

## *Bibliotecas Digitales y Obras Cautivas*

Maria Iglesias\*

### I. Introducción

El destino natural de una obra es el público. La mayoría de las creaciones intelectuales, en todo caso las publicadas, incorporan un discurso para ser transmitido al público. Sin embargo, se dan situaciones en las que las obras se ven obligadas, a causa de la configuración específica de los derechos de propiedad intelectual,<sup>1</sup> a permanecer calladas. El caso paradigmático es el de las denominadas obras huérfanas, obras respecto de las cuales es imposible identificar o localizar al titular de derechos. Sin la posibilidad de obtener su permiso, tales obras no pueden ser reproducidas ni comunicadas al público. Su papel en la esfera pública se ve drásticamente mutilado. Un silencio similar irrumpe de nuevo en el caso de las obras descatalogadas, obras que están al margen del mercado. Podría decirse que una obra descatalogada es una obra abandonada.<sup>2</sup> A diferencia de las obras huérfanas, se conocen los titulares de derechos e incluso pueden llegar a localizarse, pero éstos no muestran un interés inmediato en la explotación de sus obras. Dado que las obras están aún protegidas por los derechos de propiedad intelectual y que tal protección persiste durante 70 años a la muerte del autor,<sup>3</sup> las bibliotecas digitales no pueden digitalizarlas ni, mucho menos, hacerlas accesibles al público. Así, una obra estéril desde un punto de vista puramente comercial, se

---

\* El contenido del presente artículo se corresponde con dos ponencias presentadas por la autora precisamente sobre el tema que da título al *paper*: Bibliotecas digitales y obras cautivas. La primera: COMMUNIA conference on Public Domain in the Digital Age, fue organizada por el proyecto COMMUNIA (La red temática europea sobre el dominio público digital: <http://communia-project.eu> ) y celebrada en Louvain-la-Neuve entre el 30 de junio y el 1 de julio de 2008. La segunda: “The future of...” Conference on Law & Technology (<http://www.one-lex.eu/futureof/>), organizada por el Grupo de Trabajo InfoSoc en colaboración con el Departamento de Derecho del Instituto Europeo de Florencia, y celebrada en Florencia el 28 y 29 de Octubre del mismo año. Me gustaría agradecer a los organizadores y especialmente al público de ambas conferencias los comentarios a las dos exposiciones que han sido tenidos en cuenta en la elaboración del presente trabajo. Trabajo que, no obstante, es aún un *work in progress*. De ahí mi invitación a que los futuros lectores a que me remitan todas las críticas y sugerencias que estimen convenientes ([maria-jose.iglesias@fundp.ac.be](mailto:maria-jose.iglesias@fundp.ac.be)).

<sup>1</sup> En este artículo utilizamos indistintamente los términos derechos de propiedad intelectual y derechos de autor para referirnos a los derechos de autor y los derechos afines. Tal denominación se justifica en el hecho de que buena parte de los textos legislativos en lengua española utilizan ambas expresiones. Recordemos por ejemplo que la ley española en este ámbito se denomina *Ley de Propiedad Intelectual*.

<sup>2</sup> Véase al respecto: D. KHONG, “Orphan Works, Abandonware and the Missing Market for Copyright Goods”, *International Journal of Law and Information Technology*, 2007, pp. 57-58.

<sup>3</sup> Art. 1 **Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 , relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines** (Versión codificada), DO L 372 de 27.12.2006, pp. 12-18.

convierte en una obra estéril desde una perspectiva cultural. La cautividad reaparece de nuevo en el caso de otras situaciones de abandono, por ejemplo, cuando los titulares de derechos no responden a las peticiones de los usuarios. De acuerdo con la normativa en vigor, los titulares tienen el derecho de no contestar. Su silencio equivale, por tanto, a una respuesta negativa. Las obras cautivas o silenciadas pueden también ser obras no publicadas, materiales que en su origen ni siquiera fueron concebidos como obras, sin vocación de pasar a formar parte de la esfera pública. Pensemos, por ejemplo, en las cartas o en los diarios personales. Tales documentos pueden tener un valor inestimable para las generaciones futuras. Todas estas situaciones se complican todavía más en el caso de obras de autoría múltiple: obras en las que diferentes autores, artistas o intérpretes u otros titulares de derechos retienen la titularidad conjunta de la obra. El silencio o la negativa injustificada de uno de ellos pueden originar el silencio absoluto de la obra.

Aunque la importancia práctica del problema aún no ha sido del todo demostrada,<sup>4</sup> no es aventurado concluir que la cautividad más que tratarse de una excepción representa la regla. Las estimaciones recogidas en el *Gowers Review* apuntan en este sentido. Allí se sugiere, aún sobre una base anecdótica, que el 40 por ciento de todas las obras impresas son obras huérfanas o que sólo el 2 por ciento de las obras protegidas por la propiedad intelectual se comercializan.<sup>5</sup> Por otro lado, en el Informe de Enseñanza a Distancia, la Oficina de Copyright de los EEUU reconoce que, además de los problemas relativos a la localización de los titulares de derechos, las principales dificultades para utilizar obras protegidas en actividades educativas a distancia son los largos retrasos en la respuesta a las peticiones de los usuarios, la ausencia de respuesta y los precios o condiciones irrazonables exigidos por los titulares de derechos.<sup>6</sup> Preocupaciones similares se concluyen de su Informe sobre obras huérfanas.<sup>7</sup> Así, una parte importante de los materiales que tienen el potencial de modelar e influenciar la sociedad queda limitada a bienes comercializados o bienes en dominio público. Las denominadas obras silenciadas ven drásticamente mutilada su contribución a la esfera pública.

---

<sup>4</sup> S.V. GOMPEL, "Unlocking the Potential of Pre-existing Content: How to Address the Issue of Orphan Works in Europe" [Borrador, Julio 2007], *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2007, pp. 669-702), p. 7, accesible en [http://www.ivir.nl/publicaties/vangompel/IIC\\_2007\\_6\\_orphan\\_works.pdf](http://www.ivir.nl/publicaties/vangompel/IIC_2007_6_orphan_works.pdf); Copyright Office, *Report on Orphan works*, 2006, p. 92.

<sup>5</sup> A. GOWERS, *The Gowers Review of Intellectual Property*, 2006, pp. 69-70, accesible en [http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06\\_gowers\\_report\\_755.pdf](http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf).

<sup>6</sup> Copyright Office, *Report on Copyright and Digital Distance Education*, 1999, pp. 17 y 79-seq. Léase también su Appendix B: I. HINDS, *Marketplace for Licensing in Digital Distance Education*, pp. 249-326.

<sup>7</sup> Copyright Office, *Report on Orphan works*, 2006, <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>.

El problema de las obras cautivas no es nuevo. Obras huérfanas o descatalogadas han existido siempre. No obstante, diversos factores han contribuido a hacer el problema más agudo y a captar el interés de los utilizadores y del legislador. Por un lado, el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) ha facilitado nuevos modelos creativos<sup>8</sup> y de diseminación, lo que fomenta el interés por utilizar obras silenciadas. Es más, las TICs ofrecen herramientas valiosísimas para facilitar y garantizar el acceso y la preservación de las obras protegidas e incluso la existencia misma de las bibliotecas digitales. Por otro lado, la naturaleza intangible y efímera de algunas obras, la ausencia de información sobre la titularidad de derechos en copias diseminadas por Internet -y también a través de otros medios- y la utilización de medidas tecnológicas de protección que restringen el acceso representan un riesgo para la proliferación de futuros silencios, especialmente en lo que se refiere a obras incorporadas en formatos digitales. Otra razón que ha contribuido a la aparición de más obras silenciadas es la expansión de las condiciones y los plazos de protección para los materiales o prestaciones protegidos. Los cambios padecidos en el Derecho de propiedad intelectual durante los últimos años han provocado una sobreprotección de las obras o prestaciones. Más y más obras están protegidas mientras menos y menos obras pasan al dominio público.<sup>9</sup>

En la mayoría de las situaciones referidas no se conoce la voluntad del titular de derechos. La única información que poseemos es que ha abandonado su obra y que parece no tener un interés inmediato en proceder a su explotación. Tal inactividad no implica ningún cambio en el estatus de la obra. Sin una autorización clara, y siempre más allá de las utilidades toleradas por las limitaciones a la propiedad intelectual, no se permite hacer uso de la obra. No obstante, los derechos de propiedad intelectual tienen una función social. Sin perjuicio de la justificación para los derechos morales, los derechos de explotación operan como un incentivo para la creación y la innovación. Pero tal incentivo sirve a un fin último:

---

<sup>8</sup> **J. COHEN**, “Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain”, in **L. GUIBAULT & B. HUGENHOLTZ**, *The Future of the Public Domain*, 2006, pp. 121-166; **URS GASSER & SILKE ERNST**, “From Shakespeare to DJ Danger Mouse: A Quick Look at Copyright and User Creativity in the Digital Age”, *Berkman Center Research Publication*, 2006, accesible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=909223#](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=909223#).

<sup>9</sup> Vid. para una visión más detallada de las causas que han contribuido a la aparición de obras huérfanas: **Copyright Office**, *Report on Orphan works*, *supra* nota 7, pp. 23-ss.; **B. HUGENHOLTZ, M.M.M. VAN ECHOU, S.J. VAN GOMPEL ET AL.**, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, 2006, pp. 162-ss.; **S.V. GOMPEL**, “Unlocking the Potential of Pre-existing Content: How to Address the Issue of Orphan Works in Europe”, *supra* nota 4, pp. 4-7.

promover el progreso de la ciencia y de las artes<sup>10</sup> y contribuir así a alimentar la esfera pública. Es extremadamente importante retener esta perspectiva y no detener el análisis de la justificación de la propiedad intelectual en el objetivo mediato de la creación o la productividad. La subordinación de los intereses privados al interés público justifica el reconocimiento de determinados límites<sup>11</sup> y limitaciones a los derechos de autor, y podría amparar la formulación de nuevos límites o limitaciones si así lo exigiera el interés público. En lo que a nosotros nos concierne, baste señalar que la inacción, el abandono pasivo por el titular de sus derechos de explotación, ni justifica el privilegio de que se le hayan otorgado derechos exclusivos ni coadyuva a alcanzar la finalidad última de la propiedad intelectual. Es más, la existencia de obras silenciadas, cautivas, no beneficia ni al autor ni a la sociedad. Por el contrario, genera un fuerte desequilibrio en el que se protegen derechos abandonados, vacíos, y se impide de manera injustificada el acceso a la cultura. El abandono de derechos lleva a una infrautilización de las obras protegidas<sup>12</sup> con efectos perversos para la creatividad y, sobre todo, para el acceso a la cultura y al conocimiento. La normativa en vigor viene a restringir de modo aparentemente injustificado el acceso al conocimiento, por lo que podría cuestionarse si es o no contraria al interés público. Si los derechos de explotación no garantizan incentivos a la creación, sino, al contrario, su único resultado es impedir el acceso y reutilización de las obras por los ciudadanos, algunos de ellos futuros creadores: no tiene sentido reflexionar sobre la posibilidad de introducir nuevos límites o limitaciones a los derechos de explotación? Los cambios a los que se ha visto sometida la sociedad a lo largo de los últimos años pueden ayudarnos a fundamentar una respuesta afirmativa.

Y es que, en efecto, vivimos una época de transición a la Economía del conocimiento. A diferencia de las sociedades pasadas, el conocimiento se convierte en la fuente fundamental de creación de riqueza; en lugar del capital o el trabajo. La producción -en nuestro caso la creación- y el acceso al conocimiento devienen así una cuestión de interés público. Si durante los últimos 15 años el legislador, comprensiblemente, concentró sus esfuerzos en garantizar una fuerte protección a la creación, en la actualidad el péndulo oscila hacia el lado del acceso. La cuestión del acceso y de la utilización de la información están en el centro de la agenda política del legislador, europeo y nacional, al considerarla un punto clave para avanzar hacia la

---

<sup>10</sup> Artículo I, Sección 8, Cláusula 8 de la **Constitución Estadounidense**.

<sup>11</sup> A saber: la dicotomía idea y expresión y la delimitación del objeto y los plazos de protección.

<sup>12</sup> Vid, **B. HUGENHOLTZ, M.M.M. VAN EECHOUD, S.J. VAN GOMPEL ET AL.**, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, 2006, p. 178; en relación con las obras huérfanas.

Sociedad del conocimiento. El principal desafío es cómo conciliar la protección del conocimiento con la facilitación del acceso.

El impulso de la política europea para la Sociedad del conocimiento arranca en 2000 con la *Agenda de Lisboa* que pretende hacer de Europa la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo.<sup>13</sup> Un elemento clave para alcanzar los objetivos de Lisboa es el *programa i2010* que define la política europea para la Sociedad de la información.<sup>14</sup> En el marco del programa i2010, la Comisión Europea (EC) lanza en 2005 la Iniciativa Bibliotecas Digitales (de ahora en adelante IBD) con el propósito de fomentar un “uso más ameno e interesante del inmenso patrimonio cultural y científico europeo para fines profesionales, recreativos o educativos”.<sup>15</sup> La IBD presta especial atención a algunos tipos de obras silenciadas: las obras huérfanas y las descatalogadas. En este ámbito puede afirmarse que la IBD ha alcanzado dos logros indiscutibles: por un lado, ha estimulado un diálogo realmente productivo entre los sectores interesados;<sup>16</sup> por otro, sin echar mano de medidas reguladoras, ha provocado la reacción muy positiva de casi todos los Estados miembros que, como veremos a continuación, están valorando cómo afrontar el problema de las bibliotecas digitales y la propiedad intelectual. Además, la problemática de las obras huérfanas es una de las cuestiones clave en el debate abierto por el *Libro Verde sobre Derechos de autor en la economía del conocimiento*.<sup>17</sup> Recordemos que, con el *Libro Verde*, la Comisión Europea pretende “promover un debate sobre la mejor manera de garantizar la difusión en línea de los conocimientos en los ámbitos de la investigación, la ciencia y la educación [...] plantea[ndo] una serie de cuestiones relacionadas con el papel de los derechos de autor en la economía del

---

<sup>13</sup> Consejo Europeo de Lisboa, 23 y 24 de marzo 2000, *Conclusiones de la presidencia*.

<sup>14</sup> [http://ec.europa.eu/information\\_society/eeurope/i2010/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/eeurope/i2010/index_en.htm).

<sup>15</sup> [http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/index_en.htm).

<sup>16</sup> Fruto del cual se han publicado los diversos informes del Subgrupo en Derecho de Autor del Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Bibliotecas Digitales y el *Memorandum of Understanding* sobre las obras huérfanas (*cf infra*).

<sup>17</sup> Libro Verde sobre Derechos de autor en la economía del conocimiento, COM/2008/0466 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0466:FIN:ES:PDF>.

El Libro Verde [p. 12] plantea, en concreto y respecto a las obras huérfanas, las siguientes cuestiones: Es necesario adoptar otro instrumento legislativo comunitario para abordar el problema de las obras huérfanas, además de la Recomendación 2006/585/CE de la Comisión de 24 de agosto de 2006? En caso afirmativo, debería consistir en una modificación de la Directiva de 2001 sobre derechos de autor en la sociedad de la información o en un instrumento independiente? Cómo deberían resolverse los aspectos transfronterizos del problema de las obras huérfanas para garantizar el reconocimiento a escala comunitaria de las soluciones adoptadas en los diferentes Estados miembros?

conocimiento”. Allí también se reflexiona sobre el rol de las bibliotecas y la propiedad intelectual.<sup>18</sup>

La IBD revela el potencial de las bibliotecas para facilitar el acceso a la información y avanzar hacia la Sociedad del conocimiento. Este potencial está íntimamente ligado al rol tradicional de los archivos, las bibliotecas o los museos: preservar y facilitar el acceso al patrimonio cultural por el público en general. En la era pre-Internet, las bibliotecas garantizaban la preservación de las obras protegidas -entre ellas las obras descatalogadas- y facilitaban el acceso público y la consulta de esas obras. En este contexto, las bibliotecas convivían de manera pacífica con el mercado editorial y representaban, en cierto modo, un complemento a tal mercado: servían a un público muy específico, sin competir con los intereses del sector comercial.<sup>19</sup> En la era de Internet, las bibliotecas tienen también un papel relevante en la preservación y el acceso a las obras protegidas. Es más, las TICs les proporcionan los medios técnicos para cumplir de manera incluso más eficiente que en el pasado con esta función fundamental. Gracias a las nuevas tecnologías, las bibliotecas pueden poner en marcha proyectos de digitalización que facilitan la conservación y el acceso a información y recursos que posteriormente podrán ser utilizados por los ciudadanos, los investigadores y, también, el sector empresarial.<sup>20</sup> Las obras silenciadas representan un porcentaje considerable de las obras protegidas por la propiedad intelectual que no debería quedar al margen de los proyectos de digitalización. Si el mercado no garantiza un acceso mínimo a las obras cautivas, las bibliotecas, a través de sus proyectos de digitalización, parecen ser el actor natural para hacerlo. Pero, como avanzábamos en los párrafos precedentes, los derechos de propiedad intelectual pueden limitar la posibilidad de devolverle la voz a las obras silenciadas, de rescatarlas de su cautividad. Los derechos de propiedad intelectual frustran los proyectos de digitalización, dictando su contenido y agudizando los

---

<sup>18</sup> Para un análisis de la Iniciativa Bibliotecas Digitales en relación con el marco europeo de la propiedad intelectual léase **M. IGLESIAS & L. VILCHES**, “Les bibliothèques numériques et le droit d’auteur en Europe: Qu’en est-il?”, *Cahiers de Propriété Intellectuelle*, 2007, pp. 937-987; **M. IGLESIAS**, “Digital Libraries: Any Step Forward?”, *Auteurs & Media*, 2008.

<sup>19</sup> **R. CASAS**, “Derecho de autor y bibliotecas: Historia de una larga amistad”, Seminario Internacional sobre Derecho de Autor y Acceso a la Cultura, organizado conjuntamente por IFRRO y CEDRO, 28 de octubre de 2005, accesible en <http://www.cedro.org/Files/RamonCasas.pdf>.

<sup>20</sup> Para una visión general del potencial de las nuevas tecnologías y los proyectos de digitalización y accesibilidad véase la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - i2010 : bibliotecas digitales*, COM/2005/0465 final, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0465:FIN:ES:PDF>.

riesgos del denominado agujero negro cultural.<sup>21</sup> La preservación y el acceso a la cultura quedan, en cierto sentido, a manos del mercado. Los potenciales efectos negativos sobre la creatividad (reduciendo el material sobre el cual construir nuevas obras) y sobre la diseminación de la cultura son claros. La propiedad intelectual en lugar de actuar como un incentivo a la creación actúa, en este ámbito, como una barrera a la economía creativa y del conocimiento.<sup>22</sup>

## **II. Las obras cautivas en la agenda de la propiedad intelectual**

Algunos países han implementado o están discutiendo soluciones parciales para enfrentar algunas de las situaciones de silencio. En los párrafos siguientes se dará cuenta de algunos de los modelos previstos a tal efecto. Trataremos en primer lugar de las soluciones *ad hoc* propuestas para solucionar situaciones singulares de silencio, en particular las relativas a las obras huérfanas o descatalogadas. A continuación, aludiremos a otros modelos de naturaleza transversal u horizontal que, sin tener como objetivo principal facilitar la utilización de las obras cautivas, contribuyen, no obstante, a aliviar el problema.

Un primer grupo de soluciones se centra en las obras huérfanas. En Europa, ha de destacarse el trabajo realizado por la Comisión Europea y por el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Bibliotecas Digitales<sup>23</sup> en el marco de la IBD. La Comisión Europea en su *Recomendación de la Comisión sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital*,<sup>24</sup> aconseja a los Estados miembros que creen mecanismos que faciliten la utilización de las obras huérfanas y promuevan la publicación de listas de

---

<sup>21</sup> O. NIIRANEN, "Online access to the World's Libraries: Legal Risk Analysis of Book Scanning and Indexing Projects in Europe and their Implications for the Freedom of Information", *Computer Law Review International*, 2006, p. 70.

<sup>22</sup> En este punto, es importante recordar que la doctrina ha llegado incluso a cuestionar si la propiedad privada, los derechos exclusivos absolutos, contribuyen inexorablemente a la creación y a la innovación. En un artículo muy interesante, E.M. SALZBERGER concluye que en algunos casos (cuando no en todos) mejorar el acceso mediante la introducción de flexibilidades en la normativa de propiedad intelectual, también opera como un incentivo a la creación al estimular nuevas formas de creatividad. Vid. "Economic Analysis of the Public Domain", in L. GUIBAULT & B. HUGENHOLTZ, *The Future of the Public Domain*, 2006, pp. 27-57.

<sup>23</sup> El Grupo de Expertos tiene como misiones principales asesorar a la Comisión sobre la mejor manera de afrontar los desafíos organizativos, jurídicos y técnicos a escala europea y contribuir a definir una visión estratégica común de las bibliotecas digitales europeas. Léase la *Decisión de la Comisión, de 27 de febrero de 2006, por la que se constituye un Grupo de Expertos de alto nivel sobre bibliotecas digitales*, DO L63, 4.3.2006, pp. 25-ss.

<sup>24</sup> DO L 236, 31.8.2006, pp. 28-30.

obras huérfanas y de obras de dominio público.<sup>25</sup> La reacción de los Estados miembros ha sido bastante positiva. De la lectura de los Informes nacionales relativos a la implementación de la Recomendación<sup>26</sup> puede concluirse que la mayoría de los Estados miembros han creado comisiones especiales o grupos de trabajo para elaborar propuestas y en algunos de ellos ya se han presentado iniciativas legislativas [*cf infra*]. Ni la Comisión Europea ni el Grupo de Expertos se pronuncian a favor de una opción concreta basada en soluciones voluntarias o legislativas para favorecer la utilización de obras huérfanas. El Subgrupo en Derecho de Autor del Grupo de Expertos -de ahora en adelante Subgrupo en Derecho de Autor- recomienda, no obstante, que las soluciones nacionales operen bajo el principio de reconocimiento mutuo, de modo que se facilite el efecto transfronterizo de las bibliotecas digitales.<sup>27</sup> Además ha convenido una serie de principios que deberían respetar todas las soluciones para las obras huérfanas. Entre otros, ha sugerido que las soluciones nacionales cubran toda clase de obras huérfanas, exijan una búsqueda diligente (y documentada) previa a la utilización, incluyan disposiciones para la retirada de la obra y la remuneración si los titulares de derechos reaparecen y ofrezcan a los establecimientos culturales sin ánimo de lucro un tratamiento específico.<sup>28</sup> Muy relevante, como una *spin off* del Grupo de Expertos, se ha creado un grupo de trabajo formado por representantes de titulares de derechos e instituciones culturales, que ha publicado un *memorandum of understanding* sobre Directrices para la Búsqueda Diligente de Obras Huérfanas.<sup>29</sup> El Memorandum contiene una definición común de obras huérfanas y

---

<sup>25</sup> Punto 6 (b) de la Recomendación.

<sup>26</sup> Publicados en

[http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/experts/mseg/reports/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/experts/mseg/reports/index_en.htm).

Léase igualmente la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - El patrimonio cultural europeo a un clic del ratón : avances en la digitalización y el acceso en línea al material cultural y en la conservación digital en la UE*, Bruselas, COM/2008/0513 final, 11.8.2008, COM (2008) 513 final, y el Documento de trabajo que acompaña a la Comunicación (*Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Europe's cultural heritage at the click of a mouse -Progress on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation across the EU*, 11.8.2008, SEC(2008) 2372) en [http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/doc/communications/progress/swp.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/communications/progress/swp.pdf).

<sup>27</sup> Subgrupo en Derecho de Autor, *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works and Out of Print works*, 2008, pp. 14-ss, [http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/experts/hleg/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/experts/hleg/index_en.htm).

<sup>28</sup> Subgrupo en Derecho de Autor, *Final Report*, supra nota 27, pp. 10-ss. Nótese que en sus informes anteriores, el Subgrupo en Derecho de Autor incluía entre los principios sobre los que desarrollar mecanismos para facilitar la utilización de obras huérfanas, el reconocimiento de que la adquisición de derechos, especialmente en lo que se refiere a colecciones grandes, puede no ser siempre posible título a título. Consúltense su *Interim Report on digital preservation, orphan works and out-of-print works*, de 2006, y su *Report on Digital Preservation, Orphan Works and Out-of-Print Works, Selected Implementation Issues*; ambos publicados en [http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/experts/hleg/meetings/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/experts/hleg/meetings/index_en.htm).

<sup>29</sup> [http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/doc/hleg/orphan/mou.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/mou.pdf). El Memorandum ha sido firmado por 27 organizaciones.

unas directrices sectoriales<sup>30</sup> que definen qué puede considerarse una búsqueda diligente. Las directrices incluyen una lista de recursos disponibles para la búsqueda. Además, el Subgrupo en Derecho de Autor recomienda la creación de bases de datos nacionales de obras huérfanas así como de centros y procedimientos para la adquisición de derechos. Para asegurar la interoperabilidad de las iniciativas nacionales y facilitar su coordinación y, en su caso, un punto de acceso multilingüe, ha publicado un *set* de principios clave para centros de adquisición de derechos y bases de datos de obras huérfanas.<sup>31</sup> El objetivo principal de las bases de datos es facilitar la identificación de los titulares de derechos y evitar la duplicación de esfuerzos. En cuanto a los centros de adquisición de derechos, el fin último es que actúen como portal y punto de acceso común para la adquisición de derechos cuando existan mecanismos a tal efecto.<sup>32</sup>

Siguiendo las recomendaciones de la Comisión Europea algunos Estados europeos están discutiendo medidas legislativas para abordar el problema de las obras huérfanas. De acuerdo con los informes nacionales relativos a la implementación de la Recomendación sobre las bibliotecas digitales, Alemania, Dinamarca y Hungría están adecuando su normativa para facilitar la utilización de obras huérfanas.<sup>33</sup> En Francia, el *Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique* ha nombrado una Comisión para explorar las medidas adecuadas que faciliten la digitalización y accesibilidad de las obras huérfanas y descatalogadas.<sup>34</sup> En abril de 2008, la Comisión publica su *Avis* al respecto.<sup>35</sup> En primer lugar, propone incorporar al *Code*

---

<sup>30</sup> Vid. *Joint Report on Sector-specific guidelines on diligence search criteria for orphan works* ([http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/doc/hleg/orphan/guidelines.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/guidelines.pdf)) y sus anexos que contienen informes sectoriales y directrices específicas para el sector audiovisual, el de las obras visuales y las fotografías, el sector de la música y el sonido y el sector del texto ([http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/doc/hleg/orphan/appendix.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/appendix.pdf)).

<sup>31</sup> Subgrupo en Derecho de Autor, *Final Report*, *supra* nota 27, Anexo 6, *Recommended Key Principles for rights clearance centres and databases for orphan works*. Consúltese además el Anexo 5 sobre el proyecto ARROW, para la preparación de una base de datos europea de obras huérfanas.

<sup>32</sup> Para una visión más detallada del trabajo llevado a cabo por el Subgrupo en Derecho de Autor vid. **M. IGLESIAS**, “Digital Libraries”, *supra* nota 18; **M. RICOLFI**, “Copyright Policy for Digital Libraries in the Context of the i2010 Strategy”, paper presentado en International Conference on Public Domain in the Digital Age (COMMUNIA Project), Louvain-La-Neuve, Bélgica, 30.06.2008-01.07.2008, pp. 5-7; accesible en [http://communiaproject.eu/communiaproject/conf2008p\\_Copyright\\_Policy\\_for\\_digital\\_libraries\\_in\\_the\\_context\\_of\\_the\\_i2010\\_strategy.pdf](http://communiaproject.eu/communiaproject/conf2008p_Copyright_Policy_for_digital_libraries_in_the_context_of_the_i2010_strategy.pdf).

<sup>33</sup> *Comunicación de la Comisión* COM (2008) 513 final y el Documento de trabajo que la acompaña, *supra* nota 26.

<sup>34</sup> *Lettre de mission du président du Conseil de la propriété littéraire et artistique du 2 août 2007*, accesible en <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/lmoevres07.pdf>.

<sup>35</sup> *Avis de la commission spécialisée du CSPLA sur les oeuvres orphelines*, <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/avisoo08.pdf>. Consúltese igualmente el *Rapport de la Commission sur les oeuvres orphelines published* de Marzo de 2008: <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/rapoeuvor08.pdf>.

*de la propriété intellectuelle* una definición de obras huérfanas limitada a las obras publicadas. A continuación, tras haber valorado el impacto de las obras huérfanas en diferentes sectores, recomienda implementar diferentes soluciones dependiendo del tipo de obras. Así, para las impresas y las visuales propone modificar el *Code de la propriété intellectuelle* e introducir la gestión colectiva obligatoria. Para las musicales, películas y otras obras audiovisuales ha preferido no adoptar ninguna modificación y continuar con los acuerdos colectivos que pueden concluirse entre el *Institut national de l'audiovisuel* y los representantes de los titulares de derechos.<sup>36</sup> De acuerdo con el modelo propuesto, las sociedades de gestión colectiva acreditadas por el Ministerio de Cultura podrían otorgar autorizaciones para utilizar obras huérfanas impresas o visuales. Para beneficiarse del sistema, el usuario debe llevar a cabo una búsqueda seria y demostrable. La normativa no establecerá ningún criterio específico que concrete tales calificativos, no obstante, una comisión paritaria que agrupe representantes de los titulares de derechos, los usuarios y la administración pública podría fijar directrices u orientaciones para la búsqueda. La Opinión también recomienda la implementación de una política preventiva para obras huérfanas, con la finalidad de mejorar la identificación de los titulares de derechos facilitando el acceso a la información.<sup>37</sup>

La discusión sobre las obras huérfanas también está presente al otro lado del Atlántico. En 2005, la Oficina de Propiedad Intelectual de EEUU lanza una consulta pública sobre la cuestión de las obras huérfanas<sup>38</sup> que culmina con la publicación del Informe sobre obras huérfanas.<sup>39</sup> El Informe en sus recomendaciones propone la introducción en la *Copyright Act*

---

<sup>36</sup> Vid. art. L49, *Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*.

<sup>37</sup> Para más detalles sobre el sistema propuesto, léase el *Rapport de la Commission sur les oeuvres orphelines*, *supra* nota 35. Nótese, no obstante, que algunas de las características del sistema no han sido incorporadas en el *Avis* de la Comisión. El Informe considera, por ejemplo, que las licencias deben ser temporales. Además se especifica que la cuantía a pagar por la utilización se fijará entre las sociedades de gestión colectiva y los usuarios. Si los titulares de derechos reaparecen, podrán reclamar la correspondiente remuneración a las sociedades de gestión. La reaparición del titular de derechos no determinará la caducidad de la licencia, el usuario podrá proseguir la explotación de la obra durante el período de tiempo en que la licencia permanece en vigor. Véase el *Rapport de la Commission sur les oeuvres orphelines*, pp. 19-20.

Además ha de tenerse en cuenta que el art. 122-9 de la ley francesa autoriza al juez para adoptar las medidas necesarias cuando se dé un abuso o no uso de los derechos de explotación por parte de los representantes de los autores fallecidos. La Comisión ha propuesto en su *Avis* que se introduzcan modificaciones en la disposición con el fin que resulte de aplicación a las obras huérfanas.

Sobre la propuesta francesa vid. **J.-M. BRUGUIERE**, "Ouvres orphelines" (Chroniques - Droit d'auteur et droits voisins), *Propriétés Intellectuelles*, 2008, pp. 320-321.

<sup>38</sup> *Notice of Inquiry, Library of Congress - Copyright Office, Federal Register*, 26 de enero de 2005, p. 3739, <http://www.copyright.gov/fedreg/2005/70fr3739.html>.

<sup>39</sup> **Copyright Office, Report on Orphan Works**.

de una limitación en las vías de recurso respecto a la utilización de obras huérfanas.<sup>40</sup> Partiendo de tales recomendaciones, en 2008 se presentan dos proyectos de ley.<sup>41</sup> Ambas propuestas se basan en una limitación de las vías de recurso: la utilización de obras huérfanas constituye una infracción a la propiedad intelectual pero, si el titular de derechos presenta una demanda contra el usuario, la indemnización e incluso la obligación de cesar en el uso pueden ser limitadas. Para beneficiarse del sistema, el usuario debe probar que antes de proceder a la utilización ha llevado a cabo, y documentado, una búsqueda diligente para localizar al titular de derechos. La mención al titular de derechos, si es conocido, es obligatoria. Además, el usuario debe adjuntar a la obra un símbolo en la manera prescrita por el Registro de Propiedad Intelectual que informe de que la obra ha sido utilizada bajo las disposiciones de la *Copyright Act* relativas a las obras huérfanas. De acuerdo con el texto introducido en la Cámara de Representantes, el usuario debe haber también presentado una declaración de utilización en el Registro de propiedad intelectual.<sup>42</sup> Ninguno de los proyectos especifica los requisitos que ha de respetar la búsqueda diligente. Sólo exigen que el infractor lleve a cabo un esfuerzo diligente para localizar al titular de derechos, aclarando que la ausencia de información en un ejemplar concreto de la obra no es en absoluto suficiente para concluir que se ha llevado a cabo una búsqueda diligente. Es más, ambas propuestas establecen que el Registro de propiedad intelectual deberá mantener y poner a disposición del público orientaciones o buenas prácticas para emprender las búsquedas. Si se respetan todas estas condiciones, la cuantía de la indemnización pecuniaria podrá limitarse a una compensación razonable. Es más, las instituciones educativas, bibliotecas, archivos o las entidades públicas de radiodifusión sin ánimo de lucro podrán quedar exoneradas de la obligación de pagar tal compensación si cesan en el uso tras recibir la notificación del titular de derechos de su intención de interponer una acción por infracción de los derechos de autor y demuestran que la utilización se llevó a cabo con fines educativos, religiosos o caritativos y que no perseguía un beneficio directo o indirectamente comercial. Además, tratándose de obras derivadas, podrá acordarse que el infractor prosiga la utilización, siempre, eso sí, que haga efectiva una compensación razonable y negociada. En cualquier caso, la aplicación de las limitaciones de responsabilidad queda sujeta a un requisito adicional de gran relevancia: el

---

<sup>40</sup> **Copyright Office**, *Report on Orphan Works*, supra nota 7, pp. 92-ss.

<sup>41</sup> *La Orphan Works Act of 2008 - A bill to provide a limitation on judicial remedies in copyright cases involving orphan works-*, presentada en la Cámara de Representantes el 4 de abril de 2008 [H.R.5889]. Y la *Shawn Bentley Orphan Works Act of 2008 - A bill to provide a limitation on judicial remedies in copyright cases involving orphan works -*, presentada en el Senado el 28 de abril de 2008, [S.2913.IS]).

usuario no podrá invocar la limitación si tras recibir una notificación del titular de derechos informando de su intención de interponer una demanda por infracción, no llega a negociar de buena fe una compensación razonable con el titular de derechos o no procede al pago de la compensación en un período de tiempo razonable. Los proyectos estadounidenses resultan también aplicables a las obras no publicadas. Siguen en este extremo las recomendaciones del Informe de obras huérfanas, donde se considera que, dada la dificultad de determinar si una obra ha sido o no publicada y partiendo del hecho de que la mayoría de las obras huérfanas son obras no publicadas, un sistema que tenga por finalidad facilitar la utilización de las obras abandonadas debe también posibilitar el uso de obras no publicadas.<sup>43</sup> Implementar esta solución en los países que pertenecen a la órbita del *droit d'auteur* puede presentar mayores problemas, dado el papel tan relevante que juegan los derechos morales. Sin embargo, no podemos olvidar que algunas normas continentales autorizan la divulgación post mórtem de las obras no publicadas si los titulares de derechos se oponen de manera irrazonable.<sup>44</sup>

Otro modelo para las obras huérfanas es el vigente en Canadá.<sup>45</sup> De acuerdo con la ley canadiense, el *Copyright Board* puede otorgar licencias no exclusivas a los usuarios que no han sido capaces de localizar a los titulares de derechos tras haber llevado a cabo esfuerzos razonables. Este sistema de licencias obligatorias se aplica sólo a las obras ya publicadas. La remuneración la fija, junto con las otras condiciones de explotación, el *Copyright Board*. Si el

---

<sup>42</sup> Según la redacción propuesta para el nuevo art. 514(b)(1)(A)(ii) por la *Orphan Works Act of 2008*.

<sup>43</sup> Vid. **Copyright Office**, *Report on Orphan Works*, *supra* nota 7, pp. 100-102.

<sup>44</sup> Cf el art. 40 de la Ley española de propiedad intelectual o el art. 122-9 de la ley francesa, *supra* nota 37. En todo caso, más allá de los problemas planteados por los derechos morales, la digitalización y puesta a disposición del público de algunas obras no publicadas podría entrar en conflicto con la normativa reguladora de la intimidad.

Para un análisis crítico de la propuesta estadounidense léase **J.C. GINSBURG**, "Recent Developments in US Copyright Law: Part I - Orphan Works", *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, Octubre 2008, pp. 99-197. En Estados Unidos la doctrina sobre el problema de las obras huérfanas es más abundante que en Europa. En otros, pueden consultarse: **J. BRITO & B. DOOLING**, "An Orphan Works Affirmative Defence to Copyright Infringement Actions", *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 2005, pp. 75-113; **Duke Law School Center for the Study of the Public Domain**, *Orphan Works Analysis and Proposal*, 2005, <http://www.law.duke.edu/cspd/pdf/cspdproposal.pdf>; **D.K. HENNING**, "Copyright's Deus Ex Machina: Reverse Registration as Economic Fostering of Orphan Works", 2008, ExpressO, accessible en [http://works.bepress.com/darrin\\_henning/10](http://works.bepress.com/darrin_henning/10); **HUANG**, "U.S. Copyright Office Orphan Works Inquiry: Finding Homes for the Orphans", *Berkeley Technology Law Journal*, 2006, pp. 265-288; **D.B. SHERMAN**, "Cost and Resource Allocation Under the Orphan Works Act of 2006", *Virginia Journal of Law and Technology*, 2007, pp. 1-36; **C. THOMPSON**, "Orphan Works, U.S. Copyright Law, and International Treaties: Reconciling Differences to Create a Brighter Future for Orphans Everywhere", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2006, pp. 787-852; **S. VALKONEN & L. J. WHITE**, "An Economic Model for the Incentive/Access Paradigm of Copyright Propertization: an Argument in Support of the Proposed New § 514 to the Copyright Act", *NYU Law and Economics Research Paper*, 2006, No 06-15, accessible en <http://ssrn.com/abstract=895554>.

<sup>45</sup> Art. 77 *Copyright Act*. Más información en <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/index-e.html>.

titular de derechos reaparece puede reclamar la remuneración que le corresponde antes de que expire un plazo de cinco años desde el otorgamiento de la licencia.<sup>46</sup>

Salvando algunas excepciones, como la del caso canadiense,<sup>47</sup> lo cierto es que encontramos pocos ejemplos de legislación que prevea disposiciones específicas para la utilización de obras huérfanas. De aquí que el sector privado haya puesto en marcha algunas soluciones a tal efecto. Tales soluciones consisten principalmente en las denominadas cláusulas de “puerto seguro” o en la adopción de políticas de gestión de riesgo. Por ejemplo, un grupo de editores científicos ha adoptado una Política que permite la utilización de las obras que les pudieran pertenecer. De acuerdo con las disposiciones de puerto seguro incorporada en su Política, en el caso de que un titular de derechos sea identificado, el usuario debe pagar una cantidad razonable y debe asegurar que no incurrirá en una re-utilización de la obra. Si el usuario se atiene a tales obligaciones, el editor renuncia a los derechos de incoar una acción contra él.<sup>48</sup> Otro ejemplo es el de la SOFAM -la *Société belge d’auteurs dans le domaine des arts visuels*- que ofrece la denominada *convention de porte fort*: un usuario que se acoja a la convención debe pagar una remuneración a la SOFAM por el uso de una obra huérfana. Si el titular de derechos reaparece, puedo contactar con la SOFAM para recibir su remuneración.<sup>49</sup> Ya por último, algunas -aunque lo cierto es que no muchas- instituciones culturales operan bajo una política de gestión de riesgos. Valorán el riesgo potencial y, en algunos casos, deciden asumirlo y llevar a cabo la utilización.<sup>50</sup>

El segundo grupo de soluciones *ad hoc* concierne las obras descatalogadas. Éste ha sido también un tema de discusión en el marco de la IBD. Como en el caso de las obras huérfanas, la Comisión Europea ha decidido no adoptar un instrumento legislativo comunitario limitándose a aconsejar a los Estados miembros que prevean o fomenten

---

<sup>46</sup> Para más información sobre las soluciones legislativas para las obras huérfanas véase, Subgrupo en Derecho de Autor, *Final Report*, *supra* nota 27, pp. 11-ss.; **B. HUGENHOLTZ, M.M.M. VAN EECHOUD, S.J. VAN GOMPEL ET AL.**, *The Recasting of Copyright*, *supra* nota 12, pp. 178-ss.

<sup>47</sup> También existen modelos de licencias obligatorias en Corea del Sur, Japón e India. Vid Subgrupo en Derecho de Autor, *Final Report*, *supra* nota 27, p. 12.; **S. V. GOMPEL**, “Unlocking the Potential of Pre-existing Content: How to Address the Issue of Orphan Works in Europe”, *supra* nota 4, p. 19.

<sup>48</sup> Safe Harbour Provisions for the Use of Orphan Works for Scientific, Technical and Medical Literature, An STM/ALPSP/PSP Position Paper, <http://www.alpsp.org/ForceDownload.asp?id=579>.

<sup>49</sup> Más información en <http://www.sofam.be/mainfr.php?ID=104&titel=Conventions+de+porte-fort>.

<sup>50</sup> Consúltese el ejemplo de la National Portrait Gallery en: [http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/doc/seminar\\_14\\_september\\_2007/npg\\_perspective.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/seminar_14_september_2007/npg_perspective.pdf).

mecanismos voluntarios que faciliten la digitalización y puesta a disposición de las obras descatalogadas.<sup>51</sup> En esta línea el Subgrupo en Derecho de Autor ha desarrollado una solución pragmática que podría ser adaptada e implementada por los Estados miembros. La solución propuesta tiene como objetivo facilitar la conclusión de contratos que autoricen la utilización de obras descatalogadas. Los elementos claves de la propuesta son (a) un modelo de licencia para la reproducción y puesta a disposición de obras descatalogadas a través de redes cerradas; (b) un segundo modelo de licencia que autoriza la puesta a disposición en línea de obras impresas descatalogadas y (c), como en el caso de las obras huérfanas, un set de principios sobre la creación de bases de datos nacionales de obras descatalogadas y de centros y procedimientos para la adquisición de derechos.<sup>52</sup>

El sistema propuesto presenta varios aspectos positivos que merece la pena destacar. Tiene como principal objetivo reducir los costes de transacción facilitando, mediante la creación de modelos contractuales, la conclusión de contratos entre las bibliotecas y los titulares de derechos.<sup>53</sup> Su finalidad principal es devolver la visibilidad a las obras descatalogadas al tiempo que garantiza una remuneración a los titulares de derechos. Las licencias pueden además ser utilizadas por los titulares de derechos para tantear las posibilidades de la obra en el mercado.<sup>54</sup> La publicación del segundo modelo de licencias para el acceso en línea representa un avance importante respecto a los informes anteriores del Subgrupo en Derecho de Autor.<sup>55</sup> También merece una valoración positiva el hecho de que en la redacción de las licencias se ha tenido en cuenta aspectos internacionales. Además, ambos modelos prevén la posibilidad de que las versiones digitalizadas se hagan accesibles a las personas con discapacidad visual. Dicho esto, ha de advertirse que la posición de la biblioteca -que toma la iniciativa de digitalización y realiza la inversión- se nos antoja

---

<sup>51</sup> Cf punto 6 (b) de la *Recomendación sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital*.

<sup>52</sup> Subgrupo en Derecho de Autor, *Final Report*, *supra* nota 27, pp. 17-30 y los siguientes Anexos que acompañan al informe: III (*Model agreement for a licence on digitisation of out of print works*), IV (*Model agreement for a licence on digitisation of out of print works with option for online accessibility*) y VII (*i2010 Digital libraries copyright subgroup's Recommended key principles for rights clearance centres and databases for out-of-print works*). Para un análisis más completo del trabajo del Subgrupo en Derecho de Autor respecto a las obras descatalogadas léase **M. IGLESIAS**, "Digital Libraries", *supra* nota 18; **M. RICOLFI**, "Copyright Policy for Digital Libraries in the Context of the i2010 Strategy", *supra* nota 32, pp. 7-8.

<sup>53</sup> **M. RICOLFI**, "Copyright Policy for Digital Libraries in the Context of the i2010 Strategy", *supra* nota 32, p. 8.

<sup>54</sup> Subgrupo en Derecho de Autor, *Final Report*, *supra* nota 27, pp. 22-24.

<sup>55</sup> Para una valoración de las propuestas del Subgrupo en Derecho de Autor previas a la publicación del *Final Report*, vid. **M. IGLESIAS & L. VILCHES**, "Les bibliothèques numériques et le droit d'auteur en Europe", *supra* nota 18, pp. 937-987.

demasiado debilitada. Si leemos detenidamente ambos modelos de licencia, puede fácilmente concluirse que ninguno de ellos está verdaderamente ofreciendo un estatus privilegiado a las bibliotecas. Son, ni más ni menos, plantillas o modelos contractuales para un mercado muy específico: el de la explotación de las obras descatalogadas. No se diferencian de los contratos estándar y es más que cuestionable que estos modelos en sí mismos vayan a facilitar la digitalización y puesta a disposición de las obras descatalogadas por bibliotecas sin ánimo de lucro. El hecho de que el licenciante pueda en cualquier momento rescindir la licencia entraña una inseguridad innegable para las bibliotecas. Es más, dado que el sistema parte de unas bases puramente voluntarias, los titulares de derechos podrían, sin justificación alguna, denegar la autorización<sup>56</sup> o incluso exigir una remuneración desmesurada. No nos extrañe pues que no sean muchas las obras descatalogadas que obtengan su liberación por la vía de la propuesta del Subgrupo en Derecho de Autor.

Ninguna de las soluciones relacionadas, ni las propuestas para las obras huérfanas ni las relativas a las obras descatalogadas, se refiere a las situaciones en las que los titulares de derechos no responden a las peticiones de los usuarios. El argumento principal para no tratar tales supuestos es el derecho a ignorar las peticiones. Una excepción la constituye, sin embargo, el sistema de licencias obligatorias para los países en vías de desarrollo previsto en el Anexo al Convenio de Berna, que establece un sistema subsidiario autorizando la concesión de licencias obligatorias cuando el titular de derechos no ha procedido a una explotación específica de la obra. Para beneficiarse de las licencias, el usuario debe cumplir con ciertas obligaciones de información. Si llega a contactar con el titular de derechos, se le otorga a éste último un período de reflexión o “plazo de gracia” para decidir si procede o no a la explotación de la obra.<sup>57</sup>

Además de las soluciones *ad hoc*, han de tenerse en cuenta otros mecanismos transversales que, aunque no han sido concebidos para resolver el problema de las obras

---

<sup>56</sup> Subgrupo en Derecho de Autor, *Final Report*, *supra* nota 27, p. 21.

<sup>57</sup> Cf *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, Anexo: Disposiciones especiales relativas a los países en desarrollo. Para una interpretación de las disposiciones del Anexo al Convenio de Berna puede consultarse: **H. DESBOIS**, “La conférence diplomatique de révision des conventions de Berne et de Genève”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, 1971; **H. DESBOIS, A. FRANÇON & A. KEREVER**, *Les conventions internationales du droit d’auteur et des droits voisins*, 1976; **R. FERNAY**, “Paris 1971, ou les aventures d’un package deal”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, 1971; **S. RICKETSON**, “Chapter 14: Developing countries”, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Vol. 2, 2.<sup>a</sup> ed., 2006.

silenciadas, pueden en la práctica, minimizar sus efectos. El ejemplo más importante es, sin lugar a dudas, el de las licencias colectivas ampliadas, muy utilizadas en los países nórdicos para facilitar determinados usos de las obras protegidas. De acuerdo con este modelo, una entidad de gestión que represente un número sustancial de titulares de derechos puede otorgar una licencia sobre su repertorio para explotar las obras protegidas en áreas específicas.<sup>58</sup> Gracias a su efecto “ampliado” las licencias también amparan la utilización de las obras cuyos titulares de derechos no son miembros de la entidad. Puede concluirse, en efecto, que el modelo es muy similar al de la gestión colectiva obligatoria. La diferencia fundamental es que los titulares de derechos pueden optar por no participar en el sistema. En Dinamarca, se ha propuesto la introducción de ciertas modificaciones a la ley de derechos de autor que permiten la aplicación del sistema de licencias colectivas ampliadas a las obras huérfanas y descatalogadas. De acuerdo con las modificaciones propuestas, las nuevas disposiciones permiten a las partes interesadas recurrir a las licencias colectivas ampliadas en áreas a determinar por los contratantes; distintas de las áreas más específicas en las que tradicionalmente se aplican las licencias colectivas ampliadas. Tales licencias podrán extender su efecto a todos los titulares de las obras de la misma clase de las que gestiona la entidad. No obstante, los titulares de derechos podrán acogerse a la cláusula *opt out* y no participar en el sistema. Las organizaciones que representen los intereses de los titulares de derechos que opten por la conclusión de los acuerdos al amparo de la nueva disposición deberán requerir la aprobación del Ministerio de Cultura.<sup>59</sup>

Más allá de las soluciones identificadas, han de tenerse en cuenta las propuestas doctrinales que abogan por la introducción de reformas de naturaleza estructural en el sistema de propiedad intelectual. Estas propuestas se construyen en torno de la reflexión sobre el plazo ideal de protección, la (re-)introducción de formalidades o la reformulación de limitaciones

---

<sup>58</sup> P.e. en Dinamarca las licencias colectivas ampliadas se utilizan, entre otros casos, en relación con la reproducción para fines educativos, para la entrega de documentos vía email a los usuarios de bibliotecas o a otras bibliotecas, o respecto a utilizations en beneficio de las personas con discapacidad auditiva o visual. Vid. **H. VON HIELMCRONE**, “Orphan Works: The Danish Solution; Extended Collective Licensing”, *EBLIDA News*, 2008, No 6, pp. 1-2.

<sup>59</sup> Cf Informe presentado por Dinamarca relativo al progreso en la implementación de la *Recomendación sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital*, p. 2; accesible en [http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/experts/mseg/reports/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/experts/mseg/reports/index_en.htm). Consúltese igualmente la *Comunicación de la Comisión COM (2008) 513 final* y el Documento de trabajo que la acompaña, p. 15; supra nota 26; y **H. VON HIELMCRONE**, “Orphan works”, supra nota 59, pp 1-2.

que garanticen un uso más amplio de las obras protegidas.<sup>60</sup> Pese a que ninguna de ellas está de manera específica diseñada para solucionar el problema de las obras huérfanas, lo cierto es que de ponerse en práctica, podría facilitarse la utilización de las obras huérfanas y descatalogadas. Cualquiera de estos sistemas requiere una reforma de fondo en el Derecho de Propiedad Intelectual, no sólo nacional, sino también internacional y comunitario pero es factible llevarla a cabo en un futuro próximo?

### **III. Una propuesta para liberar las obras cautivas**

Excepto las disposiciones del Anexo al Convenio de Berna y las propuestas de modificación de la ley danesa, todos los sistemas a los que hemos hecho referencia en las páginas anteriores se concentran en una situación específica de silencio: así, en las obras huérfanas, la propuesta estadounidense o la francesa o el sistema canadiense; en las descatalogadas, los modelos de licencia del Subgrupo en Derecho de Autor. Recordemos, por ejemplo, que la propuesta francesa sólo se aplica a las obras impresas y las visuales, y no cubre, como sugiere el Subgrupo en Derecho de Autor, toda clase de obras protegidas; y que ni la propuesta francesa ni el régimen canadiense autoriza la utilización de obras no publicadas. Pese a que la mayoría de los legisladores han apostado por un tratamiento diferenciado de las obras cautivas o silenciadas,<sup>61</sup> no es muy aventurado concluir que todos los casos de obras cautivas pueden relacionarse con una deficiencia común del sistema de propiedad intelectual,<sup>62</sup> incapaz de dar respuesta a un fallo de mercado que provoca la infrautilización o, incluso, la no utilización de las obras protegidas. Resulta conveniente, por tanto, en lugar de promover regímenes jurídicos diferenciados para cada una de las situaciones de silencio, diseñar un sistema, o al menos una serie de principios comunes, para tratar de forma conjunta estas situaciones. Y es que, de hecho, las obras huérfanas son un caso claro de

---

<sup>60</sup> Entre otros: **W. LANDES & R. POSNER**, “Indefinitely Renewable Copyright”, *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper*, 2002, accesible en <http://ssrn.com/abstract=319321>; “Chapter 8: The Optimal Duration of Copyrights and Trademarks”, en *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 2003, pp. 210-253; **L. LESSIG**, *Free Culture*, 2003; **D. KHONG**, “Orphan Works, Abandonware and the Missing Market for Copyright Goods”, *supra* nota 2; **C. SPRIGMAN**, “Reform(aliz)ing Copyright”, *Stanford Law Review*, 2004; **M. RICOLFI**, “Copyright Policy for Digital Libraries in the Context of the i2010 Strategy”, *supra* nota 32.

<sup>61</sup> Aunque no siempre es el caso, en Dinamarca se ha apostado por una solución que no discrimina entre el tipo de silencio.

<sup>62</sup> **M. IGLESIAS & L. VILCHES**, “Les bibliothèques numériques et le droit d’auteur en Europe”, *supra* nota 18, p. 971; **D. KHONG**, “Orphan Works, Abandonware and the Missing Market for Copyright Goods”, *supra* nota 2, p. 79. En relación con las obras huérfanas, **S.V. GOMPEL**, “Unlocking the Potential of Pre-existing Content”, *supra* nota 4.

obras descatalogadas, y ambas, al igual que los casos de ausencia de respuesta, un ejemplo de obras abandonadas.

La función social de la propiedad intelectual ha llevado al legislador a reconocer, como afirmábamos al principio de este artículo, determinados límites y limitaciones a la propiedad intelectual. La mayoría de los países han reconocido en su legislación nacional de derechos de autor limitaciones a favor de las bibliotecas.<sup>63</sup> No obstante, tales limitaciones no siempre han sido redactadas teniendo en cuenta las oportunidades y desafíos que presentan las nuevas tecnologías de la información. En Europa, la adopción de la *Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información* (de ahora en adelante Directiva 2001/29)<sup>64</sup> hubiera sido una buena oportunidad para reformular las limitaciones a favor de las bibliotecas. No obstante, el legislador europeo prefirió adoptar una postura cautelosa, esperando que el mercado desarrollara modelos de negocio que pudieran garantizar cierto margen para los usos que llevan a cabo las bibliotecas.<sup>65</sup> Pero lo cierto es que tales modelos de negocio no han sido desarrollados de manera eficiente. La existencia de un gran número de obras huérfanas y descatalogadas y el interés frustrado de los usuarios, deseosos de explotar y dar acceso a esas obras, pone en evidencia las carencias del mercado. La función social de la propiedad intelectual podría justificar la formulación de nuevas limitaciones que facilitarían la utilización de estas obras abandonadas, sobre la base de la inactividad de los titulares de derechos. Tales limitaciones resultarían aplicables cuando los titulares de derechos hayan abandonado pasivamente sus prerrogativas.

---

<sup>63</sup> Para mayor información sobre las limitaciones a favor de las bibliotecas alrededor del mundo, léase el Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos preparado para la OMPI por K. CREWS, accesible en [http://www.wipo.int/meetings/en/doc\\_details.jsp?doc\\_id=109192](http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=109192). El citado estudio analiza la normativa de derecho de autor en 149 países y concluye que sólo 21 no contemplan limitaciones en favor de las bibliotecas. Sobre las limitaciones a favor de las bibliotecas en Europa, pueden consultarse las siguientes publicaciones y la bibliografía allí citada: L. GUIBAULT, "Evaluation of the Directive 2001/29/EC in the Digital Information Society", paper presentado en International Conference on Public Domain in the Digital Age (COMMUNIA Project), Louvain-La-Neuve, Bélgica, 30.06.2008-01.07.2008, accessible en [http://communiaproject.eu/communiafiles/conf2008p\\_Copyright\\_Policy\\_for\\_digital\\_libraries\\_in\\_the\\_context\\_of\\_the\\_i2010\\_strategy.pdf](http://communiaproject.eu/communiafiles/conf2008p_Copyright_Policy_for_digital_libraries_in_the_context_of_the_i2010_strategy.pdf); M. IGLESIAS & L. VILCHES, "Les bibliothèques numériques et le droit d'auteur en Europe", *supra* nota 18, pp. 949-971; M. IGLESIAS, "Digital Libraries", *supra* nota 18.

<sup>64</sup> *Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*, DO L 167 de 22/06/2001

<sup>65</sup> De hecho éste es el punto de partida de algunas de las cuestiones planteadas en el Libro Verde, *supra* nota 17; léanse las preguntas 6 y ss. y exposición que las precede.

Las limitaciones a la propiedad intelectual, como en general todas las instituciones jurídicas, han de adecuarse a las necesidades y expectativas de la sociedad en el momento histórico en el que se contextualizan. No ha de extrañarnos pues que el contenido y alcance de las limitaciones pueda variar con el tiempo teniendo en cuenta los intereses y valores de la colectividad sin que, no obstante, se lleguen a vaciar de contenido los derechos de explotación.<sup>66</sup> Y en este punto hemos de tener en cuenta las necesidades de la Sociedad del conocimiento y el papel que las bibliotecas pueden representar para avanzar hacia esta meta. Como las bibliotecas tradicionales, las digitales tienen un papel clave en la preservación, acceso y diseminación del conocimiento. Los proyectos de digitalización y puesta a disposición a gran escala representan un paso clave para mejorar el acceso y la utilización de información, que, sin perjuicio de los beneficios culturales y sociales que implican, generan también un importante valor añadido para el sector económico y empresarial.<sup>67</sup> Sin menospreciar el interés público que puede subyacer a las utilidades comerciales de las obras huérfanas o descatalogadas,<sup>68</sup> el interés público de los proyectos que pretenden la integración de tales obras en bibliotecas digitales es de una importancia vital para la generación de riqueza; cultural, científica, económica y social. De ahí que, además de defender una solución única que abarque todas las obras silenciadas, apostemos igualmente por que tal solución se refiera precisamente a este tipo de proyectos de interés público singular y actual: los proyectos de digitalización a gran escala que no persigan un objetivo comercial.

A continuación presentaré las bases para una solución inclusiva que podría aplicarse a la utilización de todas las obras silenciosas en proyectos de digitalización a gran escala. Dado que el problema de las obras silenciosas es claramente un problema de fallo de mercado, el legislador debería privilegiar, en primer lugar, la adopción de mecanismos voluntarios que

---

<sup>66</sup> Léase, en relación con la configuración del derecho de propiedad, su función social y la existencia de limitaciones a su ejercicio, el Fundamento Jurídico 2 de la *Sentencia n. 37/1987 de 26 de marzo del Tribunal Constitucional Español*.

<sup>67</sup> Vid. la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - i2010 : bibliotecas digitales*, COM/2005/0465 final.

<sup>68</sup> Del párrafo anterior no debe inferirse que la utilización de obras abandonadas, sobre todo obras huérfanas, en proyectos comerciales no merece una atención singular y un tratamiento específico en la normativa de propiedad intelectual. No obstante, las características especiales del uso -en relación con obras singulares, en proyectos comerciales y con fines lucrativos- reclaman unas condiciones y una lógica diferentes. Los sistemas a los que nos referíamos al tratar las soluciones *ad hoc* de obras huérfanas amparaban usos comerciales o no comerciales. Si nos centramos en el caso estadounidense, podremos concluir que las limitaciones de responsabilidad que pueden ser muy efectivas para usos singulares o comerciales no resultarán demasiado operativas para proyectos digitales a gran escala. Y ello incluso a pesar de la cláusula que posibilita las entidades sin ánimo de lucro de proceder al

contribuyan a disminuir los costes de transacción. En este sentido debería animar la conclusión de acuerdos sobre las obras abandonadas, por ejemplo, fomentando la elaboración y diseminación de modelos contractuales como los preparados por el Subgrupo en Derecho de Autor para las obras descatalogadas. Igualmente, siguiendo los principios elaborados por este Grupo, deberían promoverse la creación de bases de datos, públicas o privadas, de obras silenciadas.

Pero, sin duda alguna, la intervención del poder público no debería detenerse aquí. Asumiendo que no todos los operadores del mercado se acogerían a estas iniciativas y partiendo de la base de que los acuerdos privados resultarían de poca utilidad para algunos tipos de obras silenciadas -en particular, para las obras huérfanas-, deberían modificarse la normativa de propiedad intelectual de modo que se estableciera una limitación obligatoria que entraría en juego con carácter subsidiario: sólo cuando los titulares de derechos no exploten sus obras y no manifiesten su intención de hacerlo en un futuro más o menos cercano. Este tipo de disposiciones obligatorias pero de naturaleza subsidiaria ya existen en algunas normas de propiedad intelectual. Así, en el esquema previsto, por ejemplo, en el Anexo al Convenio de Berna. A una opción similar nos remite el legislador británico en algunas de las disposiciones relativas a las limitaciones o “usos permitidos” de la *Copyright, Designs and Patents Act* -que no resultarán de aplicación cuando se ha puesto en marcha un sistema de licencias voluntaria-,<sup>69</sup> o en el juego entre licencias obligatorias y voluntarias contemplado en la misma norma.<sup>70</sup> La sección 53a de la ley alemana adopta una solución similar que, además, se refiere de manera específica a las limitaciones a favor de las bibliotecas. En este caso se autoriza la reproducción y transmisión electrónica de artículos individuales publicados en periódicos u revistas y pequeñas partes de obras publicadas siempre que se realice en forma de archivos gráficos y para la ilustración de la enseñanza o para fines de investigación científica, en la medida en la que la utilización esté justificadas por fines no comerciales. Tales reproducciones y transmisiones están permitidas sólo en tanto el acceso a la obra no sea posible, bajo condiciones contractuales razonables, por miembros individuales del público desde el lugar y en el momento que éstos elijan. Es decir, en tanto el titular de derechos no haya desarrollado en sistema de licencias para la puesta a disposición al público de sus obras.

---

pago de la compensación. El riesgo continúa siendo demasiado elevado para las entidades embarcadas en proyectos de digitalización de gran escala.

<sup>69</sup> D. KHONG, “Orphan Works, Abandonware and the Missing Market for Copyright Goods”, *supra* nota 2, p. 79.

<sup>70</sup> Cf secciones 116-ss. de la *Copyright, Designs and Patent Act 1988*.

En todo caso, de acuerdo con lo dispuesto por la sección 53.a, el titular de derechos recibirá una remuneración por los usos realizados al amparo de la disposición. La remuneración sólo podrá reclamarse mediante una sociedad colectiva.<sup>71</sup>

El legislador tiene varias opciones de política legislativa para implementar la solución propuesta. Podría optar por acordar la extensión de los efectos de los acuerdos colectivos de licencia otorgados por las organizaciones que representen a los titulares de derechos a obras pertenecientes a titulares no representados por tales entidades. La principal diferencia con las licencias colectivas ampliadas es que, en lugar de una cláusula *opt out* basada en motivaciones subjetivas -la voluntad del titulares de derechos-, el sistema que proponemos se basa en un sistema *opt out* a partir de presupuestos objetivos: la explotación efectiva de la obra o la intención de explotarla en un período de tiempo más o menos cercano. Otra posibilidad sería la imposición de la gestión colectiva obligatoria para las obras silenciadas. Finalmente también podrían considerarse el establecimiento de licencias no voluntarias. Y en este punto nos parece más adecuado descartar la aplicación de las denominadas licencias obligatorias individuales<sup>72</sup> a favor de las licencias obligatorias generales o, en su caso, de las licencias legales gestionadas por el Estado o una autoridad independiente.<sup>73</sup> La imposición de un sistema de licencias obligatorias sobre bases individuales no parece adecuada, por su carga administrativa tanto para la institución encargada del otorgamiento de licencias como para los usuarios, a los proyectos de este tipo.<sup>74</sup>

No obstante una solución basada en licencias legales es incompatible con la normativa comunitaria de propiedad intelectual. El art. 5 de la Directiva 2001/29/CE contiene una lista

---

<sup>71</sup> Sobre la solución alemana: **H. MUELLER**, “The Legal Problems of Document Supply by Libraries: An International Perspective”, *Interlending and Document Supply*, 2008, No 2, pp. 68-73.

<sup>72</sup> Las licencias obligatorias establecen una verdadera obligación de contratar, permitiendo que las condiciones y, en su caso, el precio, sean libremente determinados por las partes. En la literatura se ha destacado que la principal diferencia entre las licencias legales y las obligatorias (o forzosas) es precisamente el modo en el que se determina la remuneración: mediante la negociación en el caso de las forzosas, siguiendo los criterios determinados por la ley en las legales. Vid. **R. FERNAY**, “Grandeur, misère et contradictions du droit d’auteur”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, 1981, p. 162 ; **A. STROWEL**, *Droit d’auteur et copyright*, 1993, p. 631. También **L. GUIBAULT**, *Licenses and Copyright Exemptions*, 2000, presentación realizada en la reunión Information Licensing, organizada por el Legal Advisory Board de la Comisión Europea, DGIS en Mayo de 2000; **S. DUSOLLIER**, *Droit d’auteur et protection des oeuvres dans l’univers numérique: Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des Ouvres*, 2005, p. 424.

<sup>73</sup> Mediante las licencias legales el legislador autoriza el uso delimitando él mismo la cuantía, o los criterios a tener en cuenta para su determinación- o remitiendo su fijación a una autoridad independiente.

<sup>74</sup> Pensemos por ejemplo en el sistema canadiense: un modelo de licencias obligatorias, que requiere ex-ante la verificación implica una carga administrativa que le resta operatividad al sistema.

exhaustiva de limitaciones que podrán contemplarse en el Derecho nacional. Los Estados miembros no pueden contener en su normativa interna limitaciones que no estén autorizadas por la lista. La única limitación que autoriza la puesta a disposición de las obras protegidas por las bibliotecas es el art. 5 (3) (n),<sup>75</sup> pero, en los términos en los que está redactado, se muestra de muy poca utilidad para lo proyectos de bibliotecas digitales.<sup>76</sup> Es más, el Considerando 40 de la Directiva dispone que:

“los Estados miembros pueden establecer una excepción o limitación en beneficio de determinados establecimientos sin fines lucrativos, como bibliotecas accesibles al público y entidades similares, así como archivos. No obstante, dicha excepción o limitación debe limitarse a una serie de casos específicos en los que se aplique el derecho de reproducción. *Tal excepción o limitación no debe aplicarse a las utilidades realizadas en el contexto de la entrega en línea de obras o prestaciones protegidas.* [...] Conviene, por tanto, fomentar los contratos o licencias específicas que favorezcan de manera equilibrada a dichas entidades y sus objetivos en el campo de la difusión” [énfasis añadido].

Las limitaciones que tengan como objetivo la entrega electrónica de obras protegidas queda claramente prohibida por la Directiva, excepto si se dan en el marco del art. 5 (3) (a) que autoriza las utilidades con fines de ilustración en la enseñanza e investigación.<sup>77</sup> Es importante en este punto advertir que el concepto de “excepciones y limitaciones” utilizado en la Directiva sólo abarca las excepciones gratuitas y las licencias legales. La Directiva no parece afectar a los sistemas no voluntarios de gestión colectiva; *i.e.*, la gestión colectiva obligatoria o las licencias colectivas ampliadas.<sup>78</sup> El Considerando 18 establece que la Directiva “no afectará a las disposiciones que existen en los Estados miembros en materia de gestión de derechos, como las licencias colectivas ampliadas”.<sup>79</sup> Así, el sistema obligatorio de

---

<sup>75</sup> El art. 5 (3) (n) autoriza las limitaciones a los derechos de reproducción y comunicación al público “cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra (c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia”.

<sup>76</sup> L. GUIBAULT, “Evaluation of the Directive 2001/29/EC”, *supra* nota 64, p. 8.; M. IGLESIAS & L. VILCHES, “Les bibliothèques numériques et le droit d’auteur en Europe”, *supra* nota 18, pp. 956-958 & 986 ; M. IGLESIAS, “Digital Libraries”, *supra* nota 18.

<sup>77</sup> Al art. 5 (3) (a) dispone que “estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 [relativos a los derechos de reproducción y comunicación pública] en los siguientes casos: [...] 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”.

<sup>78</sup> Es más discutible se afecta o no a las licencias obligatorias.

<sup>79</sup> La redacción del Considerando 10 y la alusión explícita a las licencias colectivas ampliadas, se introduce en la Posición Común del Consejo (vid. Considerando 18 de la *Posición Común 20/95, aprobada por el Consejo el 10*

naturaleza subsidiaria propuesto en los párrafos precedentes no podría adoptarse bajo un modelo de excepción o de licencia legal; sin proceder, claro está, a una modificación de la Directiva e incluso del Derecho internacional de Autor. Sin embargo, todo parece apuntar a la compatibilidad de la gestión colectiva obligatoria o del carácter extendido de los acuerdos adoptados por las entidades de gestión con el cuerpo jurídico comunitario e internacional.

Por otro lado, la opción por alguno de los modelos referidos dependerá de las peculiaridades de cada país. La implementación de un sistema *sui generis* de licencias colectivas ampliadas dependerá de la existencia, en cada uno de los sectores afectados, de organizaciones de titulares de derechos -no tienen por qué ser necesariamente entidades de gestión colectiva aunque, ni que decir, tiene éstas parecen los actores mejor preparados para realizar tal función- suficientemente representativas y del hecho de que tales organizaciones hayan desarrollado un sistema de licencias a tal efecto. Cuando no sea el caso, parece más adecuado adoptar un sistema de gestión colectiva obligatoria. Si no existieran entidades de gestión para toda clase de obras, entonces podrían crearse o designarse una o varias entidades u organizaciones que pudieran otorgar tales licencias.

En todo caso, el legislador debería definir el contenido, los elementos del sistema. El primer paso sería precisar su ámbito de aplicación, es decir, delimitar las situaciones de abandono o de silencio. Tal definición debería referirse a aquellas obras protegidas que no están siendo explotadas y cuyos titulares de derechos no muestran la intención de hacerlo. Otro punto de especial importancia sería identificar qué tipo de proyectos de digitalización deberían ser considerados proyectos de interés público, lo cual nos lleva a definir los beneficiarios del sistema; a saber: bibliotecas, archivos o museos accesibles al público implicados en proyectos de digitalización a gran escala. Los proyectos no deberían perseguir un fin comercial, lo que no quiere decir, no obstante que no se pueda exigir una tasa mínima para cubrir los costes de digitalización y, en su caso, la remuneración debida en virtud del sistema de licencias (*cf infra*). El sistema debería autorizar la puesta a disposición de las obras silenciadas y las reproducciones necesarias para llevar a cabo la comunicación al público. Así la entrega electrónica de documentos resultaría permitida siempre que se respetasen, eso sí, las

---

de julio de 1995, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección jurídica de las bases de datos, DO C 288, de 30.10.1995, pp. 14-29) precisamente a solicitud de Suecia, que sólo así estaba dispuesta aceptar la limitación con fines de enseñanza. *Cf* Documento del Consejo 9734/99, p. 6, nota 31.

condiciones referidas a continuación. En primer lugar el acceso a las obras protegidas debería quedar limitado a los usuarios registrados en la biblioteca. A diferencia de la propuesta estadounidense, consideramos que el sistema debería incluir el deber de abonar una remuneración equitativa por el uso, especificando las condiciones bajo las que debería abonarse la remuneración. La configuración de la remuneración podría basarse en un sistema *ex ante* (la fijación *a priori* de la cuantía a pagar), *ex post* (basado en, por ejemplo, los accesos a la obra) o en una combinación de ambos (una parte fija más una parte variable en función de la intensidad de la utilización). Los titulares de derechos tendrían derecho a reclamar ante la organización intermediaria -*i.e.*, las organizaciones que representen los intereses de los titulares de derechos o, en el caso de licencias legales, las autoridades competentes encargadas de la gestión de las licencias- la remuneración que le corresponda por la utilización de sus obras. A los titulares de derechos que muestren *a posteriori* su interés en explotar la obra debería además otorgárseles la posibilidad de solicitar el cese en la utilización. Por otro lado, habrían de determinarse una serie de acciones positivas para facilitar la identificación del titular de derechos o darle la oportunidad de manifestar cuáles son sus intenciones respecto a la explotación de la obra. Es decir, deberían incluirse estrictas obligaciones de información a tener en cuenta antes de proceder a la utilización de la obra o, en su caso, de conceder la autorización. Dependiendo del peso que se le conceda a las organizaciones intermediarias, serán éstas y/o los usuarios quienes deban cumplir con los deberes de información. En cualquier caso, las obligaciones de información podrán inspirarse en las orientaciones para la búsqueda diligente contempladas en el *Memorandum of Understanding* o, incluso, en las obligaciones de información establecidas en el Anexo al Convenio de Berna. Además los usuarios o las entidades intermediarias deberían realizar una declaración de utilización (con el fin de informar a los titulares de derechos sobre la explotación de la obra) que podrían publicarse en un registro gestionado por una institución pública o privada; *i.e.*, en las bases de datos de obras cautivas a las que hacíamos referencia al introducir las opciones de política legislativa. También deberían incorporarse disposiciones que impidieran un daño injustificado en los derechos morales, requiriendo, con carácter preceptivo y siempre que fuera posible, la alusión al autor y a la fuente. Tratándose de obras no publicadas, parece justificable limitar la utilización a las obras cuyos autores han fallecido y/o tolerarla sólo respecto a los usos que demuestren un interés científico en el acceso a la obra. Finalmente, deberían imponerse medidas que evitaran la diseminación incontrolada de la obra, por ejemplo, requiriendo a las bibliotecas la adopción de ciertas medidas tecnológicas de protección. Así, podría no ser

posible realizar copias ulteriores de las obras puestas a disposición del público ni diseminarlas a usuarios no autorizados por la biblioteca. Las medidas tecnológicas de protección deberían posibilitar un cierto control de las utilidades -sin, por supuesto, invadir la privacidad de los usuarios-, y podrían, incluso, imponer restricciones temporales a la utilización. Un sistema como el propuesto parece, en efecto, sugerir la aplicación de la teoría de la equivalencia funcional respecto a lo que representa en el mundo *off line* el préstamo público. Y es que tal vez haya llegado el momento de retomar la discusión sobre el préstamo digital.

#### **IV. Conclusión**

Las bibliotecas digitales tienen un papel determinante para contribuir a la consecución de la Sociedad del conocimiento. Las nuevas tecnologías les proporcionan además los medios para devolver la voz a las obras cautivas o silenciadas, obras respecto de las que sus titulares de derechos no muestran un interés en proceder a su explotación, y que, por la configuración específica de los derechos exclusivos de propiedad intelectual, se ven obligadas a permanecer en silencio. La Comisión Europea así como una serie de Estados europeos y no europeos se han lanzado a la búsqueda de soluciones para facilitar el uso de estas obras. En tal empresa, la mayoría de ellos han apostado por soluciones singulares atendiendo al tipo de obras silenciadas, previendo soluciones específicas para, por un lado, las obras huérfanas y, por otro, las obras descatalogadas. Consideramos que este tratamiento del problema no es el adecuado. De ahí que apostemos en este artículo por sistema inclusivo que se aplique a la utilización de todo tipo de obras silenciadas en proyectos de digitalización a gran escala con un claro interés público, describiendo las opciones legislativas y las bases sustantivas sobre las que podría erigirse tal sistema.