

Las obras huérfanas en el Derecho europeo

SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA¹

¹ Profesor Contratado – Doctor en Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: sebastian.lopez@uam.es

I. Consideraciones generales en torno a la regulación europea de las obras huérfanas

En el Derecho Comunitario, las obras huérfanas están reguladas mediante la Directiva 2012/28/UE, de 25 de octubre, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas (en adelante, DOH). La Directiva obliga a los Estados miembros a establecer un límite relativo no sólo a obras huérfanas, sino también respecto de ciertas prestaciones huérfanas. Se trata, por tanto, de un límite obligatorio, según el artículo 6 DOH, los Estados miembros “deberán” prever excepciones o límite para permitir esos usos. A diferencia de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, sobre derechos de autor y derechos conexos en la sociedad de la información (en adelante, DDASI), donde los apartados 2 y 3 del artículo 5 establecen un listado facultativo de límites y excepciones, la Directiva 2012/28/UE impone a los Estados miembros que lo recojan -la DDASI únicamente obliga a transponer el límite relativo a las reproducciones provisionales, previsto en su artículo 5.1²-. En definitiva, constituye un nuevo límite de carácter imperativo y de gran importancia, dado el elevado número de obras huérfanas que existe.

De entre las distintas posibilidades que existían a la hora de regular el problema planteado por las obras huérfanas, la norma europea se decanta por prever un límite, es decir, se autoriza el uso de este tipo de obras sin necesidad del consentimiento de los titulares de derechos. Otros países han tratado esta cuestión de distinta manera³. Así, por ejemplo, Canadá ha encomendado a un organismo

² Según el artículo 5.1 DDASI: “Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2”.

³ Sobre los distintos modelos de regulación de las obras huérfanas vid. Ramón CASAS VALLÉS, “La problemática de las llamadas obras huérfanas: propuestas de solución con particular referencia a la Directiva 2012/28/UE

público la función de verificar la situación de orfandad de estas obras y conceder licencias ad hoc, siendo dicho órgano el encargado de determinar las condiciones de utilización. Estados Unidos, en cambio, reduce las consecuencias de la infracción que supone el usar obras ajenas sin consentimiento de los titulares de derechos, cuando se dan ciertas condiciones. Una vez hecha una búsqueda diligente y reconociendo la titularidad de derechos, los usuarios de obras huérfanas se encuentran a salvo de las acciones por infracción de derechos. Sólo tienen que pagar una compensación en el caso de que hayan hecho un uso comercial de la obra. Los países nórdicos han otorgado un papel más protagonista a las entidades de gestión, atribuyéndoles la posibilidad de conceder licencias más allá de su respectivo repertorio, abarcando también las obras huérfanas (licencias colectivas ampliadas).

Volviendo al sistema comunitario, el límite se caracteriza por las siguientes notas. En primer lugar, se trata de un límite únicamente desde el momento en que la obra sea declarada huérfana tras la búsqueda diligente, y no desde que el usuario quiere utilizarla y no localiza al titular de los derechos. En segundo lugar, se permiten ciertos tipos de usos, es decir, no afecta a todos los derechos de explotación de los titulares de propiedad intelectual. En tercer lugar, es un límite relacionado con ciertas categorías de obras y prestaciones. No afecta a cualquier tipo de contenido protegido por la propiedad intelectual, sino que quedan excluidas muchas creaciones. En cuarto lugar, no cualquier persona va a poder beneficiarse del límite, sino únicamente se concede a favor de determinadas entidades y para lograr finalidades muy concretas. En quinto lugar, se establece un requisito fundamental para que la obra pueda ser con-

sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, ed. Universidad de Buenos Aires, 2013, pp. 116-128; Raquel EVANGELIO LLORCA, “Un nuevo reto para la digitalización y puesta a disposición de obras intelectuales: el uso de obras huérfanas y descatalogadas”, en *Diario La Ley*, núm. 7884, 2012, ref. 6948/2012; Raquel XALABARDER PLANTADA, “Las obras huérfanas y las obras descatalogadas”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 10, 2012, Aranzadi, pp. 7-16.

siderada huérfana y amparada por el límite, como es la previa búsqueda diligente a cargo de estas entidades beneficiarias. Las entidades beneficiarias del mismo no van a poder hacer uso de estas obras en tanto no se haya procedido a la búsqueda diligente de los titulares de derechos. En sexto lugar, el uso dejará de estar permitido bajo el paraguas del límite si el titular de derechos aparece, lo que puede ocurrir en cualquier momento. El límite implicaría una especie de caída de la obra o prestación en un dominio público anticipado y reversible⁴. En séptimo lugar, no hay que olvidar, además, que, en la medida en que se trata de un límite, está sujeto a la regla de los tres pasos. Y, finalmente, constituye un límite gratuito en tanto no aparezca el titular de los derechos. Hasta entonces, la entidad beneficiaria no deberá hacer ningún pago previo⁵.

El objetivo de este límite es triple. Por un lado, se trata de proteger a los titulares de derechos ignorados o no localizados, estableciendo un control ex ante al uso para verificar la situación de orfandad y garantizándoles el pago de una compensación en caso de que aparezcan y hagan valer sus derechos. Por otro lado, se trata de proteger a quienes han hecho uso de las obras, resguardándoles de posibles reclamaciones económicas sustanciosas por la falta de autorización por parte del titular⁶. Finalmente, se intenta también

⁴ Así parece plantearlo Eduardo SERRANO GÓMEZ, “Dominio público, duración y límites a los derechos de propiedad intelectual: la Directiva de 4 de octubre de 2012 sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, coord. M. Cuenca Casa, L. A. Anguita y J. Ortega Doménech, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1053-1054.

⁵ Patricia RIERA BARSALLO critica duramente esta previsión. Entiende que el legislador europeo ha optado, ante la dificultad y el gran coste que supondría cobrar una remuneración por el uso de estas obras, por expropiar los derechos de autor en beneficio del interés general, en el entendimiento de que estos derechos constituyen un obstáculo para la creación de nuevas obras y la explotación de nuevas prestaciones. Vid. Patricia RIERA BARSALLO, “La solución europea a las obras huérfanas: la Directiva 2012/28/UE”, en *Diario La Ley*, 17 de julio de 2013, p. 12.

propiciar la creación de grandes bibliotecas en línea, con el fin de conseguir la libre circulación del conocimiento, el acceso a la cultura y la innovación del mercado interior. El Considerando 2 DOH apunta que la creación de estas bibliotecas constituye un proyecto clave de la Agenda Digital para Europa, según figura en una Comunicación de la Comisión Europea titulada «Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador».

II. Concepto de "obra huérfana"

Según el artículo 2.1 DOH, una obra será huérfana cuando ninguno de sus titulares de derechos esté identificado o, de estarlo, ninguno esté localizado a pesar de haber efectuado una búsqueda diligente. Queremos hacer uso de una obra o prestación, pero no tenemos un interlocutor al que dirigirnos para pedirle autorización o no sabemos dónde está, entrando en juego el derecho de acceso a la cultura. Desconocemos si el titular de los derechos está vivo o ha fallecido, en caso de ser persona física, o si se ha disuelto o se ha fusionado con otra empresa, en caso de ser persona jurídica. A lo largo de la vida de una obra o prestación, pueden producirse múltiples cesiones de derechos, cuyos titulares se hayan ido perdiendo por el camino.

Es fundamental que la obra huérfana esté previamente divulgada, pues la divulgación es un hecho que corresponde determinar exclusivamente al autor, por formar parte de sus derechos morales. Si una obra es inédita, no cabrá, entonces, declararla huérfana (ej.: si una biblioteca es depositaria de un manuscrito que no ha sido publicado por su autor, no podrá ampararse en el régimen de la obra huérfana para usarla en base a este límite). Además, es preciso que no sea de aplicación un límite o excepción y que la obra esté todavía protegida por no haber pasado el plazo de protección, pues, en caso contrario, no sería necesario buscar al titular de los derechos. Efectivamente, si cabe aplicar una excepción, no es necesario

⁶ Ramón CASAS VALLÉS, "La problemática... op. cit., p. 116.

solicitar ningún tipo de autorización, pues la ley ya permite hacer uso de la obra -siempre que se cumplan, eso sí, ciertos requisitos-. Esto significa que estamos ante un límite subsidiario, en la medida en que únicamente se aplica cuando el uso de la obra o prestación no pueda ampararse en ningún otro límite preexistente (ej.: si la obra literaria puede utilizarse al amparo del límite de cita, entonces no será necesario hacer una búsqueda diligente de los titulares de derechos, pues el legislador ya nos permite utilizarla sin necesidad de autorización)⁷. De lo que se trata, a través de la regulación comunitaria de las obras huérfanas, es de hacer un uso que no esté amparado por ningún límite o excepción. Y si la obra está en el dominio público por haber transcurrido el plazo de duración de los derechos, tampoco será exigible autorización alguna. La dificultad está en determinar la fecha de la muerte del autor o la fecha de la divulgación. Si no identificamos al titular de los derechos, será muy complicado saber si la obra está o no en el dominio público. Sólo si la fecha aparece en la obra o prestación, se podría hacer el cálculo.

La obra huérfana presenta el problema de identificar o de localizar a su titular o titulares. Se trata de una exigencia cumulativa. No basta con tener identificado al titular de los derechos, pues también debe estar localizado para ponernos en contacto con él. Si éste está identificado y localizado, la obra no será huérfana. Y si está identificado pero no es posible determinar su localización, la obra podrá ser considerada huérfana. Además, la imposibilidad de identificación o localización debe afectar al titular de los derechos, que no tiene por qué coincidir con el autor. Podrían plantearse, así, varios supuestos: 1) si el autor está identificado y localizado, pero no es el titular de los derechos, cabría la posibilidad de declarar huérfana la obra si dicho titular no lo está; 2) si el autor no está identificado y localizado, pero sí lo está el titular de los derechos, no sería posible considerarla huérfana. La DOH se refiere a un sujeto que tenga poder suficiente para otorgar a terceros autorizaciones para la reproducción y puesta a disposición de la obra o prestación. Esto incluirá al autor, a sus causahabientes mortis causa o a un cesionario.

⁷ Ramón CASAS VALLÉS, “La problemática... op. cit., p. 131.

La condición de orfandad puede aplicarse a toda la obra o prestación o a una parte o partes de las mismas (contenidos parcialmente huérfanos). Podría ocurrir que sobre ese contenido tengan derechos varios titulares y sólo alguno o algunos de ellos estén identificados y localizados. En este caso, si la entidad beneficiaria cuenta con la autorización de éstos, podrá utilizar la obra o prestación conforme a los usos permitidos por el límite. El hecho de que sea parcialmente huérfana no va a impedir el uso conforme al límite siempre que lo autoricen los titulares de derechos identificados y localizados. En este caso, la obra o prestación estará sujeta a un doble sistema: uno gratuito respecto de los titulares no identificados o localizados y otro remunerado para aquellos que sí lo están y autorizan su uso⁸. Pero si alguno se negara a ello, no cabría aplicar el límite.

La «obra huérfana» hay que distinguirla de otras figuras distintas. En primer lugar, de las obras que están en el dominio público, que son aquellas respecto de las cuales ha transcurrido el plazo de protección. En el caso de las obras huérfanas, el legislador está pensando en obras que aún están protegidas, pues, como antes he indicado, en caso de no estarlo no sería necesario solicitar ningún tipo de autorización para poder utilizarlas. Así lo pone de manifiesto la propia Directiva en su artículo 1.2.II.

En segundo lugar, hay que diferenciarlas de las obras descatalogadas o fuera del circuito comercial. Éstas son obras protegidas y sus titulares de derechos están identificados y localizados. Sin embargo, no son objeto de explotación efectiva, lo que no tiene por qué ocurrir con las obras huérfanas. El titular, de manera unilateral, decide dejar de explotar la obra en el mercado. Los motivos que le llevan a esa falta de explotación pueden ser muy diversos (ej.: la falta de recursos económicos, motivos estratégicos para evitar que la obra salga al mercado compitiendo con otra, etc.)⁹ No obstante,

⁸ Isabel ESPÍN ALBA, *Obras huérfanas y derecho de autor*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 171-172.

⁹ Ramón CASAS VALLÉS, “La problemática... op. cit., p. 111; Rafael SÁNCHEZ ARISTI, “El nuevo límite de obras huérfanas”, en *La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 143.

las obras descatalogadas terminan siendo, en muchas ocasiones, huérfanas, pues el paso del tiempo y la falta de explotación llevarán al desamparo de la misma. El propio Considerando 4 DOH señala que la Directiva se aplicará sin perjuicio de las soluciones específicas que hayan adoptado los Estados miembros en materia de obras fuera del circuito comercial. La norma comunitaria respeta los acuerdos voluntarios que hayan suscrito los usuarios, los titulares de derechos y las entidades de gestión colectiva con el fin de autorizar el uso de obras que están fuera del circuito comercial. A este respecto cabe destacar el “Memorando 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 por representantes de bibliotecas, autores, editores y entidades de gestión colectiva europeos, y atestiguado por la Comisión. Este documento trata de garantizar los acuerdos a que lleguen las partes antes señaladas con el fin de autorizar el uso de obras que están fuera del circuito comercial, sobre la base de una serie de principios recogidos allí.

Y, en tercer lugar, hay que diferenciarlas de las obras anónimas y seudónimas. Se trata de categorías de obras en las que la identidad del autor no se conoce. El autor decide esconder su identidad de manera deliberada. Que una obra sea anónima o seudónima no significa que no pueda haber un titular que sí esté identificado y localizado. Mientras lo esté, no se le podrá atribuir la condición de huérfana. El artículo 2.5 DOH declara que la norma se entenderá sin perjuicio de las disposiciones que los Estados miembros hayan establecido en materia de obras anónimas o seudónimas. La mayoría de los Estados miembros han establecido reglas sobre cómo otorgar las autorizaciones cuando estamos ante este tipo de obras.

Sobre la diferencia entre obras huérfanas y obras descatalogadas, vid. también Raquel XALABARDER PLANTADA, “Las obras huérfanas... op. cit., pp. 26-29; Isabel ESPÍN ALBA, Obras huérfanas... op. cit., pp. 159-162.

III. Justificación del límite

Cabe plantearse cuáles son las razones por las que surgió el problema de las obras huérfanas. Cabe destacar varias causas¹⁰. La primera es el principio de protección automática de las obras desde su creación. El hecho de que no sea necesario inscribirlas en Registro alguno, donde pueda dejarse constancia de la identificación y localización del titular de los derechos, hace que se planteen estos problemas. No hay una base de datos actualizada que contenga esta información. Esto deriva del artículo 5.2 del Convenio de Berna, que prohíbe toda formalidad para que el autor de una obra reciba la protección de la propiedad intelectual.

La segunda causa tiene que ver con el hecho de que la incertidumbre sobre la posible existencia de titulares de derechos sobre esas obras y prestaciones impedía que pudieran ser difundidas con libertad, lo que chocaba con el proceso de digitalización a gran escala de colecciones que comenzaron a llevar a cabo, desde hacer unos años, las bibliotecas, los museos, los archivos y los organismos de conservación del patrimonio cultural. Surgió una preocupación por la conservación del patrimonio cultural europeo.

La necesidad de regular esta materia nació a raíz del proyecto Google Books en el año 2002, cuando el gigante comenzó a digitalizar el contenido de obras literarias para que los usuarios pudieran rastrearlo a través de Internet. Tras ello, la Comisión comenzó a publicar, desde 2005, una serie de documentos con el objetivo de impulsar la creación de una biblioteca digital europea, a través de la cual cualquier persona pudiera acceder a todo el patrimonio cultural y científico de Europa. Así, cabe destacar: 1) la Comunicación, de 30 de septiembre de 2005, “i2010: Bibliotecas digitales”; 2) la Recomendación, de 24 de agosto de 2006, sobre digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital. De

¹⁰ Stef VAN GOMPEL, “Unlocking the Potential of Pre-Existing Content: How to Address the Issue of Orphan Works in Europe?”, en IIC, núm. 669, 2007, pp. 673-674; Ramón CASAS VALLÉS, “La problemática... op. cit., pp. 114-115.

esta manera se creó Europea, inaugurada en 2008. Posteriormente, la Comisión continuó con su labor analítica del fenómeno de las obras huérfanas y publicó: a) la Comunicación, de 19 de octubre de 2009, “Los derechos de autor en la economía del conocimiento”; b) la Comunicación, de 26 de agosto de 2010, “Una agenda Digital Europea”; c) la Recomendación, de 27 de octubre de 2012, sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital. Todo ello desembocó en la aprobación de la Directiva objeto del presente estudio.

IV. Sujetos beneficiarios del límite

Quienes pueden hacer uso del límite de obras huérfanas no es el público en general. No se trata de un límite que afecte a cualquier miembro del público que tenga acceso a la obra, sino que los destinatarios están delimitados por la propia norma comunitaria (ej.: una determinada persona física no podría digitalizar y poner a disposición del público a través de su página web un libro declarado huérfano). Según el artículo 1.1 DOH, serán consideradas entidades beneficiarias las bibliotecas, centros de enseñanza y museos, accesibles al público, así como de archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión, establecidos en los Estados miembros. Se trata de una enumeración cerrada. La DOH deja fuera otros operadores que podrían tener interés en la explotación de las obras huérfanas y que deberían haberse incluido en el ámbito subjetivo de la Directiva, siempre que tuvieran objetivos similares a las entidades expresamente previstas como beneficiarias (ej.: productores o editores)¹¹.

La DOH establece requisitos generales, predicables de todas las entidades beneficiarias, y requisitos especiales, específicos de algunas de ellas. En cuanto a los primeros, se exige, en primer lugar, que

¹¹ Patricia RIERA BARSALLO, “La solución europea... op. cit., p. 12; Isabel ESPÍN ALBA, *Obras huérfanas...* op. cit., p. 164; Eduardo SERRANO GÓMEZ, “Dominio público... op. cit., pp. 1045-1046.

los centros beneficiarios persigan una misión de interés público o general, lo que no significa que deban ser necesariamente de titularidad pública¹². Pueden estar integradas en el sector público o en el sector privado (ej.: una fundación), pues estas últimas también pueden cumplir fines de interés público¹³. Por tanto, no por el hecho de estar ante entidad privadas, hay que negarles automáticamente la condición de beneficiarias. No obstante, la Directiva -al menos, en su articulado- no aclara qué factores deben tenerse en cuenta para determinar si la misión de una entidad es o no de interés público -si se puede intuir algo del Considerado 20 DOH, que habla de la misión de servicio público de las entidades beneficiarias-. Y, en segundo lugar, se requiere, respecto de todas ellas, que estén establecidas en el territorio de alguno de los Estados miembros.

En cuanto a los requisitos específicos, a las bibliotecas, centros de enseñanza y museos se les exige que sean accesibles al público. Que sean accesibles al público tampoco significa que deban ser de titularidad pública. Quedan fuera del ámbito subjetivo del límite las bibliotecas, centros de enseñanza y museos de uso restringido (ej.: la biblioteca de un bufete de abogados). No basta, para beneficiarse del límite, con dar acceso a un grupo reducido de personas (ej.: los trabajadores de una empresa o los estudiantes de una facultad), sino que debe permitirse el acceso y disfrute de sus servicios al público en general¹⁴. A los organismos de radiodifusión se les exige que sean de titularidad pública, lo que excluye las entidades de radiodifusión privadas. Se trata de reconocerles el esfuerzo inversor que hacen en el mantenimiento y recuperación del patrimonio cultural¹⁵. Sin embargo, no hay que perder de vista que las entidades de radiodifusión privadas también pueden ser deposita-

¹² Rafael SÁNCHEZ ARISTI, “El nuevo límite... op. cit., p. 143.

¹³ Uma SUTHERSANEN y María Mercedes FRABBONI, “The Orphan Works Directive”, en *EU Copyright Law*, eds. I. Stamatoudi y P. Torremans, Edward Elgar, Reino Unido, 2014, p. 657; Isabel ESPÍN ALBA, *Obras huérfanas... op. cit.*, p. 167.

¹⁴ Rafael SÁNCHEZ ARISTI, “El nuevo límite... op. cit., p. 144.

¹⁵ Isabel ESPÍN ALBA, *Obras huérfanas... op. cit.*, p. 168.

rias de obras huérfanas. A los archivos y a los organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro no se les exige ni que sean accesibles al público ni que sean de titularidad pública, pero sí que el uso que den a las obras huérfanas esté relacionado con su misión de interés público.

V. Objeto sobre el que recae el límite

No cabe aplicar el límite a cualquier tipo de contenido protegido por la propiedad intelectual. La Directiva circunscribe el ámbito objetivo teniendo en cuenta la tipología de obras y prestaciones, por un lado, y el Estado de divulgación o radiodifusión, por otro. En cuanto al primer parámetro, el artículo 1.2 DOH establece que solamente se refiere a: 1) las obras publicadas en forma de libros, revistas especializadas, periódicos, revistas u otro material impreso que figuren en las colecciones de bibliotecas, centros de enseñanza o museos, accesibles al público, así como en las colecciones de archivos o de organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro; 2) las obras cinematográficas o audiovisuales y los fonogramas que figuren en las colecciones de bibliotecas, centros de enseñanza o museos, accesibles al público, así como en las colecciones de archivos o de organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro; 3) las obras cinematográficas o audiovisuales y los fonogramas producidos por organismos públicos de radiodifusión hasta el 31 de diciembre de 2002 inclusive, y que figuren en sus archivos.

En cuanto al primer bloque de contenidos, las obras deben encontrarse en las colecciones de los entes beneficiarios del límite. Una biblioteca no va a poder utilizar una obra como huérfana si no tiene la propiedad de la misma. Por tanto, no cabe usar en calidad de obras huérfanas: a) los ejemplares a los que se haya tenido acceso de forma provisional (ej.: por préstamo interbibliotecario); b) los fondos de titularidad ajena pero que administre la propia entidad beneficiaria –los fondos deben pertenecer a su catálogo¹⁶.

Respecto al tercer bloque de contenidos, dada la especial situación de los organismos de radiodifusión como productores de fonogramas y de material audiovisual, y la necesidad de adoptar medidas que limiten la aparición de obras huérfanas en el futuro, resultaba conveniente fijar una fecha para la aplicación de la Directiva (Cdo. 10 DOH). Se trata de limitar la existencia de obras huérfanas dentro de las colecciones de entidades públicas de radiodifusión, de indicar una fecha a partir de la cual ya no se acepta que se produzcan situaciones de orfandad¹⁷. Se exige no sólo que las obras y prestaciones figuren en sus archivos, sino también que hayan sido producidas por los organismos de radiodifusión. No obstante, se incluyen también aquellos contenidos que hayan sido encargados por esos mismos organismos para la explotación exclusiva por su parte o por parte de otros organismos públicos de radiodifusión coproductores (Cdo. 11 DOH). Quedan fuera, por tanto, aquellas obras cinematográficas y audiovisuales y los fonogramas que no hayan sido producidos o encargados por esos organismos pero que puedan utilizar en virtud de un acuerdo de licencia. No deja de ser paradójico que este tipo de contenidos no puedan ampararse en el límite, pues en ciertos casos sí estaría justificada su aplicación (ej.: cuando sea la única copia física que se tiene de esa obra o fonograma, o cuando se han donado a la entidad de radiodifusión para su conservación). La norma comunitaria debió haber permitido la aplicación del límite respecto de estos contenidos, en los supuestos en que el organismo de radiodifusión tuviera una licencia exclusiva para explotar la obra o fonograma y, en especial, para los usos a que se refiere el artículo 6 DOH¹⁸. Aunque el organismo de radiodifusión tenga licencia para explotar esos contenidos, la licencia estará restringida a ciertos actos y, en la mayoría de los casos, no incluirá los actos comprendidos en

¹⁶ Rafael SÁNCHEZ ARISTI, “El nuevo límite... op. cit., p. 147.

¹⁷ Ramón CASAS VALLÉS, “La problemática... op. cit., p. 134; Uma SUTHERSANEN y María Mercedes FRABBONI, “The Orphan Works... op. cit., p. 660.

¹⁸ Uma SUTHERSANEN y María Mercedes FRABBONI, “The Orphan Works... op. cit., p. 660.

el artículo 6 DOH y que conforman este límite. Un organismo de radiodifusión no puede, en principio, poner a disposición del público las obras no producidas o no encargadas por él en formato digital, o reproducirlas a efectos de conservación o restauración, por ejemplo. Las licencias normalmente se refieren a la radiodifusión de los contenidos.

Señala el artículo 1.4 DOH que cabe calificar como huérfanas las obras y prestaciones protegidas que estén insertadas o incorporadas en las obras citadas o que formen parte integral de éstas (ej.: una obra artística o una fotografía que están incluidas en un libro, la grabación de una interpretación incluida en un fonograma). Como contenidos independientes no podrían ostentar la cualidad de huérfanos, pero sí si están incluidos en algunas de las obras y prestaciones enumeradas en el artículo 1.2 DOH¹⁹. Resulta criticable esta previsión, pues muchas fotografías, grabaciones o incluso programas de ordenador obsoletos pueden tener también un origen desconocido y, sin embargo, quedar fuera del límite. La razón de esta excusión quizá se encuentre en la dificultad de localizar a los titulares de este tipo de contenidos protegidos, en la medida en que las fuentes de búsqueda no son tan amplias y abundantes como las que existen respecto de obras literarias o cinematográficas a que se refiere la DOH.

El artículo 1.4 DOH amplía, por tanto, el ámbito de aplicación de la norma más allá de las obras cinematográficas o audiovisuales, fonogramas y obras impresas en forma de libros y revistas. No se trata con este precepto de extender la condición de orfandad a las obras que estén incluidas dentro de aquella que es declarada huérfana, sino de aplicarles los requisitos necesarios para que el uso pueda tener lugar –así lo declara el Considerando 17 DOH-²⁰. En

¹⁹ No obstante, el artículo 10 DOH prevé el compromiso de la Comisión Europea de presentar un informe anual sobre la posible inclusión dentro del ámbito de aplicación de la Directiva obras y prestaciones que actualmente no están englobados y, en particular, fotografías y otras imágenes independientes.

²⁰ Ramón CASAS VALLÉS, “La problemática... op. cit., p. 133; Rafael SÁNCHEZ ARISTI, “El nuevo límite... op. cit., p. 150.

consecuencia, la cualidad de huérfana de una obra principal no se extiende a las obras contenidas en ella, por lo que los beneficiarios del límite tendrían que solicitar la correspondiente autorización de los titulares de tales obras. O, en su caso, realizar una búsqueda diligente de los titulares de derechos.

En cuanto al segundo parámetro (el territorial), el ámbito objetivo del límite queda circunscrito a las obras y prestaciones, de entre las antes señaladas, 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 (art. 1.2 DOH). Aunque se hable expresamente de “primera publicación”, hay que hacerlo extensivo a la divulgación en general, para así incluir aquellas obras comunicadas públicamente pero no publicadas. Por tanto, si la obra ha sido publicada por primera vez en Colombia, no podrá ser declarada huérfana en la Unión Europea conforme al límite. Los usos autorizados por este límite no pueden llevarse a cabo respecto de obras y prestaciones cuyo Estado de origen no sea ninguno de los Estados miembros de la Unión, aunque pudiera ser huérfana en ese otro país –explica el Considerando 12 DOH que esta regla se debe a motivos de cortesía internacional-.

Un problema que se puede plantear al hilo de este requisito es el siguiente: ¿qué ocurriría si la primera publicación o radiodifusión de la obra o fonograma tuvo lugar en un país que no estaba integrado en la Unión Europea pero que, posteriormente, sí lo está?, ¿o si se produce en un país que está en trámites de ser incorporado?, ¿o tiene lugar en un Estado que es miembro de la Unión pero que después deja de serlo? Habrá que interpretar que el legislador está teniendo en cuenta los que sean Estados miembros en el momento en que se va a hacer la búsqueda diligente, siendo indiferente que no tuvieran ese estatus en el momento en que se produjo la primera publicación o radiodifusión²¹. Pero se generan más cuestiones: ¿y si no se puede identificar el país de la primera publicación o radiodifusión?, ¿y si se publicó o radiodifundió en varios países simultáneamente, uno que es Estado miembro y otro que no lo es? La

²¹ Rafael SÁNCHEZ ARISTI, “El nuevo límite... op. cit., p. 153.

DOH debería haber dado a los Estados miembros alguna orientación al respecto.

Otro problema que se puede plantear en relación a esta exigencia tiene que ver con las obras contenidas en otra principal: ¿qué ocurre si la principal está divulgada por primera vez en un Estado miembro pero alguna de las que contenga no? Pensemos, por ejemplo, en un libro que es publicado por primera vez en un Estado de la Unión pero que incorpora una fotografía que no cumple este requisito. En este caso, la utilización íntegra de la obra literaria podría quedar bloqueada cuando fuera imposible descomponer la obra en partes. El hecho de que su país de origen no pertenezca a la Unión Europea dificultaría, en gran medida, el uso de la obra principal. La única solución posible sería interpretar que su incorporación en la obra principal hace que el contenido siga el mismo régimen que el aplicado a ésta²². Ahora bien, es necesario que las partes no se puedan separar y que su uso sea necesario para utilizar la obra principal. Lo que no cabe entender es que, por el solo hecho de la incorporación, ya deba correr automáticamente la misma suerte que la obra principal en la que está insertada.

A falta de publicación o radiodifusión, se aplicará la Directiva a las obras y prestaciones cuya puesta a disposición del público por los beneficiarios del límite se realice con el consentimiento de los titulares de derechos, siempre y cuando sea razonable suponer que los titulares de derechos no se opondrían al uso permitido por la norma comunitaria (art. 1.3 DOH)²³. La presunción de no oposición debe hacerse a partir del consentimiento que dieron los titulares para la puesta a disposición. Dadas las circunstancias en que se otorgó el consentimiento para ese acto, cabría presumir que permiten el uso como obra huérfana²⁴. La aplicación práctica de esta

²² Ibid., p. 154.

²³ Considera Ramón CASAS VALLÉS que la puesta a disposición a que se refiere la Directiva aquí debe entenderse en sentido amplio, y no sólo como puesta a disposición interactiva. Vid. Ramón CASAS VALLÉS, "La problemática... op. cit., p. 135.

²⁴ Rafael SÁNCHEZ ARISTI, "El nuevo límite... op. cit., p. 148.

norma derivará en una gran inseguridad jurídica, pues permite realizar esta suposición a partir de la intención de una persona que, en muchos casos, vamos a desconocer, lo que podría resultar muy complejo. La Directiva pone la carga de valorar ese consentimiento a la entidad beneficiaria. Lo ideal habría sido que se hubiera obligado a los titulares de derechos a indicar expresamente su oposición al uso de la obra o fonograma como huérfanos, derivándose, en caso contrario, que permiten tal utilización. Por otro lado, aquí no se exige ya que la puesta a disposición se haya producido por primera vez en un Estado miembro de la Unión. El legislador parece entender que será la entidad beneficiaria del límite la primera que pondrá a disposición del público la obra o prestación, por lo que, obviamente, la misma se producirá en el Estado de la UE donde aquélla esté establecida²⁵. No obstante todo lo anterior, el artículo 1.3 DOH también añade que los Estados miembros podrán restringir la aplicación de esta norma a las obras y fonogramas que hayan sido depositados en esas entidades antes del 29 de octubre de 2014. Se trata con ello de estimular a los Estados miembros para que adopten medidas que eviten la orfandad de las obras y prestaciones. A partir de esa fecha cabe que éstos restrinjan la aplicación del límite a obras y prestaciones no publicadas o no radiodifundidas²⁶. En ese caso, tendría que establecerse un registro prácticamente obligatorio de los contenidos o a utilizar, por ejemplo, sistemas de información para la gestión electrónica de los derechos.

Finalmente, la DOH se aplicará a todas esas obras y fonogramas que estén protegidos por la legislación de los Estados miembros a 29 de octubre de 2014 o en fecha posterior (art. 8.1). El 29 de octubre de 2014 es la fecha máxima de transposición de la Directiva en los ordenamientos internos de los Estados miembros (art. 9.1 DOH). El objetivo de esta norma es señalar que sólo pueden ser huérfanas aquellas obras y prestaciones que todavía se encuentren protegidas. Aquellas obras y prestaciones que estén en el dominio público para esa fecha, no podrán acogerse al límite.

²⁵ *Ibid.*, p. 152.

²⁶ Ramón CASAS VALLÉS, “La problemática... op. cit., p. 135.

VI. La búsqueda diligente de los titulares de derechos

Para poder calificar una obra como huérfana, es necesario que previamente se haya procedido a realizar una búsqueda de los titulares de derechos. Una obra o prestación no puede ser declarada huérfana si no se ha tratado de localizar previamente a los titulares de derechos. Se trata de un requisito fundamental que se impone a las entidades beneficiarias para poder efectuar los usos de las obras y prestaciones permitidos por la norma. La Directiva, además, no prevé ninguna excepción a esta regla. Es, por tanto, un trámite obligatorio. El realizar correctamente la búsqueda es lo que va a garantizar a las entidades beneficiarias que los titulares de derechos, cuando aparezcan, no les van a exigir responsabilidad. Ahora bien, el hecho de que se haya hecho una búsqueda diligente de los titulares de derechos no exime de pagar la compensación a que se refiere el artículo 6.5 DOH, en caso de que éstos aparezcan posteriormente. Pero si no se ha hecho una búsqueda diligente, ya no procede pagar dicha compensación, sino la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, al constituir un uso ilícito el que se haga de la obra sin haber sido declarada huérfana y sin autorización (Cdo. 19 DOH). Téngase en cuenta, además, que el hecho de que el titular de derechos aparezca posteriormente, no significa que la búsqueda no se haya hecho diligentemente²⁷.

La búsqueda deberá ser diligente y de buena fe, consultando las fuentes adecuadas en función de la categoría de obra o prestación protegida (art. 2.1 DOH). Las obligadas a llevarla a cabo son las propias entidades beneficiarias, sin perjuicio de que puedan encargarla a terceros a cambio de una retribución (Cdo. 13 DOH). El legislador europeo es consciente de lo costoso que puede resultar realizar estas búsquedas y concede esta posibilidad. Quizá las más idóneas para llevarla a cabo sean las entidades de gestión colectiva. En cualquier caso, si se encarga la búsqueda a un tercero y éste realiza la búsqueda de manera ineficiente, será la entidad beneficiaria la responsable frente al titular de los derechos, sin perjuicio de la

²⁷ Ibid., p. 139.

acción de reembolso o repetición contra dicho tercero²⁸. Por otro lado, lo único que hay que constatar a través de esa búsqueda es la falta de identificación y localización del titular de los derechos, pero no hay que demostrar nada más para poder hacer uso de la obra o prestación al amparo de este límite -no habría que demostrar, por ejemplo, que el contenido protegido está siendo explotado o no-. La búsqueda debe realizarse con carácter previo al uso de la obra o prestación (art. 3.1 DOH). En cuanto a la forma de realizar dicha búsqueda, la norma comunitaria establece los dos parámetros que deben tenerse en cuenta: las fuentes y el lugar. Fuera de estas indicaciones, la Directiva no da más pautas a seguir para llevarla a cabo. El artículo 3.2 DOH señala que las fuentes adecuadas de consulta para cada categoría de obra o prestación deberán ser determinadas por cada Estado miembro en consulta con los titulares de derechos y los usuarios, si bien deberán incluir, como mínimo, aquellas enumeradas en el Anexo de la propia Directiva. La consulta de estas fuentes es, en principio, suficiente para entender que se ha producido una búsqueda diligente, salvo que algún Estado miembro decida incluir alguna otra²⁹.

En el caso de los libros publicados, se incluyen: 1) el depósito legal, los catálogos de bibliotecas y los ficheros de autoridades mantenidos por bibliotecas y otras instituciones; 2) las asociaciones de autores y editores del respectivo país; 3) las bases de datos y los registros existentes, WATCH (Writers, Artists and their Copyright Holders), ISBN (International Standard Book Number) y las bases de datos de libros impresos; 4) las bases de datos pertinentes de entidades de gestión colectiva; 5) las fuentes que integren múltiples bases de datos y registros, incluidos VIAF (Fichero de Autoridades Internacional Virtual) y ARROW (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works).

En el caso de periódicos, revistas y publicaciones periódicas: a) el ISSN (International Standard Serial Number) para publicaciones periódicas; b) los índices y catálogos de los fondos y las colecciones

²⁸ Ibid., p. 139.

²⁹ Ibid., p. 141.

de bibliotecas; c) el depósito legal; d) las asociaciones de editores y las asociaciones de autores y periodistas del respectivo país; e) las bases de datos de las pertinentes entidades de gestión colectivas.

Respecto de obras plásticas (obras de pintura y escultura), fotografía, ilustración, diseño, arquitectura, bocetos de arquitectura y otras obras similares contenidas en libros, revistas especializadas, periódicos y revistas u otras obras: 1) las fuentes antes mencionadas; 2) las bases de datos de las pertinentes entidades de gestión colectiva relacionadas con obras de arte plásticas; 3) las bases de datos de agencias fotográficas.

Finalmente, en cuanto a las obras audiovisuales y los fonogramas: a) el depósito legal; b) las asociaciones de productores del respectivo país; c) las bases de datos de los organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y las bibliotecas nacionales; d) las bases de datos de normas y códigos tales como el ISAN (Número Internacional Normalizado para Obras Audiovisuales) para el material audiovisual, el ISWC (Código Internacional Normalizado para Obras Musicales) para las obras musicales y el ISRC (Código Internacional Normalizado para Grabaciones) para los fonogramas; e) las base de datos de las pertinentes entidades de gestión colectiva; f) los títulos de crédito y demás información que figure en el embalaje de la obra; g) las bases de datos de otras asociaciones pertinentes que representen a una categoría específica de titulares de derechos.

La búsqueda diligente debe efectuarse, además, en un lugar determinado. El artículo 3.3.I DOH indica que la búsqueda se llevará a cabo en el territorio del Estado miembro de primera publicación o, a falta de ésta, de la primera radiodifusión. Esta regla tiene una excepción: cuando se trate de obras cinematográficas o audiovisuales cuyo productor tenga su sede o residencia habitual en un Estado miembro, la búsqueda diligente deberá realizarse en el Estado miembro de su sede o residencia habitual. En el caso de obras cinematográficas o audiovisuales que sean coproducidas por productores establecidos en distintos Estados miembros, la búsqueda deberá efectuarse en cada uno de esos Estados miembros (Cdo. 15 DOH). En el caso de obras o prestaciones que no hayan sido publicadas ni radiodifundidas, pero que hayan sido puestas a disposición

del público por los beneficiarios del límite con el consentimiento de los titulares de derechos, la búsqueda deberá efectuarse en el Estado miembro en el que esté establecida la entidad que haya puesto la obra o el fonograma a disposición del público con el consentimiento del titular de los derechos (art. 3.3.II DOH). Y respecto de obras y prestaciones que estén insertadas o incorporadas en otra obra o fonograma principal, se realizará la búsqueda en el Estado miembro en el que se realice la búsqueda respecto de dicha obra o fonograma principal (Cdo. 15 DOH). No obstante lo anterior, si existieran pruebas que sugirieran que en otros países existe información pertinente sobre los titulares de derechos, deberá efectuarse asimismo una consulta de las fuentes de información disponibles en dichos países (art. 3.4 DOH). En este caso, la Directiva no se refiere únicamente a Estados miembros, sino también, llegado el caso, a terceros países no miembros³⁰.

Como se puede ver, las fuentes de consulta estarán determinadas por el ordenamiento jurídico del Estado miembro donde tengan su sede las entidades beneficiarias del límite. Sin embargo, puede ocurrir que la búsqueda tenga que hacerse en el territorio de otro Estado miembro distinto. El problema que se plantea con este requisito de la búsqueda diligente es que conllevará un coste y un esfuerzo considerables. Además, habría que tener en cuenta que no en todos los Estados el nivel de rigor de esas fuentes va a ser el mismo, pues en unas serán más seguras y completas que en otros, en unos serán de acceso gratuito y en otros no. Esta disparidad podría plantear unos riesgos considerables a la hora de llevar a buen puerto la búsqueda diligente exigida³¹.

³⁰ Uma SUTHERSANEN y María Mercedes FRABBONI, “The Orphan Works... op. cit., p. 673; Rafael SÁNCHEZ ARISTI, «El nuevo límite... op. cit., p. 165.

³¹ Isabel ESPÍN ALBA, *Obras huérfanas...* op. cit., p. 181; Raquel EVANGELIO LLORCA, “Un nuevo reto... op. cit.; Ana DEL ARCO, “Una introducción a la Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 32, 2013, ref. 1593/2013.

Por otro lado, las entidades beneficiarias deberán tener registros de sus búsquedas diligentes (art. 3.5 DOH). Las búsquedas generarán dos tipos de información: el expediente de búsqueda y el resultado de la misma -tégase en cuenta que la búsqueda puede arrojar también como resultado que la obra se encuentra en dominio público, en cuyo caso no será precisa ninguna actuación más-. El expediente de búsqueda debe mantenerse en un archivo a fin de que las entidades pertinentes puedan demostrar que la búsqueda fue diligente (Cdo. 15 DOH). Cada búsqueda que se haga deberá documentarse en el correspondiente registro. Y, una vez efectuada la búsqueda, la entidad tendrá que proporcionar a las autoridades nacionales competentes una serie de información: a) los resultados de la búsqueda diligente que hayan efectuado y que hayan llevado a la conclusión de que una obra o un fonograma es huérfano; b) el uso que las entidades harán de la obra huérfana, de conformidad con la Directiva; c) cualquier cambio en la condición de obra huérfana de la obra o fonograma; d) los datos de contacto de la entidad en cuestión. Una vez que reciban dicha información las autoridades nacionales, éstas deberán remitirla a una base de datos en línea única y accesible al público (art. 3.6 DOH). Dicha base de datos está gestionada por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), anteriormente denominada Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), tal como anuncia el artículo 3.6 DOH³². Así, las autoridades nacionales remitirán la información sin demora a la EUIPO, una vez que la reciban de las entidades beneficiarias, y ésta deberá subirla a la base de datos.

³² En virtud del artículo 2.1.g) del Reglamento (UE) n.º 386/2012, una de las funciones de la EUIPO es la de prever mecanismos que contribuyan a mejorar el intercambio en línea, entre las autoridades de los Estados miembros de que se trate, de información pertinente, y el fomento de la cooperación entre dichas autoridades. De ahí que se le haya atribuido el establecimiento y administración de la base de datos europea a esta Oficina.

El objetivo de enviar la información a la EUIPO y que ésta la publique en esa base de datos pública es evitar que cada vez que una entidad beneficiaria quiera hacer uso de una obra o prestación como huérfana tenga que llevar a cabo una búsqueda diligente, cuando ya se haya efectuado por otra entidad. La Directiva se encarga de señalar que toda obra o fonograma que hayan sido considerados huérfanos en un Estado miembro, recibirán el mismo tratamiento en todos los Estados miembros (art. 4 DOH). Si una obra es considerada huérfana en Francia, lo será en el resto de Estados miembros, sin que sea necesario que las entidades beneficiarias de otros Estados miembros tengan que realizar también una nueva búsqueda diligente.

Son varios los fines que se pretenden conseguir con esta previsión. En primer lugar, garantizar una seguridad jurídica en toda la Unión. En segundo lugar, evitar múltiples búsquedas innecesarias, ahorrándose así las entidades beneficiarias el esfuerzo y los costes de tener que acometer una nueva búsqueda de los titulares cuando ya conste calificada como huérfana. Con carácter previo a la realización de esa búsqueda, deberá procederse a consultar la base de datos de obras huérfanas de la EUIPO para que la entidad se asegure de que la obra o prestación que pretende utilizar no ha sido declarada ya huérfana. Además, si en cada Estado miembro debiera iniciarse un proceso de búsqueda diligente para que en cada uno de ellos fuera considerada huérfana, ello obstaculizaría el funcionamiento del mercado interior y el uso y accesibilidad transfronteriza a tales obras, ocasionando restricciones en la libre circulación de bienes y servicios de contenido cultural –así lo pone de manifiesto el Considerando 8 DOH-. Y, en tercer lugar, se trata también de prevenir las posibles infracciones que pudieran cometerse, conociendo, en todo momento, cualquier cambio que se produzca en la condición de orfandad de las obras y prestaciones (Cdo. 16 DOH).

Ahora bien, el artículo 4 DOH también puede plantear problemas. Por ejemplo, pensemos que la entidad beneficiaria de un Estado miembro realiza, en principio, una búsqueda diligente y queda debidamente registrada, y que la entidad de otro Estado miembro

confía en dicha búsqueda y comienza utilizar la obra declarada previamente huérfana. Si posteriormente aparece el titular de derechos y demanda a la primera entidad beneficiaria por entender que no hubo una búsqueda diligente, ¿podrá reclamar también una indemnización a la segunda entidad que se basó en la búsqueda que había realizado la primera? Entiendo que no, pues en la segunda hubo buena fe. Por otro lado, ¿cómo funcionará este reconocimiento mutuo de la condición de orfandad cuando existan regulaciones distintas para las obras huérfanas en los Estados miembros? Hay que tener en cuenta que, según el artículo 1.5 DOH, la Directiva se aplica sin perjuicio de las disposiciones relativas a la gestión de los derechos a nivel nacional.

El proceso de búsqueda termina una vez que la entidad beneficiaria remite al órgano competente el resultado de la búsqueda. No obstante, la Directiva no indica con exactitud cuál es el momento que se debe tomar como referencia para considerar que una obra o prestación ha pasado a tener la condición de huérfana. Caben distintas posibilidades: 1) a partir del momento en que se concluye el proceso de búsqueda diligente, una vez que el resultado haya quedado plasmado en el registro de la entidad beneficiaria; 2) a partir del momento en que se envían los resultados de la búsqueda al órgano competente; 3) a partir del momento en que se remite esa información a la EUIPO; 4) a partir del momento en que ésta publica la información en la base de datos en línea y en abierto. La determinación de ese momento es importante porque cualquier uso de la obra o prestación efectuado antes de que ésta tenga la condición de huérfana, implicaría una infracción de los derechos de propiedad intelectual³³. Hubiera sido conveniente determinar ese momento, así como el sujeto que tiene competencia para asignar la condición de huérfana.

Además, en ningún momento se produce una declaración formal u oficial de la orfandad de la obra o prestación, lo que habría aportado más seguridad jurídica. Se trata simplemente de una conclusión a la que llegan las entidades beneficiarias una vez que han

³³ Rafael SÁNCHEZ ARISTI, "El nuevo límite... op. cit., p. 169.

realizado la búsqueda diligente. La DOH pone toda la responsabilidad sobre ellas, pues ni los órganos competentes ni la EUIPO van a supervisar la actuación de las entidades beneficiarias ni a proclamar la orfandad de la obra o prestación –la diligencia, por tanto, sólo se exige a las entidades beneficiarias, pero ni el órgano nacional competente ni la EUIPO deben tener diligencia a la hora de comprobar si la búsqueda lo fue-. Se trata de meros intermediarios en la transmisión o publicación de la información relativa a la búsqueda diligente. En consecuencia, si la búsqueda ha sido incorrecta, las únicas responsables serán las entidades beneficiarias, pero no el órgano competente ni la EUIPO. Ese control únicamente se va a producir ex post, esto es, una vez que el titular de derechos haya aparecido y demande a la entidad beneficiaria alegando que se ha producido una búsqueda no diligente. Además, cabe señalar que la declaración de orfandad es válida únicamente en el territorio de la Unión Europea, no se extiende a nivel mundial.

VII. Usos autorizados de las obras huérfanas

Los Estados miembros deberán prever excepciones o límites a los derechos de reproducción y puesta a disposición del público, en el sentido de los artículos 2 y 3 DDASI, con el fin de que las entidades beneficiarias estén autorizadas a dar a las obras y prestaciones huérfanas que figuren en sus colecciones una serie de usos (art. 6.1 DOH). Esos usos son, en particular, dos –el haber previsto estos usos tan concretos hace que el límite de obras huérfanas se adapte al primero de los pasos de la regla (determinados casos especiales)-. En primer lugar, la reproducción de la obra huérfana, tal como se define en el artículo 2 DDASI, a efectos de digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración. Este precepto se refiere al derecho exclusivo de reproducción como la posibilidad de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte –como se puede ver, se contempla en unos términos muy amplios-. No obstante, la re-

producción debe perseguir unos fines muy concretos. Por un lado, la digitalización, indexación, catalogación, conservación o restauración de la obra o prestación. El contenido, en principio, no tiene por qué salir del ámbito de esa entidad beneficiaria. Y, por otro lado, la reproducción para la puesta a disposición de la obra huérfana – todo acto de puesta a disposición debe ir precedido necesariamente de un acto de reproducción-. En este caso, el contenido sale del ámbito de la entidad para darle acceso al público en general.

En segundo lugar, la puesta a disposición del público de la obra o prestación huérfana, en el sentido del artículo 3 DDASI (ej.: para elaborar materiales docentes o de investigación). Se define ésta como la comunicación pública por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a los contenidos desde el lugar y en el momento que elija –el ejemplo más típico es la comunicación de contenidos a través de Internet-. Nótese que el límite no abarca la comunicación pública en todas sus modalidades, sino únicamente la puesta a disposición del público.

No es necesario que las entidades beneficiarias den a las obras y prestaciones huérfanas un uso que abarque tanto la reproducción como la puesta a disposición. Hay casos en los que tan sólo necesitan llevar a cabo una reproducción (ej.: la copia de una obra huérfana a los efectos de conservarla o archivarla). No obstante, en uno y otro caso cabe utilizar la obra o prestación de manera íntegra, sin necesidad de que el uso quede limitado a fragmentos o partes.

El límite no abarca, en cambio, la distribución de ejemplares en ninguna de sus modalidades. Ninguna de las entidades beneficiarias podría, por ejemplo, alquilar o vender las obras o fonogramas que sean declarados huérfanos. Ahora bien, las obras huérfanas podrán ser objeto de préstamo público por bibliotecas, museos y archivos, pues el artículo 5.4 DDASI permite a los Estados miembros establecer límite relativos al derecho de distribución, y éste sería uno de ellos. Téngase en cuenta que el Considerando 20 DOH establece que el límite de obras huérfanas se entiende sin perjuicio de las excepciones y límites previstos en el artículo 5 DDASI. Tampoco incluye la DOH la transformación de la obra huérfana. En consecuencia, no sería po-

sible que las entidades beneficiarias elaboraran recopilaciones o colecciones de obras huérfanas, o hicieran resúmenes, extractos, traducciones, adaptaciones o actualización de las mismas.

En relación a los usos permitidos por el límite, son requisitos que deben tenerse en cuenta los siguientes. En primer lugar, la ausencia de ánimo de lucro. A través de los actos permitidos no cabe pretender obtener un rendimiento económico. Ahora bien, esto no impedirá: a) que las entidades beneficiarias obtengan ingresos en el transcurso de los usos autorizados a los solos efectos de cubrir los costes derivados de la digitalización de las obras huérfanas y de su puesta a disposición (art. 6.2 DOH); b) que las entidades beneficiarias lleguen a acuerdos con entidades privadas, en el ejercicio de su misión de interés público, lo que no podrá ser utilizado para que éstas controlen o restrinjan el uso de obras huérfanas (Cdo. 22 DOH y art. 6.4 DOH). En los acuerdos se incluyen las aportaciones financieras de esos socios comerciales. Se trata de que estas entidades privadas ayuden a las entidades beneficiarias a conseguir los fines culturales y educativos. Además, en la medida en que no cabe restringir el uso de obras huérfanas, se excluye la posibilidad de que las entidades privadas obliguen a las entidades beneficiarias a cobrar a los usuarios por la utilización de obras y prestaciones declaradas huérfanas. No obstante, como la Directiva no permite la explotación comercial de los contenidos y como no se puede hacer de ellos un uso diferente a los objetivos de la misión de interés público propia de las entidades beneficiarias, las entidades privadas tendrán pocos alicientes en este tipo de cometidos³⁴.

En segundo lugar, el fin que se debe perseguir a través de los usos establecidos en el artículo 6.1 DOH debe estar relacionado con la misión de las entidades beneficiarias de interés público y, en particular, la conservación y restauración de las obras que figuren en su colección, así como el acceso a dichos contenidos con fines culturales y educativos (art. 6.2 DOH). Es decir, que las entidades be-

³⁴ Ramón CASAS VALLÉS, “La problemática... op. cit., p. 145; Patricia RIERA BARSALLO, “La solución europea... op. cit., p. 11; Isabel ESPÍN ALBA, Obras huérfanas... op. cit., p. 189.

neficiarias no pueden utilizar las obras y prestaciones para reproducirlas y ponerlas a disposición con independencia de los fines, sino que deben estar guiadas por esos tres en particular: la conservación del patrimonio cultural, el acceso a la cultura y el acceso a la educación.

Los Estados miembros deberán velar por que, cuando se utilice una obra huérfana, las entidades beneficiarias indiquen el nombre de los autores y otros titulares de derechos identificados (art. 6.3 DOH). Hay que tener en cuenta que el límite no se refiere a los derechos morales, por lo que éstos deberán respetarse siempre. Especial consideración habrá que tener del derecho de paternidad y de integridad, por durar perpetuamente. Aunque la DOH se refiere únicamente al derecho de paternidad, también el de integridad debe respetarse en todo caso. Las entidades beneficiarias deberán poner a disposición del público las obras huérfanas sin ningún tipo de deformación, mutilación o modificación de su contenido. Y no sólo hay que respetar los derechos morales de los autores, sino también, en aquellos Estados en que así se prevé, los derechos morales que ostenten los artistas intérpretes o ejecutantes, respecto de sus prestaciones. Más allá de lo anterior, la Directiva no exige a las entidades beneficiarias que controlen los usos que el público que accede a ellas realice de las obras y prestaciones huérfanas, luego no se las puede hacer responsables de las utilizaciones que el público haga más allá de los parámetros del artículo 6 DOH³⁵.

VIII. El fin de la condición de huérfana

Los titulares de derechos pueden poner fin a la condición de orfandad en cualquier momento (art. 5 DOH). Las consecuencias si esto sucede son las siguientes: 1) la obra o prestación no puede seguir utilizándose en base a este límite; 2) ese titular tendría derecho a una compensación por los usos realizados hasta entonces; 3) puede impedir que su obra o prestación siga siendo utilizada conforme al

³⁵ Isabel ESPÍN ALBA, *Obras huérfanas...* op. cit., p. 193.

límite (acción de cesación)³⁶; 4) los usos que se hagan tras la aparición del titular sin su autorización, será considerados infracciones. Las entidades beneficiarias asumen el riesgo de que el titular aparezca. Sin embargo, el artículo 5 DOH deja muchos cabos sueltos: ¿qué clase de prueba debería requerirse al titular de los derechos para que demuestre que en verdad lo es? ¿tiene legitimación el titular de los derechos para poner fin a la condición de orfandad en cualquier Estado miembro o debe acudir a aquel en el que se realizó la búsqueda diligente? Lo que está claro es que la DOH otorga legitimación únicamente al titular de los derechos para poner fin a ese estatus y para reclamar la compensación, no a las entidades de gestión colectiva.

Cualquier tipo de requerimiento es susceptible de poner fin a la condición de orfandad, sin que sea necesario que se realice ante el Juez. Se plantea si es necesario que el titular de los derechos se ponga en contacto con la entidad beneficiaria para poner fin a esta situación o si cabe también decretarlo cuando la entidad, por cualquier otro medio, pudiera llegar a conocer la identidad o localización del titular. Está claro que la Directiva no obliga a la entidad beneficiaria a estar en todo momento realizando la búsqueda del titular de los derechos. Sin embargo, el deber de buena fe debe mantenerse durante todo el tiempo en que se utiliza la obra o prestación. Luego, en caso de conocer por otros medios de la existencia del titular, deberá ponerse en contacto con él para comunicarle los usos que se han hecho de sus obras o prestaciones³⁷.

Al igual que la DOH no establecía el momento a partir del cual la obra era considerada huérfana, tampoco señala a partir de qué momento la obra deja de serlo. Cabría plantearse: a) el momento de la comunicación del titular de los derechos a la entidad beneficiaria, identificándose; b) el momento en que la entidad beneficiaria envíe la información al órgano competente; c) el momento en que el órgano competente remita los datos a la EUIPO; d) el momento en que la EUIPO publique la información en la base de datos. Esta

³⁶ Ramón CASAS VALLÉS, “La problemática... op. cit., p. 148.

³⁷ *Ibid.*, p. 147.

determinación es muy importante, pues cualquier uso que se haga a partir de ahí ya no estará amparado en el límite, sino que constituirá una infracción si no está autorizado por el titular de los derechos³⁸. Por otro lado, según el artículo 5 DOH, los destinatarios de la reclamación por parte de los titulares de derechos que deseen poner fin a la condición de obra huérfana son las entidades beneficiarias que hubiesen hecho uso de la obra o prestación, pues son ellas las que llevaron a cabo todo el proceso de búsqueda diligente.

En cuanto a la compensación equitativa, hay que realizar una serie de consideraciones. En primer lugar, estamos ante un límite, en principio, gratuito, salvo que aparezca el titular de los derechos y ponga fin a la condición de huérfana. Pero si no aparece, no habría que pagar ningún tipo de compensación. Y es la opción más razonable, pues si se recaudara una compensación *ex ante* y el titular no llegara a aparecer, ¿cuál sería el destino de ese dinero? Constituiría una especie de cobro indebido. Además, de tener que pagar la compensación antes, no habría ningún estímulo para utilizar este tipo de obras, lo que podría afectar al derecho de acceso a la cultura, vulnerándose entonces el tercero de los pasos de la regla, donde hay que hacer una ponderación de los intereses en juego.

En segundo lugar, la compensación se determinará conforme a los usos efectivos que se hayan realizado de la obra o prestación en su condición de huérfana. No se paga por el hecho de haber declarado la obra o la prestación como huérfana, sino por el uso efectivo que se haya hecho de ellas. Por tanto, si no se han utilizado, no habrá nada que pagar.

En tercer lugar, la compensación se refiere únicamente a los usos que se hayan hecho conforme a los requisitos legalmente exigidos a las entidades beneficiarias del límite. La compensación no sirve para remunerar las utilidades que se hagan de la obra o prestación antes de declararla huérfana, ni las que se hagan después de haber puesto fin a esta situación. Tampoco sirve para cubrir los posibles perjuicios derivados de una incorrecta atribución de la condición de huérfana³⁹.

³⁸ Rafael SÁNCHEZ ARISTI, "El nuevo límite... *op. cit.*", p. 170.

En cuarto lugar, los acreedores de la compensación son los titulares de derechos de autor (el propio autor o sus cesionarios inter vivos o mortis causa) y los titulares de derechos conexos (artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas o entidades de radiodifusión). En quinto lugar, los deudores de la compensación serán los beneficiarios del límite en cada Estado miembro que hayan hecho uso efectivo de la obra o prestación huérfana.

En sexto lugar, el artículo 6.5 DOH concede a los Estados miembros autonomía para determinar libremente las circunstancias con arreglo a las cuales se puede disponer el pago de la compensación, incluida la fecha de vencimiento del pago. Esto implica que quienes determinan la compensación son los legisladores nacionales de cada Estado miembro, y no las partes interesadas (titulares de derechos y entidades beneficiarias) ni las entidades de gestión colectiva. Además, a la hora de fijar su cuantía, deberán tenerse en cuenta (Cdo. 18 DOH): a) los objetivos en materia de promoción cultural que tienen las entidades beneficiarias; b) la naturaleza no comercial de la utilización realizada por éstas en orden a conseguir los fines de interés público (fomento del estudio y difusión de la cultura); c) el posible daño a los titulares de derechos. Debería haberse incluido también, como criterio para fijar la compensación, la intensidad del uso que se haya hecho, pues no es lo mismo haber reproducido la obra huérfana para su conservación, que haberla reproducido y puesto a disposición del público. Otro elemento a tener en cuenta es que la digitalización de una obra que estaba en un soporte analógico supone un valor añadido y puede beneficiar su explotación de la obra en caso de aparecer el titular de derechos⁴⁰.

Y, en séptimo lugar, la DOH no establece si estamos ante un derecho de gestión colectiva obligatoria o no. Sería conveniente articular un sistema de gestión obligatoria para así asegurar la compensación al titular de los derechos si aparece.

El titular de derechos podría reclamar una indemnización de daños y perjuicios por los usos que se hubieran realizado de la obra

³⁹ Ibid., p. 152.

⁴⁰ Isabel ESPÍN ALBA, *Obras huérfanas...* op. cit., p. 192.

o prestación antes de tener la condición de huérfana y después de haber declarado el fin de tal condición. Lo mismo cabe decir en el caso de que la condición de huérfana se hubiera declarado incorrectamente. Así se manifiesta el Considerando 19 DOH, al establecer que, si una obra o fonograma han sido considerados erróneamente obras huérfanas a raíz de una búsqueda no diligente, se pueden utilizar las vías de recurso existentes en las legislaciones de los Estados miembros contra las infracciones de los derechos de propiedad intelectual. En todos estos casos, el daño producido será susceptible de indemnización y no de compensación.

Finalmente, la DOH no indica el plazo que tiene el titular de los derechos para reclamar la compensación o la posible indemnización por daños. Habría que fijarlo para garantizar la seguridad jurídica. Tampoco determina la fecha a partir de la cual se calculará la compensación, si bien debería ser el momento en el que se empieza a hacer uso de la obra huérfana conforme permite la Directiva.

IX. Conclusiones

Europa ha optado por regular el fenómeno de las obras huérfanas a través de un límite a los derechos exclusivos de reproducción y de puesta a disposición. A través de este límite se pretende asegurar un equilibrio entre todos los intereses en juego: los de los titulares de derechos, por un lado, y los del público en general en el acceso a la cultura y la educación, por otro. Se trata de la opción más razonable, pues se fijan así los beneficiarios del límite, los usos que se pueden hacer y los fines que se pretenden alcanzar, evitando que se pueda llevar a cabo un uso distorsionado de los contenidos protegidos. Además, garantizando una compensación equitativa para los titulares de derechos, se eliminará el posible perjuicio causado a éstos como consecuencia del límite y se ajustará a la regla de los tres pasos. Con todo, no deja de ser un límite bastante deficitario, pues hay muchos elementos que aún deben determinarse, tarea que corresponderá a los Estados miembros –entre los más importantes, el momento a partir del cual la obra o prestación será huérfana, el

momento en que dejará de serlo, el plazo para reclamar la compensación o el establecimiento de unos criterios claros sobre cuándo una búsqueda es diligente-. Ello, unido al respeto que establece el Considerando 20 DOH a las disposiciones nacionales en materia de gestión de derechos, hace que el espíritu armonizador de la norma comunitaria se ponga en entredicho.