

LA DIRECTIVA SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL



Diego de la Vega. Abogado de ECIJA

SUMARIO

1. Una cuestión política
2. La oportunidad de la directiva
3. La directiva e internet

EN BREVE

La frialdad con la que ha sido acogida la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital es más que evidente al repasar la prensa europea de los días 12 y 13 de septiembre de 2018. Aunque con aislados destellos de júbilo, resulta llamativo, por ejemplo, que el prestigioso semanario alemán “Der Spiegel” se avergüence de que el Parlamento Europeo “haya tomado como ejemplo la más disfuncional de las leyes alemanas relacionadas con Internet”, en alusión a la compensación equitativa establecida para los agregadores de contenido. Al otro lado del Atlántico, como explica el influyente “The Hollywood Reporter”, cunde la opinión de que, sentado el precedente del RGPD, la Unión Europea quiere nuevamente condicionar el funcionamiento global del Internet regulando el papel de los gigantes del sector. Se podría decir, en términos globales, que el debate ha pasado de un plano técnico a una descarnada batalla entre los partidarios de las industrias audiovisuales y los defensores acérrimos de la libertad de expresión.

A pesar del revuelo, la aprobación del texto del pasado día 12 de septiembre no es el final del camino, aunque cierra esta fase parlamentaria. Aunque el Parlamento Europeo ha incluido las relevantes en-

miendas que han sobrevivido hasta la versión final, el proyecto de Directiva se encuentra incurso en un proceso legislativo a tres bandas, por lo que todavía deberá pasar el filtro del Consejo, cuestión no menor dadas las fortísimas presiones de diversos grupos de poder que rodean a cualquier tema que se encuentre relacionado con los derechos de autor en la Unión Europea. Debe tenerse en cuenta, además, que este proyecto de directiva se encuentra inserto en un proyecto mucho más ambicioso como es el “Mercado Único Digital”, que es la gran apuesta de la “Comisión Junker”, de donde han nacido ya interesantes actos legislativos, entre otros, el Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior. El Mercado Único Digital debe entenderse como la fuente de todas las reformas relevantes en el campo de los derechos de autor, hasta el punto de que confesadamente en el proyecto de directiva se ha tenido en cuenta la relevante declaración de la Comisión bajo el título “Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor”.

No obstante, la aprobación del texto que ha sido aprobado por el Parlamento Europeo supone el primer gran hito en la tramitación del texto desde la propuesta formulada por la Comisión en el año 2016. El siguiente ya será la versión definitiva, y que tendrá que ser transpuesta por nada menos que 28 leyes nacionales al no haberse utilizado la técnica del reglamento, lo que sin lugar a dudas provocará algunas disfuncionalidades entre Estados miembros. En todo caso, es evidente que la tramitación ante el Consejo puede llevar aparejadas algunas sorpresas, al carecer de la transparencia inherente a una tramitación de carácter parlamentario. No es ningún secreto que una parte relevante de los creadores de contenidos, así como ciertamente

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. (Legislación. Marginal: 70341505). Arts.; 5 a 8, 11, 13
- Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior. (Legislación. Marginal: 70622879)
- Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. (Legislación. Marginal: 69941540)

“Su razón de ser se encuentra en varios puntos cardinales como son el funcionamiento adecuado del mercado interior la protección de los titulares de derechos y la incentivación de nuevos modelos de negocios nacidos al calor de la revolución tecnológica”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 13 de septiembre de 2014, C-466/12, (Marginal: 70537852)



representantes de un sector amplio de lo que se suele denominar la industria están a favor de la propuesta de la directiva, convencidos de que con ella se pondrá coto a la difusión incontrolada de contenidos, al tiempo que se remunerará efectivamente a las empresas editoras de prensa, que ciertamente se encuentran en una agónica lucha por encontrar una solución que les asegure la supervivencia en la era digital.

Un buen ejemplo de ello es el apoyo cerrado que ha llegado desde la CISAC, la Confederación Internacional de Autores y Compositores, que agrupa a unos cuatro millones de creadores, para la que la nueva directiva es muy necesaria. “A pesar de la campaña de desprestigio impulsada por las grandes empresas de tecnología, Europa ha servido de ejemplo para hacer justicia a los creadores en el mundo digital”, ha llegado a declarar su Director General, Gadi Oron. Así, éstos apoyarían la defensa del proyecto de directiva realizada por quien ha sido ponente de la misma, Axel Voss, eurodiputado alemán del Partido Popular Europeo. Voss defendía en Twitter la nueva directiva después de la votación como el fin del robo en Internet, poniéndose del lado de creativos, artistas y periodistas.

En el lado contrario de ring se encuentra un grupo heterogéneo formado por usuarios temerosos del fin de Internet tal y como lo conocemos, con el que se amenazaría no sólo la difusión de contenidos de terceros en redes sociales, sino hasta los celeberrimos “memes”, lo que ha valido al proyecto de la directiva el poco acertado nombre de “ley anti-memes”, como si ese fuera el objetivo. Merodeando por las inmediaciones del ring se encontraría un selecto grupo de poderosas empresas muy pendientes de lo que suceda con la propuesta de directiva, en la medida en que de ellas depende una buena parte de la actividad diaria en la red, y que se alimenta de contenidos creados no sólo por sus usuarios, sino por terceros. Grupo de empresas que, por otra parte, tiene

gran interés controlar cualquier cambio que pueda suponer una merma de sus ingresos, en una situación parecida a la vivida, por ejemplo, en anteriores debates como el de la neutralidad de red. Un delicado triángulo en el que no es posible complacer a todos.

LA OPORTUNIDAD DE LA DIRECTIVA

No es ni mucho menos la primera vez que la Unión Europea legisla en el campo de los derechos de autor; **algunas directivas han sido realmente determinantes en el día a día de los ciudadanos europeos, y otras han servido como cimiento jurídico para desarrollos posteriores.** Entre otras, cabe señalar la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, nacida de forma paralela a la generalización de Internet en Europa, y que vino a proporcionar un marco jurídico uniforme en cuanto a los derechos de explotación y sus excepciones, pero que está diseñada con un enfoque que muestra claras insuficiencias para dar cabida a supuestos de hechos perfectamente cotidianos hoy pero no hace cerca de dos décadas.

Si se hace caso al propio proyecto de directiva, **su razón de ser se encuentra en varios puntos cardinales como son el funcionamiento adecuado del mercado interior** (que no debe perderse de vista que es uno de los propios ejes de la Unión Europea), **la protección de los titulares de derechos y la incentivación de nuevos modelos de negocios nacidos al calor de la revolución tecnológica.** Tanto que mediante una enmienda se ha querido dejar clara esta idea al afirmar que “la legislación al respecto debe estar preparada para el futuro,

de manera que no limite el desarrollo tecnológico”. Exactamente lo contrario de lo que afirman que pasará los detractores del proyecto de directiva.

En todo caso, el proyecto de directiva, cuyo texto no es especialmente largo, con independencia del alcance de su contenido, es un tanto heterogéneo. Así, con el objetivo de profundizar en la armonización de legislaciones en el campo del derecho de autor, y sin perjuicio de lo ya establecido en las anteriores directivas, lo que se busca ahora es una **adaptación del marco jurídico teniendo en cuenta “los usos digitales y transfronterizos de los contenidos protegidos”, y establecer nuevas excepciones y limitaciones, así como normas que rectifiquen los fallos del mercado de contenidos protegidos por derecho de autor.** Ya sólo las definiciones previstas en el artículo 2 dejan entrever dónde se encuentran los puntos más importantes de la directiva. Entre ellas cabe destacar la definición de “publicación de prensa”, que no se caracteriza por una gran precisión (“obras literarias de carácter periodístico”, “elemento unitario dentro de una publicación periódica o actualizada regularmente bajo un único título”), y que parece dar demasiadas pistas sobre cómo los usuarios pueden tratar de esquivar su aplicación. Por otra parte, destaca también la definición de “proveedor de servicios de intercambio de contenidos en línea”, en la que destaca el concepto de carga de contenidos por parte de los usuarios. En concreto, se ha definido como “proveedor de un servicio de la sociedad de la información uno de cuyos fines principales sea almacenar y facilitar acceso al público a una cantidad considerable de obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio optimiza y promociona con fines lucrativos”. Por tanto, como elementos fundamentales estarían la carga por los usuarios de contenidos

protegidos, el tratamiento por parte del servicio, y el fin lucrativo. No parece que la poca claridad de la definición se despeje con la apostilla posterior según la cual no se consideran proveedores, entre otros, las “enciclopedias en línea” o los servicios en la nube para uso particular. En todo caso, lo problemático no es sólo la propia definición, sino su integración en el resto del articulado, especialmente en los polémicos artículos 11 y 13, relativos a agregadores de contenidos y redes sociales.

La primera parte de la directiva se ocupa de una suerte de cuestiones diversas. En primer lugar, **de la minería de textos y datos, que quedaría reconocida a los organismos de investigación, en la medida en que ello afecta a las reproducciones y extracciones de obras protegidas por derecho de autor. En segundo lugar, se establece una excepción o limitación a los principios generales para autorizar el “uso digital” de obras con fines ilustrativos de enseñanza, siempre que no concurra un uso comercial.** Extraña definición habida cuenta de que la enseñanza también puede ser un negocio perfectamente lícito, y por tanto es difícil se antoja difícil distinguir el uso comercial que parece estar previendo la propuesta de directiva de lo que es meramente la contraprestación por un servicio educativo. Hubiera sido deseable una mayor claridad en este punto, pero no es el único requisito. Así pues, esta excepción tendría lugar en los locales de un centro de enseñanza, o gestionados por éste, o bien a través de un “entorno electrónico seguro”; por otra parte, tendría que ir acompañado siempre por la indicación de la fuente, y en todo caso con la inclusión del nombre del autor.

Los artículos 5 a 8, por su parte, **se refieren a la excepción destinada a las instituciones de patrimonio cultural según la cual podrán realizar reproducciones de las obras que se encuentren en sus colecciones con**

“Se establece una excepción o limitación a los principios generales para autorizar el “uso digital” de obras con fines ilustrativos de enseñanza, siempre que no concurra un uso comercial”

fines de conservación o incluso en los casos en los que se encuentren fuera del circuito comercial, en este caso siempre que los titulares de derechos puedan oponerse a que se considere que las obras están fuera del circuito comercial. Igualmente se regula el uso de dichas obras con carácter transfronterizo a través de un portal que será gestionado por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea.

LA DIRECTIVA E INTERNET

A nadie se le escapa que los aspectos nucleares de la nueva directiva pasan por dos puntos. En primer lugar, el establecimiento con carácter general de una compensación equitativa (“justa y proporcionada”) para las editoriales de publicaciones de prensa, y el nuevo papel que jugarán las redes sociales en el control del acceso a contenidos. Estas dos cuestiones y no otras son las que dan plenamente sentido a este proyecto de directiva, cuyos artículos 11 y 13 han centrado toda la atención como hacía

tiempo que no sucedía.

Por lo que se refiere al artículo 11, que ha sido matizado a través de enmiendas durante la tramitación parlamentaria, reconoce expresamente a las empresas editoriales de publicaciones de prensa como sujetos expresos de los derechos de explotación reconocidos en la Directiva 2001/29/CE. A consecuencia de lo anterior, se introdujo por enmienda un inciso 4bis para que los Estados aseguren que los autores “*reciban una parte adecuada de los ingresos adicionales obtenidos por las editoriales de prensa por la utilización de publicaciones de prensa por proveedores de servicios de la sociedad de la información*”. En otras palabras, **se reconoce el derecho de las editoras a la percepción de una remuneración equitativa al tiempo que se instituye la obligación de compartir dichos ingresos con los autores**. Nada menos. Experiencias negativas como la denominada “tasa Google” en España, o el caso alemán no hacen augurar, al menos en el corto plazo, un funcionamiento eficiente de este sis-

tema, ampliamente criticado por quienes han querido ver quizás exageradamente un ataque a la libertad de prensa. Como elementos esenciales hay que tener la ya citada conceptualización de la expresión “publicación de prensa”, que se define ahora como la fijación por editoriales o agencias de noticias (sin que se sepa, hasta ahora, quien decidirá quién lo es y quien no) de una colección de obras literarias de carácter periodístico (cuyos contornos no se definen), que también puede incluir otras obras o prestaciones y constituye un elemento unitario dentro de una publicación periódica o actualizada regularmente bajo un único título, publicada en cualquier medio de comunicación por iniciativa y bajo la responsabilidad editorial y el control de un proveedor de servicios, con exclusión de las de carácter científico o académico. Resulta curioso la ausencia de mención al ámbito digital en un artículo que está hecho teniendo en cuenta a servicios como Google News. Sí es cierto que buena parte de las críticas resultan infundadas en lo que se refiere a la aplicación práctica de este artículo, por cuanto de la tramitación ha nacido un inciso 2bis que aclara que “*los derechos a que se refiere el apartado 1 no se extenderán a simples hipervínculos que vayan acompañados de palabras sueltas*”. Por enigmática que parezca esta definición, y a salvo de cómo se produzca la transposición en las distintas leyes nacionales, parece que aquí puede haber una puerta para evitar la confusión entre servicios como Google News y otras páginas que sólo

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- BUGANZA, CARMENCHU Y GINÉS CASTELLET, NÚRIA. *Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. JM Bosch Editor
- BALAGUÉ, CARMEN. *Formularios de propiedad intelectual*. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad

enlazan sin ofrecer ningún componente editorial. Por otra parte, **debe tenerse en cuenta que en este supuesto como en otros es de aplicación la abundante jurisprudencia europea que interpreta las directivas, y señaladamente lo que se ha de entender por derechos de explotación y sus límites, y cómo el caso Svensson (TJUE C 466/12, aunque no sólo) condiciona fuertemente la actividad legislativa en este campo.**

Por otra parte, el artículo 13 recoge lo que para muchos es un triunfo de las industrias creativas frente al uso indiscriminado de obras de terceros. Aparte de fomentar el acuerdo entre proveedores de servicios de “intercambio de contenidos en línea” y los titulares de derechos (entiéndase como sus entidades de gestión), traslada a dichos prestadores una nueva responsabilidad de control *ex ante* sobre los contenidos cargados por los usuarios. El concepto no es nuevo, puesto que una idea similar es la que rige el funcionamiento de herramientas como Content ID, de Youtube. Ahora se hace con la siguiente redacción: “*en los casos en que los titulares de derechos no deseen celebrar acuerdos de licencias, los proveedores de*

“Se reconoce el derecho de las editoras a la percepción de una remuneración equitativa al tiempo que se instituye la obligación de compartir dichos ingresos con los autores”

servicios y los titulares deben cooperar de buena fe para garantizar que las obras o demás prestaciones protegidas no autorizadas no se encuentren disponibles dentro de sus servicios”. Esa garantía parece difícil de cumplir si no es a través de herramientas como la citada, lo que erige a los prestadores de servicios (en definitiva, a las redes sociales), como porteros de acceso a la compartición de contenidos en línea. Ya existe y no tiene nada novedoso la petición de retirada de materiales por diversas vías, pero ahora la novedad radica en que serán los prestadores quienes decidan si aceptan el material o si lo rechazan. En este **sentido la preocupación viene por la difícil distinción de los usos permitidos (amparados por excepciones o limitaciones) de aquellos usos verdaderamente ilícitos.** Aunque técnicamente es

posible identificar contenidos, lo que no está claro es que esas herramientas sean capaces de apreciar cuándo una reproducción es legítima o no. Y aquí es donde se ha querido ver el fin de los “memes”, cuestión poco relevante en relación al calado general de la directiva, pero muy gráfico para apreciar por qué se suscitan dudas. **Si a priori un “meme” es un acto de reproducción en toda regla (que necesitaría de autorización del titular), lo cierto es que le pueden ser de aplicación límites como el de parodia.** Todo ello, de nuevo, sin tener en cuenta que dicho artículo se tiene que adaptar no sólo a unas 28 normas de transposición, sino que además esas normas se adaptarán a sus respectivos marcos jurídicos, ya que el campo de las excepciones no está completamente armonizado. ■

CONCLUSIONES

- La nueva directiva debe entenderse nacida al calor del denominado “Mercado Único Digital”, como una de las más ambiciosas iniciativas relacionadas con el derecho de autor de la historia europea, sin perjuicio de las fases de procedimiento que aún debe atravesar
- Aunque la directiva reviste carácter técnico, lo cierto es que es el último producto de un profundo debate social desatado desde que Internet ha revolucionado la manera de acceder a contenidos
- Los puntos fundamentales se encuentran en los artículos 11 y 13, que regulan los derechos de las empresas editoras de prensa, así como el papel que jugarán las grandes empresas digitales en el control de contenidos

- EU-Parlament stimmt für Feenstaub: <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/eu-parlament-will-feenstaub-statt-upload-filter-kommentar-a-1227808.html>

- European Union Copyright Vote Too Close to Call: <https://www.hollywoodreporter.com/news/european-union-copyright-vote-close-call-1142540>

- Ficha parlamentaria del Proyecto: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2018-0245&language=ES#title7>

Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor. Bruselas, 9.12.2015 COM(2015) 626 final.