites a los derechos de autor desde una perspectiva de Derecho comparado, Reus, Madrid, 2017, p. 16, señala el autor que “lo que está en la Red, llega a decirse, es de todos, añadiéndose que los internautas –épica denominación asignada a los más prosaicos y simples usuarios de la sociedad de la información- a todo tienen derecho en base a un pretendido derecho a la cultura, mezclado con la libertad de información mal entendida, a posta, a la propiedad intelectual, que se dice retrógrada y de tiempos pretéritos, no debe oponerse en modo alguno, independientemente de que la dicha información, circulante libremente, genere notables beneficios para empresas de la más diversa índole...”.

<sup>17</sup> DREIDER, T. *Museos, bibliotecas y archivos: acerca de la necesidad de ampliar los límites al derecho de autor*, Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor, Tomo XXXII, Marcial Pons, 2012, p. 89.

que se hallen de forma permanente en sus colecciones, en cualquier formato y en cualquier soporte, con la finalidad –se suprime el calificativo de única de la propuesta– de conservar tales obras u otras prestaciones y en la medida necesaria para esa conservación. Puede decirse que no autoriza otros usos, y no permite la puesta a disposición del público de las copias, es decir, no parece que admita la difusión, que podrá llevarse a cabo a través de otros límites o excepciones, pero no al amparo del que nos ocupa.

Tampoco el acceso a los investigadores, aunque lo cierto es que en nuestro derecho interno, amparados por el contenido de otras Directivas, contamos con límites que permiten acceder a los fondos de museos, bibliotecas y archivos, con fines de investigación.

En el artículo no se alude a la reproducción con fines de restauración, aunque podría entenderse comprendida en la finalidad de conservación. En una de las enmiendas introducidas en la propuesta de Directiva se aludía a la preservación del material cultural, lo que permitía entender comprendida la restauración.

La redacción del precepto es muy similar a la de la propuesta en sus sucesivas redacciones. Se ha suprimido, y puede tener interés práctico, el calificativo de única referido a la finalidad que debe de tener la realización de copias. En una de las modificaciones introducidas al texto inicial de la propuesta se añadió un inciso final en el que se indicaba “sin modificar las obras originales más allá de lo necesario para su preservación. Este párrafo se ha suprimido, seguramente con acierto, pues daba a entender que podían modificarse las obras, cosa que no cabe sin infringir el derecho del autor a la integridad de la obra; quizá quería referirse a la modificación que lleva implícita el cambio de formato, pero esto va de suyo al admitir la copia de las obras u otras prestaciones, pero es mejor que no se induzca a error sobre la posibilidad de modificación de la obra en otro sentido.

Antes de entrar en el análisis del precepto, se exponen las Directivas mencionadas, cuyo contenido se indica que se ve afectado por la excepción que establece el artículo 6. En los preceptos que se mencionan se reconocen derechos exclusivos a los autores y titulares de derechos para autorizar, entre otras cuestiones, la reproducción de sus obras, evidentemente la excepción va a permitir el derecho de las instituciones de patrimonio cultural para efectuar copias de las obras u otras prestaciones que se hallen en sus colecciones de forma permanente, respecto de estos derechos.

La Directiva 96/9 CE, sobre protección jurídica de las Bases de Datos en su artículo 1.1 dispone que “la presente Directiva se refiere a la protección jurídica de las bases de datos, sean cuales fueran sus formas”<sup>18</sup>. En su artículo 5<sup>19</sup>, dedicado a los Actos

---

<sup>18</sup> En el artículo 1.2 establece que “A efectos de la presente Directiva, tendrán la consideración de bases de datos las recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma”.

<sup>19</sup> El artículo 5 dispone que:

El autor de una base de datos tendrá el derecho exclusivo, respecto de la forma de expresión de dicha base susceptible de la protección de los derechos de autor, de realizar o autorizar:

a) la reproducción temporal o permanente, total o parcial, por cualquier medio y de cualquier forma;

b) la traducción, adaptación, reordenación y cualquier otra modificación;

sujetos a restricciones, en su letra a) alude a la reproducción temporal o permanente, total o parcial, por cualquier medio y de cualquier forma. Y en el apartado 1 de su artículo 7<sup>20</sup>, Objeto de protección, establece que: “Los Estados miembros dispondrán que el fabricante de la base de datos pueda prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta, evaluada cualitativa o cuantitativamente, cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo”.

La Directiva 2001/29, sobre Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y otros derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, dedica el Capítulo II a los derechos y excepciones, en su artículo 2 - Derecho de reproducción- dispone que: “Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta,

---

c) cualquier forma de distribución al público de la base de datos o de copias de la misma. La primera venta en la Comunidad de una copia de la base de datos por el titular del derecho o con su consentimiento extinguirá el derecho de control de las ventas sucesivas de dichas copias en la Comunidad;

d) cualquier forma de comunicación, exhibición o representación;

e) cualquier reproducción, distribución, comunicación, exhibición o representación al público de los resultados de los actos a que se refiere la letra b).

<sup>20</sup> El artículo 7 establece que:

1. Los Estados miembros dispondrán que el fabricante de la base de datos pueda prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta, evaluada cualitativa o cuantitativamente, cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo.

2. A efectos del presente capítulo se entenderá por:

a) «extracción» la transferencia permanente o temporal de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base de datos a otro soporte, cualquiera que sea el medio utilizado o la forma en que se realice;

b) «reutilización» toda forma de puesta a disposición del público de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base mediante la distribución de copias, alquiler, transmisión en línea o en otras formas. La primera venta de una copia de una base de datos en la Comunidad por el titular de los derechos o con su consentimiento extinguirá el derecho de control de las ventas sucesivas de dicha copia en la Comunidad.

El préstamo público no constituirá un acto de extracción o de reutilización.

3. El derecho contemplado en el apartado 1 podrá transferirse, cederse o darse en licencia contractual.

4. El derecho contemplado en el apartado 1 se aplicará con independencia de la posibilidad de que dicha base de datos esté protegida por el derecho de autor o por otros derechos. Además, se aplicará independientemente de la posibilidad de que el contenido de dicha base de datos esté protegido por el derecho de autor o por otros derechos. La protección de las bases de datos por el derecho contemplado en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de los derechos existentes sobre su contenido.

5. No se autorizará la extracción y/o reutilización repetida/s o sistemática/s de partes no sustanciales del contenido de la base de datos que supongan actos contrarios a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante de la base.

provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

- a) a los autores, de sus obras;
- b) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;
- c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;
- d) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;
- e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.

La última norma citada que requiere modificación es el artículo 4<sup>21</sup> de la Directiva 2009/24 sobre Protección jurídica de los programas de ordenador<sup>22</sup>, que recoge los Actos sujetos a restricciones, en su apartado 1<sup>23</sup> letra a) en la que se dice: La reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa de ordenador necesitan tal reproducción del mismo, estos actos estarán sujetos a la autorización del titular del derecho”.

Por último, el artículo 6 de la Directiva dispone que también debe establecerse una excepción por los Estados miembros a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 15 de esta Directiva, dedicado a la protección de las publicaciones de prensa en lo relativo

---

<sup>21</sup> Este artículo 4 dispone que: 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6, los derechos exclusivos del titular en el sentido del artículo 2 incluirán el derecho de realizar o de autorizar:

a) La reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa de ordenador necesitan tal reproducción del mismo, estos actos estarán sujetos a la autorización del titular del derecho;

b) la traducción, adaptación, arreglo y cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos, sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador;

c) cualquier forma de distribución pública, incluido el alquiler, del programa de ordenador original o de sus copias.

2. La primera venta en la Comunidad de una copia de un programa por el titular de los derechos o con su consentimiento, agotará el derecho de distribución en la Comunidad de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia del mismo.

<sup>22</sup> El artículo 1 establece el objeto de protección de la Directiva, en su número 1 dice que “De conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva, los Estados miembros protegerán mediante derechos de autor los programas de ordenador como obras literarias tal como se definen en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas. A los fines de la presente Directiva, la expresión <programas de ordenador> comprenderá su documentación preparatoria” y en el número 2 dice que “La protección prevista en la presente Directiva se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador”.

<sup>23</sup> El número 1 del artículo 4 establece que “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6, los derechos exclusivos del titular en el sentido del artículo 2 incluirán el derecho de realizar o de autorizar:

a los usos en línea<sup>24</sup>. Este aspecto es objeto de otro trabajo, por lo que únicamente se menciona, recordando que, como dice el artículo 6, la excepción tiene como fin la conservación del patrimonio cultural.

Procede precisar antes de entrar en el análisis del precepto, que la excepción que se analiza se aplica al patrimonio cultural que siga protegido por el derecho de autor, pues las obras que estén en el dominio público pueden digitalizarse siempre que se respeten los derechos morales de autoría e integridad de la obra<sup>25</sup>.

Brevemente hay que recordar que nuestra LPI en su artículo 41 regula las condiciones de utilización de las obras en dominio público, y señala que la extinción de los derechos de explotación de las obras determina su paso al dominio público y que las obras en dominio público pueden ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra, en los términos previstos en los apartados 3º y 4º del artículo 14. El primero establece el derecho a exigir el reconocimiento de la condición de autor de la obra, el segundo a exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación<sup>26</sup>.

### **3.1.- BENEFICIARIOS DE LA EXCEPCIÓN PARA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL**

Los beneficiarios de la excepción prevista en el artículo 6 son las entidades responsables del patrimonio cultural.

El concepto de institución responsable del patrimonio cultural se recoge en el art. 2, Definiciones, y en su número 3 establece que a efectos de la Directiva se entiende por institución responsable del patrimonio cultural, una biblioteca o un museo accesibles al público, un archivo o una institución responsable del patrimonio cinematográfico o sonoro<sup>27</sup>. La definición es la misma que se contenía en la propuesta de Directiva.

---

<sup>24</sup> El artículo 15 establece en su número 1 párrafo primero que “Los Estados miembros reconocerán a las editoriales de publicaciones de prensa establecidas en un Estado miembro –este requisito no estaba en la propuesta- los derechos establecidos en el artículo 2 y en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2001/29/CE para el uso en línea –antes decía digital- de sus publicaciones de prensa por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información”.

<sup>25</sup> Sobre esta cuestión que no se va a tratar aquí puede consultarse el interesante trabajo de NAVAS NAVARRO, S. *Integridad y transformación de obras que se encuentran en el dominio público. En torno a su apropiación en exclusiva por terceros* en *Derechos morales de los creadores. Características, ámbitos y límites*, Reus, Madrid, 2019, pp. 223 -251.

<sup>26</sup> El Considerando 53 se refiere a esta cuestión y señala que “La expiración del plazo de protección de una obra conlleva que esa obra pasa a ser de dominio público, así como la expiración de los derechos que concede a esa obra el Derecho de la Unión en materia de derechos de autor. En el ámbito de las artes visuales, la circulación de reproducciones fieles de obras de dominio público contribuye al acceso a la cultura y su fomento y al acceso al patrimonio cultural. En el entorno digital, la protección de tales reproducciones por medio de derechos de autor o derechos afines es incoherente con la expiración de la protección de las obras por derechos de autor. Además, las diferencias entre las normas nacionales en materia de derechos de autor por las que se rige la protección de esas reproducciones generan inseguridad jurídica y afectan a la difusión transfronteriza de obras de arte visual de dominio público. Algunas reproducciones de obras de arte visual de dominio público no deben por lo tanto estar protegidas por derechos de autor o derechos afines. Todo ello no debe impedir que las instituciones responsables del patrimonio cultural vendan reproducciones, tales como postales”.

<sup>27</sup> EVANGELIO LLORCA, R. *Estrategias de la Unión Europea para facilitar el uso de obras fuera de circuito comercial por instituciones de patrimonio cultural en el mercado único digital*, Pe-i Revista de

En los Considerandos de la Directiva se contienen especificaciones sobre las instituciones responsables del patrimonio cultural cuando abordan la excepción relativa a la minería de textos y datos, de la que también son beneficiarias las entidades responsables del patrimonio cultural, junto con los organismos de investigación<sup>28</sup>. Al plantear el tema de la conservación del patrimonio cultural ya no indica nada en cuanto al concepto de institución responsable del patrimonio cultural, por lo que cabe tomar como referencia aplicable a este supuesto lo que se indica respecto de la minería de textos y datos.

El Considerando 13 en relación con la excepción sobre minería de textos y datos de las que también son beneficiarias las instituciones responsables del patrimonio cultural, se dice que “Debe entenderse que las instituciones responsables del patrimonio cultural engloban las bibliotecas y los museos accesibles al público, independientemente del tipo de obras u otras prestaciones que tengan en sus colecciones permanentes, así como los archivos y las instituciones de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro. También debe entenderse que incluyen, entre otros, las bibliotecas nacionales y los archivos nacionales y, en lo que respecta a sus archivos y bibliotecas accesibles al público, los centros de enseñanza, los organismos de investigación y los organismos de radiodifusión del sector público”. Esta aclaración debería haberse incluido en la definición del artículo 2.

El artículo 2 exige que las bibliotecas o museos sean accesibles al público, aunque no indica cómo se entiende cumplido este requisito. No parece exigirlo en el caso de los archivos o las instituciones responsables del patrimonio cinematográfico o sonoro, tal como está redactada la definición de institución de patrimonio cultural.

En nuestro derecho interno, al regular el límite relativo al préstamo encontramos que, si bien el artículo 37.2 LPI no requiere que los establecimientos beneficiarios del límite sean accesibles al público, el requisito lo contempla el artículo 19.4 LPI y lo exige el R.D. 624/2014, por el que se Desarrolla el derecho de remuneración a los autores por los préstamos de sus obras realizados en determinados establecimientos accesibles al público, que como vemos incluso lo incluye en su título. Al analizar el requisito se entiende que excluye a aquellas instituciones a las que no se puede acceder con carácter general, aunque se puede admitir la exigencia de algún requisito de acceso. La biblioteca de una Universidad, por ejemplo, restringe el acceso a profesores, estudiantes y personal investigador, pero puede considerarse incluida, puesto que el requisito de acceso es acorde con la finalidad de la institución; además, se firman convenios que permiten el acceso a otros colectivos, porque colaboran con la institución, por ejemplo.

En el caso de la Directiva, puesto que el requisito de ser accesibles al público viene

---

Propiedad Intelectual, nº 60, 2018, p, 47, indica que se entienden incluidas las fonotecas, filmotecas, videotecas y mediatecas. Señala también la autora que la enumeración “no debe considerarse taxativa, de modo que si en un futuro apareciesen creaciones intelectuales expresadas en un soporte aún no conocido, y se creasen entidades encargadas de su archivo y custodia, con posibilidades de reproducción y puesta a disposición, deberían incluirse en la enumeración”.

<sup>28</sup> Sobre los organismos de investigación el Considerando 12 indica que abarcan una amplia variedad de entidades, por lo que resulta necesario disponer de una definición común de los beneficiarios de la excepción. Estos organismos, pese a su diversidad, suelen llevar a cabo sus actividades sobre una base no lucrativa o en el contexto de una misión de interés público reconocida por el Estado. Y señala que no han de considerarse organismos de investigación a los efectos de la presente Directiva aquellos organismos sobre los que las empresas comerciales tienen una influencia decisiva que les permite ejercer el control debido a situaciones estructurales tales como la calidad de sus accionistas o socios, lo cual puede dar lugar a un acceso preferente a los resultados de la investigación.

referido a las bibliotecas y museos debe entenderse en el sentido de acceso al público en general. No obstante, hay casos de bibliotecas, por ejemplo, que albergan incunables y obras únicas, estas segundas podrían tener derechos de autor vigentes, cuya conservación aconseja restringir las visitas, por lo que las restricciones no implicarían necesariamente la pérdida del requisito de ser accesibles al público, y, por tanto, quedarían incluidas en el ámbito de la presente Directiva.

En todo caso, no se entiende bien este requisito, al menos cuando se trata de preservar el patrimonio cultural, finalidad de interés público que va más allá del acceso a los fondos de estas instituciones, por lo que cabe preguntarse si una institución responsable del patrimonio cultural que no sea accesible al público, por razones justificadas, no podría digitalizar una obra aun cuando se encontrara en riesgo de destrucción o pérdida. Parece que una respuesta negativa carece, en principio, de sentido.

En cualquier caso si la falta de acceso es temporal, por obras de rehabilitación o reforma, por ejemplo, el requisito debe de considerarse cumplido.

Los archivos y las instituciones responsables del patrimonio cinematográfico o sonoro no tienen por qué ser accesibles al público, puesto que el precepto no lo exige respecto de ellas.

Estas instituciones responsables del patrimonio cultural, puesto que el precepto no indica nada respecto de su carácter, pueden ser públicas o privadas, autónomas o dependientes de una Universidad, por ejemplo. De hecho, las Universidades deberían haber quedado incluidas expresamente en el listado del artículo 2, puesto que en su mayor parte son titulares de bienes culturales que pueden seguir protegidos por el derecho de autor, que adquieren por distintos medios, incluida la adquisición de la titularidad de los resultados de la actividad del personal que presta servicio en la Universidad, cuestión ciertamente polémica<sup>29</sup>. Aunque están incluidas las bibliotecas, archivos y museos que dependan de una Universidad.

Cuando se establecen límites al derecho de autor, en nuestra ley de propiedad intelectual por ejemplo, y se admite la reproducción de obras sin necesidad de solicitar autorización al autor, se exige, además de que la reproducción tenga como finalidad la investigación o conservación, que los organismos que las realizan sean de titularidad pública o estén integrados en instituciones de carácter cultural o científico. Sin embargo, este requisito no se exige, al menos no expresamente, respecto de las instituciones responsables del patrimonio cultural en la excepción que nos ocupa.

### **3.2.- QUÉ SE ENTIENDE POR PATRIMONIO CULTURAL**

Hay que determinar qué se entiende como patrimonio cultural a efectos de la Directiva, puesto que en ella no se indica nada al respecto. La expresión puede inducir a error porque es la que se usa, por ejemplo, para proteger el patrimonio histórico, artístico, etc, que es más restringido que la total producción artística protegida por la propiedad intelectual. En principio cabe suponer que la Directiva permite la digitalización de toda la producción artística, literaria, etc, con el fin de conservarla para, entre otros fines, legarla a las generaciones futuras.

---

<sup>29</sup> Sobre el tema puede consultarse el trabajo de DE ROMÁN PÉREZ, R. *La titularidad de los derechos en el texto refundido de la ley de propiedad intelectual en Propiedad intelectual en las Universidades públicas*, Comares, Granada, 2016.

En la Recomendación de la Comisión de 2011, por ejemplo, se habla de material cultural e incluye libros, revistas y periódicos, fotografías, piezas de museo, documentos de archivo, material audiovisual y de audio, monumentos, yacimientos arqueológicos. Evidentemente este concepto es más amplio que el que procede manejar en el ámbito de la Directiva.

Dado que la Directiva establece una excepción a los derechos de autor para que las instituciones de patrimonio cultural copien obras y otras prestaciones, la solución obliga a considerar lo que es obra a efectos de la propiedad intelectual.

En el Convenio de Berna, adoptado el 9 de septiembre de 1886, para la protección de las Obras literarias y Artísticas, en su artículo 2 –Obras protegidas- establece que “Los términos obras literarias y artísticas comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias”.

En nuestra ley de propiedad intelectual para conocer el concepto de obra y otras prestaciones, que es a lo que se aplicará la excepción que se analiza, hemos de acudir en primer lugar al artículo 10 LPI que recoge las obras protegidas, obras y títulos originales según reza su título, y que dispone que son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera obras de la misma naturaleza; las composiciones musicales, con o sin letra; las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales; las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales; las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas; los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería; los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia; las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; y los programas de ordenador; además del título de la obra, cuando sea original, que queda protegido como parte de ella. Esta relación no es exhaustiva, pues emplea la expresión “comprendiéndose entre ellas”, lo que admite otras.

Las otras prestaciones son los otros derechos de propiedad intelectual. Se regulan, como sabemos, en el Libro Segundo de la LPI –De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección sui generis de las bases de datos-, que recoge los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes; de los productores de fonogramas; de los productores de las grabaciones audiovisuales; de las entidades de radiodifusión; la protección de las meras fotografías; la protección de determinadas producciones editoriales; y el derecho sui generis sobre las bases de datos.

A nuestros efectos tiene interés las fijaciones de las actuaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes<sup>30</sup>, que pueden ser copiadas para su conservación<sup>31</sup>. El derecho exclusivo de autorizar la fijación de sus actuaciones corresponde al artista intérprete o ejecutante, que debe otorgarse por escrito, y a ellos corresponde también el derecho exclusivo de autorizar la reproducción, según la definición establecida en el artículo 18, de las fijaciones de sus actuaciones, que también debe otorgarse por escrito; este derecho puede transferirse, cederse o ser objeto de la concesión de licencias contractuales.

Las meras fotografías también son objeto de protección, aunque distinta a la de las fotografías. La distinción entre fotografía y mera fotografía ha sido muy criticada, porque ciertamente no tiene mucho sentido y resulta casi imposible en la práctica decidir cuándo estamos en presencia de una u otra. El artículo 128 LPI dispone que quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas. La LPI no recoge un concepto de fotografía. BERCOVITZ entiende que la expresión mediante el procedimiento fotográfico u otro “Comprende los fotogramas. Comprende las fotocopias. Comprende cualquier fijación instantánea de imagen perceptible, directa o indirectamente, que no pueda ser calificada de obra”. Entiende, así mismo, que “La extensión a procedimientos análogos recogida ya en convenios internacionales y en el Derecho comparado está encaminada precisamente a prescindir de los límites del concepto tradicional de la fotografía, relacionado con la necesaria existencia de un cliché o negativo<sup>32</sup>”.

El número 2 del artículo establece una particularidad en cuanto a la duración de la protección, que limita a 25 años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción. Esto significa que entran en el dominio público mucho antes que la fotografía, lo que facilita la posibilidad de reproducir sin autorización o sin recurrir a la excepción que nos ocupa. Ahora bien, hay que determinar si estamos ante una mera fotografía.

Junto a estos dos supuestos que recogen creaciones, los otros derechos de propiedad intelectual contemplan los de quienes producen fonogramas<sup>33</sup> o grabaciones

---

<sup>30</sup> El artículo 105 LPI establece que se entiende por artista intérprete o ejecutante a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra. El director de escena y el director de orquesta tendrán los derechos reconocidos a los artistas en este Título.

<sup>31</sup> El objeto de protección son las actuaciones artísticas-art. 106 y 108 LPI- y las fijaciones que de ellas se hagan –art. 107 y 108 b.1 b LPI. Así lo entiende SÁNCHEZ ARISTI, R. *Comentario ex artículo 105* en Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2017, p. 1546, indica el autor que debe concluirse que “una actuación artística, y por añadidura la fijación de la misma, es el resultado de que un artista represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute una obra en cualquier forma”.

<sup>32</sup> BERCOVITZ, R. *Comentario ex artículo 128* en Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid, 2017, p. 1766.

<sup>33</sup> El artículo 114 LPI establece que “Se entiende por fonograma toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra u otros sonidos”. El artículo 115 LPI –Reproducción- dispone que “Corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, según la definición establecida en el artículo 18”. BERCOVITZ, R. *Comentario ex artículo 115* Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid, 2017, p. 1687, entiende que “La reproducción a la que se refiere este artículo 115 equivale a la obtención de copias (art. 107 LPI) puesto que se parte ya de la existencia del fonograma, es decir, de una primera fijación”. El artículo 116 LPI otorga al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de sus fonogramas y de las reproducciones de éstos en la forma establecida en el artículo 20.2 i). Este derecho de comunicación pública incluye el derecho de puesta

audiovisuales<sup>34</sup>, los derechos de las entidades de radiodifusión<sup>35</sup> y los de quienes divulgan obras inéditas que se encuentran en dominio público y obras no protegidas.

No se puede desarrollar este tema, pero sí hay que considerar que en todos los casos se les reconoce el derecho exclusivo de autorizar la reproducción del original y en algún caso de las copias, y que se modifican los plazos de duración de los derechos, que son distintos en cada caso.

Antes de terminar esta apartado hay que recordar el contenido de los artículos 131 – Cláusula de salvaguardia de los derechos de autor- en el que se indica que los otros derechos de propiedad intelectual se entienden sin perjuicio de los que correspondan a los autores y 132 LPI –Aplicación subsidiaria de las disposiciones del Libro I-, en la medida en que inciden en el alcance de cada uno de los otros derechos de propiedad intelectual a los que se ha hecho referencia<sup>36</sup>.

### **3.3.- OBRAS Y OTRAS PRESTACIONES QUE SE ENCUENTRAN DE FORMA PERMANENTE EN LAS COLECCIONES**

Se exige por el artículo 6 que las obras y otras prestaciones se encuentren de forma permanente en las colecciones de las instituciones responsables del patrimonio cultural.

---

a disposición del público. BERCOVITZ, R. *Comentario ex artículo 116* Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid, 2017, p. 1697, entiende que la consideración de la puesta a disposición del público como un supuesto de comunicación pública es un tema sin resolver, y que la LPI el legislador optó por “incluir el derecho de puesta a disposición del público en el derecho de comunicación pública, tanto para el derecho de autor como para los derechos de propiedad intelectual del Libro II LPI, aunque esta opción entra en cierta contradicción (aparente) con el régimen jurídico establecido para uno y otro de aquellos derechos (comunicación pública y puesta a disposición del público) en el caso de los productores de fonogramas”. El artículo 117 LPI -Distribución- en su número 1 dispone que “Corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar la distribución, según la definición establecida en el artículo 19 de esta Ley, de los fonogramas y la de sus copias”.

<sup>34</sup> El artículo 120 LPI –Definiciones- en su número 1 establece que “Se entiende por grabaciones audiovisuales las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de esta Ley”. El artículo 121 LPI –Reproducción- dispone que “Corresponde al productor de la primera fijación de una grabación audiovisual el derecho exclusivo de autorizar la reproducción del original y sus copias, según la definición establecida en el artículo 18”. El artículo 122 LPI –Comunicación pública- en su número 1 establece que “Corresponde al productor de grabaciones audiovisuales el derecho de autorizar la comunicación pública de éstas”. El artículo 123 LPI –Distribución- número 1 dice que “Corresponde al productor de la primera fijación de una grabación audiovisual el derecho exclusivo de autorizar la distribución, según la definición establecida en el artículo 19.1 de esta Ley, del original y de las copias de la misma”. Por último, el artículo 124 LPI – Otros derechos de explotación- indica que “Le corresponden, así mismo, al productor los derechos de explotación de las fotografías que fueren realizadas en el proceso de producción de la grabación audiovisual”.

<sup>35</sup> El artículo 126 LPI –Derechos exclusivos- dispone que “Las entidades de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar la fijación de sus emisiones o transmisiones en cualquier soporte sonoro o visual, la reproducción de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones, la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones, la retransmisión por cualquier procedimiento técnico de sus emisiones o transmisiones, la comunicación pública de sus emisiones o transmisiones de radiodifusión, y la distribución de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones”. El precepto contiene especificaciones para cada uno de estos derechos.

<sup>36</sup> GONZÁLEZ GOZALO, A. *Comentario ex artículo 122* en Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinador Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, 2017, p. 1730, al analizar el derecho exclusivo de comunicación pública que corresponde al productor de grabaciones audiovisuales indica que “El contenido de este derecho viene determinado en virtud de la remisión establecida por el artículo 132 LPI, por lo dispuesto en el artículo 20 LPI”.

El artículo 6 no especifica nada sobre esta cuestión, pero sí lo hace el Considerando 29 en el que se dice que a los efectos de la presente Directiva debe considerarse que las obras y otras prestaciones se encuentran de forma permanente en la colección de una institución responsable del patrimonio cultural cuando las copias de dichas obras u otras prestaciones son propiedad de dicha institución u obran en su poder de manera permanente, por ejemplo como consecuencia de una transmisión de la propiedad, acuerdos de licencia, obligaciones de depósito legal o acuerdos de custodia permanente.

Llama la atención que hable de “copias” de las obras y otras prestaciones. El Considerando 21 de la propuesta que recogía esta especificación, decía, con mayor precisión, que las obras y otras prestaciones se hallen de forma permanente en la institución, no queda claro a qué se refiere el Considerando 29 cuando emplea el término copias, como si lo que puede encontrarse de forma permanente en la institución no es la obra u otra prestación sino una copia de la misma. Puede que haya querido decir ejemplar. Aunque, como ya se ha indicado en otro punto, el artículo 6 dice que las obras y otras prestaciones pueden encontrarse de forma permanente en sus colecciones en cualquier formato y en cualquier soporte, puede entenderse que esta expresión va referida a los distintos soportes por los que se materializa una obra o a que en las instituciones responsables del patrimonio cultural puede haber copias de obras y otras prestaciones, que se pueden copiar a su vez.

No se exige, estando al contenido del Considerando 21, que las obras y otras prestaciones sean propiedad de la institución, de hecho distingue la propiedad de los demás supuestos en los que las obras y otras prestaciones se encuentran a estos efectos de forma permanente en la institución responsable del patrimonio cultural.

Las obras y otras prestaciones que sean propiedad de la institución no plantean ningún problema, aparte de exigir que las hayan adquirido de forma lícita.

La segunda posibilidad, que las obras y otras prestaciones obren en su poder de forma permanente engloba distintos casos que no tienen por qué ser los únicos, puesto que al emplear la expresión “por ejemplo” da a entender que se trata de una lista abierta.

El primero de ellos es que las obras u otras prestaciones obren en su poder como consecuencia de una transmisión de la propiedad. No se entiende bien este supuesto, pues si hay una transmisión de la propiedad hay propiedad y, por tanto, estamos en el primer caso.

Estas transmisiones puede llevarse a cabo mediante actos intervivos, onerosos o gratuitos, o mortis causa, que lleven aparejada la transmisión del derecho de propiedad, una compra venta, una donación o un legado<sup>37</sup>, o el nombramiento de la institución como heredera, entre otros.

Una institución responsable del patrimonio cultural puede adquirir bienes, por ejemplo, como consecuencia del ejercicio del derecho de adquisición preferente previsto en favor del Estado y de las Comunidades Autónomas<sup>38</sup> por la normativa protectora del patrimonio

---

<sup>37</sup> El pintor LuíS Sáez, dispuso que a su muerte muchos de sus cuadros fueran entregados al Museo Provincial de Burgos, con la condición de exponerlos al público, de no cumplirse esta condición las obras deberían devolverse a los herederos del autor.

<sup>38</sup> El ejercicio del derecho de adquisición preferente se recoge en todas las normas autonómicas que regulan la protección del patrimonio cultural en su respectivo territorio.

cultural. En la normativa estatal este derecho se recoge en el artículo 38 LPHE<sup>39</sup>, que permite que el Estado ejercite este derecho para sí, para una entidad sin ánimo de lucro privada o para cualquier entidad de derecho público, luego, quedan incluidos museos, bibliotecas, archivos y otras entidades, tanto públicas como privadas, que pueden ser destinatarias de los bienes adquiridos mediante el ejercicio de este derecho de adquisición preferente, que pasan a ser propietarias de estos bienes, previo pago del precio de adquisición del bien.

Por otra parte, el Estado, las Comunidades Autónomas, Entidades locales y otras entidades del sector público, pueden recibir, de hecho reciben, donaciones, herencias y legados, cuyo objeto pueden ser bienes culturales, de los que pasan a ser propietarios una vez que aceptan y que depositarán en instituciones culturales.

Junto a los bienes de los que sea propietaria la entidad responsable del patrimonio cultural, se considera que se hallan de forma permanente en los fondos de la institución los que tenga en cumplimiento de una obligación de depósito legal o acuerdos de custodia permanente.

El depósito<sup>40</sup> es un contrato gratuito que se caracteriza por la obligación de quien recibe una cosa ajena mueble de guardarla y restituirla. La ajeneidad de la cosa es un elemento esencial de esta modalidad contractual. Y su objeto únicamente pueden ser bienes muebles.

El depósito puede ser judicial o extrajudicial. El depósito judicial o secuestro no parece que encaje en el supuesto que nos ocupa, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1785 CC, tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos. En este caso su objeto pueden ser tanto bienes muebles como inmuebles, y se le aplican las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

---

<sup>39</sup> El artículo 38 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español, dispone que: 1.- “Quien tratase de enajenar un bien declarado de interés cultural o incluido en el Inventario General de al que se refiere el artículo 26, deberá notificarlo a los Organismos mencionados en el artículo 6 y declarar el precio y condiciones en que se proponga realizar la enajenación. Los subastadores deberán notificar igualmente y con suficiente antelación las subastas públicas en que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del Patrimonio Histórico Español.

2.- Dentro de los dos meses siguientes a la notificación referida en el apartado anterior, la Administración del Estado podrá hacer uso del derecho de tanteo para sí, para una entidad benéfica o para cualquier entidad de derecho público, obligándose al pago del precio convenido, o, en su caso, el de remate en un periodo no superior a dos ejercicios económicos, salvo acuerdo con el interesado en otra forma de pago.

3.- Cuando el propósito de enajenación no se hubiera notificado correctamente la Administración del Estado podrá ejercer, en los mismos términos previstos para el derecho de tanteo, el de retracto en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que tenga conocimiento fehaciente de la enajenación.

4.- Lo dispuesto en los apartados anteriores no excluye que los derechos de tanteo y retracto sobre los mismos bienes puedan ser ejercidos en idénticos términos por los demás Organismos competentes para la ejecución de esta ley. No obstante, el ejercicio de tales derechos por parte de la Administración del Estado tendrá carácter preferente siempre que se trate de adquirir bienes muebles para un Museo, Archivo o Biblioteca de titularidad estatal.

5.- Los Registradores de la Propiedad y Mercantil no inscribirán documento alguno por el que se transmita la propiedad o cualquier otro derecho sobre los bienes a que hace referencia este artículo sin que se acredite haber cumplido cuantos requisitos en él se recogen”.

Los organismos a los que hace referencia el número 4 se recogen en el artículo 6 LPHE, y son los que en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del patrimonio histórico, los de la Administración del Estado, cuando así se indique de modo expreso o resulte necesaria su intervención para la defensa frente a la exportación ilícita y la expoliación de los bienes que integran el patrimonio histórico español.

<sup>40</sup> El contrato de depósito se regula en los artículos 1758 a 1789 del Código civil.

En el Código Civil el depósito extrajudicial admite dos modalidades, depósito voluntario y depósito necesario. En el voluntario la entrega de la cosa se hace por voluntad del depositante, y el necesario tiene lugar como consecuencia del cumplimiento de una obligación legal o con ocasión de alguna calamidad como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes.

Puesto que el Considerando que se analiza habla del cumplimiento de una obligación de depósito legal, parece que excluye el voluntario<sup>41</sup>, que quizá quepa incluir en el supuesto de acuerdos de custodia permanente, ya sean provenientes de un organismo público o de un particular.

El depósito legal, que es al que alude el Considerando, puede ser provisional o permanente puesto que no se dice nada al respecto, ahora bien, cabe cuestionar si un depósito temporal puede dar lugar a que se considere que el bien se halla de forma permanente en la institución y a que opere la excepción.

En todo caso, el depósito por definición tiene carácter temporal, ahora bien, hay supuestos de depósito legal, o de cesión, que pueden tener carácter permanente. A ellos puede referirse el Considerando 29.

Un ejemplo lo encontramos en los casos en que se recuperan bienes exportados ilícitamente que no procede devolver a su inicial titular porque ha participado en la exportación ilícita o porque no puede abonar los gastos de recuperación, en cuyo caso los bienes recuperados, tal como dispone el artículo 29 LPHE<sup>42</sup>, serán destinados a un centro público, previo informe del Consejo del Patrimonio Histórico. La propiedad es del Estado, que transmite a la institución la posesión y las consiguientes obligaciones derivadas de ella de conservación y custodia. En este caso la cesión es, en principio, permanente.

Otro supuesto en el que puede considerarse que existe un depósito legal, en principio también permanente, es el de entrega de bienes culturales en pago de impuestos<sup>43</sup>, bienes

---

<sup>41</sup> Creo que el depósito que tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otra semejantes, que es uno de los dos supuestos de depósito necesario, no cabe considerarlo a los efectos que nos ocupan, pues aunque pudiera darse el caso de que bienes culturales se depositaran por alguna de estas causas en una institución responsable del patrimonio cultural, dadas las excepcionales circunstancias en virtud de las cuales tiene lugar no cabe considerar que los bienes se encuentren de forma permanente en la institución.

<sup>42</sup> El artículo 29 LPHE dispone que: 1.- Pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5 de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles.

2.- Corresponde a la Administración del Estado realizar los actos conducentes a la total recuperación de los bienes ilegalmente exportados.

3.- Cuando el anterior titular acredite la pérdida o sustracción previa del bien ilegalmente exportado, podrá solicitar su cesión del Estado, obligándose a abonar el importe de los gastos derivados de su recuperación, y, en su caso, el reembolso del precio que hubiere satisfecho el Estado al adquirente de buena fe. Se presumirá la pérdida o sustracción del bien ilegalmente exportado cuando el anterior titular fuera una Entidad de derecho público.

4.- Los bienes recuperados y no cedidos serán destinados a un centro público, previo informe del Consejo de Patrimonio Histórico.

<sup>43</sup> Me refiero a la normativa estatal porque no resulta posible citar todas las normas autonómicas que prevén la misma posibilidad. El artículo 73 LPHE establece que “El pago de las deudas tributarias podrá efectuarse mediante la entrega de bienes que formen parte del patrimonio histórico español, que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General, en los términos y condiciones previstos reglamentariamente”. El precepto no indica qué debe hacerse con estos bienes. El artículo 65 del R.D. 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, del patrimonio histórico español, recogido entre las medidas de fomento, y que desarrolla el artículo 73 LPHE, dispone en

que se depositan, en su mayor parte, en instituciones de protección del patrimonio cultural. La propiedad del bien pertenecerá a la Administración estatal, autonómica o local que haya recibido el bien en pago de los impuestos que gestiona.

Bien es verdad que en estos dos casos, los bienes recuperados o dados en pago de impuestos no tendrán en su mayor parte derechos de autor vigentes, pero cuando sigan protegidos se podrá considerar que concurre el requisito de hallarse de forma permanente en la institución responsable del patrimonio cultural y podrá entrar en juego la excepción que nos ocupa.

Los acuerdos de custodia pueden provenir de una entidad pública o privada, incluso de una persona física. El requisito que se establece es que tengan carácter permanente. En principio, no podrá considerarse que una obra u otra prestación se halla de forma permanente en la colección de una institución cuando el acuerdo de custodia tenga carácter temporal y, por tanto, no podrá aplicarse la excepción.

Por otra parte, hay que precisar qué se entiende por permanente. Desde luego una custodia temporal no queda incluida, pero tampoco tiene que ser perpetua. El significado del término permanente es el de algo que se mantiene sin interrupción o cambio en un mismo lugar, estado o situación, algo que persiste o que perdura en el tiempo.

En cualquier caso se trata de acuerdos, es decir, de contrato o compromiso entre la institución responsable del patrimonio cultural y la persona titular de la obra u otra prestación que cede la custodia de la obra, que no tiene por qué ser el titular de los derechos de autor. Esto implica que en el acuerdo pueden establecerse las condiciones del mismo, y quizá también la de no reproducir la obra, sobre todo si la custodia es temporal, y se ha acordado, por ejemplo, para labores de investigación.

De todos modos, si de lo que se trata es de proteger el patrimonio cultural, para hacer frente a la obsolescencia tecnológica o la degradación de los soportes originales o para asegurar las obras y otras prestaciones, como indica el Considerando 27, no debería de tener mayor trascendencia que la institución tenga la obra en propiedad, en depósito, como acuerdo de custodia o de cualquier otra manera, para que pueda reproducirla con la única finalidad de conservarla. Si se admite la excepción, los perjuicios al autor, si es que se le causan, van a ser los mismos, en principio, con independencia del título en virtud del cual la institución tenga la obra u otra prestación, y si se traspasa el límite a los límites y se perjudica al autor la institución tendrá que responder. Ahora bien, si realmente la única finalidad que puede tener la reproducción es la conservación, como indica el precepto, en pocos casos o ninguno se causará perjuicio al titular de derechos, en la explotación de la obra, la integridad u otros. Sí que se pueden causar perjuicios si la reproducción se destina a otros usos, en particular fines comerciales, de la institución o de un tercero, que ha tenido acceso a la obra porque ha sido el encargado de realizar la digitalización, por ejemplo, y se ha quedado con una copia.

El último supuesto específico que recoge el Considerando 29 es el de los acuerdos de licencia. No se entiende muy bien este supuesto en el contexto relativo al requisito de la permanencia, puesto que, en principio, las licencias van asociadas al concepto de temporalidad, no son permanentes. Puede referirse a casos en que las obras no se

---

su número 4 que “Aceptada la entrega de un determinado bien en pago de la deuda tributaria se estará respecto al destino del mismo a lo dispuesto en las Leyes del Patrimonio del Estado y del Patrimonio Histórico Español”. Podría haberse establecido el destino de los bienes, sin remisiones a otras normas, además en lo que hace a la LPHE ese destino no está previsto.

encuentren físicamente en la institución, o de forma no permanente, porque si no estaremos en los supuestos analizados que permiten a las instituciones responsables del patrimonio cultural realizar copias de las obras al amparo de la excepción.

Las licencias, a falta de regulación expresa en otro sentido, se conceden como no exclusivas, luego esto significa que varias instituciones responsables del patrimonio cultural pueden tener autorización para copiar una obra con fines de conservación, se encuentre donde se encuentre la obra u otra prestación, porque si ya la tienen en sus fondos, no parece que necesiten la licencia.

Las obras a las que la institución tenga acceso temporalmente a través del servidor de un tercero no se considera que están permanentemente en su colección. Puede tratarse, por ejemplo, de obras que tiene una biblioteca universitaria como consecuencia de los que se denominan préstamos interbibliotecarios, que no se podrán reproducir al amparo de esta excepción, pues no concurre el requisito de la permanencia en la institución responsable del patrimonio cultural.

### **3.4.- ALCANCE DE LA EXCEPCIÓN. LA COPIA DE LAS OBRAS Y OTRAS PRESTACIONES. REQUISITOS**

El precepto establece una excepción obligatoria, puesto que, como ya se indica en los Considerandos, los límites no obligatorios no resultan efectivos, puesto que cada Estado miembro le da un contenido diferente, y lo que se pretende es unificar el derecho en todos los Estados en lo relativo a la conservación del patrimonio cultural, para que la medida resulte efectiva. Se trata, también, de adaptar el derecho de autor de la UE a la nueva realidad que genera nuevos usos y nuevos modelos de negocio, como ya se ha indicado, aunque esta excepción no admite otros usos que el de conservación del patrimonio cultural.

En el apartado de derechos fundamentales que acompañaba a la propuesta de Directiva se indicaba que las nuevas excepciones que reducen el monopolio de los titulares de derechos se justifican por objetivos de interés público, pues es probable decía que esas excepciones puedan tener un impacto positivo en el derecho a la educación y a la diversidad cultural.

La excepción se establece para que las instituciones responsables del patrimonio cultural puedan efectuar copias de las obras y otras prestaciones que se hallen de forma permanente en sus colecciones, con la finalidad de conservar tales obras y otras prestaciones y en la medida necesaria para esa conservación.

Las obras pueden estar en cualquier formato y en cualquier soporte, así se indica en el artículo 6 tras referirse a que las obras se encuentren de forma permanente en sus colecciones, por tanto, parece que este requisito concierne a las obras y no a los medios para hacer las copias, lo que implica que las instituciones responsables del patrimonio cultural quedan autorizadas para realizar copias de las obras con independencia del soporte en que éstas se encuentren, siempre que, además, cumplan el requisito de hallarse de forma permanente en sus colecciones.

Estas copias para conservación implican, como ya se ha indicado, la reproducción de las obras u otras prestaciones, así se reconoce en el Considerando 25 de la Directiva, en el

que se dice que un acto de conservación de una obra u otra prestación de la colección de una institución responsable del patrimonio cultural puede requerir la reproducción, pero la excepción permite la copia sin autorización para que las instituciones responsables del patrimonio cultural procedan a la digitalización, u otra técnica de reproducción, de las obras que se encuentran en su colección, con la finalidad de conservar sus colecciones y, en definitiva, el patrimonio cultural de Europa.

El concepto de reproducción a efectos de la Directiva no se incluye en las definiciones que recoge su artículo 2, por lo que habremos de estar al que se contiene en la Directiva 2001/29/CE cuyo artículo 2 –Derecho de reproducción– dispone que “Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de la obras, fijaciones, fonogramas y emisiones; y al artículo 18 LPI, en el que se recoge lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva y establece que se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.

La excepción permite la copia sin autorización para conservación del patrimonio cultural, este es el segundo elemento relevante que debemos tener en cuenta. El precepto, como ya se ha indicado, no permite otros usos, ni la explotación de las copias obtenidas, que requerirá autorización de los titulares de derechos sobre las obras reproducidas. A este respecto no creo que la eliminación del calificativo “única” referido a la finalidad de la excepción admita usos más allá de la conservación. Cualquier otro uso de obras u otras prestaciones sobre las que todavía existan derechos de autor requiere autorización del titular de esos derechos, salvo que se encuentre amparado por otro límite, de esta Directiva o de otras y de la correspondiente normativa interna.

No se permiten labores de investigación, aunque bien es verdad que la investigación queda amparada por otros límites ya existentes.

De hecho ni siquiera se alude a la reproducción con fines de restauración de las obras, aunque puede considerarse incluida en la conservación.

En cuanto a los medios para hacer las copias en una de las modificaciones al texto de la propuesta de Directiva se introdujo el término digitalización, que no se incluye en la Directiva, pues el artículo 6 habla de “efectuar copias”, sin limitar el procedimiento por el que se lleven a cabo<sup>44</sup>, por lo que cabe entender que las copias puedan realizarse por cualquier técnica que resulte adecuada y no ponga en riesgo la integridad de la obra. El Considerando 27, respecto de las modalidades de reproducción indica que la excepción ha de permitir la realización de copias mediante las herramientas, medios o tecnologías de conservación adecuados, en cualquier formato o medio, en la cantidad necesaria y en cualquier momento de la vida de una obra u otra prestación y en la medida necesaria para los fines de conservación.

No se alude a la preservación de las digitalizaciones realizadas, que puede obligar a realizar nuevas copias con nuevos sistemas de reproducción. Ya se ha indicado al principio de este trabajo que la preservación del material digitalizado es una de las preocupaciones de los responsables comunitarios, que ponen de manifiesto en la i2010 la necesidad de adoptar medidas que permitan conservar y utilizar el material digitalizado

---

<sup>44</sup> En los Considerandos de la Directiva se emplea el término tecnologías digitales en relación a los procedimientos para hacer las copias.

haciendo frente a la obsolescencia, entre otros aspectos, de los sistemas empleados para la primera digitalización.

La digitalización será sin duda una de las formas más habituales de conservación, pero hay otras<sup>45</sup>, y en cada caso deberá valorarse cuál es la más adecuada para la correcta conservación de la obra de que se trate y la que menos riesgo suponga para la obra en el proceso de copia.

De la Carta de Europea -2010- la Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 2011 y las Conclusiones del Consejo de 10 de mayo de 2012, que aluden a la digitalización y acceso en línea del material cultural y la conservación digital, entre otras cuestiones, se pueden extraer una serie de principios relativos a la digitalización que afectan en cierta medida al tema que nos ocupa, aunque su ámbito es mayor, puesto que va referido a todo el patrimonio cultural, sean obras protegidas u obras que ya se encuentran en el dominio público. El primero es que las instituciones culturales son las responsables de garantizar que las obras de dominio público sean accesibles y de su conservación; las obras que forman parte del dominio público en forma analógica, deben seguir estando disponibles en forma digital sin coste alguno –en este punto como las copias que nos ocupan se van a realizar cuando las obras todavía no están en el dominio público, cuando esta circunstancia tenga lugar habrá que aplicar este mismo principio-; se presta especial atención al dominio público en la era digital, puesto que internet permite el acceso a parte del conocimiento y la creatividad digitalizados.

Se destaca la conveniencia de digitalizar el material cultural, para permitir el acceso a todos los ciudadanos europeos –ocio, estudios, trabajo-, y para permitir a las instituciones culturales llevar a cabo su misión de conservación y acceso en el entorno digital<sup>46</sup>.

En cuanto a la reutilización del material digitalizado con fines comerciales o no comerciales –educación, aplicaciones turísticas, juegos, etc.- se insiste en que debe realizarse siempre con pleno respeto a los derechos de autor y otros derechos afines. La cuestión es cómo se va a conseguir esto en la práctica. Pero deja claro que si va haber explotación comercial debe mediar la autorización del titular de derechos si las obras aún no han pasado al dominio público.

Por otra parte, para la realización de las copias las entidades responsables del patrimonio cultural necesitarán contar con la participación de terceros, pues en muchos casos no

---

<sup>45</sup> La impresión en 3D y el denominado “replicador”, por ejemplo, sistemas con los que se puede reproducir y también crear, aunque esta segunda faceta no se aborda en el presente trabajo. Como ya he indicado en otro estudio sobre la materia, la impresión en 3D se realiza imprimiendo capas, el proceso es lento y laborioso, sobre todo con objetos grandes, pero ahora parece que esta dificultad va a quedar superada con la impresora que fabrica objetos de una sola vez con luz, la luz se emplea para transformar una masa pegajosa en objetos sólidos. Se construye una imagen en 3D al escanear un objeto desde múltiples ángulos, luego se proyecta en un tubo de resina sintética que se solidifica cuando se expone a cierta intensidad de luz. Científicos de la Universidad de California, en Berkeley, han desarrollado este sistema. Al parecer los investigadores apodaron a la impresora “replicador” en honor al dispositivo de Star Trek que creaba y reciclaba objetos. En dos minutos el equipo fabricó una pequeña figura de la estatua El pensador, de Rodin. (Muy Interesante, El futuro). Se puede consultar en la Revista Science, 31/1/2019.

<sup>46</sup> En relación con las obras huérfanas TOBÍO RIVAS, A.M. *Comentario ex artículo 37 bis* en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual dirigidos por Felipe Palay Ramírez y Guillermo Palao Moreno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 650, recuerda que “Hay que tener presente que la digitalización supone un acto de reproducción de la obra y la puesta a disposición on line para consulta del público es un acto de comunicación pública, por lo que la realización de cualquiera de esos actos de explotación requerirá el consentimiento de los titulares de derechos de autor sobre la obra”.

dispondrán de la tecnología o los conocimientos necesarios y ello conlleva un coste que no siempre podrán asumir.

El coste de la digitalización es un tema que no se aborda en la Directiva. Y resulta esencial, puesto que lo que sí se indica –Considerando 28- es que las instituciones responsables del patrimonio cultural no disponen necesariamente de los medios o los conocimientos técnicos para llevar a cabo por sí mismas los actos necesarios para conservar sus colecciones, especialmente en el entorno digital, por lo que deben poder recurrir a la ayuda de otras instituciones culturales y otros terceros a tal fin. Por consiguiente, al amparo de esta excepción se debe autorizar a las instituciones responsables del patrimonio cultural a recurrir a terceros que actúen en su nombre y bajo su responsabilidad, incluidos los establecidos en otros Estados miembros, para la realización de copias.

Llama la atención que en el texto de la Directiva no se recoja ninguna previsión a este respecto, sobre todo para establecer el alcance de esa colaboración, en particular, los límites a la utilización de las copias por parte de los terceros, que debe ser ninguna, puesto que la explotación comercial de las obras y otras prestaciones requerirá la autorización del autor, salvo que existe algún límite que resulte aplicable. A este respecto el párrafo final del Considerando 27 indica que los actos de reproducción llevados a cabo por las instituciones responsables del patrimonio cultural con fines distintos de la conservación de las obras y otras prestaciones que se hallen en sus colecciones permanentes deben seguir sometidos a la autorización de los titulares de derechos, a menos que estén autorizados por otras excepciones o limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión. La cuestión es que esto debe entenderse referido tanto a los supuestos en los que la reproducción la realice la institución con sus propios medios, como a los supuestos en los que la reproducción la realiza recurriendo a terceros, empresas tecnológicas o patrocinadoras, puesto que la beneficiaria de la excepción es la institución responsable del patrimonio cultural y no los terceros, la que hace la reproducción es ella, aunque tenga que valerse de la colaboración de terceras personas, físicas o jurídicas.

Parece claro, por tanto, que la excepción no admite otros usos, ni siquiera en favor del beneficiario de la misma, que no sean la conservación de las obras, de modo que la explotación comercial u otros usos de obras y otras prestaciones respecto de las que haya derechos de autor vigentes precisan la autorización del titular de esos derechos, como ya se ha indicado en otro apartado.

Por otra parte, para que una obra u otra prestación pueda ser reproducida debe de estar previamente divulgada, la Directiva no dice nada a este respecto, pero la regla general para la aplicación de los límites al derecho de autor es la previa divulgación de las obras afectadas por las excepciones o los límites, pues en otro caso se vulnera el derecho moral del autor a decidir sobre la divulgación de su obra<sup>47</sup>.

Un aspecto a considerar cuando se reproducen las obras u otras prestaciones que se encuentran en las instituciones responsables del patrimonio cultural es la relativa a la protección de la intimidad, de la esfera privada de las personas, cuando nos encontramos ante cartas, fotos, películas, notas, que se van a reproducir para su conservación, y ello tanto si hay derechos vigentes como si las obras se encuentran ya en dominio público.

---

<sup>47</sup> Respecto de las obras huérfanas el artículo 37 bis LPI sí que exige que las obras hayan sido publicadas, en su número 5 dispone que “las obras huérfanas se podrán utilizar siempre que hayan sido publicadas por primera vez o, a falta de publicación, hayan sido radiodifundidas por primera vez en un Estado miembro de la Unión Europea”

Ya se advertía sobre esta cuestión en la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de mayo de 2010, sobre Europea, los próximos pasos, en cuyo punto 38 se indica que es “conveniente encontrar una solución para los documentos procedentes de la esfera privada (correspondencia, notas, fotos, películas) que pertenezcan a colecciones de instituciones culturales, pero que nunca se hayan publicado ni divulgado y que plantean problemas relativos a la protección de la vida privada y al derecho moral”.

A falta de previsión normativa específica se puede considerar lo dispuesto en la normativa sobre protección del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. En nuestro ordenamiento jurídico la cuestión se regula, como sabemos, en la Ley Orgánica 1/1982<sup>48</sup>, cuyo artículo 7, dedicado a las intromisiones ilegítimas, establece que lo son, entre otras, la divulgación de hechos relativos a la vida privada que afecten a reputación u buen nombre, así como, la revelación o publicación de cartas, memorias u otros escritos de carácter íntimo. El artículo 8 dispone que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, esta segunda excepción puede aplicarse al tema que nos ocupa.

Otra cuestión básica es la de si las copias pueden generar derechos de autor, como obra derivada o compuesta. El artículo 11 LPI establece que, sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual cualesquiera transformaciones de una obra literaria artística o científica<sup>49</sup>. Y respecto de la transformación, el artículo 21.1 LPI dispone que la transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente<sup>50</sup>. Ambos preceptos deben de considerarse de forma conjunta, pues el artículo 11 viene a recoger el resultado del ejercicio del derecho de transformación, la obra derivada<sup>51</sup>.

La cuestión es si la copia que reproduce de forma exacta una obra, ajustada a sus mínimos detalles para conservación o restauración, por ejemplo, puede considerarse original, requisito sin el cual no quedaría protegida por la normativa de derecho de autor. Para ello deberíamos entender que tiene singularidad propia distinta de la obra originaria, y ello resulta difícil en el caso que nos ocupa, donde la copia se lleva a cabo mediante procesos mecánicos en la mayor parte de los casos, y en todos se trata de reproducir fielmente la obra u otra prestación, con el objeto de preservar el material cultural.

Además, debe de controlarse muy bien el uso que se hace de las copias cuando hay

---

<sup>48</sup> Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Pudiera resultar aplicable en algún caso la normativa sobre protección de datos personales, recogida en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Adapta al derecho interno el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 2016/679, de 14 de abril de 2016, con fecha de aplicación de 25 de mayo de 2018, sobre protección de datos.

<sup>49</sup> El precepto incluye también como obra a las traducciones y adaptaciones; las revisiones, actualizaciones y anotaciones; los compendios, resúmenes y extractos y los arreglos musicales.

<sup>50</sup> En el número 2 del artículo 21 se atribuyen los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.

<sup>51</sup> Así lo entiende MARISCAL GARRIDO-FALLA, P. *Comentario ex artículo 21* en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinador Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, 2017, p. 444, la autora considera que el artículo 21 LPI también está vinculado con el artículo 12 LPI, en el que a su juicio se contempla un subtipo de obra derivada –las colecciones–.

derechos vigentes, es decir, que solo sea para la finalidad de conservación, entre otras razones, porque otros usos, incluso aunque no sean con fines comerciales, puede perjudicar la normal explotación de la obra. No puede admitirse que se prescindiera de la autorización del titular de derechos para hacer las copias y después se permita que quien las realiza ostente nuevos derechos de autor<sup>52</sup>. Quizá debería haberse establecido algo a este respecto<sup>53</sup>.

Por otra parte, la copia debe respetar el derecho moral a la integridad de la obra<sup>54</sup>, que veda cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabe su reputación, se trata de respetar la personalidad que el autor transmite a su obra. El respeto a la personalidad del autor y su relación con la integridad de la obra plantea la interesante cuestión de decidir qué se entiende por personalidad del autor. No contamos con una definición legal y no resulta fácil precisar en qué consiste. No se va a desarrollar aquí el tema, pero sí quiero exponer la definición que propone CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, quien entiende que la personalidad del autor puede considerarse como “el conjunto de valores espirituales inherentes a una obra intelectual y que se asocia al propio autor de la misma. Dicho de otro modo, el conjunto de valores con los que se identifica a un autor a partir de sus propias obras”<sup>55</sup>.

### 3.5.- DISPOSICIONES COMUNES

El artículo 7 establece que será inaplicable toda disposición contraria a las excepciones establecidas en los artículos 3, 5 y 6. Estas excepciones se refieren a la minería de textos y datos con fines de investigación científica, a la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas y a la conservación del patrimonio

---

<sup>52</sup> Si la copia diera lugar a derechos de autor debería a su vez ser reproducida para su conservación, y así sucesivamente.

<sup>53</sup> En las modificaciones introducidas en el texto de la Directiva, en septiembre de 2018 se introdujo el artículo 5.1 bis, que arrojaba luz sobre esta cuestión, pues decía que los Estados miembros garantizarán que ningún material resultante de un acto de reproducción de material de dominio público esté sujeto a derechos de autor y otros derechos afines, siempre y cuando la reproducción sea fiel y tenga por objeto la preservación del material original. La redacción debería mejorarse, y es verdad que se refería a obras en dominio público, cuando la Directiva considera los supuestos de derechos de autor vigentes, pero la misma solución, y con mayor razón, debería predicarse de toda obra reproducida para fines de conservación. Y seguramente también cuando los fines sean otros, investigación, educación, etc.

<sup>54</sup> SERRANO GÓMEZ, E. *Aspectos esenciales del derecho a la integridad de la obra y su posible colisión con otros derechos* en *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, Reus, Madrid, 2019, pp. 130 y 131, compara el artículo 6 bis del Convenio de Berna y el artículo 14.4 LPI, que recogen el concepto de integridad de la obra y afirma que “..la ley española resulta más precisa en su concepción, puesto que si el primero exige que los actos lesivos contra la integridad causen un perjuicio al honor o reputación del autor, nuestra legislación requiere que se produzca un daño a los legítimos intereses del autor o bien un menoscabo de su reputación, lo que nos permite considerar como infracciones de este derecho un mayor número de supuestos...”. Indica también el autor que el derecho a la integridad de la obra es uno de los más litigiosos.

<sup>55</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A. *Dominio público y derecho moral y derecho a la personalidad del autor* en *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*, coordinador Carlos Rogel, Reus, Madrid, 2005, pp. 224 y 225. El autor entiende, con acierto, que “hay que deslindar el campo de la vulneración del derecho moral –en lo que afecta a la personalidad del autor- del campo de los derechos de la personalidad propios del autor como persona”. Pone como ejemplo la sentencia de 21 de septiembre de 1994 del Tribunal de Gran Instancia de París, que resolvió un asunto relacionado con las obras del escritor Saint-Exupéry. Se había reclamado por vulneración del derecho moral a la integridad de la obra y en defensa de la memoria del autor, de su derecho al honor.

digital, respectivamente.

En el número 2 del artículo 7 se precisa que el artículo 5, apartado 5,<sup>56</sup> de la Directiva 2001/29/CE será aplicable a las excepciones y limitaciones establecidas en el presente título, y que los párrafos primero<sup>57</sup>, tercero<sup>58</sup> y quinto<sup>59</sup> del artículo 6 –Obligaciones relativas a medidas tecnológicas-, apartado 4, de la Directiva 2001/29/CE serán aplicables a los artículos 3 a 6 de la presente Directiva.

#### **4.- OBRAS FUERA DE CIRCUITO COMERCIAL**

El Título III de la Directiva se dedica a regular las medidas para mejorar las prácticas de concesión de licencias y garantizar un mayor acceso a los contenidos

En el Capítulo I se regula el uso de obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural –artículo 8-<sup>60</sup>, los usos transfronterizos –artículo 9-, las medidas de publicidad –artículo 10- y el diálogo entre las partes interesadas –artículo 11-.

La regulación de los mecanismos a través de los cuales se hace efectivo el uso de las obras fuera de circuito comercial se encuentra en el artículo 8- *Uso de obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial por parte de instituciones de patrimonio*

---

<sup>56</sup> Establece que “Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1,2,3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho”.

<sup>57</sup> Este párrafo 1º del apartado 4 dispone que “No obstante la protección jurídica prevista en el apartado 1, en caso de que los titulares de derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el derecho nacional de conformidad con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegida”.

<sup>58</sup> El párrafo 3º establece que “Tanto las medidas tecnológicas adoptadas voluntariamente por los titulares de los derechos, incluidas las derivadas de acuerdos voluntarios, como las adoptadas en aplicación de medidas adoptadas por los Estados miembros, disfrutarán de la protección jurídica prevista en el apartado 1”.

<sup>59</sup> El párrafo 5º dice que “Cuando el presente artículo se aplique en el contexto de las Directivas 92/100/CE y 96/9/CE, el presente apartado se aplicará mutatis mutandis”.

<sup>60</sup> El Memorandum de entendimiento sobre los principios clave en materia de digitalización y oferta de obras fuera del circuito comercial, firmado el 20 de septiembre de 2011 entre bibliotecas, autores y entidades de gestión colectiva europeas –acrónimo MoU- tenía como objetivo que se armonizara la normativa en los países de la UE, para favorecer la digitalización y difusión en internet de este tipo de obras. El proyecto no llegó a buen fin, pero el tema se ha regulado en la Directiva. Sobre esta cuestión ESPÍN ALBA, I. *Obras no disponibles en el mercado y obras huérfanas en la Ley francesa 2012-287, de 1 de marzo de 2012*, ISSN electrónico -2316-8080, Agenda digital europea 2010., p. 209 y 210, dice que “Con ese punto de partida –crear un marco jurídico que facilite la digitalización y difusión de obras culturales en Europa- una estrategia crucial para el desarrollo de una economía del conocimiento es la creación de bibliotecas digitales europeas que conserven y difundan el rico patrimonio cultural e intelectual de Europa, y para ello se ha promovido la propuesta de Directiva de obras huérfanas y al mismo tiempo auspiciado la celebración de un Memorando de entendimiento entre las bibliotecas, los editores, los autores y las entidades de gestión colectiva para facilitar soluciones en términos de licencias para digitalizar y hacer disponibles libros fuera de comercio Ese Memorando de entendimiento....hace una apuesta por el mecanismo de licenciamiento en el sector del libro, consensuado entre los agentes económicos implicados (autores, editores, libreros)”.

*cultural* –. El precepto se ha modificado sustancialmente en relación con el contenido de la propuesta de Directiva.

En materia de conservación de bienes culturales este precepto no resulta de aplicación, sino que se aplica el artículo 6 de la Directiva que se acaba de exponer, de modo que si una obra fuera de circuito comercial se copia a los fines de conservación se aplicará la excepción que se acaba de analizar.

En el artículo se contemplan dos supuestos, la concesión de licencias para determinados usos, que es la regla general, y una excepción o límite para el caso de que no se cumplan los requisitos previstos para las licencias.

En el Considerando 37 se indica que habida cuenta de la gran variedad de obras y otras prestaciones que poseen las colecciones de las instituciones responsables del patrimonio cultural, es importante que los mecanismos de concesión de licencias y la excepción o limitación establecidos por la presente Directiva estén disponibles y puedan utilizarse en la práctica para diferentes tipos de obras y otras prestaciones, entre ellas las fotografías, los programas informáticos, los fonogramas, las obras audiovisuales y las obras de arte únicas, incluyendo las que en algún momento hayan estado disponibles en el circuito comercial<sup>61</sup>.

Antes de entrar en el análisis de estos dos supuestos se va a considerar el concepto de obra fuera de circuito comercial, que es el presupuesto necesario para que pueda solicitarse licencia o para que opere la excepción.

#### **4.1.- CONCEPTO DE OBRA FUERA DE CIRCUITO COMERCIAL**

El número 5 del artículo 8 dice que *Se considerará que una obra u otra prestación está fuera del circuito comercial cuando pueda presumirse de buena fe que la totalidad de la obra u otra prestación no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales, después de haberse hecho un esfuerzo razonable para determinar si está a disposición del público.*

---

<sup>61</sup> Las obras que no han estado nunca en el circuito comercial pueden incluir pósteres, folletos, periódicos de trincheras u obras audiovisuales de aficionados, pero también obras u otras prestaciones no publicadas, sin perjuicio de otros requisitos jurídicos aplicables, como las normas nacionales sobre los derechos morales. Cuando una obra u otra prestación esté disponible en cualquiera de sus distintas versiones, como ediciones posteriores de obras literarias y versiones diferentes de obras cinematográficas, o en cualquiera de sus distintas manifestaciones, como los formatos digital e impreso de una misma obra, no debe considerarse que esa obra u otra prestación está fuera del circuito comercial. A la inversa, la disponibilidad comercial de adaptaciones, incluidas otras versiones lingüísticas o adaptaciones audiovisuales de una obra literaria, no debe impedir que una obra u otra prestación en una lengua determinada se considere que está fuera del circuito comercial. Atendiendo a las particularidades de los distintos tipos de obras y otras prestaciones en lo que respecta a los modos de publicación y distribución y a fin de facilitar la utilización de esos mecanismos, pueden tener que establecerse requisitos y procedimientos específicos para la aplicación práctica de esos mecanismos de licencia, como el requisito de que haya transcurrido un determinado período de tiempo desde que la obra u otra prestación estuvo por primera vez comercialmente disponible. Es conveniente que los Estados miembros consulten a los titulares de derechos, a las instituciones responsables del patrimonio cultural y a las entidades de gestión colectiva al establecer dichos requisitos y procedimientos.

Obras fuera de circuito comercial pueden ser las que han estado en el circuito comercial a disposición del público en diversas modalidades y con ejemplares, obras cinematográficas y audiovisuales, libros, fonogramas, pero también cabe incluir las obras plásticas, por ejemplo, que son ejemplar único, pues a ellas se refiere el Considerando 37, que se describe, como se acaba de indicar, la gran variedad de obras y otras prestaciones que se encuentran de forma permanente en las colecciones de las instituciones de patrimonio cultural<sup>62</sup>, y expresamente incluye las obras de arte únicas.

Y junto a estas, el Considerando entiende que también quedan incluidas obras que no han estado nunca en el circuito comercial, entre las que cita a título de ejemplo, los pósteres, folletos, periódicos de trincheras u obras audiovisuales de aficionados, y también obras u otras prestaciones no publicadas.

El precepto dice que pueda presumirse, no exige que exista certeza sobre la falta de disponibilidad de la obra. Ahora bien, hay que tener en cuenta que requiere que se realice un esfuerzo razonable para llegar a esa presunción.

A este respecto el Considerando 38, tras recordar que resulta necesario realizar un esfuerzo razonable para evaluar la disponibilidad pública de una obra en los canales comerciales habituales antes de determinar que se encuentra fuera del circuito comercial, y precisar cómo debe llevarse a cabo<sup>63</sup>, termina diciendo que la disponibilidad limitada de una obra u otra prestación, como su disponibilidad en tiendas de segunda mano, o la posibilidad teórica de poder obtener una licencia para una obra u otra prestación, no debe considerarse como disponibilidad para el público en los canales comerciales habituales. El Considerando 37 especifica que cuando una obra u otra prestación esté disponible en cualquiera de sus distintas versiones, como ediciones posteriores de obras literarias y versiones diferentes de obras cinematográficas, o en cualquiera de sus distintas manifestaciones, como los formatos digital e impreso de una misma obra, no debe considerarse que esa obra está fuera del circuito comercial. Y a la inversa, la disponibilidad comercial de adaptaciones, incluidas otras versiones lingüísticas o

---

<sup>62</sup> Cita expresamente las fotografías, los programas informáticos, los fonogramas, las obras audiovisuales y las obras de arte únicas.

<sup>63</sup> Considerando 38: A la hora de determinar si las obras y otras prestaciones están fuera del circuito comercial, debe exigirse un esfuerzo razonable para evaluar su disponibilidad pública en los canales comerciales habituales, teniendo presentes las características de la obra u otra prestación concreta o del conjunto de obras u otras prestaciones concretas. Los Estados miembros deben poder decidir libremente sobre la atribución de responsabilidades al hacerse ese esfuerzo razonable. Ese esfuerzo razonable no debe implicar una acción repetida en el tiempo, pero debe, sin embargo, implicar tener en cuenta cualesquiera pruebas fácilmente accesibles de la disponibilidad futura de las obras u otras prestaciones en los canales comerciales habituales. Solo debe exigirse una evaluación individual de cada obra cuando se considere razonable teniendo en cuenta la disponibilidad de información pertinente, la probabilidad de la disponibilidad comercial y el coste esperado de la operación. Normalmente, la comprobación de la disponibilidad de una obra u otra prestación debe tener lugar en el Estado miembro en el que esté establecida la institución responsable del patrimonio cultural, a menos que se considere razonable una comprobación transfronteriza, por ejemplo en los casos en los que se cuenta con información fácilmente disponible según la cual una obra literaria se publicó por primera vez en una versión lingüística determinada en otro Estado miembro. En muchos casos podría determinarse si un conjunto de obras u otras prestaciones están fuera del circuito comercial mediante un mecanismo proporcionado como el muestreo. La disponibilidad limitada de una obra u otra prestación, como su disponibilidad en tiendas de segunda mano, o la posibilidad teórica de poder obtener una licencia para una obra u otra prestación, no debe considerarse como disponibilidad para el público en los canales comerciales habituales.

adaptaciones audiovisuales de una obra literaria, no debe impedir que una obra u otra prestación en una lengua determinada se considere que está fuera de circuito comercial.

Sobre esta cuestión EVANGELIO LLORCA decía que “no creo que pueda hablarse de disponibilidad limitada cuando las obras vendidas en tiendas de segunda mano se integran en los canales de Internet y pasan a formar parte de la oferta de grandes operadores, como Amazon, o en España La Casa del Libro, Todos Tus Libros o Iber-libro, filial de las primeras” y señala también que “la duda se mantiene respecto de los nuevos canales emergentes a los que los autores recurren para revivir sus creaciones (auto-ediciones o auto-distribuciones digitales sin ISBN, posts en páginas web, etc), lo cual preocupa al sector de titulares de derechos, por entender que presumiblemente los mismos quedarán fuera, ya que las bibliotecas (y se teme que quizás también los legisladores nacionales a la hora de implementar la directiva) suelen limitar los canales habituales de comercio a los más tradicionales”<sup>64</sup>.

En todo caso, el concepto de obra descatalogada o fuera de circuito comercial se asocia a la falta de disponibilidad de la misma<sup>65</sup>. En este sentido CURTO POLO entiende que “una obra se encuentra descatalogada o fuera del circuito comercial cuando la totalidad de la obra u otra prestación, en todas sus traducciones, versiones y manifestaciones, no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales y no puede esperarse razonablemente que lo esté”<sup>66</sup>.

STOKKMO respecto de las obras agotadas, en el contexto de la iniciativa i2010, recuerda que “El informe del Comité de Derecho de autor define como agotada la obra que el titular, sea editor o autor, declare unilateralmente que ya no está disponible por el sistema de venta al público. No importa el número de copias que estén disponibles de la obra, las que podrían ser cero o varias. Sólo tiene importancia la declaración del titular, es decir si él declara que no tiene la intención de ofrecer la obra comercialmente al mercado”<sup>67</sup>. Es decir, quien ostenta los derechos sobre la obra u otra prestación decide no seguir explotándola.

Puede decirse, por tanto, que estaremos ante obras fuera de circuito comercial cuando las obras u otras prestaciones no se encuentren disponibles en los canales comerciales, y ello puede deberse a una decisión premeditada del titular de derechos, que decide no explotar

---

<sup>64</sup> EVANGELIO LLORCA, R. *Estrategias de la Unión Europea para facilitar el uso de obras fuera del circuito comercial por instituciones de patrimonio cultural en el mercado único digital*, Pe.i.: Revista de propiedad intelectual, nº 60, 2018, p. 37. Este mismo criterio lo expone en términos prácticamente idénticos en su reciente trabajo *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*, directoras Concepción Saíz García y Raquel Evangelio Llorca, Tirant lo Blanc, Valencia, 2019, p. 227.

<sup>65</sup> La Ley de la lectura de 2007, entiende que un libro ha sido descatalogado por el editor cuando no aparezca en su último catálogo o lo comunique por escrito a sus canales de distribución y venta y a la Agencia española del ISBN o a las agencias autonómicas del ISBN.

<sup>66</sup> CURTO POLO, M. *El destino de los libros olvidados*, European Papers Vol. 2, nº 2, p. 733.

<sup>67</sup> STOKKMO, O. *Bibliotecas digitales. Soluciones para la iniciativa i2010 de la Comisión Europea (CE)*, p. 6. Respecto de las obras huérfanas que pueden también ser obras descatalogadas, recuerda que “Cuando no es posible identificar al titular de una obra, o bien, si estando identificado no se logra localizar, se dice que la obra es huérfana. La obras huérfanas representan un gran desafío sobre todo en relación a fotos, ilustraciones, films y otras obras audiovisuales...”.

La iniciativa de la Comisión Europea i2010: Bibliotecas digitales, a la que alude el autor, se propone conseguir que los recursos de información europeos resulten más fáciles e interesantes de utilizar en línea. La iniciativa cubre tanto el material digitalizado como el digital desde su misma creación.

la obra, o a circunstancias ajenas a su voluntad pero que derivan igualmente en la no explotación.

En otro orden de cosas, procede señalar que es habitual que se identifiquen los conceptos de obra huérfana y obra descatalogada, pero son, sin duda, supuestos distintos, y deben distinguirse, aunque en ocasiones coincidan ambas situaciones respecto de una misma obra u otra prestación. Esta cuestión, que no es nueva, ha adquirido mayor relieve con la aprobación de la Directiva de 2012 sobre obras huérfanas y su consiguiente trasposición a nuestro ordenamiento jurídico interno.

Las obras descatalogadas o fuera de circuito comercial pueden, en efecto, ser a su vez obras huérfanas<sup>68</sup> -aunque no tiene por qué ser así<sup>69</sup>-, en cuyo caso se les aplicarán las normas relativas a este tipo de obras, recogida en la Directiva 2012/28/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, y en el artículo 37 bis LPI que adapta la Directiva al derecho interno español. La Directiva 2013/28/UE del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, en su Considerando 4 distingue obras huérfanas de obras fuera de circuito comercial, indica que “La presente Directiva se entiende sin perjuicio de las soluciones específicas que se desarrollen en los Estados miembros para hacer frente a cuestiones más amplias relacionadas con la digitalización a gran escala, como en el caso de las llamadas obras fuera de circuito comercial...”. El artículo 2.1 establece que “Se considerará que una obra o un fonograma son obras huérfanas si ninguno de los titulares de los derechos sobre dicha obra o fonograma está identificado o si, de estarlo uno o más de ellos, ninguno está localizado a pesar de haber efectuado una búsqueda diligente de los mismos debidamente registrada con arreglo al artículo 3”. Parece que prevalece la regulación de las obras fuera de circuito comercial sobre la relativa a las obras huérfanas.

A este respecto MORENO MARTÍNEZ señala que debe deslindarse el concepto de obra huérfana del concepto de obra descatalogada y de obra anónima y señala que “En concreto, en la obra descatalogada o también denominada fuera de del comercio, no se suscitan problemas de identificación o localización de su titular. La peculiaridad radica en que la persona que tiene la facultad de explotar la obra decide no hacerlo, con independencia de las razones que pudieran concurrir. No obstante, debe saberse que en no pocas ocasiones la condición de obra huérfana puede recaer sobre una obra descatalogada, como asimismo, aunque en menor medida, obras de este última consideración pueda conllevar problemas de identificación o de localización del titular, y con ello, revestir a su vez la condición de huérfana”<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> El artículo 37 bis LPI, Obras huérfanas, en su número 1 establece que “se considerará obra huérfana a la obra cuyos titulares de derechos no están identificados o, de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una previa búsqueda diligente de los mismos”.

<sup>69</sup> RAMOS-SIMÓN, L.F. y BLÁZQUEZ OCHANDO, M. *Patrimonio digital: obras renacidas, una nueva vida para las “obras fuera del circuito comercial”*, Scire 24.2 (julio-diciembre 2018) 13-22, afirman que “todas las obras huérfanas, por definición, están abandonadas por sus titulares, por lo que será habitual que se encuentren fuera de distribución comercial (descatalogadas) e incluso agotadas, y que ambos términos se emplean indistintamente en muchas ocasiones”. Esto puede, sin duda, inducir a considerar ambos tipos de obras como uno solo, cuando no es necesariamente así.

<sup>70</sup> MORENO MARTÍNEZ, J.A. *Obras huérfanas tras su reconocimiento por la Ley 21/2014 de 4 de noviembre, de reforma del TRLPI: análisis del art. 37 bis y su desarrollo reglamentario* en Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: Últimas reformas y materiales pendientes, Dykinson, Madrid, 2016, p. 595 y 596. Respecto de la obra anónima o divulgada bajo seudónimo considera que “se parte de la deliberada voluntad del autor de no revelar su identidad, aunque pueda hacerlo en cualquier momento... No obstante,

En esta línea MENDOZA DÍAZ, entiende que “Las llamadas obras huérfanas son aquellas amparadas por el derecho de autor o derechos afines, pero que sus titulares no pueden ser identificados, por ser desconocidos, mientras que las descatalogadas son aquellas igualmente protegidas por el derecho de autor, pero que a diferencia de las huérfanas, los titulares del derecho están identificados, pero la obra ha desaparecido de los circuitos comerciales y los editores desconocen el paradero o localización del autor, lo que las coloca en similar situación que las obras huérfanas, a efecto del ejercicio de los derechos de autor”<sup>71</sup>.

En el concepto de obra fuera de circuito comercial se incluyen los conjuntos de obras, respecto de los que el segundo párrafo del número 5 del artículo 8 dice que los requisitos que los Estados establezcan para considerar que una obra está fuera del circuito comercial no excluirán la posibilidad de determinar que un conjunto de obras u otras prestaciones está fuera del circuito comercial en su totalidad, cuando sea razonable presumir que todas las obras u otras prestaciones están fuera del circuito comercial.

El número 5 del artículo 8 dispone, por otra parte, que los Estados miembros podrán establecer requisitos específicos como una fecha límite para determinar si las obras y otras prestaciones pueden ser objeto de licencias con arreglo al apartado 1 o ser usadas al amparo de la excepción o limitación establecida en el apartado 2. Estos requisitos no serán más estrictos de lo que es necesario y razonable.

A este respecto, el Considerando 37, al que ya se ha hecho referencia, alude a la gran variedad de obras y otras prestaciones que poseen las instituciones responsables del patrimonio cultural, y en su inciso final indica que atendiendo a las particularidades de los distintos tipos de obras y otras prestaciones en lo que respecta a los modos de publicación y distribución y a fin de facilitar la utilización de esos mecanismos, pueden tener que establecerse requisitos y procedimientos específicos para la aplicación práctica de esos mecanismos de licencia, como el requisito de que haya transcurrido un determinado periodo de tiempo desde que la obra u otra prestación estuvo por primera vez comercialmente disponible. Y considera conveniente que los Estados miembros consulten a los titulares de derechos, a las instituciones responsables del patrimonio cultural y a las entidades de gestión colectiva al establecer dichos requisitos y procedimientos.

## 4.2.- EL CONTRATO DE LICENCIA

---

podría suceder que tales sujetos legitimados –se refiere a los que contempla el artículo 6.2 LPI- pudieran no ser identificados o localizados, en cuyo caso la obra además de ser anónima se consideraría huérfana”.

<sup>71</sup> MENDOZA DÍAZ, J. *Notas cubanas a las obras huérfanas* en *Obras inéditas, anónimas, seudónimas, póstumas y huérfanas*, Reus, Madrid, 2014, p. 113. También CÁMARA AGUILA P. *Comentario ex artículo 37 bis* en *Comentario a la Ley de propiedad intelectual*, coordinador Rodrigo Bercovitz, 4ª Edición, Tecnos, Madrid, 2017, p. 749 recuerda que “obra huérfana es la obra cuyos titulares de derechos no están identificados o, de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una previa búsqueda diligente de los mismos (arts. 37.1 LPI y 2º 1 RDOH), lo que implica que “hay dos situaciones que pueden determinar que la obra sea jurídicamente considerada como huérfana: falta de identificación de los titulares o falta de localización. El carácter de huérfana de una obra lo es por referencia al titular de los derechos, que puede o no coincidir con el autor”. TOBÍO RIVAS, A.M. *Comentario es artículo 37 bis ...cit.*, p. 654.

De las obras huérfanas critica la autora que queden excluidas las fotografías.

El número 1 del artículo 8 establece que *Los Estados miembros dispondrán que una entidad de gestión colectiva pueda, conforme a los mandatos que le hayan otorgado los titulares de derechos, concluir un contrato de licencia no exclusiva para fines no comerciales con una institución responsable del patrimonio cultural a los fines de la reproducción, distribución, comunicación al público o puesta a disposición del público de obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial y se hallan de forma permanente en la colección de la institución, con independencia de si todos los titulares de derechos amparados por la licencia han otorgado mandato a la entidad de gestión colectiva, siempre que:*

*a) la entidad de gestión colectiva, sobre la base de sus mandatos, sea suficientemente representativa de los titulares de derechos en el tipo pertinente de obras u otras prestaciones y de los derechos objeto de la licencia, y*

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

En este número 1 se ha sustituido el término garantizarán de la propuesta por el de dispondrán, que es más preciso y establece la obligación de hacerlo sin ninguna duda.

Las entidades beneficiarias son las instituciones responsables del patrimonio cultural, como el precepto no establece ninguna especificación se entiende que son las recogidas en el artículo 2.3, y a ellas ya se ha hecho referencia al analizar el artículo 6.

El número 6 del artículo 8 dispone que los *Estados miembros dispondrán que las licencias contempladas en el apartado 1 deban obtenerse de una entidad de gestión colectiva que sea representativa del –debería decir “en”?- Estado miembro donde esté establecida la institución responsable del patrimonio cultural.*

Este apartado era el número 4 del artículo 7 de la propuesta de Directiva, y se ha simplificado de modo que resulta más comprensible.

Las entidades de gestión de otros países de la Unión Europea o de terceros países pueden prestar servicio en España –art. 151 LPI-. Pero estas entidades no pueden quedar incluidas para ser beneficiarias en España?????

#### **4.2.1.- REQUISITOS DE LA LICENCIA**

Se regula la concesión de licencias colectivas de obras u otras prestaciones, el precepto no establece el modelo de licencia y en los considerandos se ofrece flexibilidad a los Estados miembros para que elijan el tipo de licencia que deciden establecer<sup>72</sup>, y se

---

<sup>72</sup> En cuanto a las licencias hay que atender al contenido del Considerando 33, en el que se determina que se debe ofrecer flexibilidad a los Estados miembros para elegir el tipo específico de mecanismo de licencia, como la concesión de licencias colectivas ampliadas o las presunciones de representación, que van a instaurar para el uso de obras y otras prestaciones fuera del circuito comercial por instituciones responsables del patrimonio cultural, de conformidad con sus tradiciones, prácticas o circunstancias jurídicas<sup>72</sup>. También debe ofrecerse a los Estados miembros flexibilidad para determinar los requisitos aplicables para que las entidades de gestión colectiva sean suficientemente representativas, siempre que esa determinación se base en un número significativo de titulares de derechos en los tipos de obras u otras prestaciones pertinentes que hayan otorgado un mandato por el que autorizan la concesión de licencias para el tipo de uso en cuestión.

indican como posibilidades las licencias colectivas ampliadas, que permiten a las entidades de gestión representar a titulares de derechos que no son miembros de la entidad<sup>73</sup>, y las presunciones de representación.

El requisito que se exige es que la entidad de gestión colectiva<sup>74</sup>, sobre la base de sus mandatos, sea suficientemente representativa<sup>75</sup> de los titulares de derechos en el tipo pertinente de obras u otras prestaciones. Quiere esto decir que sólo una entidad, la que sea representativa porque tiene más mandatos puede otorgar licencias o pueden hacerlo todas las que, para un mismo tipo de obras u otra prestación, puedan considerarse representativas. Parece que pueden hacerlo todas las que se consideren representativas. En todo caso habrá que establecer cuantos mandatos tienen que tener para ostentar la condición de ser suficientemente representativa. Todos estos aspectos deben regularse y convendría que fueran similares en todos los países de la UE. Los Estados miembros deben poder fijar libremente normas específicas aplicables en aquellos casos en que más de una entidad de gestión colectiva sea representativa para las obras u otras prestaciones pertinentes, exigiendo, por ejemplo, licencias conjuntas o un acuerdo entre las entidades pertinentes.

Las entidades de gestión deben ser representativas en el Estado miembro en el que esté establecida la institución responsable del patrimonio cultural que solicita la licencia.

También tiene que ser representativa en relación con los derechos objeto de la licencia, este requisito y el anterior parece que son acumulativos.

El artículo 5 de la Directiva 2014/26/UE sobre gestión colectiva, exige consentimiento expreso y escrito para que la entidad de gestión colectiva pueda representar los derechos de un titular, por lo que este sistema establecido en la Directiva 2019 puede decirse que merma los derechos exclusivos de los autores. Hay quien entiende que “se está consagrando una peligrosa tendencia a la normalización de la utilización de obras protegidas sin autorización”<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> MENDOZA DÍAZ, J. *Notas cubanas...*cit., 117, se refiere a las licencias colectivas ampliadas “tal y como están concebidas en Noruega, en virtud de las cuales las bibliotecas firman una licencia con las sociedades de gestión colectiva que cubra las obras a digitalizar... Con este sistema se consiente el pago previo por unas obras que en su mayoría no serán nunca localizadas, para poder llevar a cabo los proyectos de digitalización sin temores a reclamaciones posteriores”. Se paga una pequeña cantidad por página digitalizada por parte de las entidades de patrimonio cultural.

<sup>74</sup> La regulación de las entidades de gestión, como sabemos, se ha modificado en 2019 por Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modificó el Texto Refundido de la Ley de propiedad intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Esta ley deroga el Real Decreto Ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se había introducido en nuestro Ordenamiento Jurídico la Directiva 2017/1564, del Parlamento y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

<sup>75</sup> El artículo 156 LPI, principios generales de representación de los titulares de derechos, establece que “Se considerará titular de derechos a los efectos de este título, a toda persona o entidad, distinta de una entidad de gestión, que sea titular de derechos de autor u otros derechos de propiedad intelectual o que, en virtud de un acuerdo de explotación de derechos o por ley, esté legitimada para percibir una parte de las cuantías generadas por tales derechos”.

<sup>76</sup> EVANGELIO LLORCA, R. *Estrategias...*cit., p. 53, recoge esta opinión de Checa Prieto, S. *La explotación comercial de las obras huérfanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 254.

Lo cierto es que se obliga a los titulares de derechos a que excluyan sus obras u otras prestaciones de estas licencias concedidas, incluso a los que no son miembros de la entidad de gestión colectiva, si no quieren que se reproduzcan.

De hecho el artículo que se comenta, permite la concesión de licencia con independencia de si todos los titulares de derechos afectados por la licencia han otorgado mandato a la entidad de gestión. Sobre esta cuestión el Considerando 31 expresamente indica que todos los Estados miembros deben disponer mecanismos para que estas licencias en favor de instituciones responsables del patrimonio cultural se apliquen también a los derechos de los titulares de derechos que no hayan otorgado mandato a tal fin a una entidad de gestión colectiva representativa.

La licencia puede hacerse extensiva a los titulares de derechos de la misma categoría que los amparados por la licencia que no estén representados por la entidad de gestión colectiva, siempre que se cumplan los requisitos de que la entidad de gestión colectiva sea ampliamente representativa y se garantice igualdad de trato a todos los titulares de derechos en relación con los términos de la licencia, y, conforme al número 4 del artículo 8, que los titulares de derechos puedan en cualquier tiempo excluir sus obras u otras prestaciones del mecanismo de concesión de licencias o de la aplicación de la excepción.

Contrato de licencia no exclusiva con una institución responsable del patrimonio cultural. La licencia no exclusiva implica que se otorga en régimen de concurrencia con terceros, incluido el propio titular de derechos<sup>77</sup>.

El número 1 del artículo 8 habla de licencias no exclusivas, pero se exige que las obras u otras prestaciones se hallen de forma permanente en la colección de la institución, luego sólo se podrá otorgar una licencia, al menos en tanto la obra no pase a otra institución de forma permanente, en cuyo caso dejará de cumplirse este requisito respecto de la primera institución, la que obtuvo la licencia, y así sucesivamente. En este caso, se admitiría que ambas instituciones usen la obra o la primera ya no podrá seguir destinando la obra a los usos autorizados por la licencia puesto que la obra ya no se encuentra en su colección. Quizá haya que considerar en este punto el contenido del artículo 50.2 LPI en el que se establece que las autorizaciones no exclusivas concedidas por las entidades de gestión para la utilización de sus repertorios, son intransmisibles.

El artículo 8 permite varios usos pero no todos ellos deben incluirse necesariamente en el contrato de licencia que se suscriba con la entidad responsable del patrimonio cultural. En concreto habla de reproducción, distribución, comunicación al público o puesta a disposición del público de obras u otras prestaciones. No se permiten los usos que impliquen modificación o transformación de la obra en sentido estricto.

Las licencias se desenvuelven dentro de los mandatos que le hayan otorgado los titulares de derechos. Se entiende que son los mandatos ya otorgados, no parece que se exija que se recabe un nuevo mandato. Y si el mandato no incluye la puesta a disposición en línea<sup>78</sup> no debería otorgarse la licencia.

---

<sup>77</sup> MORALEJO IMBERNÓN, N. *Comentario ex artículo 157* en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinador Rodrigo Bercovitz, 4ª Edición, Tecnos, Madrid, 2017, p. 20147.

<sup>78</sup> El artículo 157 LPI establece que En el contrato de gestión, el titular de derechos deberá dar consentimiento explícito, por escrito, para cada derecho, categoría de derechos o tipo de obra o prestación

El precepto exige también como requisito que se trate de fines no comerciales, de modo que si la institución responsable del patrimonio cultural persigue fines comerciales no debe otorgarse licencia a su favor.

EVANGELIO considera “que deberían permitirse también la extensión de licencias voluntarias para usos comerciales de las OFCC (como se prevé en el MoU), ya que ello puede contribuir a un mayor acceso a la diversidad cultural en el mercado único digital sin perjudicar los intereses de los titulares de derechos, quienes quedan protegidos por la facultad de exclusión voluntaria ejercitable en cualquier momento. Hay quien va más allá y defiende que la colaboración entre instituciones públicas y privadas en los proyectos de digitalización a gran escala es esencial para asegurar la sostenibilidad de aquellos, dados los recortes en los fondos públicos europeos realizados en los últimos años. Además, se destaca que las empresas privadas a menudo promueven ideas novedosas, que puedan mejorar los proyectos públicos de digitalización”<sup>79</sup>. La autora hace esta afirmación sobre la propuesta de Directiva, y en este punto alude al Considerando 27 de la propuesta, cuyo contenido se recoge ahora en el Considerando 40.

Lo cierto es que debería haberse hecho referencia a este tema en el precepto, para permitirlo o no, pero no ha sido así y quizá ello implica que no se admite. De hecho el Considerando 40 señala de forma categórica que los usos que comprendan esas licencias no deben tener fines lucrativos, tampoco cuando una institución responsable del patrimonio cultural distribuye copias, como en el caso de material publicitario para una exposición. Ahora bien, a continuación indica que las licencias concedidas no han de impedir que las instituciones responsables del patrimonio cultural sufraguen los costes de la licencia y los costes de digitalización y difusión de las obras u otras prestaciones amparadas por la licencia, dado que las inversiones que tienen que hacer estas instituciones pueden ser considerables. El Considerando parece decir una cosa y la contraria. Desde luego la referencia que se incluye en este Considerando es lo suficientemente vaga como para que los Estados puedan considerar la posibilidad de admitir que las instituciones responsables del patrimonio cultural puedan obtener algún beneficio, pero no debe olvidarse que estamos ante obras con derechos de autor vigentes y, por tanto, si se admite esta posibilidad debe ir acompañada de una remuneración para el titular de derechos, y no perjudicar una posible explotación de la obra, que no se si queda debidamente garantizada con la facultad de exclusión.

En todo caso, y puesto que el Considerando solo alude a las instituciones responsables del patrimonio cultural, solo ellas podrían pedir una contraprestación para sufragar los costes de las copias, pero en ningún caso los terceros, y sin que pueda considerarse que concurre ánimo de lucro.

Po otra parte, la licencia no tiene por qué ser gratuita. La Directiva no dice nada a este respecto, y el citado considerando 40 da a entender que no lo es, pues en él se alude a

---

cuya gestión encomienda a la entidad y respecto de los territorios de su elección, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia o de establecimiento de la entidad de gestión. Dicho contrato no podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de uso ni de la totalidad de la obra o producción futura.

<sup>79</sup> EVANGELIO LLORCA, R. *Estrategias...cit.*, p. 46. Reitera este criterio en su trabajo *La regulación...cit.*, p. 241, e indica que sin que la extensión “signifique que las condiciones de la licencia para usos comerciales deban ser las mismas que las establecidas en licencias para usos no comerciales, ni en lo que se refiere a los derechos licenciados ni a las tarifas aplicables”.

la facultad de las instituciones responsables del patrimonio cultural ya las entidades de gestión colectiva de poder llegar a un acuerdo sobre el canon de la licencia<sup>80</sup>. El Considerando 35 que alude al derecho de exclusión termina diciendo que la exclusión aplicada por los titulares de derechos no debe afectar a sus reclamaciones de remuneración por el uso efectivo de la obra u otra prestación objeto de la licencia, y, por último, si estamos al artículo 163 LPI, las entidades de gestión están obligadas a negociar y contratar bajo remuneración con los usuarios que lo soliciten.

En el caso de las obras huérfanas, el artículo 37 bis LPI<sup>81</sup>, les permite una serie de usos siempre y cuando los actos se lleven a cabo sin ánimo de lucro y con el fin de alcanzar objetivos relacionados con su misión de interés público. No admite, por tanto, la explotación comercial. Sin embargo, el artículo 3.3. del R.D. 224/2016, prevé que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 37 bis LPI en lo relativo a que los actos se lleven a cabo sin ánimo de lucro “se podrán obtener ingresos en el transcurso de dichos usos, a los efectos exclusivos de cubrir los costes derivados de las actividades conducente a la digitalización y puesta a disposición del público de las obras huérfanas por parte de las entidades beneficiarias, siempre que dichos costes no sean cubiertos en su totalidad por otra institución, en virtud del contrato a que se refieren el siguiente apartado 4. Asimismo, la reproducción u obtención de copias de obras huérfanas podrá sujetarse al pago de la contraprestación que en cada caso se determine”.

El número 4 del artículo 3, al que se hace referencia, admite acuerdos de asociación público-privada que las entidades beneficiarias pueden llevar a cabo en el ejercicio de su función de interés público, pero “sin que en ningún caso se derive de estos acuerdos la concesión al socio comercial del derecho a utilizar o controlar el uso de la obra huérfana”.

En principio no cabe la reproducción por los usuarios –descargas, impresiones-, que normalmente no autorizan los titulares de derechos.

#### **4.2.2.- USOS PERMITIDOS**

El artículo no habla de digitalización sino de reproducción, lo que incluye otras técnicas de reproducción además de la digitalización. Y puesto que incluye la difusión, que en el texto de la Directiva se concreta en la distribución, comunicación al público o puesta a disposición del público, se trata de que estas obras puedan ser conocidas por el público a través de estas instituciones responsables del patrimonio cultural, previa reproducción de las mismas. Desde luego no es para conservación, pues entonces estaríamos en el artículo 6, que no distingue si las obras están fuera de circuito comercial o no.

La reproducción es –artículo 18 LPI- la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias. La STJUE de 16 de julio de 2009<sup>82</sup>, Apartado 54 señala que “Con arreglo al artículo 5, apartado 1, de la Directiva

---

<sup>80</sup> El acuerdo puede incluir además, a tenor de lo recogido en el Considerando 40, el alcance territorial de la licencia, incluyendo la opción de cubrir todos los Estados miembros, y los usos autorizados.

<sup>81</sup> Desarrollado por Real Decreto 224/2016, de 27 de mayo, desarrolla el régimen jurídico de las obras huérfanas.

<sup>82</sup> ECLI:EU, C:2009:465, Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening, procedimiento prejudicial, Directiva 2001/29/CE, artículos 2 y 5, Concepto de reproducción- Reproducción parcial-

2001/29, un acto de reproducción no está exento del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 de ésta a menos que cumpla con los cinco requisitos siguientes: que sea un acto provisional; transitorio; que forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico; cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario o una utilización lícita; y que dicho acto no tenga una significación económica independiente”. El apartado 55 indica que estos requisitos son acumulativos y que la inobservancia de uno solo de ellos supone que el acto de reproducción no quede exento del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 de la Directiva 2001/29. Por su parte, el apartado 56 recuerda que la interpretación de estos requisitos ha de ser restrictiva por tratarse de una excepción a un principio general establecido por esa misma Directiva.

La distribución –artículo 19 LPI- es la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra –u otra prestación- en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma<sup>83</sup>. La STJUE de 10 de noviembre de 2016<sup>84</sup>, sobre préstamo de libros en biblioteca pública. La sentencia analiza el concepto de préstamo, pero indica cuando se agota el derecho de distribución. Dice en el Apartado 59 que “En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha juzgado que los actos de explotación de la obra protegida, como el préstamo público, son de una naturaleza distinta a la de la venta o cualquier otro acto de distribución lícito, dado que el derecho de préstamo sigue siendo una de las prerrogativas del autor a pesar de la venta del soporte material, que contiene la obra. En consecuencia, el derecho de préstamo no se agota por la venta o cualquier otro acto de difusión, mientras que el derecho de distribución se agota precisamente con la primera venta en la Unión por parte del titular del derecho o con su consentimiento”, cita otras sentencias en este sentido.

La comunicación pública –artículo 20 LPI- es todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Aclara el precepto que no se considera pública la comunicación cuando se celebra dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo<sup>85</sup>. Este derecho se ha visto afectado por los avances tecnológicos.

La comunicación pública admite muchas modalidades. A este respecto SÁNCHEZ ARISTI, dice que “Comunicar una obra es posibilitar su acceso a ella por parte de terceros sin distribución de ejemplares entre ellos. Si además esos terceros conforman

---

Reproducción de extractos breves de obras literarias- Artículos de prensa- Reproducción provisional y transitoria- Procedimiento técnico que consiste en el escaneado, la conversión en archivo de texto, el almacenamiento y posterior impresión de artículos de prensa.

En el apartado 51 indica que “...una actividad realizada en el contexto de un procedimiento de recopilación de datos, por la que se almacena en memoria e imprime un extracto de una obra protegida formado por once palabras constituye una reproducción parcial a los efectos del artículo 2 de la Directiva 2001/29, si – lo cual corresponde verifica la tribunal remitente- expresa la creación intelectual de su autor”.

<sup>83</sup> El artículo 19 LPI regula lo que se entiende por cada uno de estos conceptos, y los requisitos y consecuencias de uno y otro.

<sup>84</sup> ECLI:C:2016:856, Verening Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht, Derecho de alquiler y préstamo de obras protegidas- Directiva 2006/115/CE, artículo 1, apartado 1- Préstamo de copias de obras- artículo 2 apartado 1- Préstamo de objetos- Préstamo de una copia de un libro en formato digital- Bibliotecas públicas.

<sup>85</sup> El precepto recoge los actos que considera son de comunicación pública. Su contenido es complejo y no resulta posible analizarlo en este trabajo. Su aplicación práctica ha dado lugar a abundante litigiosidad, habiéndose resuelto buena parte de los asuntos por el TJUE, de todos conocido es el asunto de la comunicación de obras en las habitaciones de los hoteles al que se ha hecho referencia.

una pluralidad de personas susceptible de calificarse como público, ese acto se encuadrará en la definición de comunicación pública del artículo 20 LPI... La comunicación es siempre y por definición una forma de explotación incorporea pues que los destinatarios de la misma nunca han de recibir un ejemplar de la obra, lo que no obsta para que esa accesibilidad incorporea pueda estar basada a su vez en el empleo de un soporte tangible (v. gr., proyección de una película en un cine, emisión de un disco por radio o exposición pública de una pintura), aunque en muchas otras ocasiones el soporte que sirve de base al acto comunicativo es intangible (v. gr., ejecución artística en vivo en una sala de conciertos o retransmisión por cable de una previa emisión televisiva). Esto implica que si bien algunos actos de comunicación –acaso los más genuinos- se apoyan en una performance generada y presenciada en vivo, otros se basan en actos previos de reproducción-distribución y/o en actos previos de comunicación a distancia”<sup>86</sup>.

La STJUE, de 7 de diciembre de 2006<sup>87</sup>, analiza el concepto de comunicación al público en relación con obras difundidas por medio de televisores instalados en habitaciones de hotel. En el Apartado 36 dice “Del vigésimo tercer considerando de la Directiva 2001/29 se desprende que el concepto de comunicación al público debe entenderse en un sentido amplio. Esta interpretación resulta, además, indispensable para la consecución del objetivo principal de dicha Directiva que...se concreta en lograr un elevado nivel de protección en favor, entre otros, de los autores, con el fin de que éstos puedan recibir una compensación adecuada por el uso de su obra y, concretamente, en el caso de su comunicación al público”<sup>88</sup>. En el Apartado 43 indica que “Además, se desprende de los artículos 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y 8 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor, que para que haya comunicación al público basta con que la obra se ponga a disposición del público, de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella. Por consiguiente, no es decisivo a este respecto, en contra de lo afirmado por Rafael Hoteles e Irlanda, el hecho de que los clientes que no hayan encendido el televisor no hayan tenido acceso efectivo a las obras”.

ROBLES LA TORRE, por su parte, entiende que, en efecto, “podría haber comunicación pública incluso en el caso en que realmente ninguna persona estuviese disfrutando de la obra”. Previamente indica, en relación con el requisito de la pluralidad de personas, que “se cumple cuando, de forma simultánea, un conjunto de personas disfrutan de una obra protegida –concierto, cine, televisión, etc-. No es necesario, sin embargo, para que se trate de comunicación pública, que el disfrute colectivo de la obra se haga simultáneamente. Dicho disfrute puede ser colectivo cuando se realiza individualmente, pero consecutivamente, es decir, primero disfruta una persona, posteriormente otra y así sucesivamente, como ocurre en las habitaciones de los hoteles”<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R. *Comentario ex artículo 20* en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid, 2017, p. 390.

<sup>87</sup> ECLI:EU:C:2006:764, asunto C-306/05, partes Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles S.A.

<sup>88</sup> En cuanto al concepto de público en el apartado 36 dice que “el término público hace referencia a un número indeterminado de telespectadores potenciales –cita otras sentencias en este mismo sentido-. En el apartado 40 se refiere al requisito del público nuevo y en el apartado 42 dice que lo es la clientela de un hotel.

<sup>89</sup> ROBLES LA TORRE, *El fluctuante y proceloso tema de la jurisprudencia sobre el derecho de comunicación pública en las habitaciones de los hoteles* en Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual, coordinador Xavier O’Callaghan, Dykinson, Madrid, 2011, p. 92.

La comunicación al público exige dos elementos, un acto de comunicación de una obra y la comunicación de esta al público. Estos elementos se analizan por LÓPEZ MATAS, al comentar la STJUE de 8 de septiembre de 2016, considera que en cuanto al acto de comunicación, el enlazador que da acceso a sus clientes a obras protegidas, siendo consciente de ello, y sin cuya intervención aquellos no hubieran podido acceder a los contenidos, está realizando un acto de comunicación, -no se incluye aquí a los hipervínculos que lo único que hacen es facilitar el hallazgo de lo que otros han puesto. El segundo elemento, la comunicación al público, se cumple cuando la obra se comunica a un conjunto indeterminado de destinatarios potenciales que comporte un número considerable de personas, y estemos ante un público nuevo, esto es, un público que no fue tenido en cuenta por los titulares de derechos cuando autorizaron la inicial comunicación de su obra al público. Se considera también la existencia de ánimo de lucro, junto con la obligación del enlazador de cerciorarse de si hubo consentimiento para la comunicación pública inicial”<sup>90</sup>.

### 4.3.- LA EXCEPCIÓN

El número 2 contempla un excepción obligatoria, dispone que *Los Estados miembros establecerán una excepción o limitación a los derechos establecidos en el artículo 5, letras a), b), d) y e), y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE, los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29/CE, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2009/24/CE y el artículo 15, apartado 1 de la presente Directiva, para permitir a las instituciones responsables del patrimonio cultural que pongan a disposición, con fines no comerciales, obras u otras prestaciones fuera del circuito comercial que se encuentren en su colección permanente, a condición de que:*

- a) *se indique el nombre del autor o de cualquier otro titular de derechos identificable, excepto cuando esta indicación sea imposible, y*
- b) *dichas obras u otras prestaciones se pongan a disposición en sitios web no comerciales.*

El número 3 del precepto dispone que *Los Estados miembros establecerán que la excepción o limitación establecida en el apartado 2 se aplique solamente a los tipos de obras u otras prestaciones para las que no existe ninguna entidad de gestión colectiva que cumpla las condiciones previstas en el apartado 1, letra a)*<sup>91</sup>.

El Considerando 32 indica que es importante que los usos al amparo de la excepción solo tengan lugar cuando se cumplan determinadas condiciones, en particular en lo que respecta a las disponibilidad de soluciones para la concesión de licencias, y que el hecho de que no exista un acuerdo sobre los términos de la licencia no se debe interpretar como una falta de disponibilidad de soluciones para la concesión de licencias.

---

<sup>90</sup> LÓPEZ MAZAS, S. La jurisprudencia del TJUE en materia de propiedad intelectual, Madrid, 2017, p. 749 y ss.

<sup>91</sup> Esta era la opción recogida en el texto del Parlamento, como señala EVANGELIO LLORCA, R. Estrategias...cit., que recogía “un sistema mixto, resultante de la combinación de licencias concedidas por entidades EGC en los términos propuestos por la Comisión y el Consejo (como solución general) y el establecimiento de una excepción o limitación obligatoria para los casos que aquel no sea posible”.

Este número 2 del artículo 8, por tanto, impone a los Estados miembros la obligación de establecer una excepción o limitación a los derechos establecidos en una serie de Directivas para permitir que pongan a disposición, con fines no comerciales, obras u otras prestaciones fuera del circuito comercial que se encuentren en su colección permanente, siempre que indiquen el nombre del autor u otro titular de derechos identificable y dichas obras u otras prestaciones se pongan a disposición en sitios web no comerciales.

Esta previsión parece tener carácter subsidiario en relación con la obtención de licencia, puesto que el número 3 del artículo 8, como vemos, dispone que los Estados miembros establecerán que la excepción o limitación se aplique solamente a los tipos de obras u otras prestaciones para las que no exista ninguna entidad de gestión colectiva que cumpla las condiciones previstas en el apartado 1, letra a).

El requisito para que opere la excepción es, por tanto, que no exista una entidad de gestión que sea suficientemente representativa. Obsérvese que no dice que no exista entidad de gestión, sino que las existentes no cumplan las condiciones previstas en el apartado 1 letra a), es decir, que no sean suficientemente representativas. Para saber si se cumple esta premisa será necesario que se establezcan, como ya se ha indicado, los requisitos para determinar cuándo una entidad de gestión es suficientemente representativa.

Aunque el precepto solo parece recoger el supuesto en que la entidad de gestión no sea suficientemente representativa, el Considerando 32, en relación con las dificultades que pueden encontrar las instituciones responsables del patrimonio cultural para obtener las pertinentes licencias, contempla también la posibilidad de que no exista una práctica de gestión colectiva para los derechos de un determinado tipo de obra u otra prestación. A este supuesto debería haberse hecho referencia en el artículo que nos ocupa. Para ambos casos, insuficiencia de la representación o inexistencia de gestión, prevé que las instituciones responsables del patrimonio cultural puedan poner en línea en todos los Estados miembros las obras que se encuentran de forma permanente en sus colecciones a través de una excepción o limitación armonizada de los derechos de autor y derechos afines.

En este Considerando 32 se indica que la puesta en línea sea en todos los Estados miembros, sin embargo, este supuesto, a tenor de lo establecido en el artículo 9, no tiene carácter trasfronterizo, puesto que este artículo en su número 2 establece que los usos de obras y otras prestaciones al amparo de esta excepción, se producen solamente en el Estado miembro en el que esté establecida la institución responsable del patrimonio cultural que haga dicho uso.

La excepción afecta a los derechos de autor recogidos en las Directivas que menciona, dedicadas a la protección jurídica de las bases de datos –Directiva 96/9/CE-, a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y otros derechos afines a los derechos de autor –Directiva 2001/29/CE- y a la protección jurídica de los programas de ordenador –Directiva 2009/24/CE-, por una parte, y a la protección de las publicaciones de prensa en lo relativo a los usos en línea que les dispensa el artículo 15 de la Directiva que nos ocupa, por otra.

En este caso se amplían los derechos afectados por la excepción en relación con el contenido del artículo que regula la excepción para conservación.

Los actos de la Directiva 96/9/CE que se ven afectados, son los de reproducción temporal o permanente, total o parcial, por cualquier medio y de cualquier forma, de traducción, adaptación, reordenación y cualquier otra modificación, de cualquier forma de comunicación, exhibición o representación, y el de cualquier reproducción, distribución, comunicación, exhibición o representación al público de los resultados de los actos a que se refiere la letra b) -artículo 5, letras a),b),d) y e)- y el derecho previsto en el número 1 del artículo 7 en favor del fabricante de la base de datos a prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o una parte sustancial del contenido de ésta.

En la Directiva 2001/29/CE, el derecho de reproducción previsto en el artículo 2 al que se ha hecho referencia al analizar el artículo 6 y el previsto en el artículo 3, sobre derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas, que contempla como un derecho exclusivo de los autores el de autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija.

De la Directiva 2009/24/CE el derecho recogido en su artículo 4, relativo a los actos sujetos a restricciones, número 1 dedicado a la reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya se permanente o transitoria, al que también se ha hecho referencia al analizar el artículo 6.

El precepto permite poner a disposición, de poner a disposición en línea habla el Considerando 32, por las instituciones beneficiarias las obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial. La finalidad última de estas medidas parece ser precisamente esa, la puesta a disposición de las obras y otras prestaciones, en este caso fuera de circuito comercial, que se encuentran en las colecciones de las instituciones responsables del patrimonio cultural de forma permanente, para su acceso por parte de los ciudadanos en el momento y el lugar que ellos decidan, como una forma de favorecer el acceso a la cultura.

La puesta a disposición es una modalidad de comunicación al público. El artículo 20.2 LPI recoge el elenco de actos que considera comunicación pública y entre ellos en la letra i) incluye la puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija. Este supuesto se incardina en la explotación de obras a través de las redes digitales<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R. *Comentario ex artículo 20 ...cit.*, p. 426, indica que la puesta a disposición es “la forma de comunicación típica de la explotación de obras y prestaciones a través de Internet y otras redes digitales de telecomunicación; desde luego porque la mayor parte –aunque por supuesto no todos- los actos de comunicación al público realizados en esa clase de redes responde al patrón de la puesta a disposición interactiva, pero sobre todo porque una explotación de esta naturaleza sólo se puede efectuar en una red que tenga las características de Internet o de las redes de telefonía móvil”.. “El proceso de puesta a disposición requiere que el contenido esté cargado en una red o sistema donde pueda permanecer colocado y accesible por el público para que cada integrante del mismo lo disfrute donde quiera y en el momento que mejor le convenga. Es por tanto necesario que haya un recurso que permita esa clase de disponibilidad o accesibilidad permanente y remota, y ese recurso sólo puede ser una red digital de telecomunicación tipo Internet.

La puesta a disposición exige la previa reproducción de las obras y otras prestaciones, que la entidad beneficiaria de la excepción debe llevar a cabo para poder poner las obras a disposición del público, por lo que deben entenderse incluidas en la excepción que se contempla, aunque en el precepto no se haya dicho expresamente.

#### **4.4.- EL REQUISITO DE HALLARSE DE FORMA PERMANENTE EN LA COLECCIÓN DE LA INSTITUCIÓN LAS OBRAS Y OTRAS PRESTACIONES**

Tanto para la concesión de licencias, como para el supuesto de la excepción o limitación, previstas en el artículo 8 se exige que las obras u otras prestaciones se hallen de forma permanente en la colección de la institución responsable del patrimonio cultural.

Sobre este particular el artículo 8 no indica nada, por lo que cabe entender que son los mismos casos que se consideran para el artículo 6. Pero en este asunto se debe de ser más riguroso si cabe a la hora de determinar las obras que se hallan de forma permanente en la colección de la institución puesto que se autorizan usos que no se limitan a la conservación de las obras u otras prestaciones.

Al analizar el artículo 37 LPI ya dije que las universidades no pueden reproducir las obras que tienen en concepto de préstamo interbibliotecario, y la misma consideración cabe aplicar a este supuesto.

#### **4.5.- DERECHO DE EXCLUSIÓN**

El número 4 del artículo 8 dispone que *Los Estados miembros establecerán que todos los titulares de derechos puedan en cualquier momento, con facilidad y de manera efectiva, excluir sus obras u otras prestaciones del mecanismo de concesión de licencias contemplado en el apartado 1 o de la aplicación de la excepción o limitación a que se refiere el apartado 2, en general o en casos concretos, también después de la conclusión de un contrato de licencia o después de que comience el uso de que se trate.*

Esta previsión se recogía en la propuesta de Directiva como requisito para la licencia, ahora lo es para los dos supuestos previstos, la licencia y la excepción o límite.

A este respecto el Considerando 35 dice que *Deben existir salvaguardias adecuadas para todos los titulares de derechos, quienes deben tener la posibilidad de excluir la aplicación de los mecanismos de licencia y de la excepción o limitación introducida por la presente Directiva para el uso de obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial, en relación con todas sus obras u otras prestaciones, en relación con todas las licencias o todos los usos amparados por la excepción o limitación, en relación con obras u otras prestaciones concretas, o en relación con licencias o usos*

---

La puesta a disposición del público se inserta en un proceso complejo, al tener que ir precedida y seguida por sendos actos de reproducción, los cuales sin embargo no forman parte de ella, sino que se trata de actos separables e inscribibles en la órbita de un derecho de explotación distinto”.

concretos al amparo de la excepción o limitación, en cualquier momento antes o durante el período de vigencia de la licencia o antes o durante los usos al amparo de la excepción o limitación. Las condiciones vinculadas a estos mecanismos de licencia no han de afectar a su relevancia práctica para las instituciones responsables del patrimonio cultural. Es importante que, cuando un titular de derechos excluya la aplicación de esos mecanismos o de esa excepción o limitación a una o varias obras u otras prestaciones, se ponga fin dentro de un plazo de tiempo razonable a los usos actuales y que, cuando tengan lugar al amparo de una licencia colectiva, la entidad de gestión colectiva, una vez informada, deje de expedir licencias para los usos de que se trate. Esa exclusión aplicada por los titulares de derechos no debe afectar a sus reclamaciones de remuneración por el uso efectivo de la obra u otra prestación objeto de la licencia.

Se ha transcrito íntegramente este Considerando porque su contenido debe de informar la regulación que de este derecho de exclusión se realice en los Estados miembros.

Respecto de la exclusión EVANGELIO propone que “de igual forma que se prevé un efecto transfronterizo de las licencias acordadas de conformidad con la propuesta en beneficio de las instituciones de patrimonio cultural, creo que debería establecerse un procedimiento de opt-out general, aplicable a todas las licencias sobre OFCC existentes en todos los EM; de manera que un autor no quedara obligado a ejercitar su facultad de no inclusión en cada EM donde su obra pudiera haber sido publicada”<sup>93</sup>.

En este sentido entiendo que si se opone a la licencia solicitando su exclusión ésta operará en todos los Estados miembros que al amparo de esa licencia utilicen la obra. La exclusión lo es de la licencia y destruirá todos los efectos de la misma y en todos los lugares.

La exclusión puede afectar a todas o solo a algunas de las obras u otras prestaciones de cuyos derechos sea titular quien ejercita esta facultad de exclusión.

La cuestión es qué ocurre con las obras ya digitalizadas al amparo de la licencia que ya se están usando. Habrá que excluirlas de todos los sitios en los que se encuentren, para que no pueda ser utilizada en el futuro. El Considerando transcrito indica que debe de ponerse fin dentro de un plazo razonable a los usos actuales. Este plazo debería concretarse en la ley de transposición.

#### **4.6.- EXCLUSIÓN DE OBRAS U OTRAS PRESTACIONES DE TERCEROS PAÍSES**

El número 7 dice que *El presente artículo no se aplicará a los conjuntos de obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial si, sobre la base del esfuerzo razonable a que se refiere el apartado 5, hay pruebas de que dichos conjuntos se componen preponderantemente de:*

- a) *obras u otras prestaciones que no sean obras cinematográficas o audiovisuales, publicadas por primera vez o, a falta de publicación, emitidas por primera vez en un tercer país;*

---

<sup>93</sup> EVANGELIO LLORCA, R. *La regulación...cit.*, p. 261.

- b) obras cinematográficas o audiovisuales cuyos productores tengan su sede o residencia habitual en un tercer país, o
- c) obras u otras prestaciones de nacionales de un tercer país cuando, tras un esfuerzo razonable, no se haya podido determinar un Estado miembro o un tercer país según las letras a) y b).

Termina el precepto diciendo que *Como excepción a lo dispuesto en el párrafo primero, el presente artículo se aplicará cuando la entidad de gestión colectiva sea suficientemente representativa, en el sentido del apartado 1, letra a), de los titulares de derechos del tercer país de que se trate.*

EVANGELIO, al analizar en este aspecto la propuesta de Directiva, consideraba que “no parece que la exclusión de obras y prestaciones de autores nacionales de terceros países se encuentre plenamente justificada, en la medida en que las LCE no son una excepción o limitación a los derechos de autor y, por tanto, no se aplica el test de los tres pasos ni hay problema en relación con el cumplimiento de compromisos internacionales”<sup>94</sup>.

En este punto el Considerando 39 de la Directiva indica que “Por motivos de cortesía internacional, resulta indicado que los mecanismos de concesión de licencias y la excepción o limitación prevista en la presente Directiva para la digitalización y la difusión de obras que están fuera del circuito comercial no se apliquen a conjuntos de obras u otras prestaciones que estén fuera del circuito comercial cuando se disponga de pruebas que permitan suponer que consisten principalmente en obras u otras prestaciones de terceros países, a menos que la entidad de gestión colectiva de que se trate represente suficientemente a ese tercer país, por ejemplo mediante un acuerdo de representación. Esa evaluación podría basarse en las pruebas disponibles tras la realización de un esfuerzo razonable para determinar si las obras u otras prestaciones están fuera del circuito comercial, sin necesidad de buscar más pruebas. Solo debe exigirse una evaluación individual del origen de cada obra u otra prestación que esté fuera del circuito comercial en la medida en que también sea necesaria para realizar el esfuerzo razonable destinado a determinar si están comercialmente disponibles”.

Puede que una entidad de gestión colectiva se niegue a otorgar licencia a una institución responsable del patrimonio cultural<sup>95</sup>, o las que existen no sean suficientemente representativas respecto de algún tipo de obras u otras prestaciones. En este segundo caso operará la excepción o limitación recogida en el número 2 del artículo 8, entiendo. Las instituciones responsables del patrimonio cultural deberán acreditar que no pueden obtener la licencia por la vía del artículo 8.1.

---

<sup>94</sup> EVANGELIO LLORCA, R. *Estrategias... cit.*, p. 59.

<sup>95</sup> Esta circunstancia no debería darse salvo que concurra causa que lo justifique. El número 2 del artículo 156 LPI dispone que las entidades de gestión están obligadas a aceptar la administración de los derechos que les sean encomendados contractual o legalmente de acuerdo con su objeto y fines y conforme a los criterios de admisión previstos en sus estatutos”-

El número 3 del precepto dice que la gestión de los derechos se encomienda por sus titulares a la entidad de gestión mediante la suscripción de un contrato de gestión sin perjuicio de los derechos contemplados en la presente ley cuya gestión debe ejercerse exclusivamente a través de las entidades de gestión.

## 5.- USOS TRANSFRONTERIZOS Y PUBLICIDAD

El artículo 9, Usos transfronterizos, tiene relación con el tema que nos ocupa en la medida en que dispone en su número 1 que Los Estados miembros garantizarán que las licencias concedidas de conformidad con el artículo 8 puedan autorizar el uso de obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial por una institución responsable del patrimonio cultural en cualquier Estado miembro.

Esta previsión evita que la institución tenga que conseguir licencia en todos los Estados miembros. Además, las que obtenga en el suyo no necesariamente deben hacer referencia al uso transfronterizo, entiendo.

El número 2 del artículo 9 establece que Se considerará que los usos de obras y otras prestaciones al amparo de la excepción o limitación establecida en el artículo 8, apartado 2, se producen solamente en el Estado miembro en el que está establecida la institución responsable del patrimonio cultural que haga dicho uso.

El precepto establece distintos efectos para las dos modalidades previstas en el artículo 8. En el caso de las licencias permite que en ellas se autorice el uso de las obras y otras prestaciones en cualquier Estado miembro, mientras que para la excepción o limitación dispone que los usos de obras y otras prestaciones solo se pueden realizar en el Estado miembro en el que está establecida la institución responsable del patrimonio cultural beneficiaria de la excepción.

Es razonable que se distingan los efectos, puesto que en el caso de la excepción se prescinde de la autorización del autor, directa o indirecta.

La propuesta de Directiva incluía en el entonces artículo 8, dedicado a los usos transfronterizos, lo relativo a la información para identificar las obras u otras prestaciones y para que los autores pudieran manifestar su oposición.

En la Directiva se dedica el artículo 10 a las Medidas de publicidad, y en él se establece que Los Estados miembros velarán por que la información de las instituciones responsables del patrimonio cultural, las entidades de gestión colectiva o las autoridades públicas pertinentes, a los fines de identificar las obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial amparadas por una licencia concedida de conformidad con el artículo 8, apartado 1, o usadas al amparo de la excepción o limitación establecida en el artículo 8, apartado 2, así como la información sobre las opciones disponibles para los titulares de derechos mencionadas en el artículo 8, apartado 4 y, tan pronto como esté disponible y cuando sea pertinente, la información sobre las partes de la licencia, los territorios cubiertos y los usos, sea accesible permanentemente, con facilidad y de manera efectiva en un único portal público en línea a partir de seis meses como mínimo antes de que las obras u otras prestaciones se distribuyan<sup>96</sup>, comuniquen al público o pongan a disposición del público de conformidad con la licencia o al amparo de la excepción o limitación.

---

<sup>96</sup> La propuesta de Directiva en el artículo 8.2 exigía también este plazo antes de la digitalización. La Directiva ya no lo incluye, lo que implica que las obras pueden digitalizarse antes, pero los usos permitidos están condicionados al plazo.

El Considerando 41 señala que esta publicidad es especialmente importante en el caso de los usos transfronterizos en el mercado interior y considera esencial la creación de un único portal en línea públicamente accesible para toda la Unión<sup>97</sup>.

El portal será creado y gestionado por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 386/2012.

La STJUE, de 16 de noviembre de 2016, C-301/15, Sulier y Doke, que resuelve un asunto en el que se cuestionaba la legalidad de la normativa de Francia sobre libros indisponibles, puesto que otorgaba a las entidades de gestión colectiva la facultad de autorizar la explotación digital de los libros no disponibles sin necesidad de recabar el consentimiento del autor. Por lo que ahora interesa la sentencia indica –apartados 38 y 43- que es necesario garantizar una información previa, efectiva e individualizada a los titulares de derechos sobre la futura utilización de sus obras por terceros, y la necesidad de establecer medios para prohibir esa utilización.

La publicidad individualizada dificultará la gestión, en este sentido parece correcto que la Directiva no exija este requisito.

El número 2 del precepto dispone que Los Estados miembros establecerán que, si fuera necesario para conocimiento general de los titulares de derechos, se tomen medidas de publicidad adecuadas adicionales sobre la facultad de las entidades de gestión colectiva de conceder licencias para obras u otras prestaciones conforme al artículo 8, las licencias concedidas, los usos al amparo de la excepción o limitación establecida en el artículo 8, apartado 2, y las opciones de que disponen los titulares de derechos a que se refiere el artículo 8, apartado 4.

---

<sup>97</sup> 41.- A la información sobre el uso actual y futuro de las obras y otras prestaciones que están fuera del circuito comercial por parte de las instituciones responsables del patrimonio cultural sobre la base de la presente Directiva y las disposiciones vigentes para todos los titulares de derechos a fin de excluir la aplicación a sus obras u otras prestaciones de licencias o de la excepción o limitación, se le debe dar la publicidad adecuada, tanto antes como durante el uso al amparo de una licencia o de la excepción o limitación, según proceda. Esa publicidad es especialmente importante en el caso de los usos transfronterizos en el mercado interior. Por consiguiente, resulta adecuado disponer la creación de un único portal en línea públicamente accesible para toda la Unión a fin de poner dicha información a disposición pública durante un período de tiempo suficiente antes de que tenga lugar el uso. Dicho portal debe facilitar a los titulares de derechos la exclusión de la aplicación de licencias o de la excepción o limitación a sus obras u otras prestaciones. En virtud del Reglamento (UE) n° 386/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (11), la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea se encarga de determinadas tareas y actividades, financiadas con sus propios recursos presupuestarios y que tienen por objeto facilitar y apoyar las actividades de las autoridades nacionales, el sector privado y las instituciones de la Unión en la lucha contra la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, incluyendo su prevención. Conviene por tanto encomendar a esa Oficina el establecimiento y la gestión del portal que facilite esa información. Además de poner a disposición la información a través del portal, es posible que deban adoptarse otras medidas de publicidad adecuadas, en función del caso concreto, para darla a conocer en mayor medida a los titulares de derechos afectados, por ejemplo mediante la utilización de canales de comunicación adicionales para llegar a un público más amplio. La necesidad, la naturaleza y el ámbito geográfico de las medidas de publicidad adicionales deben depender de las características de las obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial, de los términos de las licencias o del tipo de uso al amparo de la excepción o limitación, y de las prácticas existentes en los Estados miembros. Las medidas de publicidad han de ser eficaces sin necesidad de tener que informar a título Individual a cada titular de derechos.

Dice también en el segundo párrafo del número 2 que Las medidas de publicidad adecuadas a que se refiere el párrafo primero del presente apartado se tomarán en el Estado miembro en el que se haya solicitado la licencia conforme al artículo 8, apartado 1, o, para usos al amparo de la excepción o limitación a que se refiere el artículo 8, apartado 2, en el Estado miembro en el que esté establecida la institución responsable del patrimonio cultural. Si hay pruebas, como el origen de las obras u otras prestaciones, que indiquen que se podría aumentar más eficazmente el conocimiento de los titulares de derechos en otros Estados miembros o terceros países, tales medidas de publicidad podrían cubrir también estos Estados miembros y terceros países.

Quizá debería hacerse en todo caso, al menos en los Estados miembros.

Por último, el artículo 11, dedicado al Diálogo entre las partes interesadas<sup>98</sup>, dispone que Los Estados miembros consultarán a los titulares de derechos, las entidades de gestión colectiva y las instituciones responsables del patrimonio cultural por cada sector antes de establecer requisitos específicos de conformidad con el artículo 8, apartado 5, y alentarán un diálogo regular entre las organizaciones de usuarios y titulares de derechos representativas, incluidas las entidades de gestión colectiva, y cualquier otra organización interesada, sobre una base sectorial, para fomentar la relevancia y facilidad de uso de los mecanismos de concesión de licencias contemplados en el artículo 8, apartado 1, y para garantizar que las salvaguardias para los titulares de los derechos a que se refiere el presente capítulo sean eficaces.

---

<sup>98</sup> El Considerando 42 dice que Los Estados miembros deben fomentar un diálogo sectorial entre las partes interesadas a fin de garantizar que los mecanismos de licencia establecidos por la presente Directiva para las obras u otras prestaciones que están fuera del circuito comercial sean pertinentes y funcionen adecuadamente, que los titulares de derechos estén protegidos convenientemente, que las licencias reciban la adecuada publicidad y que se proporcione seguridad jurídica por lo que respecta a la representatividad de las entidades de gestión colectiva y la categorización de las obras.

## BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ, R. *Comentario ex artículos 115, 116 y 128* en Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid, 2017.

CÁMARA AGUILA P. *Comentario ex artículo 37 bis* en Comentario a la Ley de propiedad intelectual, coordinador Rodrigo Bercovitz, 4ª Edición, Tecnos, Madrid, 2017.

CARRANCHO HERRERO, M.T. *Contenidos digitales e instituciones culturales* en Medios de comunicación, contenidos digitales y derecho de autor, Reus, Madrid, 2019.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A. *Dominio público y derecho moral y derecho a la personalidad del autor* en La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público, coordinador Carlos Rogel, Reus, Madrid, 2005.

CURTO POLO, M. *El destino de los libros olvidados*, European Papers Vol. 2, nº 2.

DE ROMÁN PÉREZ, R. *La titularidad de los derechos en el texto refundido de la ley de propiedad intelectual* en Propiedad intelectual en las Universidades públicas, Comares, Granada.

ESPÍN ALBA, I. *Obras no disponibles en el mercado y obras huérfanas en la Ley francesa 2012-287, de 1 de marzo de 2012*, ISSN electrónico -2316-8080, Agenda digital europea 2010.

DREIDER, T. *Museos, bibliotecas y archivos: acerca de la necesidad de ampliar los límites al derecho de autor*, Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor, Tomo XXXII, Marcial Pons, 2012.

EVANGELIO LLORCA, R. *Estrategias de la Unión Europea para facilitar el uso de obras fuera de circuito comercial por instituciones de patrimonio cultural en el mercado único digital*, Pe-i Revista de Propiedad Intelectual, nº 60, 2018.

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, directoras Concepción Saíz García y Raquel Evangelio Llorca, Tirant lo Blanc, Valencia, 2019.

GONZÁLEZ GOZALO, A. *Comentario ex artículo 122* en Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinador Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, 2017.

LÓPEZ MAZAS, S. *La jurisprudencia del TJUE en materia de propiedad intelectual*, Madrid, 2017.

- MARISCAL GARRIDO-FALLA, P. *Comentario ex artículo 21* en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinador Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, 2017.
- MENDOZA DÍAZ, J. *Notas cubanas a las obras huérfanas* en Obras inéditas, anónimas, seudónimas, póstumas y huérfanas, Reus, Madrid, 2014.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. *Comentario ex artículo 157* en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinador Rodrigo Bercovitz, 4ª Edición, Tecnos, Madrid, 2017.
- MORENO MARTÍNEZ, J.A. *Obras huérfanas tras su reconocimiento por la Ley 21/2014 de 4 de noviembre, de reforma del TRLPI: análisis del art. 37 bis y su desarrollo reglamentario* en Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: Últimas reformas y materiales pendientes, Dykinson, Madrid, 2016.
- NAVAS NAVARRO, S. *Integridad y transformación de obras que se encuentran en el dominio público. En torno a su apropiación en exclusiva por terceros* en Derechos morales de los creadores. Características, ámbitos y límites, Reus, Madrid, 2019.
- PÉREZ DE CASTRO, N. *¿El derecho de acceso a la cultura es un límite?* en Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual, coordinador Xavier O'Callaghan, Dykinson, Madrid, 2011.
- RAMOS-SIMÓN, L.F. y BLÁZQUEZ OCHANDO, M. *Patrimonio digital: obras renacidas, una nueva vida para las "obras fuera del circuito comercial"*, Scire 24.2 (julio-diciembre 2018).
- ROBLES LA TORRE, *El fluctuante y proceloso tema de la jurisprudencia sobre el derecho de comunicación pública en las habitaciones de los hoteles* en Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual, coordinador Xavier O'Callaghan, Dykinson, Madrid, 2011.
- ROGEL VIDE, C. *Bibliotecas, propiedad intelectual, límites de ésta y límites de tales límites* en Estudio de los límites a los derechos de autor desde una perspectiva de Derecho comparado, Reus, Madrid, 2017.
- SÁNCHEZ ARISTI, R. *Comentario ex artículos 20 y 105* en Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2017.
- SERRANO GÓMEZ, E. *Aspectos esenciales del derecho a la integridad de la obra y su posible colisión con otros derechos* en Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites, Reus, Madrid, 2019.
- STOKKMO, O. *Bibliotecas digitales. Soluciones para la iniciativa i2010 de la Comisión Europea (CE)*.
- TOBÍO RIVAS, A.M. *Comentario ex artículo 37 bis* en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual dirigidos por Felipe Palau Ramírez y Guillermo Palao Moreno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- VEGA VEGA, J.A. *Derecho de los causahabientes a la no divulgación de la obra y vulneración, mediante su ejercicio, del derecho de acceso a la cultura. El artículo 44.1 de la Constitución y el artículo 40 LPI* en Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites, Reus, Madrid, 2019.
- XIOL RÍOS *La regla de los tres pasos en la jurisprudencia española* en Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual, coordinador Xavier O'Callaghan, Dykinson, Madrid, 2011.

