



Nuevos análisis en torno a los derechos de autoría e intangibles (artículos de investigación).

## Las obras fuera del circuito comercial: concepto, aplicaciones y derechos de propiedad intelectual vigentes

➤ La Directiva de derechos de autor y derechos conexos en el mercado único digital de 2019 (Directiva 2019/790/UE) nos ha traído una novedad importante: la regulación de las obras fuera del circuito comercial. Un nuevo concepto—diferente del concepto de obra huérfana ya existente en nuestra Ley de Propiedad Intelectual— que interesa analizar, tanto su análisis teórico como su aplicación práctica.

Autora: Conchi Cagide Torres. Directora del Departamento jurídico de Intangia. ISNI 0000000506286844

©Conchi Cagide. Navarra. 2022. ISNI: 0000000506286844

➤ Las **obras fuera del circuito comercial** son aquellas que se encuentran en las colecciones permanentes de instituciones de patrimonio cultural, incluyen manuscritos y textos de todo tipo, grabaciones de sonido y video, fotografías, software, obras de arte únicas, etc, que no sean materiales creados fuera del territorio Europeo y que no solo sean obras descatalogadas, sino también:

➤ Materiales que nunca estuvieron en los circuitos comerciales, nunca se publicaron.

➤ Materiales que un día estuvieron en los circuitos comerciales y ya no lo están, se han agotado.

➤ Materiales que siguen en circuitos comerciales pero de forma más limitada (mercado de 2ª mano) o bien están fuera del circuito comercial los originales cuyas adaptaciones o versiones sí que están en el circuito comercial

➤ *¿Qué vías o sistemas establece la Directiva de 2019 para poder utilizar obras intelectuales bajo este concepto de obras fuera del circuito comercial?*

➤ El principal camino es la obtención de una licencia para que las instituciones de patrimonio cultural puedan usar estas obras fuera del circuito comercial.

¿Quién tiene el mandato de otorgar esta licencia? En primer lugar, las entidades de gestión colectiva representativas de los titulares de derechos. Como veremos, la existencia o no de entidades “representativas” será un elemento clave.

➤ En este artículo de investigación analizamos la teoría y también la práctica de esta nueva regulación de las obras fuera del circuito comercial.

➤ Y lo enlazamos con las tareas que las entidades de gestión colectiva deberán realizar así como las licencias que aplican y las posibles excepciones legales reguladas.

Analizamos el portal de obras fuera del circuito comercial creado por la **EUIPO (Oficina Europea de Propiedad Intelectual)**: Enlace- <https://euiipo.europa.eu/out-of-commerce/#/>

Este artículo no va a analizar la actuación de las entidades de gestión colectiva, ya que, por el momento, no hay actividad al respecto, al menos en España.



## **Las obras fuera de los circuitos comerciales: la teoría**

Las obras fuera de circuito comercial se regulan en la Directiva 2019/790/UE y sus artículos 8 a 11. El Art. 8.5. de esta Directiva nos dice que se considera **obra fuera del circuito comercial** aquella obra o prestación que no está a disposición del público a través de canales comerciales habituales.

Para tener la información completa, debemos acudir al Considerando 37 de la Directiva, que nos habla de:

“fotografías, programas informáticos, fonogramas, obras audiovisuales y las obras de arte únicas, incluyendo las que en algún momento hayan estado disponibles en el circuito comercial. Las obras que no han estado nunca en el circuito comercial pueden incluir pósteres, folletos, periódicos de trincheras u obras audiovisuales de aficionados, pero también obras u otras prestaciones no publicadas, sin perjuicio de otros requisitos jurídicos aplicables, como las normas nacionales sobre los derechos morales. Cuando una obra u otra prestación esté disponible en cualquiera de sus distintas versiones, como ediciones posteriores de obras literarias y versiones diferentes de obras cinematográficas, o en cualquiera de sus distintas manifestaciones, como los formatos digital e impreso de una misma obra, no debe considerarse que esa obra u otra prestación está fuera del circuito comercial. A la inversa, la disponibilidad comercial de adaptaciones, incluidas otras versiones lingüísticas o adaptaciones audiovisuales de una obra literaria, no debe impedir que una obra u otra prestación en una lengua determinada se considere que está fuera del circuito comercial”.

Por lo tanto, entendemos que se incluyen en este concepto:

- ⇒ Las obras y prestaciones artísticas descatalogadas;
- ⇒ Las que nunca estuvieron en los circuitos comerciales, ya que nunca se publicaron;
- ⇒ Las que un día estuvieron en los circuitos comerciales pero ya no están, ya que se han agotado;
- ⇒ Las que siguen en circuitos comerciales pero de forma más limitada, como en el mercado de 2ª mano, o bien están ya fuera de los circuitos comerciales los originales y en el comercio las adaptaciones, versiones u obras derivadas.

Como este concepto de obra fuera del circuito comercial está íntimamente relacionado con su cualidad de obras que **están dentro de instituciones culturales**, ampliamos este concepto con el de obra considerada **“patrimonio cultural”**, tal y como describe la Recomendación 2011/117, ampliamos el concepto de obra fuera del circuito comercial a todo aquel **material cultural**, como libros, revistas y periódicos, fotografías, piezas de museo, documentos de archivo, material audiovisual y de audio, monumentos o incluso yacimientos arqueológicos.

Finalmente, aportamos otra definición más, La EUIPO- Oficina Europea de Propiedad Intelectual- indica en su portal público en línea que son **obras “protegidas”** (es decir, que no están en dominio público), pero que **no están disponibles en el mercado**. Que **no sean obras en dominio público** es un requisito importante, y puede reducir bastante el número de obras que deban ser catalogadas como fuera de los circuitos comerciales; en el caso de que se trate de obras en dominio público, no hará falta cumplir con ningún requisito para que puedan ser reproducidas, digitalizadas y puestas a disposición en internet o cualquier otro acto de explotación, ya que no requiere de autorización previa o de ningún límite o excepción para dicha explotación; los únicos derechos a respetar son los derechos morales, tanto el de atribución o reconocimiento a la persona autora como el de integridad de la obra.

Un apunte más: nos indica la Directiva de 2019 que se podrán considerar obras fuera del circuito comercial, después de haberse realizado un esfuerzo razonable para determinar si está en los circuitos comerciales. Esto puede requerir de la **comprobación previa** de que la obra no está disponible en los canales comerciales habituales.

*El considerando 38 de la Directiva indica que deben obtenerse las pruebas que sean fácilmente accesibles sobre la disponibilidad de la obra en los canales comerciales habituales, limitando dichas pruebas a los canales comerciales del Estado Europeo en el que tiene su sede la institución cultural en cuestión, y solo ampliando a territorios transfronterizos en el caso en que sea necesario. Pero, ¿quién hace esta comprobación? ¿La institución cultural o la entidad de gestión? Esta es la primera cuestión que nos queda sin resolver, y ya en esta 1ª pregunta aparece ya la referencia a las entidades de gestión colectiva. Veremos enseguida cuál es su papel en este tema de las obras fuera del circuito comercial.*

### Las instituciones de patrimonio cultural

Es necesario analizar qué tipo de **instituciones o entidades** se pueden ver afectadas por esta regulación. La propia Directiva 2019/790 indica que se refiere a **entidades responsables del patrimonio cultural**, en concreto, bibliotecas, museos, archivos (todos ellos accesibles al público, aunque no sean de titularidad pública, sino privada) y otras instituciones encargadas de la conservación del patrimonio cinematográfico y sonoro; también pueden tener esta categoría los centros de enseñanza, los centros de investigación y los organismos de radiodifusión del sector público.

Otro requisito importante es que estas entidades puedan catalogar como obras fuera del circuito comercial a todo tipo de obras y prestaciones artísticas, siempre que formen parte de sus **colecciones permanentes**. El requisito de obras fuera del circuito comercial se aplica solo a las obras que están en su poder, de forma permanente, bien por tener la propiedad material de la obra, bien por tener firmado un acuerdo de cesión de derechos o licencia de exposición de las obras, bien por tener el depósito legal o contractual, siendo la institución cultural la depositaria encargada de la custodia de dicha obra.

Hasta la Directiva de 2019, estas instituciones encargadas de la conservación del patrimonio cultural, podían hacer uso de estas obras de su colección permanente, si el acuerdo o licencia se lo permitía (si en ese acuerdo o licencia la parte autora o titular de los derechos le permitía realizar actos de explotación, como por ejemplo, la exposición de la obra), si se trataba de una obra huérfana (aunque sea una obra que no está en dominio público, se califica como huérfanas las obras si no se conoce a la persona autora o no se le ha podido localizar, después de hacer una búsqueda diligente y de inscribir esta obra en un registro de obras huérfanas); o si podían aplicar alguna excepción o límite a los derechos de propiedad intelectual (para fines educativos, fines de investigación, préstamo público, copia privada o acceso a bases de datos por parte de usuarios legítimos, por ejemplo, aunque en todos estos casos es necesario que la obra intelectual ya se haya divulgado).

Con la Directiva 790/2019, se añaden tres posibilidades de uso a las que ya tenían:

- ⇒ La **reproducción con fines de conservación de las obras**; esta reproducción permite hacer copias, también digitalizar, en cualquier formato y cualquier soporte, con esa finalidad de conservación y en la medida limitada por dicha conservación; esta posibilidad se traslada a nuestro ordenamiento jurídico bajo la forma de **excepción obligatoria**, regulada en el art. 37.1. LPI. No olvidemos que las excepciones se aplican siempre a casos concretos, y no deben perjudicar los intereses legítimos de las personas autoras o titulares de los derechos.
- ⇒ La **reproducción, distribución y comunicación pública**, incluyendo la **puesta a disposición**, de las obras por parte de estas instituciones responsables del patrimonio cultural, si las obras se consideran **obras fuera de los circuitos comerciales**; esta segunda opción permite hacer uso de las obras que cumplan con los requisitos que hemos analizado en el punto anterior.
- ⇒ La **reproducción de obras visuales en dominio público** que forman parte de sus colecciones permanentes, cuya copia en formato digital no genera, vaya, una obra nueva, no genera derechos de autoría ni derechos conexos; si hacen copias, también digitales, como postales o archivos de imágenes, con esas obras visuales en dominio público, no están generando derechos nuevos, todas estas copias seguirán en dominio público (considerando 53 y art. 14 de la Directiva de 2019).

*Quizás esta 3ª opción merezca un nuevo artículo de investigación en el futuro. Puede ser que este no sea el lugar más adecuado para hablar de esta opción, ya que las dos anteriores se refieren a obras protegidas y que no están en dominio público, y esta última sí; finalmente, he decidido incorporarla como una tercera posibilidad., simplemente, para que se puedan leer conjuntamente las tres opciones que, conforme a esta Directiva de 2019, tiene actualmente cualquier institución de patrimonio cultural sobre las obras de sus colecciones permanentes. Estas opciones le permiten hacer uso de sus colecciones sin solicitar autorización a la parte autora o titular de los derechos y sin vulnerar estos derechos.*

## Obras fuera de los circuitos comerciales: la práctica

La primera medida legal aplicable en la práctica es que será **una entidad de gestión colectiva** la que pueda otorgar una **licencia** a la institución de patrimonio cultural para que pueda usar las **obras fuera del circuito comercial**.

¿Qué tipo de licencia? El Considerando 33 de la Directiva de 2019 explica que los Estados miembros tendrán flexibilidad para aplicar el tipo de licencia que mejor se adecúe en su territorio, y en el mismo sentido, el Considerando 44 indica que, aludiendo a las distintas prácticas consolidadas en los Estados Europeos, pueden aplicarse hasta tres tipos de licencias distintas:

- ⇒ las licencias colectivas de efecto extendido o ampliado, de hecho, estas se regulan por primera vez en el art. 12 de la propia Directiva,
- ⇒ las derivadas de las presunciones de representación,
- ⇒ las licencias derivadas de los mandatos legales.

*En el anterior artículo de investigación, sobre los contenidos de las licencias multiterritoriales en línea de obras musicales y otras licencias, sean colectivas o individuales, que se aplican en el ámbito digital, explicaba lo siguiente: (pg.2):*

*“**licencia colectiva del tipo licencia extendida o ampliada**, en la que la entidad de gestión colectiva puede ampliar el acuerdo de licencia concertado con sus autores/as y entidades titulares miembros y aplicarlo a los derechos de autores/as o titulares no miembros. Normalmente son de aplicación en ámbitos muy tasados, como por ejemplo, el de las obras fuera del circuito comercial (este tipo de obras las analizaremos en el próximo artículo de investigación). El criterio de que se excluyan de este tipo de licencias algunas clases de obras intelectuales y que se aplique a casos muy concretos se aplicó tras la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto Soulier y Duke (Asunto C-301/15) y actualmente se sigue aplicando a varios tipos de creaciones como el software, las bases de datos, etc.; algunos países Europeos, algunos las excluyen de forma concreta en algunas clases de obras como las obras cinematográficas, las obras publicitarias, las obras dramáticas y/o escénicas, etc. Este tipo de licencias de efecto ampliado o extendido permiten la aplicación de una **cláusula de exclusión voluntaria**, es decir, que la persona autora o titular del derecho pueda decidir la no aplicación de la licencia ampliada. España en 2021 informó a la Comisión Europea que nuestra legislación no recoge este tipo de licencias colectivas ampliadas, por lo que esta vía aún no se usa en nuestro país”.*

De esta forma, del informe emitido por las autoridades españolas podemos confirmar que si no existe regulación sobre las licencias colectivas extendidas o ampliadas, en la práctica, en nuestro territorio, solo hay estas opciones para que una obra intelectual considerada obra fuera del comercio se pueda utilizar por las instituciones culturales:

- ⇒ Aplicar un **mandato legal de representación o gestión colectiva**, que es el que se aplica en territorio español, al menos, mientras no se introduzca el art. 12 de la Directiva 790/2019 en nuestro ordenamiento jurídico.
- ⇒ Aplicar una **licencia** previamente autorizada por la parte autora o titular de los derechos.
- ⇒ Aplicar un **límite o excepción** al derecho de autoría, similar al que se utiliza para las **obras huérfanas**.

Sea cual sea la forma o tipo de licencia aplicable, indica el art. 8 de la Directiva de 2019 algunas condiciones obligatorias de dicha licencia:

- ⇒ El tipo de derechos objeto de la licencia- derecho de **reproducción, distribución, comunicación pública** así como el **derecho de puesta a disposición** (que forma parte del derecho de comunicación pública), para finalidades no comerciales;
- ⇒ La **no exclusividad**;
- ⇒ El **territorio nacional**, excepto si fuera necesario ampliar este ámbito territorial (de hecho el art. 9 habla de los usos transfronterizos, y algunos Estados como Alemania ya han regulado esta posibilidad).

## **Obras fuera de los circuitos comerciales: la práctica (continuación)**

Las condiciones anteriores (tipos de derechos, ámbito territorial, exclusividad o no exclusividad) son las obligatorias para cualquier acuerdo de licencia o acuerdo de cesión de derechos, pero no con las únicas, existen más condiciones legales. Aunque, por lo visto, quedan fuera condiciones también obligatorias como la **duración**; sobre esta condición se aplican las normas de la Directiva 2014/26/UE sobre gestión colectiva, es decir, las licencias tendrán una duración inicial de 3 años, y a partir de ese plazo, deberán ser renovadas anualmente. O la condición de la **gratuidad o remuneración**, que parece una condición ya impuesta cuando se alude a **fines no comerciales**, sin embargo, el Considerando 40 de la Directiva abre la puerta a que el uso de las obras fuera de los circuitos comerciales genere remuneraciones.

*Este apartado de los fines comerciales o no comerciales, ¿significa que una institución de patrimonio cultural puede obtener una licencia gratuita de la entidad de gestión? ¿O significa que la institución cultural, la licenciataria, puede luego obtener ingresos por la reproducción, la distribución o la comunicación pública de las obras fuera de los circuitos comerciales? Y la parte autora o titular de los derechos, ¿recibirá alguna remuneración por la licencia colectiva aplicable a su obra, considerada fuera del circuito comercial, remuneración que habrá recaudado la entidad de gestión en su nombre?*

*Estas preguntas las iremos resolviendo en el momento en que se integre la regulación en nuestro ordenamiento jurídico. Veremos cómo actúan las entidades de gestión, si siguen su forma de actuación habitual, concederán licencias y cobrarán una tarifa a las instituciones culturales, aunque también deberán abonar parte de la recaudación a las personas autoras o titulares de derechos. Lo que sí sabemos es que en la labor que realicen las entidades de gestión colectiva en este ámbito de las obra fuera del circuito comercial, deben aplicarse los mismos criterios de **transparencia, rendición de cuentas y no discriminación** que regula la Directiva 2014/26/UE, al que se suma el de **igualdad de trato** como criterio aplicable conforme al art. 12.1. de la Directiva 2019/790.*

*Está por ver, además, si para la institución cultural será más conveniente pagar este tipo de licencias colectivas o contactar directamente con la parte autora o titular de los derechos para solicitarle una licencia directamente.*

Además, se establecen dos condiciones obligatorias más, que no son propias de los acuerdos de licencia, pero que se imponen directamente en el art. 8 de la Directiva a las licencias para obras fuera de los circuitos comerciales:

- ⇒ El **derecho de exclusión voluntaria** de la persona autora o titular de los derechos de autoría y derechos conexos; este derecho de exclusión permite oponerse a los actos de explotación (la puesta a disposición en internet de las obras así catalogadas). Este derecho tiene su consecuencia práctica en una serie de medidas de publicidad que analizamos en las siguientes páginas. Este **derecho de exclusión voluntaria**, se puede ejercitar por la persona autora o quien sea titular de esas obras calificadas como fuera del circuito comercial, en cualquier momento. Por lo tanto, si una entidad de gestión colectiva ha otorgado a una institución cultural como un museo, una licencia para poder digitalizar y publicar obras fuera de los circuitos comerciales, y la persona autora o quien tenga la titularidad de los derechos de explotación (herederos, legatarios, entidades que han adquirido los derechos, etc) ejercita ese derecho de exclusión, una vez se haya informado la entidad de gestión colectiva de esta situación, deberá retirar la licencia para dicha explotación.
- ⇒ La obligación de que la entidad de gestión colectiva que otorga la licencia no exclusiva para obras fuera del circuito comercial sea una **entidad "representativa"**

*¿Qué es una entidad de gestión "representativa"? ¿Qué motivo hay para que se imponga este carácter representativo a una entidad de gestión colectiva? Analizamos a continuación lo que significa y si esto limita de algún modo la forma de actuar de las entidades de gestión colectiva.*

## **Las entidades de gestión colectiva “representativas” en el ámbito de las obras fuera de los circuitos comerciales**

La **condición de “representatividad”** es un elemento trascendental en este caso de obras fuera del circuito comercial, en lo que respecta a las entidades de gestión colectiva que pueden otorgar licencias a las instituciones de patrimonio cultural para que estas puedan usar esas obras intelectuales sin permiso expreso de sus autores y autoras. Tal y como indica el art.8.de la Directiva de 2019, las entidades de gestión colectiva deben de ser “representativas”, es decir:

- ⇒ Que su gestión sea representativa, en base al número de autores/as o titulares que les han encomendado un mandato de gestión (se supone que este nº debe ser elevado en el sector en el que operan);
- ⇒ O que lo sean por otros criterios legales que hayan elegido cada uno de los Estados miembros que deben adaptar esta Directiva (por el momento en territorio español, no disponemos de esta adaptación legal)

La **falta de “representatividad”** implica la aplicación del párrafo 2º del art. 8 de la Directiva: si no existe ninguna entidad gestora representativa, debido a que esa entidad no cumple con los parámetros analizados arriba, o debido a que en realidad ninguna entidad gestiona ese tipo de obras intelectuales, se aplicará la **excepción** o límite siguiente:

las instituciones de patrimonio cultural tendrán derecho a poner a disposición las obras fuera del circuito comercial, con fines no comerciales, bajo dos requisitos:

- ⇒ Citando a la persona autora o quien sea titular de los derechos sobre esas obras, si se pueden conocer;
- ⇒ Poniendo a disposición esas obras, solo en webs no comerciales.

*Como esta excepción aún no se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico, no disponemos de normas concretas que indiquen criterios específicos a cumplir para la aplicación de la normativa Europea. Aunque sí que existen en nuestro país algunas entidades de gestión colectiva que pueden cumplir el requisito de “representatividad”, desde el punto de vista cuantitativo o en base al nº de personas autoras o titulares de derechos que les hayan podido encomendar la gestión de sus derechos.*

Si hubiera algún sector cultural concreto en el que operan entidades gestoras con un reducido nº de mandantes o bien fueran sectores culturales en los que no existen entidades que gestionen derechos, como puede ser el ámbito del software, o el de bases de datos electrónicas, o el relativo a los derechos conexos de entidades de radiodifusión, entonces se podría llegar a regular un **límite o excepción** a los derechos de autoría, de una manera similar a la regulación de las obras huérfanas

*Aunque el mandato expreso de la Directiva es que se adapten otras normas como las que regulan las bases de datos o los programas de ordenador, así como las relativas a las reseñas de prensa, para que se adapten a esta nueva excepción. La norma europea está pensando claramente en obras que no son objeto de gestión colectiva, y menciona expresamente a las bases de datos y software.*

Sin embargo, sí que existe alguna excepción relacionada con el tipo de obras que puedan ser calificadas como fuera de los circuitos comerciales, a pesar de que sean ámbitos en los que existen entidades de gestión representativas que podrían otorgar licencias por usos no comerciales; se trata del **sector audiovisual**, sobre el que existen reglas concretas para obras audiovisuales y cinematográficas que provengan de terceros países, en los que deberán realizarse las averiguaciones necesarias para comprobar que efectivamente, en ese tercer país, eran obras que ya estaban fuera de los circuitos comerciales.

En realidad, las pruebas y muestreos constantes que exige claramente la Directiva de 2019, con el fin de asegurarse que las obras no dispongan de un canal comercial de explotación, puede generar un trabajo extra dentro y fuera del territorio nacional, tanto para los organismos públicos como para las entidades de gestión. *¿Serán capaces las entidades de gestión colectiva de cumplir con estas tareas? ¿Algún Estado miembro se atreverá a imponer sanciones a las que no la realicen de forma diligente?*

## **Las medidas de publicidad y sus consecuencias prácticas**

Como podemos comprobar de un análisis completo de la Directiva 790/2019/UE, la aplicación práctica de la regulación de las obras fuera de los circuitos comerciales va acompañada de varias acciones legales concretas:

- ⇒ La búsqueda y comprobación de que la obra ya no está siendo objeto de explotación por canales comerciales, tanto dentro como fuera de cada Estado miembro;
- ⇒ La necesidad de ofrecer el ejercicio del derecho de exclusión voluntaria a la parte autora o titular de esas obras, en un plazo concreto desde su calificación como obras fuera de los circuitos comerciales.

Para que esta segunda acción se pueda cumplir, será necesario que la parte autora/titular de los derechos, pueda acceder a la información necesaria que le indique que su obra se ha calificado como fuera de los circuitos comerciales, lo que significará que será objeto de una licencia colectiva, o bien de una excepción o límite. Para ello el art. 10 de la Directiva regula varias medidas de publicidad:

Primero: en el plazo de 6 meses antes de que las obras fuera de los circuitos comerciales se distribuyan, se pongan a disposición del público, o se comuniquen públicamente, deben de insertarse en un **Portal público en línea**, de acceso gratuito; el Portal de obras fuera de los circuitos comerciales se gestionará por la Oficina Europea de Propiedad Intelectual (EUIPO), organismo encargado también de la gestión del portal de obras huérfanas. Esta obligación es aplicable en el Estado en el que tiene su establecimiento la institución de patrimonio cultural que usa las obras para usos no comerciales, por lo que serán las instituciones competentes las encargadas de publicar la obra en ese portal o base de datos.

*No me queda muy claro que la obligación de dar publicidad y usar el portal sea solo de la institución cultural, ya que la Directiva habla también de las propias entidades de gestión colectiva y de los organismos públicos encargados de la aplicación. ¿Quién tendrá estas competencias finalmente? Habrá que esperar al desarrollo legal interno.*

Segundo: junto a la inserción de la obra en esta base de datos europea, se podrán añadir también las informaciones que sean necesarias sobre el tipo de licencia que ha concedido la entidad gestora competente, o sobre el límite o excepción aplicable. Esta información es aplicable al Estado en el que se ha concedido la licencia.

*En esta segunda medida me queda más claro que la institución que debe informar de la licencia es la entidad de gestión colectiva de ese Estado competente, que es la que puede reunir la información pertinente sobre el tipo de licencia y tipos de usos que se han permitido con este tipo de acuerdo no exclusivo.*

Tercero: el portal de obras fuera de los circuitos comerciales permite también informarse sobre la forma de ejercitar el **derecho de exclusión** que tiene la parte autora o titular, ofreciendo también acceso a la base de datos y realizar las acciones necesarias para retirar la obra de la misma.

*La última competente en esta base de datos y en las obligaciones a cumplir, al menos en España, es la Administración Pública, en concreto, el Ministerio de Cultura, punto de contacto que aparece en el propio portal de la EUIPO. Es lógico, también es la institución que tiene competencias para controlar y supervisar la actividad de las entidades de gestión en nuestro país.*

### **Enlace al portal Europeo:**

<https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/web/observatory/outofcommerceworks#>

[Se puede acceder libremente y realizar búsquedas por tipos de obras, título de la obra, nombre de autores/as, o productoras. Incluso por idioma. Los parámetros de búsqueda son amplios].

Proporciona también un manual de uso para instituciones culturales, entidades de gestión y autoridades públicas—Enlace:

[https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document\\_library/observatory/documents/DOCWP/DoC\\_User\\_Guide-CHI\\_CMD\\_PA.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/DOCWP/DoC_User_Guide-CHI_CMD_PA.pdf) y un manual de uso para autores/as (enlace: [https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document\\_library/observatory/documents/DOCWP/DoC\\_User\\_Guide-Public-User.pdf](https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/DOCWP/DoC_User_Guide-Public-User.pdf)).

### Obras fuera del circuito comercial vs. Obras huérfanas

Comparemos las obras fuera de los circuitos comerciales en relación a las obras huérfanas, ya que ambos son recursos legales a disposición de las instituciones culturales e instituciones que protegen el patrimonio cultural.

Veamos la siguiente tabla:

Obras fuera de los circuitos comerciales	Obras huérfanas
Su regulación proviene de la Directiva 2019/790/UE	Su regulación proviene de la Directiva 2012/28/UE, por lo que es bastante anterior
Se aplica siempre a obras difundidas	Se aplica siempre a obras difundidas
Se aplica a obras que no están ya disponibles o bien obras que no han sido comercializadas	Se aplica a obras cuyos autores no se han podido identificar o no han sido localizados
Deben ser calificadas como tal, mediante un proceso regulado legalmente, en el que se debe probar que se trata de obras que no están siendo explotadas comercialmente; se publican posteriormente en una base de datos europea	Deben ser calificadas como tal, mediante un proceso regulado legalmente, previa búsqueda diligente y posterior publicación en una base de datos europea
Se podrán usar bajo licencia colectiva obtenida de las entidades de gestión representativas, y si no existen estas entidades, mediante excepción o límite. El autor dispone de un derecho de exclusión voluntaria para anular esta calificación.	Se aplican como una excepción, aunque si aparece el autor, esta excepción queda anulada y la calificación como obra huérfana desaparece
Las obras fuera de los circuitos comerciales pueden ser copiadas, digitalizadas y ponerse a disposición en internet en redes abiertas, aunque no se cierran las vías de explotación comercial.	Las obras huérfanas pueden ser copiadas, para fines de catalogación, conservación o restauración; pueden ser digitalizadas, y ponerse a disposición en internet para garantizar su difusión

Ya lo dice la propia Comisión Europea en su informe de 2022 (Brussels, 6.12.2022 SWD(2022) 412 final COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Report on the application of the "Orphan Works Directive" 2012/28/EU) : *"Esto podría incluir posibles sinergias entre la base de datos de obras huérfanas y el portal de obras fuera del comercio recientemente creado, que también gestiona la EUIPO"* (traducción del inglés).

Ambas regulaciones permiten a las instituciones responsables del patrimonio cultural, digitalizar sus colecciones y dar difusión en redes en línea. Los procesos legales son bastante similares, y ambas se insertarán en una base de datos europea gestionada por la EUIPO (Oficina Europea de Propiedad Intelectual). La diferencia más notable es que en el proceso legal de las obras fuera de los circuitos comerciales intervienen las entidades de gestión colectiva, quienes concederán licencias colectivas para la correcta explotación de las obras intelectuales. Además, la parte autora o titular de derechos vigentes tendrá un plazo de tiempo concreto para poder excluir la licencia, si no está de acuerdo con la cesión de derechos sobre su obra. En el proceso legal de las obras huérfanas, sin embargo, se hace uso de un límite o excepción a los derechos de autoría, para poder difundirlas sin perjudicar estos derechos exclusivos.



### Conclusiones:

La **obras fuera de los circuitos comerciales** se regulan en la Directiva 2019/790/UE, sobre derechos de autor en el mercado único digital, dando así respuesta a las necesidades de las instituciones culturales en torno a la **digitalización y difusión de las colecciones artísticas** que custodian y conservan. Antes de 2012, estas instituciones culturales (museos, por ejemplo) y los organismos públicos y privados que trabajan en el ámbito del patrimonio cultural (archivos, centros formativos y centros de investigación, como centros de arte contemporáneo, por ejemplo), tenían solo 2 opciones para digitalizar y poner a disposición sus colecciones: el acuerdo de cesión de derechos con la parte autora o titular de esos derechos de propiedad intelectual, o que la obra estuviera ya en dominio público por haber transcurrido el plazo de protección de los derechos. En 2012, la Directiva de obras huérfanas concede una tercera posibilidad, para obras sobre las que las instituciones culturales no pueden pedir autorización al no poder contactar con la parte autora, por no conocer quién es o por no poder localizarle. Desde 2019, las instituciones culturales tienen una cuarta posibilidad legal de digitalizar y difundir, bajo el paraguas de la regulación sobre **obras fuera de los circuitos comerciales**; aún no se tiene claro si para ello, deberán abonar una licencia a las entidades de gestión colectiva, o si se regulará también como un límite o excepción a los derechos de autoría, como el caso de las obras huérfanas. Si fuera la opción primera, las entidades de gestión colectiva deberá crear una **licencia no exclusiva**, propia para los usos no comerciales, y además, deberán tomar medidas para publicitar debidamente esta condición, para que la parte autora pueda ejercitar su **derecho de exclusión voluntaria**.

### Nota final:

El ámbito del patrimonio cultural dispone de una nueva herramienta legal, aunque está por ver la verdadera efectividad de la misma. Podemos estar ante una nueva licencia colectiva para el uso de obras intelectuales, y la única diferencia es que se aplicará una tarifa más reducida, a modo de las tarifas que actualmente aplican las entidades de gestión para proyectos y eventos culturales sin ánimo de lucro, es decir, aplicando tarifas reducidas (que pueden ser de hasta un 25% de menor coste en relación a las tarifas generales que se abonan en actividades económicas estándar o lucrativas). En esta situación, será la propia institución cultural la que deba tomar la decisión de si puede hacer frente a una licencia que le va a generar un coste mensual, y si esta es económicamente viable, teniendo en cuenta también el beneficio que va a obtener por la puesta a disposición de las colecciones que han digitalizado.

La opción de que esta regulación se aplique bajo las reglas de los límites o excepciones a los derechos de autoría, se me antoja más viable para los museos e instituciones que trabajan en el patrimonio cultural, teniendo en cuenta la malograda situación económica que afrontan en el día a día muchas de estas entidades. La mayoría trabajan con fondos públicos, por lo que a los costes de personal, producción y gastos corrientes, habría que sumar el coste de estas licencias.

Y por último, está por ver que esta regulación beneficie económicamente en algún momento a la parte autora o titular de los derechos. Sí que puede tener algún beneficio moral, al ver que su obra, ya descatalogada o fuera de explotación, aparece en bases de datos Europeas y puede llegar a tener una segunda oportunidad, al haber sido difundida de nuevo. No se consuela el que no quiere.

Conchi Cagide Torres.



### **Bibliografía y otras referencias**

Artículo de CARRANCHO HERRERO, M<sup>a</sup> TERESA. "Conservación y difusión del Patrimonio Cultural", Monografía Información en abierto y propiedad intelectual en la Universidad. Editorial Comares. 2019.

Artículo an IFRRO GUIDE (International Federation of reproduction rights organisations), "Licensing of out-of-commerce Works" Noviembre 2020.

Artículo JIPITEC 2022- 13/1) 2022, autora: STOCKTON, BROWN, M. "Out-of-Commerce How the Existing Copyright Practices in Film Archives Impact on Widening Public Access to Cultural Heritage".

#### **Decisiones jurisprudenciales:**

STJUE C-301/15 asunto SOULIER Y DOKE

STJUE C-469/17, asunto FUNKE MEDIEN NRW

Informe Europeo de 6.12.2022 SWD(2022) 412 final COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Report on the application of the "Orphan Works Directive" , 2012/28/EU

#### **Enlaces:**

<https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/web/observatory/outofcommerceworks>

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/legal-aspects-public-sector-information-lapsi-thematic-network-outputs>

*Puedes acceder a todas las artículos de investigación en la web [www.intangia.com](http://www.intangia.com)*

Autora: Conchi Cagide Torres. Directora del Departamento jurídico de Intangia..

Para citar a la autora:

© Conchi Cagide Torres. Asociación Intangia. Navarra. 2023. ISNI: 0000000506286844

Enlace al portal Europeo: <https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/web/observatory/outofcommerceworks#>