



informe fesabid

# Bibliotecas y límites en el contexto digital. El préstamo digital controlado en España

**Raquel Xalabarder**  
Catedrática de Propiedad Intelectual,  
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)



informe fesabid

# Bibliotecas y límites en el contexto digital. El préstamo digital controlado en España

Informe preparado por encargo de FESABID

**Raquel Xalabarder<sup>1</sup>**  
Catedrática de Propiedad Intelectual,  
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

---

<sup>1</sup> La autora quiere agradecer a Ciro Llueca y al grupo de Bibliotecas y Propiedad Intelectual de FESABID por los valiosos comentarios y contribuciones a este informe.

**Autora**  
Raquel Xalabarder

**Edita**  
FESABID  
Federación Española de Sociedades de  
Archivística, Biblioteconomía, Documentación  
y Museística.  
[www.fesabid.org](http://www.fesabid.org) / [info@fesabid.org](mailto:info@fesabid.org)  
Madrid: FESABID, 2023  
ISBN: 978-84-939694-6-2  
Depósito Legal: M-28433-2023

**Diseño y maquetación**  
[www.yosoypep.com](http://www.yosoypep.com)

**Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada (by-nc-nd):** No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.



Con el patrocinio del Ministerio de Cultura y Deporte.



Con el apoyo de Knowledge Rights 21.



## Índice de contenidos

<b>BIBLIOTECAS Y LÍMITES EN EL CONTEXTO DIGITAL. EL PRÉSTAMO DIGITAL CONTROLADO EN ESPAÑA</b>	<b>11</b>
<b>I. LÍMITES NACIONALES Y SU ARMONIZACIÓN EN LA UE</b>	<b>15</b>
<b>II. ACTOS DE REPRODUCCIÓN PARA FINES DE CONSERVACIÓN E INVESTIGACIÓN (ART.37.1 TRLPI)</b>	<b>21</b>
1. EL DOBLE LÍMITE DEL ART.37.1 TRLPI	22
a) De obras y prestaciones protegidas	22
b) Actos de reproducción en cualquier formato o soporte	23
c) Para fines de investigación o conservación	25
d) Entidades beneficiarias	29
e) Sin finalidad lucrativa	31
f) Sin exigir compensación	31
2. MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN (MTP)	32
3. ART.6 DDAMUD: NUEVO LÍMITE PARA LA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL	33
<b>III. ACTOS DE PRÉSTAMO PÚBLICO (ART.37.2 TRLPI)</b>	<b>39</b>
1. LÍMITE DEL ART.37.2 TRLPI	41
a) De obras y prestaciones protegidas	41
b) Entidades beneficiarias	42
c) Sin finalidad lucrativa	43
d) Sujeto a remuneración (compensación)	43
2. EL DERECHO DE PRÉSTAMO PÚBLICO (DPP) EN DERECHO COMPARADO	46
3. EL PRÉSTAMO DIGITAL CONTROLADO (PDC)	47
a) TJUE: Vereniging Openbare Bibliotheken v. Stichting Leenrecht (C-174/15)	49
b) TJUE: Technische Universität Darmstadt v. Eugen Ulmer (C-117/13)	52
c) Algunas consideraciones finales	53
<b>IV. ÚLTIMAS CUESTIONES Y CONCLUSIONES</b>	<b>57</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>63</b>

El informe "Bibliotecas y límites en el contexto digital. El préstamo digital controlado en España" analiza de manera rigurosa y exhaustiva una cuestión emergente en todo el mundo: la posibilidad de que bibliotecas, archivos y museos puedan cumplir su misión de apoyar a la investigación, la educación y la participación cultural en el entorno digital, teniendo en cuenta los límites de las leyes existentes en propiedad intelectual. Elaborado por la catedrática Raquel Xalabarder, una reconocida experta internacional en materia de propiedad intelectual, nombrada recientemente directora de la Patent Academy de la European Patent Office.

El dictamen sirve para constatar que el Préstamo Digital Controlado (PDC) es una alternativa perfectamente legal en la UE y en España. Es decir, que la práctica de prestar bajo ciertas condiciones un ejemplar digitalizado de una obra literaria, artística o científica que se encuentra en los fondos de la institución es tan legítima como el hecho de llegar a acuerdos con los proveedores de contenidos mediante licencias de uso. En 2021, la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas (IFLA) publicó un análisis legal y económico con perspectiva internacional defendiendo la viabilidad legal del PDC, traducido al español por FESABID. Ese posicionamiento defiende que el PDC es lícito en varios países, y recomienda evaluar las condiciones a nivel nacional para confirmarlo. Por ello, FESABID ha publicado un dictamen que analiza el marco jurídico español, y que nos permite subrayar nuevas y contundentes evidencias de que bibliotecas, archivos y museos realizan su función esencial de conservación y difusión del patrimonio y de acceso a la cultura respetando los derechos de propiedad intelectual. En palabras de Xalabarder, "el TJUE no está animando a las bibliotecas a dejar de obtener licencias en el mercado, sino simplemente amparándolas a que más allá del mercado, ellas puedan seguir cumpliendo con su finalidad de interés público, y permitirles en casos concretos ir más allá del ámbito licenciado. Justamente este es el valor de los límites legales". Ello, a pesar de la inseguridad jurídica existente en España fruto de una transposición precipitada de la Directiva Europea de los Derechos de Autor en el Mercado Único Digital, y de un historial legislativo especialmente restrictivo con los límites que protegen al sector GLAM.

Hasta la fecha, la Federación, que agrupa las asociaciones de bibliotecas, archivos y museos, ha publicado cuatro informes para facilitar la visibilidad

del sector en España. En 2019 editó “Las bibliotecas públicas en España: diagnóstico tras la crisis económica”, de Natalia Arroyo-Vázquez, Hilario Hernández-Sánchez y José Antonio Gómez-Hernández. En 2021, “Universalizar los servicios públicos en España”, de Óscar Arroyo Ortega. En 2022, “Estudio sobre los informes de transparencia (2019-2020) de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual”, de Luis Fernando Ramos Simón e Ignacio Miró-Charbonnier. El más reciente, que ahora presentamos, cuenta con el respaldo de un nuevo actor de nuestro ecosistema: el programa Knowledge Rights 21 (KR21), un programa europeo centrado en lograr cambios en la legislación y las políticas europeas para facilitar el acceso al conocimiento como vehículo esencial para la educación, la innovación y la participación cultural, mediante bibliotecas y archivos.

Como presidente de la Junta Directiva de FESABID electa en 2022, reivindico con orgullo los frutos del asociacionismo en nuestro sector: las Jornadas Españolas de Información y Documentación, como lugar de encuentro de profesionales y organizaciones del sector; la tarea persistente de los grupos de trabajo en la defensa de los intereses del colectivo profesional; el Clúster FESABID como herramienta de acción coordinada, en el que las organizaciones del sector privado y público, debaten y consensuan una posición conjunta frente a los retos del sector. Y, por supuesto, la publicación de informes de interés del sector. Confío que el presente documento sea de ayuda para que bibliotecas de toda índole, archivos, museos y servicios análogos, puedan seguir cumpliendo con sus funciones al servicio de las personas: el derecho a la educación, el derecho a tomar parte en la vida cultural de su comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. Son derechos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, plenamente vigentes en la actualidad.

Presidente de FESABID



Francesc Xavier González Cuadra

## Resumen

---

El Préstamo Digital Controlado, en adelante PDC, ha sido objeto de análisis en los últimos años. Consiste en la práctica de prestar bajo ciertas condiciones un ejemplar digitalizado de una obra literaria, artística o científica que se encuentra en los fondos de la institución. Este servicio contribuye a cumplir la misión de las bibliotecas de apoyar a la investigación, la educación y la participación cultural, teniendo en cuenta los límites de las leyes existentes en propiedad intelectual.

Los antecedentes inmediatos se sitúan en 2016, cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) confirmó que, en base al derecho de propiedad intelectual europeo, un libro electrónico es equiparable a un libro analógico, y que por lo tanto se puede prestar en las mismas condiciones: no más de una copia por usuario de forma simultánea y durante un tiempo limitado. Mientras se respete esta condición, el préstamo está amparado bajo un límite a la propiedad intelectual. Es decir, no requiere autorización del titular de derechos, aunque está sujeto a remuneración.

Para el préstamo digital de más de una copia por usuario es necesario disponer de autorización, que a menudo se formaliza a través de una licencia entre biblioteca y editorial. La licencia, sujeta a contraprestación, permite dar acceso al libro electrónico bajo los términos establecidos por la institución editora. Los mercados de licencias pueden ser una forma natural para dar acceso a las obras en el entorno digital, y el PDC viene a suplir las deficiencias del mercado cuando existan.

En el informe, la catedrática Raquel Xalabarder analiza dos casos del TJUE relevantes para el préstamo digital controlado. El primero (*Vereniging Openbare Bibliotheken v. Stichting Leenrecht*, C-174/15, 2016) confirma que un libro electrónico mantiene su condición de libro, y que por lo tanto se puede prestar al amparo del límite de préstamo público, siempre que sea “en condiciones comparables” al préstamo de libros impresos: una copia a un usuario a la vez. El segundo (*Technische Universität Darmstadt v. Eugen Ulmer*, C-117/13, 2014) confirma la posibilidad de ampararse en más de un límite para realizar una actividad: por ejemplo, realizar una copia para fines de conservación y ponerla a disposición del público a través de terminales especializados. La autora también revisa el alcance que tienen los límites para la conservación y para el préstamo a nivel español. En base a esta jurisprudencia y a tenor de los límites a los derechos de autor en favor de bibliotecas, archivos y museos, muy consolidados en la legislación española, el informe establece que existe base legal para llevar a cabo el PDC en España.

Por último, el dictamen recomienda que se reforme la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar a la legislación española de forma clara diversos conceptos de derecho europeo para una mayor seguridad jurídica en las prácticas de bibliotecas, museos y archivos.



## Summary

---

The Controlled Digital Lending (CDL) has been the subject of analysis in recent years. It involves, under certain conditions, the practice of lending a digitized copy of a literary, artistic, or scientific work that is part of an institution's collection. This service contributes to fulfilling the mission of libraries to support research, education, and cultural participation, while considering the limits of existing intellectual property laws.

The immediate background dates back to 2016 when the European Court of Justice (ECJ) confirmed that, based on European intellectual property rights, an electronic book is equivalent to a physical book, and therefore can be lent under the same conditions: not more than one copy per user simultaneously and for a limited time. As long as this condition is respected, the lending falls within the bounds of intellectual property limitations. In other words, it doesn't require the rights holder's authorization, although it is subject to compensation.

For digital lending of more than one copy per user, authorization is necessary, often formalized through a license between the library and the publisher. The license, subject to compensation, allows access to the electronic book under terms established by the publishing institution. License markets can be a natural way to provide access to works in the digital environment, and CDL addresses market deficiencies when they exist.

In the report, Professor Raquel Xalabarder analyzes two ECJ cases relevant to controlled digital lending. The first case (*Vereniging Openbare Bibliotheken v. Stichting Leenrecht*, C-174/15, 2016) confirms that an e-book retains its status as a book, and therefore can be lent under the public lending exception, as long as it is "under comparable conditions" to the lending of printed books: one copy to one user at a time. The second case (*Technische Universität Darmstadt v. Eugen Ulmer*, C-117/13, 2014) confirms the possibility of relying on more than one exception to carry out an activity, for example, making a copy for preservation purposes and making it available to the public through specialized terminals. The author also reviews the scope of conservation and lending limits under Spanish law. Based on this jurisprudence and in light of well-established limitations on copyright in favor of libraries, archives, and museums in Spanish legislation, the report establishes that there is a legal basis for implementing CDL in Spain.

Finally, Professor Xalabarder recommends that the Spanish Intellectual Property Law must be reformed to clearly incorporate various concepts of European law into Spanish legislation, aiming for greater legal certainty in the practices of libraries, museums, and archives.



informe fesabid

# **Bibliotecas y límites en el contexto digital. El préstamo digital controlado en España.**

Bibliotecas, archivos y museos juegan un **rol fundamental** en el acceso a la cultura y la promoción de la ciencia y la investigación.

Para ello, las leyes de derecho de autor han previsto tradicionalmente **límites a favor de bibliotecas, museos y archivos**, autorizando ciertos actos de explotación de obras, sin necesidad de contar con la autorización de los titulares de derechos. Los límites previstos en el Art.37 TRLPI dan fe de la misión que cumplen estas instituciones y hacen posible (deben hacer posible) que el ejercicio del derecho de autor y derechos conexos no se convierta en un obstáculo para el cumplimiento de tales fines de interés público.

En la ley española, **las bibliotecas se benefician de varios límites recogidos en el Art.37 TRLPI**. En concreto, un límite para realizar actos de reproducción para fines de investigación y conservación; otro para realizar actos de préstamo público; y finalmente, otro para la puesta a disposición del público a través de terminales especializados situados en sus instalaciones. Disposiciones todas ellas pensadas para un contexto de bibliotecas tradicionales, físicamente localizables y accesibles. Como no puede ser de otra manera, las tecnologías digitales han incidido de forma decisiva en el funcionamiento de las bibliotecas, y éstas quieren poder seguir prestando su servicio público más allá del mundo analógico también en el mundo digital. Ello se ha demostrado no solo deseable, sino necesario, en el reciente contexto de pandemia vivido a nivel mundial.

A lo largo de los años, los editores han ido ampliando la concesión de licencias de publicaciones en formatos digitales. Los mercados licenciados son, como siempre, el modelo natural y más eficiente para la explotación de obras y prestaciones. De hecho, la evolución de los formatos de explotación digital está desplazando los ejemplares tangibles a favor de **ejemplares digitales “licenciados”** (ya sea e-books, bases de datos, o servicios de streaming de contenidos musicales o audiovisuales) y, *de facto*, está reduciendo la necesidad de que las bibliotecas se amparen en los límites legales. En concreto, en cierta medida, los formatos de explotación “licenciados” han transformado (por no decir, socavado) el rol de las bibliotecas en la prestación de los servicios de interés público que tienen asignados, poniendo así en peligro el delicado equilibrio de intereses que los límites legales persiguen.

Por otra parte, a pesar del creciente número de contenidos en formato digital, las bibliotecas no siempre pueden hacer frente a **los precios de licencia** establecidos por los titulares de derechos. Con frecuencia, las bibliotecas se ven obligadas a “comprar” (en verdad, obtener licencias de acceso) a grandes catálogos editoriales “empaquetados”, en lugar de poder elegir el acceso solo a los títulos deseados.

En un contexto de evolución tecnológica y de transición de los mercados, el reto está en decidir **cómo encajan los formatos digitales de explotación dentro del alcance de los límites legales previstos a favor de las bibliotecas**. Preguntas tales como: ¿hasta qué punto las bibliotecas están obligadas a adquirir nuevos ejemplares o licencias de acceso a contenidos digitales, y hasta dónde pueden ampararse en los límites y excepciones vigentes en la ley también para escanear y prestar en formato digital obras y prestaciones en sus catálogos?. Qué nivel de integración pueden jugar tales límites: ¿una copia realizada para fines de conservación al amparo del 37.1 TRLPI puede ponerse a disposición del público en terminales especializados al amparo del 37.3 TRLPI?

Bibliotecas, archivos y museos han de poder utilizar las tecnologías digitales para realizar actos de

conservación de las obras y prestaciones en sus fondos institucionales; han de poder poner a disposición de sus usuarios servicios de obtención de documentos (SOD) que permitan la obtención de copias para fines de investigación y su envío en formato digital al usuario que la requiere; han de poder ampliar el servicio de préstamo público de las obras en su catálogo también en modalidad digital (*i.e.* e-books) y ponerlas a disposición del público a través de terminales especializados en sus dependencias. Todo ello, ha de ser posible **en el marco de los límites existentes en cada ley nacional** de propiedad intelectual. La interpretación y aplicación de tales límites debe responder al objetivo de que bibliotecas, museos y archivos puedan cumplir con su misión pública de fomentar la investigación, la educación y el acceso a la cultura por parte de la ciudadanía.

El camino no es —no está siendo— fácil. Por una parte, porque contamos con **límites nacionales no uniformes y pensados para un contexto de bibliotecas tradicionales, físicamente localizables y accesibles** cuya aplicación a formatos digitales genera incertidumbre e incluso una cierta aversión al riesgo por parte de las instituciones responsables. Por otra, la implementación de **medidas tecnológicas de protección (MTP)**, que permiten controlar el acceso y la realización de copias de obras y prestaciones, viene también a restringir drásticamente —tanto *de facto* como *de iure*— el alcance de los límites legalmente previstos a favor de bibliotecas, museos y archivos, y ponen en cuestión la posibilidad de dar cumplimiento a su misión de servicio público.

Para que bibliotecas, archivos y museos puedan **seguir prestando su misión de servicio público**, su actividad no puede dejarse exclusivamente en manos del sector privado, y de los titulares de derechos. **Los límites legales deben seguir dibujando el necesario equilibrio de intereses en el marco de los nuevos mercados digitales.** Es necesario asegurar que los límites legalmente previstos permitan a estas instituciones desarrollar su actividad también en el ámbito digital, de forma efectiva, evitando contravenir la explotación normal de las obras y prestaciones, y sin causar un perjuicio injustificado a los intereses de sus titulares. En concreto, el préstamo digital controlado, sujeto a la correspondiente compensación, permite ofrecer una vía alternativa a la oportunidad de las licencias a contenidos digitales.

En este momento de transformación tecnológica y de transición de mercados, los diferentes países de la UE han ido revisando y adaptando el alcance de sus límites nacionales a la luz del ámbito de discrecionalidad que permiten las diferentes Directivas del *acquis* comunitario y, en especial, de la jurisprudencia del TJUE que las interpreta de forma uniforme en toda la UE. España no debería ser distinta.

Este es, precisamente, el **objetivo de este informe**: por un lado, analizar las disposiciones legales en la ley nacional a favor de bibliotecas, archivos y museos, e interpretarlas a la luz del derecho internacional y comunitario; y, por otro, identificar los cambios necesarios en la ley nacional para adaptarlas a este nuevo contexto tecnológico y de mercado, y asegurar que estas instituciones puedan seguir cumpliendo con su misión de servicio público.

Para ello, este informe se organiza en cuatro capítulos: una primera aproximación introductoria al sistema de límites del Art.37 TRLPI y su encaje en el marco de la armonización de la UE y, en concreto, de la jurisprudencia del TJUE (I); un análisis del límite para fines de investigación y conservación del Art.37.1 TRLPI (II); un análisis del límite de préstamo público y el encaje del préstamo digital controlado en el Art.37.2 TRLPI (III); para acabar con unas cuantas reflexiones y conclusiones (IV).





informe fesabid

# Límites nacionales y su armonización en la UE

El derecho de acceso a la información (Art.20 Constitución Española) y el de acceso a la cultura (Art.44 CE) se configuran como las principales justificaciones de los **límites recogidos en el Art.37 TRLPI** a favor de bibliotecas, museos y archivos. El interés del público se convierte así en un límite: ciertos actos de explotación van a poder llevarse a cabo por parte de tales instituciones sin que los titulares de derechos puedan oponerse a ello –máxime, en algunos casos, cuando se prevé un derecho de compensación o remuneración a cambio– .

En esto consisten los límites: una autorización legal de ciertos actos de explotación, una excepción al poder de “autorizar o prohibir” actos de explotación que los derechos exclusivos confieren al titular.

Los **límites y excepciones del Art.37 TRLPI**, al igual que muchos otros límites nacionales, se han visto esculpidos directamente por el proceso de armonización de leyes que ha tenido lugar en la UE. En concreto, tres han sido las directivas con mayor efecto en este ámbito: la Directiva sobre alquiler y préstamo (DAP, 1992 y 2006)<sup>2</sup>, la Directiva sobre Derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI, 2001)<sup>3</sup> y, más recientemente, la DDAMUD (2019).<sup>4</sup>

*Artículo 37. Reproducción, préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos.*

**1.** *Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación.*

**2.** *Asimismo, los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán autorización de los titulares de derechos por los préstamos que realicen.*

*Los titulares de estos establecimientos remunerarán a los autores por los préstamos que realicen de sus obras en la cuantía que se determine mediante Real Decreto. La remuneración se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.*

*Cuando los titulares de los establecimientos sean los Municipios, la remuneración será satisfecha por las Diputaciones Provinciales. Allí donde no existen, la remuneración será satisfecha por la Administración que asume sus funciones.*

*Quedan eximidos de la obligación de remuneración los establecimientos de titularidad pública que presten servicio en municipios de menos de 5.000 habitantes, así como las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español.*

<sup>2</sup> Directiva 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2006-82664>

<sup>3</sup> Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-81549>

<sup>4</sup> Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. <https://www.boe.es/doue/2019/130/L00092-00125.pdf>



*El Real Decreto por el que se establezca la cuantía contemplará asimismo los mecanismos de colaboración necesarios entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales para el cumplimiento de las obligaciones de remuneración que afecten a establecimientos de titularidad pública.*

**3.** *No necesitará autorización del autor la comunicación de obras o su puesta a disposición de personas concretas del público a efectos de investigación cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto en los locales de los establecimientos citados en el anterior apartado y siempre que tales obras figuren en las colecciones del propio establecimiento y no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir una remuneración equitativa.*

La interpretación y aplicación de estos límites queda sujeta a la **regla de los tres pasos** recogida en el Art.40bis TRLPI y el Art.5.4 DDASI (2001):

**Art.40bis TRLPI:** *Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.*

**Art.5.4 DDASI (2001):** *Las excepciones y limitaciones ... únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.*<sup>5</sup>

Esta regla hermenéutica sugiere una interpretación “restrictiva” del alcance de los límites, para evitar vaciar de contenido los derechos de explotación que la ley otorga a autores y titulares. Sin embargo, como veremos, no es este el único criterio que debe guiar la interpretación y aplicación de los límites.

Por otra parte, estos límites pueden verse “desplazados” mediante la implementación de **medidas tecnológicas de protección (MTP)**, cuando una medida tecnológica impida la realización de actos que han sido expresamente permitidos por la ley (bajo el límite correspondiente). La DDASI (2001) estableció un sistema (interfaz) para asegurar que al menos algunos límites (entre ellos los que ahora nos ocupan) quedarían asegurados frente al uso de medidas tecnológicas, pero también acordó que este sistema (interfaz) no sería de aplicación cuando los contenidos (obras y prestaciones) habían sido accesibles a través de un contrato online (licencia en línea).<sup>6</sup> Con el legítimo objetivo de hacer posible el desarrollo de nuevos mercados digitales, se encorsetó (¿excesivamente?) la eficacia de los límites legalmente previstos que, *de facto*, van a ceder frente a las MTP establecidas por los titulares de derechos.

Para reequilibrar el sistema, y asegurar que los límites van a seguir cumpliendo con sus objetivos de interés público también en el contexto digital, el TJUE ha venido realizando una constante labor de interpretación que va más allá de la armonización concretada en el texto normativo de las Directivas.

En concreto, el aspecto más relevante ha sido la técnica del **“concepto autónomo derecho de la Unión”** según la cual, el **TJUE** (y no los Estados miembros) es el encargado de interpretar y establecer, **de forma uniforme**

<sup>5</sup> El hecho de que el Art.40bis TRLPI sólo recoja dos de los tres pasos se explica por el hecho de que fue redactado con anterioridad a la concreción de la regla en el Art.5.4 DDASI (2001). El Art.40bis TRLPI proviene concretamente de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, que implementa la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, cuyo Art.6.3 recogía esta regla *verbatim* con solo dos pasos, refiriéndose a la interpretación de los límites concretos que venían establecidos en los apartados 1 y 2 del Art.6, haciendo así innecesaria la referencia al primer paso (que va claramente dirigido al legislador nacional a la hora de introducir nuevos límites).

<sup>6</sup> Véase Art.6.4 DDASI (2001) y Art.161.1(f) TRLPI

en toda la UE, el significado y alcance de aquellas disposiciones contenidas en una Directiva que no remitan directamente al ordenamiento de un Estado miembro y que no tengan una definición establecida en la propia Directiva. Así pues, el TJUE ha definido, entre otros, conceptos tales como “obra”, “originalidad”, “público”, “reproducción”, “remuneración equitativa”, “compensación equitativa”, “parodia” o “préstamo público”.

A falta de definición de un concepto en una Directiva, el TJUE determina su significado y lo hace aplicando típicos criterios hermenéuticos, entre los que cabe destacar:

- ✓ Principio de interpretación restrictiva de los límites y excepciones, en aplicación de la regla de los tres pasos recogido en el Art.5.4 DDASI; pero confirmando que no es éste el único criterio aplicable.<sup>7</sup>
- ✓ Principio de proporcionalidad o “justo equilibrio” entre los derechos e intereses del autor y otros derechos o interés público.<sup>8</sup>
- ✓ Principio teleológico (la disposición debe servir para cumplir los objetivos que se persiguen con ella).<sup>9</sup>
- ✓ Principio de interpretación en conforme (las disposiciones comunitarias deben interpretarse de acuerdo con el derecho internacional, y a su vez, las disposiciones nacionales deben interpretarse de acuerdo con el derecho comunitario).<sup>10</sup>
- ✓ El sentido habitual del término y el contexto en que se integra.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Vid. por todos, TJUE sentencia de 4.10.2011, Football Association Premier League y otros (C 403/08 y C 429/08), EU:C:2011:631, # 162-163: “Según la jurisprudencia, los requisitos que se acaban de enumerar deben ser objeto de interpretación estricta, dado que el artículo 5, apartado 1, de la citada Directiva constituye una excepción a la regla general que ésta establece y que exige que el titular de los derechos de autor autorice toda reproducción de una obra suya protegida (sentencia Infopaq International, antes citada, apartados 56 y 57). Ahora bien, la interpretación de dichos requisitos debe permitir salvaguardar el efecto útil de la excepción así establecida y respetar su finalidad tal como ésta resulta, en particular, del trigésimo primer considerando de la Directiva sobre los derechos de autor y de la Posición común (CE) n° 48/2000, de 28 de septiembre de 2000, aprobada por el Consejo con vistas a la adopción de la citada Directiva (DO C 344, p. 1)”.

<sup>8</sup> Vid. TJUE sentencia de 3.09.2014, Deckmyn v. Vandersteen (C-201/13), ECLI:EU:C:2014:2132, # 26: “pretenden mantener un «justo equilibrio» entre los derechos e intereses de los autores, por un lado, y los de los usuarios de prestaciones protegidas, por otro”. Vid. también TJUE sentencia de 21.10.2010, Padawan v. SGAE (C-467/08), EU:C:2010:620, #43; TJUE sentencia de 1.11.2011, Painer v. Standard VerlagsGmbH y otros, (C 145/10), EU:C:2011:798, #132.

<sup>9</sup> Vid. TJUE sentencia de 3.09.2014, Deckmyn v. Vandersteen (C-201/13), ECLI:EU:C:2014:2132, # 23; TJUE sentencia de 4.10.2011, Football Association Premier League y otros (C 403/08 y C 429/08), EU:C:2011:631, # 163.

<sup>10</sup> Vid. TJUE sentencia de 29.01.2008, Promusicae v. Telefónica (C-275/06) ECLI:EU:C:2008:54; TJUE sentencia de 1.12.2011, Painer v. Standard VerlagsGmbH; (C-145/10) ECLI:EU:C:2011:798; TJUE sentencia de 4.10.2011, Football Association Premier League y otros (C 403/08 y C 429/08) EU:C:2011:631; TJUE sentencia de 7.12.2006, SGAE v. Rafael Hoteles (C-306/05) ECLI:EU:C:2006:764.(DO C 344, p. 1)”.

<sup>11</sup> Vid. por todos, TJUE sentencia de 3.09.2014, Deckmyn v. Vandersteen (C-201/13), ECLI:EU:C:2014:2132 #21: “No se desprende del sentido habitual del término «parodia» en el lenguaje corriente, ni tampoco ... del tenor del artículo 5, apartado 3, letra k), de la Directiva 2001/29 que este concepto se supedita a los requisitos mencionados por el órgano jurisdiccional remitente en su segunda cuestión, que hacen referencia a la necesidad de que la parodia tenga un carácter original propio, más allá de la presencia de diferencias perceptibles con respecto a la obra original parodiada, pueda razonablemente atribuirse a una persona que no sea el propio autor de la obra original, incida sobre la propia obra original o mencione la fuente de la obra parodiada” y # 24: “Por lo tanto, el hecho de que el artículo 5, apartado 3, letra k), de la Directiva 2001/29 constituya una excepción no tiene por consecuencia reducir el ámbito de aplicación de esta disposición mediante requisitos, como los enumerados en el apartado 21 de la presente sentencia, que no se desprenden ni del sentido habitual del término «parodia» en el lenguaje corriente, ni del tenor de dicha disposición”.

Así pues, la interpretación del alcance de los límites debe realizarse “conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, teniendo también en cuenta el contexto en el que se utiliza y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte”<sup>12</sup>. Además, aprovecha también el TJUE para realizar una ponderación de intereses en conflicto, especialmente cuando se trata de ponderar la protección del derecho de autor frente a la de otros derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión, la intimidad, o el acceso a la cultura.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Vid. por todos, TJUE sentencia de 3.09.2014, Deckmyn v. Vandersteen (C-201/13) ECLI:EU:C:2014:2132, # 19: “véase, en este sentido, la sentencia Diakité, C 285/12, EU:C:2014:39, apartado 27 y jurisprudencia citada”.

<sup>13</sup> En general, vid. GOTZEN.





informe fesabid

# **Actos de reproducción para fines de conservación e investigación (Art.37.1 TRLPI)**

La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 ya recogía el límite para fines de investigación, en estos términos:

*Artículo 37*

*Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos, de titularidad pública o integradas en Instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación.*

El TRLPI de 1996 lo convirtió en el Art.37.1 (al introducir en el apartado 2 el límite de préstamo público introducido por la Ley 43/1994, de transposición de la Directiva 92/100/CE de alquiler y préstamo) pero sin modificar su redactado. No fue hasta la Ley 23/2006, de transposición de la Directiva DDASI (2001) que se incorporaron los fines de conservación en el Art.37.1 TRLPI (y se añadió el tercer apartado sobre terminales especializados).

## 1. El doble límite del Art.37.1 TRLPI

De acuerdo con el Art.37.1 TRLPI:

**1.** *Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación.*

Este artículo encuentra su homónimo en el Art.5.2(c) DDASI (2001):

**2.** *Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:*

**c)** *en relación con **actos específicos de reproducción** efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto;*

### a) De obras y prestaciones protegidas

Se autoriza la realización de copias (actos de reproducción) de **obras de todo tipo**: libros y revistas, publicaciones periódicas, obras de arte, obras audiovisuales y musicales, etc. Por extensión (Art.132 TRLPI),<sup>14</sup> esta autorización legal alcanza también el uso de **prestaciones protegidas** bajo el Libro II, tales como las meras fotografías, los fonogramas o las grabaciones audiovisuales.

Tales obras y prestaciones deben estar **depositadas** en las entidades beneficiarias o formar parte de sus fondos.

<sup>14</sup> Artículo 132 TRLPI: "Aplicación subsidiaria de las disposiciones del Libro I. Las disposiciones contenidas en el artículo 6.1, en la sección 2.ª del capítulo III, del Título II y en el capítulo II del Título III, salvo lo establecido en el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 37, ambos del Libro I de la presente Ley, se aplicarán, con carácter subsidiario y en lo pertinente, a los otros derechos de propiedad intelectual regulados en este Libro".

Los **programas de ordenador y las BBDD** disponen de límites específicos a favor del “usuario legítimo” (Art.100 y Art.34 TRLPI). Aunque es debatible,<sup>15</sup> nada impide que se puedan beneficiar también del Art.37.1 TRLPI. Por ejemplo, el Art.34.2b) TRLPI ya permite las copias para fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica; pero nada impediría que se pudieran hacer copias de una base de datos para fines de conservación. Igualmente, más allá de las copias de seguridad permitidas por el Art.100.2 TRLPI y las copias realizadas para fines de interoperabilidad e ingeniería inversa o de descompilación (Art.100.3 y 4 TRLPI), nada impediría realizar una copia de programas de ordenador para fines de investigación en virtud del Art.37.1 TRLPI.

La **exigencia de divulgación previa** también deja margen para la reflexión. En principio, tratándose de obras que se encuentran en el catálogo de una biblioteca, tiene lógica entender que habrán sido lícitamente divulgadas y, por lo tanto, parece lógico exigir la divulgación previa de las obras y prestaciones que pueden ser objeto de reproducción para fines de investigación y conservación. Sin embargo, el concepto se diluye cuando se trata de obras y prestaciones disponibles en “fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos”: previsiblemente muchas de ellas sean obras o prestaciones inéditas, que no han sido divulgadas previamente. En tales casos, no tendría sentido excluirlas del alcance del Art.37.1 TRLPI, ya que con ello se estaría restringiendo gravemente las oportunidades de investigación e incluso la necesidad de conservación que merecen.<sup>16</sup> Si la ley no lo exige, no debería exigirlo tampoco su interpretación.

De hecho, es muy posible que algunas de las obras o prestaciones objeto de reproducción para fines de conservación o de investigación sean **“obras huérfanas”**. La Directiva 2012/28/UE, de 25 de octubre, sobre ciertos usos permitidos de obras huérfanas, permite a bibliotecas, museos y archivos públicos digitalizar y poner a disposición del público en Internet aquellas “obras huérfanas” —de autor desconocido o ilocalizable— que tengan en sus colecciones tras haber realizado una “búsqueda diligente” sin que se haya localizado al titular, y salvaguardando la posibilidad de que éste aparezca en cualquier momento y ponga fin a esta difusión. Su transposición se hizo en el **Art.37bis TRLPI** por Ley 21/2014.

## b) Actos de reproducción en cualquier formato o soporte

La reproducción puede realizarse **en cualquier formato o soporte**, y dependerá en gran medida del tipo de obra de que se trate; por ejemplo, fotocopia, pero también escaneado o copia digital.<sup>17</sup> En la medida que no comporta una transformación de la obra o prestación, el escaneado supone un simple acto de reproducción.

De nuevo, donde no distingue la ley, no debería distinguir su interpretación, aceptando así la reproducción en cualquier formato, siempre en condiciones que sean respetuosas con la regla de los tres pasos (Art.40bis TRLPI).

Nada se dice respecto a **quien debe realizar la copia**. Puede ser el personal de la entidad beneficiaria o, directamente, el investigador a través del equipamiento que la entidad ponga a su servicio para ello. Aquí

<sup>15</sup> En contra, LOPEZ MAZA, *op.cit.*, 729: “En la medida que este tipo de obras tienen un régimen especial de límites, no cabe aplicarles el recogido en el artículo 37.1 LPI”.

<sup>16</sup> Por ejemplo, la Sec.43 Copyright Act del Reino Unido permite la copia de obras no divulgadas previa declaración, por parte de quien la solicita, de que se va a destinar exclusivamente a fines de estudio privado o de investigación. En contra, algunos autores se decantan por exigir la divulgación previa para el límite del Art.37.1 TRLPI: *vid.* LOPEZ MAZA, *op.cit.*, p.720

<sup>17</sup> *Vid.* por todos, CARBAJO CASCON, p.170: “abarcará todas las técnicas de reproducción que tengan a su disposición las distintas instituciones beneficiarias (cfr. reprográficas, fotográficas, microfilmación, mecánicas, digitales, etc)”.

será necesario distinguir las copias realizadas al amparo de este límite, de las copias privadas realizadas al amparo del límite de copia privada y sujeta a compensación (Arts.31.2 y 25 TRLPI), e incluso de la llamada "copia pública" que exige la correspondiente licencia.<sup>18</sup>

El Art.37.1 TRLPI solo permite la realización de copias (actos de reproducción) de obras. A pesar de que no se refiere a ello formalmente, se entiende que este límite ampara también la entrega de la copia realizada al investigador, ya sea *in situ* o enviándola por fax o correo postal. Ello resulta de la aplicación del principio de interpretación teleológico: realizar aquella interpretación que permita, en el caso concreto, cumplir con la finalidad del límite.

Menos pacífica es la cuestión de si la copia realizada al amparo de esta disposición puede ser entregada al investigador que la ha propiciado en formato digital, por ejemplo, a través de un mensaje de correo electrónico. Es el denominado **SOD: servicio de obtención de documentación**, que prestan la mayoría de las bibliotecas, desde antes de la llegada de las tecnologías digitales.

Aquí la doctrina está dividida: hay quienes opinan que no queda cubierto el envío de copias de una obra a un investigador a través de correo electrónico;<sup>19</sup> hay quienes opinan que sí.<sup>20</sup> En la práctica, varios motivos nos decantan por esta segunda interpretación, **a favor de permitir el SOD al amparo del Art.37.1 TRLPI**.

En primer lugar, por el principio de **neutralidad tecnológica**. Si el alcance del límite permite también la entrega al investigador, en formato analógico, *in situ* o por envío, ello también debería permitirse en formato digital: para que la interpretación del límite (al cubrir tanto el derecho de reproducción como el de distribución) tenga el mismo alcance en cualquier formato. En la medida que los fines de investigación justifican la copia en cualquier formato, no tiene sentido permitir las copias en formato digital, pero solo permitir su entrega al investigador cuando se trate de copias en formato analógico.

De acuerdo con el Art.5.4 DDASI (2001), los Estados miembros podrán establecer estas mismas excepciones o limitaciones previstas para el derecho de reproducción (Arts.5.2 y 5.3 DDASI) al derecho de distribución (definido en el Art.4 DDASI, Art.19 TRLPI)<sup>21</sup> "siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado". Una **interpretación teleológica** del límite (para cumplir la finalidad del mismo) justifica, pues, que la copia realizada para fines de investigación llegue a quien la ha motivado.

Admitido que la "entrega" de la copia al investigador queda también amparada bajo el Art.37.1 TRLPI no haría falta acudir a otra justificación. Sin embargo, alternativamente podría cuestionarse si enviar una copia por fax, correo postal o incluso electrónico puede calificarse de acto de distribución "al público," tal

<sup>18</sup> Por ejemplo, si el investigador toma el ejemplar de la obra en préstamo (o la obtiene de otro establecimiento) y realiza una copia con sus propios medios, se calificará de copia privada a los efectos del Art.31.2 TRLPI; en cambio, si realiza la copia a través de un servicio de reprografía, estaremos ante el supuesto de "copia pública" licenciada. Véase las licencias que ofrece CEDRO para bibliotecas, y para establecimientos reprográficos, entre otras:

<https://www.cedro.org/usuarios/licencias-de-derechos-de-autor/licencia-anual/instituciones/bibliotecas-y-centros-de-documentacion>;  
<https://www.cedro.org/usuarios/licencias-de-derechos-de-autor/licencia-anual/empresas/establecimientos-reprograficos>

<sup>19</sup> Vid. GARROTE (2019), *op.cit.*, pp.447: al calificarlo de acto de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición del público que cae fuera del alcance del límite; LOPEZ MAZA, *op.cit.*, pp. 720: entiende incluida el envío por fax o correo postal pero no digital.

<sup>20</sup> Vid. CARBAJO CASCÓN, *op.cit.*, p.188

<sup>21</sup> El Art.4 DDASI (2001) define el derecho de distribución como "el derecho exclusivo de autorizar o prohibir toda forma de distribución al público, ya sea mediante venta o por cualquier otro medio". Este derecho "se agotará en la Comunidad ... [cuando se realice] en ella la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad del objeto por el titular del derecho o con su consentimiento".



como **el concepto de “público”** ha sido definido por el TJUE,<sup>22</sup> en el sentido de ser **“indeterminado y substancial”**:

- indeterminado, en el sentido de “personas en general” que potencialmente puedan acceder a la obra, por oposición a “individuos pertenecientes a un grupo privado” (por ejemplo, individuos con vinculación familiar, o comunicación que se realiza en un entorno doméstico) incluido el “público sucesivo” (por ejemplo, que va accediendo a las habitaciones de hotel);
- substancial, en el sentido de comprender “un número considerable de personas” por oposición a un número “demasiado pequeño o insignificante”. Realizar una copia para un investigador específico no encaja bien en esta definición de público.

Por supuesto, las bibliotecas deberán establecer cautelas al realizar el SOD al amparo del límite: por ejemplo, asegurar que esta copia digital no estará a disposición de otros investigadores, ya que aquí entraríamos en el alcance del derecho de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición (Art.20.2(i) TRLPI) acto de explotación que, claramente, caería fuera del alcance del límite. Si la copia realizada para fines de investigación o conservación fuera subsiguientemente puesta a disposición del público (de un público, indeterminado y substancial) a través de internet, esto es precisamente lo que prohíbe el Cons.40 DDASI: “Tal excepción o limitación no debe aplicarse a las utilizaciones realizadas en el contexto de la entrega en línea de obras o prestaciones protegidas”.

En cuanto a la **extensión de la copia permitida**, y a pesar de que el Art.37.1 TRLPI no establece ninguna restricción en este sentido, la extensión de la copia deberá ajustarse a “la medida justificada por la finalidad perseguida”<sup>23</sup>. En el caso de la conservación, esta finalidad permitirá la reproducción de toda la obra o prestación. En el caso de la investigación, la extensión se determinará (y justificará) en función de la necesidad. En todo caso, siempre deberá tenerse en cuenta el tipo de obra o prestación y el Art.40bis TRLPI (regla de los tres pasos) que nos guiará a concluir que, por ejemplo, está permitida al amparo del Art.37.1 TRLPI la copia de un artículo de revista o de un capítulo de libro para fines de investigación, pero no el libro entero, o no todos los artículos de la revista; o que está permitida la copia entera de una obra artística... en la medida necesaria para llevar a cabo la investigación y cumplir con la regla de los tres pasos.

### c) Para fines de investigación o conservación

La reproducción debe realizarse “exclusivamente para fines de investigación o conservación”. Nuevamente, elige el legislador nacional una definición más restrictiva que la prevista en el Art.5.2.c) DDASI (2001) que simplemente se refiere a **“actos específicos de reproducción... que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto”**. Los fines de investigación y de conservación son

<sup>22</sup> Vid TJUE (8.2.2000) *EGEDA v. HOASA*, C-293/98; TJUE (7.12.2006) *SGAE v. Rafael Hoteles*, C-306/05; TJUE (15.03.2012) *SCF v. Del Corso*, C-135/10; TJUE (15.03.2012) *PPL v. Ireland*, C-162/10; TJUE (23.02.2016) *Reha Training* C-117/15.

<sup>23</sup> Este criterio de equidad se recoge tanto en el derecho internacional (*i.e.* Art.10.3 Convenio de Berna, para los límites de cita y de enseñanza), como en el derecho comunitario (*i.e.* Art.5.4 DDASI: “siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado” para extender los límites del derecho de reproducción al de distribución; Art.5.3b) personas con minusvalía; Art.5.3c) para fines informativos; Art.5.3.d) fines de cita; Art.5.3.f) discursos públicos; Art.5.3.j) catálogos) y en última instancia subyace en la regla de los tres pasos (Art.40bis TRLPI y Art.5.5 DDASI) que debe aplicarse a todos los límites.

claramente “actos específicos”, y según se haga una interpretación más o menos restrictiva de estos conceptos, el alcance del límite puede variar substancialmente.

En esta empresa, nos ayudarán tres criterios: el criterio teleológico, el de interpretación conforme y el de interpretación restrictiva (regla de los tres pasos).

### i. Fines de investigación

Bajo una interpretación exclusivamente restrictiva (regla de los tres pasos), podría entenderse que sólo los científicos y los investigadores (ya sean profesores universitarios o doctorandos, en la medida que realicen actividades de investigación) podrían quedar amparados bajo este límite; pero no los periodistas, los abogados o los estudiantes universitarios.<sup>24</sup> A nuestro entender, una interpretación restrictiva del alcance del límite a quienes realizan investigación como actividad profesional,<sup>25</sup> es contraria al interés público que se persigue con este límite y a la propia misión y función social que tienen las entidades beneficiarias del mismo.

Por este motivo, nos decantamos a favor de una interpretación teleológica del límite para “fines de investigación” que permita “salvaguardar el efecto útil de la excepción establecida y respetar su finalidad”.<sup>26</sup>

Más aún, una interpretación “conforme” nos llevaría incluso a superar la exigencia formal de los fines de investigación, ya que el límite del Art.5.3.c) DDASI (2001) sólo se refiere a “actos específicos de reproducción...”. Así, por ejemplo, en el caso *Deckmyn*, el TJUE definió el concepto de parodia en función del “sentido habitual del término... en el lenguaje corriente” (#24) y “del objetivo que persigue [el límite] (#25)”.<sup>27</sup> Y una vez definido, concluyó que al tratarse de un “concepto autónomo de derecho comunitario,” la ley nacional debe ajustarse a esta definición y no puede exigir otros requisitos más restrictivos (en el caso concreto, rechazando la exigencia que la obra resultante sea a su vez una obra original, tal como disponía el límite de parodia de la ley belga).<sup>28</sup>

De hecho, en el caso *Darmstadt*,<sup>29</sup> el TJUE admitió que al amparo del límite de conservación del Art.5.2.c) DDASI (2001) se realicen “actos específicos de reproducción” a los efectos de hacer posible la efectividad de otro límite: la puesta a disposición a través de terminales especializados del Art.5.3.n) DDASI (2001). No se trata de amparar “una digitalización de la totalidad de sus colecciones”

<sup>24</sup> Vid. LOPEZ MAZA, *op.cit.* p.724: “solo las copias realizadas por los investigadores debidamente acreditados podrán acogerse”.

<sup>25</sup> Vid. MARTIN SALAMANCA, *op.cit.* p.348: “no hay motivos para acotar la investigación como una actividad exclusiva de quienes la practican como elemento profesional”.

<sup>26</sup> Vid. TJUE sentencia de 3.09.2014, *Deckmyn v. Vandersteen* (C-201/13), ECLI:EU:C:2014:2132 # 23: “En efecto, la interpretación del concepto de parodia debe, en cualquier caso, permitir salvaguardar el efecto útil de la excepción establecida y respetar su finalidad”. Vid. también TJUE sentencia de 21.10.2010, *Padawan v. SGAE* (C-467/08), EU:C:2010:620, #43; TJUE sentencia de 1.11.2011, *Painer v. Standard VerlagsGmbH y otros*, (C 145/10), EU:C:2011:798, #132.

<sup>27</sup> Vid. TJUE sentencia de 3.09.2014, *Deckmyn v. Vandersteen* (C-201/13), ECLI:EU:C:2014:2132 # 25: “la libertad de expresión ... consta que la parodia constituye un medio adecuado para expresar una opinión”.

<sup>28</sup> Vid. TJUE sentencia de 3.09.2014, *Deckmyn v. Vandersteen* (C-201/13), ECLI:EU:C:2014:2132 # 33: “El concepto de «parodia», en el sentido de dicha disposición, no se supedita a requisitos que impliquen la necesidad de que la parodia tenga un carácter original propio, más allá de la presencia de diferencias perceptibles con respecto a la obra original parodiada, pueda razonablemente atribuirse a una persona que no sea el propio autor de la obra original, incida sobre la propia obra original o mencione la fuente de la obra parodiada”.

<sup>29</sup> Vid. TJUE sentencia de 11.11.2014, *Technische Universität Darmstadt v. Ulmer* (C-117/13) ECLI:EU:C:2014:2196, # 45-46.

pero sí la “digitalización de algunas obras...” para hacer posible otros límites. Tendremos ocasión de analizar este caso en el capítulo III.3.b).

Otra cosa es la dificultad, si no imposibilidad, de controlar la existencia de tal finalidad de investigación. De hecho, coincidimos con MARTIN SALAMANCA a favor de la “prescindibilidad”<sup>30</sup> del control de esta finalidad y de tenerla por integrada (y cumplida) dentro del alcance ya dibujado con la identificación de las entidades beneficiarias de este límite: ya que todas ellas, al fin y al cabo, cumplen una función de interés público de facilitar el acceso a los contenidos en su posesión. En otras palabras, para dar cumplimiento al efecto útil y finalidad del límite, podríamos presumir que cualquier persona que acuda a una entidad beneficiaria para realizar una copia de obra o prestación protegida allí depositada, lo hace para fines de investigación.

Y para concluir, el concepto de “fines de investigación” debe interpretarse en el sentido de incluir también los fines docentes. Esto es así, no sólo porque el límite del Art.5.2c) DDASI lo permite (al no preestablecer unos fines específicos) y porque investigación y docencia van tan estrechamente vinculadas que en la práctica no sería factible distinguir las copias realizadas, sino también por coherencia con los límites para fines docentes recogidos en el Art.32.3 y 4 TRLPI así como con las entidades listadas en los otros apartados del Art.37 TRLPI.<sup>31</sup>

## ii. Fines de conservación

La primigenia redacción del Art.37.1 prevista en la LPI de 1987 solo incluía los fines de investigación, los fines de conservación se añadieron por la Ley 23/2006, con la transposición de la DDASI.

De nuevo, la interpretación del alcance de este concepto debe tener en cuenta, por un lado, **salvaguardar el efecto útil y finalidad del límite (principio teleológico)**: que las entidades beneficiarias puedan cumplir con su finalidad de preservar y facilitar el acceso público al patrimonio cultural; por otro, conseguir **un “justo equilibrio”** entre los intereses del autor y del público;<sup>32</sup> y finalmente, como no puede ser de otra manera, el respeto a la **regla de los tres pasos** (Art.40bis TRLPI, Art.5.4 DDASI (2001)).

Como resultado de este equilibrio de intereses, hay quien se decanta a favor de establecer requisitos acumulativos para concretar el alcance de copias de conservación permitidas al amparo del Art.37.1 TRLPI. Se proponen requisitos tales como:

- Que el ejemplar existente en la entidad beneficiaria esté deteriorado o en peligro de estarlo;
- Que la entidad no pueda adquirir un nuevo ejemplar en el mercado (por ser demasiado caro o estar descatalogado);

<sup>30</sup> Vid. MARTIN SALAMANCA, op.cit., p.349.

<sup>31</sup> Volveremos al tema en el siguiente apartado, al analizar las entidades beneficiarias.

<sup>32</sup> Vid. TJUE sentencia de 3.09.2014, *Deckmyn v. Vandersteen* (C-201/13), ECLI:EU:C:2014:2132, # 26; TJUE sentencia de 21.10.2010, *Padawan v. SGAE* (C-467/08), EU:C:2010:620, #43; TJUE sentencia de 1.11.2011, *Painer v. Standard VerlagsGmbH y otros*, (C 145/10), EU:C:2011:798, #132.

- Que la entidad no disponga de otros ejemplares o no disponga de ellos en otro formato (por ejemplo, en papel y digital).<sup>33</sup>

Se persigue con ello restringir el límite a los supuestos de ejemplares únicos en que la adquisición de nuevos ejemplares resulte muy complicada. Ello se dará fácilmente respecto de obras y prestaciones depositadas en museos, bibliotecas patrimoniales o archivos (normalmente, manuscritos o ejemplares únicos de obra o prestación), pero no tanto respecto de obras y prestaciones en bibliotecas, fonotecas o filmotecas cuyos ejemplares normalmente pueden adquirirse en el mercado.

Sin embargo, esta interpretación nos parece excesivamente restrictiva, no siendo acorde con el acervo comunitario (en concreto, el nuevo Art.6 DDAMUD, 2019) ni respetar la doctrina del TJUE (en concreto, la sentencia en el caso *Darmstadt*).

El TJUE ha rechazado expresamente tal interpretación restrictiva (y la exigencia de tales requisitos) en el caso *Darmstadt*,<sup>34</sup> donde confirma que la biblioteca universitaria puede realizar copias en formato digital (mediante escaneado) de obras impresas existentes en su catálogo (e incluso ponerlas a disposición del público a través de terminales especializados ex Art.37.3 TRLPI), aun cuando existan en el mercado e-books (ejemplares en formato digital) de tales obras puestos a disposición del público por el editor. La biblioteca no tiene obligación de adquirir nuevos ejemplares en formato digital en el mercado y puede, en virtud del límite nacional (ex Art.5.2.c DDASI, 2001) escanear el ejemplar impreso. Más aún, el TJUE avaló tal escaneado (al amparo del límite de conservación) cuando ello sea necesario para llevar a cabo otros usos legítimos, por ejemplo, la subsiguiente puesta a disposición a través de terminales especializados (al amparo del límite de terminales especializados previsto en el Art.5.3.n DDASI, 2001), de acuerdo con los siguientes literales de la sentencia Darmstadt:

**44** *Este último derecho es reconocido a tales establecimientos por el artículo 5, apartado 2, letra c), de la Directiva 2001/29, en la medida en que se trate de «actos específicos de reproducción».*

**45** *El requisito relativo al carácter específico de estos actos debe interpretarse en el sentido de que los establecimientos de que se trata no pueden, por regla general, proceder a una digitalización de la totalidad de sus colecciones.*

**46** *En cambio, dicho requisito se respeta en principio cuando la digitalización de algunas de las obras de una colección es necesaria para un «uso [consistente] en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados», según los términos del artículo 5, apartado 3, letra n), de la Directiva 2001/29.*

Además, los fines de conservación se han visto potenciados por el **nuevo límite uniforme y obligatorio recogido en el Art.6 DDAMUD (2019)**.<sup>35</sup> Este límite será objeto de estudio en el subcapítulo (3), al cual nos remitimos. Por ahora, basta mencionar que tanto el Art.6 como el considerando 27 de esta Directiva DAMUD confirman que las copias para fines de conservación se podrán realizar “en cualquier formato y en cualquier soporte”, “en cualquier momento de la

<sup>33</sup> Vid. LOPEZ MAZA, *op.cit.*, p.724.

<sup>34</sup> Vid. TJUE sentencia de 11.11.2014, *Technische Universität Darmstadt v. Ulmer* (C-117/13) ECLI:EU:C:2014:2196.

<sup>35</sup> Directiva 2019/790/UE, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.

vida de una obra u otra prestación” y que la “obsolescencia tecnológica” o la “degradación” no son requisitos para hacerla posible sino simplemente ejemplos de tal conservación. Más aún, el cons.27 expresamente permite realizar copias para utilizarlas al amparo de otros límites; tal como previamente había concluido el TJUE en el caso Darmstadt.

*Considerando 27:*

*Por tanto, es menester que los Estados miembros establezcan una excepción por la que se autorice a las instituciones responsables del patrimonio cultural a reproducir obras y otras prestaciones que se hallen con carácter permanente en sus colecciones con fines de conservación, por ejemplo para hacer frente a la obsolescencia tecnológica o la degradación de los soportes originales, o para asegurar dichas obras y otras prestaciones. Dicha excepción ha de permitir la realización de copias mediante las herramientas, medios o tecnologías de conservación adecuados, en cualquier formato o medio, en la cantidad necesaria y en cualquier momento de la vida de una obra u otra prestación, y en la medida necesaria para los fines de conservación. Los actos de reproducción llevados a cabo por las instituciones responsables del patrimonio cultural con fines distintos de la conservación de las obras y otras prestaciones que se hallen en sus colecciones permanentes deben seguir sometidos a la autorización de los titulares de derechos, a menos que estén autorizados por otras excepciones o limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión.*

Para un análisis más profundo de este nuevo límite, nos remitimos al subcapítulo (3). Por el momento, sirva todo ello para concluir a favor de una lectura teleológica y proporcionada, en lugar de exclusivamente restrictiva, del límite para fines de conservación que ampare la realización de copias de forma flexible en tanto se justifique por la finalidad legítima del uso perseguido y del interés público que satisfacen las instituciones beneficiarias.

#### d) Entidades beneficiarias

El Art.37.1 TRLPI se refiere a dos tipos de **entidades beneficiarias**: los “museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos”

- de titularidad pública
- o integradas en instituciones de carácter cultural o científico

Ello incluye, pues, tanto a entidades beneficiarias (museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos) de titularidad pública (del Estado, Comunidades Autónomas, Administración local, etc.), así como a entidades de titularidad privada que se hallen “integradas en instituciones de carácter cultural o científico”. Con ello, podrán beneficiarse del límite entidades privadas varias, destinadas a la custodia y archivo de objetos culturales, en tanto sean de acceso público (no colecciones privadas), realicen una actividad de difusión cultural o científica, y cumplan con el resto de los requisitos del precepto.

Es importante tener presente que el Art.5.2.c DDASI (2001) se refiere más generosamente a “bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos”, sin exigir que las entidades beneficiarias sean de titularidad pública. Más aún, bajo el nuevo límite uniforme del Art.6 DDAMUD, el



alcance de entidades beneficiarias para realizar copias de conservación se amplía generosamente con la definición del Art.2.3 DDAMUD:

*«institución responsable del patrimonio cultural», una biblioteca o un museo accesibles al público, un archivo o una institución responsable del patrimonio cinematográfico o sonoro;*

Así pues, en tanto el nuevo límite de conservación del Art.6 DDAMUD no distingue entre entidades de titularidad pública o privada, deberá revisarse la actual distinción (excesivamente compleja y restrictiva) del Art.37.1 TRLPI para adaptarla al nuevo límite establecido (de forma uniforme y obligatoria) en el Art.6 DDAMUD. Nos remitimos de nuevo al subcapítulo (3).

En conclusión, la relevancia y el alcance del límite se explica por el interés público que satisfacen estas instituciones (el acceso a la cultura e información), no tanto por la titularidad pública o privada de la institución.

Extraña especialmente la persistencia del legislador nacional de **excluir los centros de enseñanza** del alcance del Art.37.1 TRLPI, únicamente comprensible por la restricción del límite a los fines de investigación y conservación. La exclusión de los centros de enseñanza (a cualquier nivel y de titularidad pública o privada) engrana mal también con el resto de límites previstos para fines de ilustración de la enseñanza en el Art.32.3 y 4 TRLPI: ¿de dónde van a obtener las obras los maestros y profesores para utilizar en la enseñanza, sino de las bibliotecas de sus instituciones u otras?<sup>36</sup>. Al parecer, el legislador español ha tenido ocasión de adoptar una redacción formal más amplia de este límite, tanto en la tramitación de la LPI de 1987, como en la de la Ley 23/2006 de transposición de la DDASI:<sup>37</sup> y no lo hizo así.

Así las cosas, a priori, se podría concluir que solo las bibliotecas académicas (esto es, de universidades y centros de investigación) podrán beneficiarse del Art.37.1 TRLPI, pero no en cambio las bibliotecas escolares o las de colegios profesionales.<sup>38</sup> A nuestro entender, una interpretación flexible de tales fines de investigación, permitiría concluir a favor de tales bibliotecas como beneficiarias también de este límite, especialmente a los efectos de poder realizar copias para fines de conservación (ya que el nuevo límite del Art.6 DDAMUD se refiere a cualquier "biblioteca ... accesible al público" sin hacer distinción entre ellas),<sup>39</sup> pero también para fines de investigación por parte de estudiantes y profesionales, en general.<sup>40</sup> Aun así, el límite difícilmente podrá alcanzar a bibliotecas o archivos de organizaciones (de titularidad privada) que no sean de acceso público, tales como despachos de abogados, de arquitectos, o empresas de producción.<sup>41</sup>

En otras palabras, las **bibliotecas de centros docentes y universitarios, tanto privados como públicos**, encajarían perfectamente en el marco previsto por el derecho comunitario. Ello significa que a pesar de que los centros de enseñanza no se encuentren formalmente identificados, las bibliotecas de escuelas, institutos o universidades privadas también deberían poder beneficiarse del límite; así como las bibliotecas de un centro de investigación de titularidad privada.

<sup>36</sup> En otras palabras, los límites de los Arts.5.3a) y 5.2c) DDASI están "mejor integrados" que los de los Arts.32.3 y 4 y 37.1 TRLPI.

<sup>37</sup> Véase, por todos, CARBAJO CASCON, *op.cit.* p.171.

<sup>38</sup> *Vid.* LOPEZ MAZA, *op.cit.* p.721-722.

<sup>39</sup> *Vid.* Art.2.3 DDAMUD que define "institución responsable de patrimonio cultural".

<sup>40</sup> A favor de una interpretación amplia de las entidades beneficiarias del límite, en el sentido de incluir a todo tipo de centros o entidades que desarrollen una actividad de promoción o difusión cultural, *vid.* RODRIGUEZ TAPIA / BONDIA ROMAN, *op.cit.* p.187-188; CARBAJO CASCON, *op.cit.* p.169; MARTIN SALAMANCA, *op.cit.* pp. 345-346.

<sup>41</sup> CEDRO ofrece licencias a laboratorios, despachos de abogados, empresas de formación y empresas, en general: <https://www.cedro.org/usuarios/licencias-de-derechos-de-autor/licencia-anual/empresas>

### e) Sin finalidad lucrativa

En todo caso, las copias al amparo del Art.37.1 TRLPI deben realizarse **“sin finalidad lucrativa”**.

Aquí, de acuerdo con el principio de interpretación “conforme,” para entender el significado de la ausencia de “finalidad lucrativa” es importante referirnos al Cons.42 DDASI (aunque referido al límite para fines de educación e investigación del Art.5.3a DDASI) establece que:

*... la naturaleza no comercial de la actividad de que se trate debe venir dada por la actividad en sí. La estructura institucional y los medios de financiación de la entidad de que se trate no son los factores decisivos a este respecto.<sup>42</sup>*

Por lo tanto, el ánimo de lucro debe referirse a la obtención de un beneficio económico o comercial directamente de la copia realizada (ya sea para fines de conservación o investigación), no tanto al carácter público o privado de la entidad que la realiza. De no ser así, no podrían quedar amparadas las entidades “integradas en instituciones de carácter cultural o científico” de carácter privado y, por otra parte, se podría inferir incorrectamente que las entidades beneficiarias de titularidad pública pueden obtener un rédito económico por tales copias.

### f) Sin exigir compensación

Las copias realizadas al amparo del Art.37.1 TRLPI no exigen compensación alguna a favor de autores y titulares de derecho. Tampoco lo exige el Art.5.2.c DDASI (2001) aunque sí lo permite. Véase cons.36 DDASI (2001):

*(36) Los Estados miembros pueden prever una compensación equitativa a los titulares de los derechos también cuando apliquen las disposiciones facultativas relativas a las excepciones o limitaciones que no requieren dicha compensación.*

En este contexto, la no exigencia de compensación se explica fácilmente en la medida que tales copias se hacen sin finalidad lucrativa y en estos casos “específicos” como son la investigación y la conservación. Entiende el legislador nacional que los actos permitidos por el Art.37.1 TRLPI no entran en conflicto con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de su autor (Art.40bis TRLPI). No se quiere decir con ello que el perjuicio causado por las copias para fines de investigación o conservación sea “mínimo” y por lo tanto, no proceda exigir compensación,<sup>43</sup> sino más bien que, atendido el interés público que justifica el límite (la preservación y el acceso a la cultura y a la información), no se considera que el perjuicio que pueda conferirse al autor sea “injustificado”.

<sup>42</sup> Lo mismo se repite en el Cons.20 DDAMUD (2019), relativo al límite del Art.5 DDAMUD para la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas.

<sup>43</sup> Tal como explica el Cons.35 DDASI (2001): “En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos. Cuando los titulares de los derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado. El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva. Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago”.



Por supuesto, la inexistencia de compensación también exige, indirectamente, una interpretación muy afinada del alcance de los actos de reproducción que quedan amparados por este límite.

De hecho, la interpretación restrictiva (al amparo de la regla de los tres pasos) es la que permite que las copias realizadas en régimen de autoservicio (a través de equipamientos situados dentro de la biblioteca o archivo, a cambio de un precio y gestionados por una empresa de reprografía)<sup>44</sup> no queden amparadas bajo el límite del Art.37.1 TRLPI ni tampoco bajo de la copia privada (Art.31.2 TRLPI), sino que quede sujeta a la necesidad de licencia –gestionada por la entidad de gestión correspondiente, normalmente, CEDRO–.<sup>45</sup>

Más contundente, el nuevo límite uniforme y obligatorio para fines de conservación del Art.6 DDAMUD (2019) prohíbe la exigencia de compensación alguna, al entender que el posible perjuicio para los titulares de derechos que pueda derivarse de esta excepción sería mínimo.<sup>46</sup> Ello es así al establecerse como una “excepción”, no una “limitación”. Es ésta posiblemente la primera Directiva donde se traza una clara distinción entre excepción y limitación en función de la posibilidad o no de exigir una compensación.

## 2. Medidas tecnológicas de protección (MTP).

Otro aspecto básico con respecto a los límites, afecta a su relación con las medidas tecnológicas: “toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas, que no cuenten con la autorización del titular de los correspondientes derechos” (Art. 196.3 TRLPI).

Por un lado, la implementación de medidas tecnológicas es necesaria para permitir el desarrollo de nuevos mercados de explotación de obras y prestaciones en formatos digitales. Por otro, estas medidas tecnológicas pueden *de facto* bloquear de forma absoluta el acceso y la reproducción de tales obras y prestaciones, haciendo impracticables supuestos permitidos bajo las excepciones legalmente previstas.

Con la transposición de la DDASI (2001) e, indirectamente, de los Tratados Internet de la OMPI (1996), se introdujo en la ley nacional (Art. 160 TRLPI) la protección de las medidas tecnológicas y de gestión de derechos: MTP y DRM, respectivamente, por sus siglas en inglés. La “interfaz” entre las MTP, que permiten controlar el acceso y la copia de obras y prestaciones protegidas, y los límites se regulan en el Art.161 TRLPI (ex Art.6.4 DDASI, 2001). En concreto, se trata de una relación más que deficitaria.

En principio, las medidas tecnológicas (tanto las de control de acceso como las de control de copia) quedan sujetas a los límites previstos en la ley de propiedad intelectual, salvo que se trate de contenidos protegidos obtenidos online mediante licencia. Tal como se recoge en el Art.197.5 TRLPI (ex Art.6.4(4) DDASI, 2001), cuando las obras o prestaciones se pongan a disposición del público por Internet con arreglo a lo

<sup>44</sup> Vid. MARTIN SALAMANCA, *op.cit.* p.351. Vid. CARBAJO CASCON, *op.cit.* p. 176.

<sup>45</sup> Véase las diferentes licencias que ofrece CEDRO en su página web: <https://www.cedro.org/usuarios/licencias-de-derechos-de-autor>

<sup>46</sup> Así se explica en el Cons.17, aunque referido a la “excepción” de minería de textos y datos para fines de investigación previsto en el Art.3 DDAMUD.



convenido por contrato, los términos contractuales prevalecerán por encima de cualquier límite legalmente establecido.<sup>47</sup>

Ahora bien, la ley quiere salvaguardar algunos límites frente al peligro que supone el uso de medidas tecnológicas; el límite para fines de conservación e investigación (Art.37.1 TRLPI, ex Art.5.2.c DDASI, 2001) se halla entre estos límites que podríamos llamar “garantizados” o “privilegiados”.<sup>48</sup>

Para asegurar la efectividad de estos límites “garantizados” frente a las medidas tecnológicas, se prevé que sean los titulares de derechos quienes establezcan las condiciones para posibilitar que los usuarios realicen aquellos usos permitidos por la ley sin su autorización (límites); en su defecto, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar que estos usos permitidos sean una realidad (Art. 197.1 TRLPI). El TRLPI se limita a decir que los beneficiarios (incluidas las organizaciones de usuarios y consumidores) pueden acudir a la jurisdicción para reclamar las contramedidas a la hora de llevar a cabo los actos de explotación legalmente autorizados (art. 197.2 TRLPI).

En cualquier caso, la protección de las medidas tecnológicas no debería sobrepasar el alcance de protección establecido por ley. Así, por ejemplo, una vez la obra se encuentre en el dominio público (y no esté protegida por el derecho de autor), la elusión de una medida tecnológica de control de acceso o de copia no constituiría infracción.<sup>49</sup> De la misma manera, aunque nada prohíbe el uso de medidas tecnológicas para controlar el acceso o la copia de contenidos no protegidos, su elusión no sería constitutiva de infracción; pero se trata de un asunto muy polémico, porque, a menudo, obras protegidas y no protegidas pueden formar parte del mismo producto.

Llegados a este punto, las preguntas pueden ser: ¿podría una biblioteca “eludir” una MTP para ejercitar un acto de explotación autorizado por el límite para fines de conservación e investigación?. En principio, sí (salvo que se trate de contenidos obtenidos por licencia). De hecho, al menos por lo que se refiere a la copia para fines de conservación, el Art.7 DDAMUD permite formalmente la elusión de una medida tecnológica que la impidiera, como veremos más en detalle en el próximo subcapítulo (3).

En el ámbito de la realidad, no siempre la entidad beneficiaria estará en disposición de eludir una MTP, posiblemente porque no tendrá conocimientos técnicos suficientes para ello.

### 3. Art.6 DDAMUD: nuevo límite para la conservación del patrimonio cultural

La Directiva 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (DDAMUD) ha sido objeto de transposición por RDL 24/2021, de 2 de noviembre (Arts.68 a 80), cuya validación se debería haber tramitado en forma de ley ordinaria, sin que sea previsible que haya demasiada variación.

<sup>47</sup> Se intenta así favorecer el desarrollo de modelos de negocio en Internet. Sin embargo, en la práctica se puede acabar conculcando el frágil equilibrio de intereses que el legislador persigue con la definición de los límites.

<sup>48</sup> Vid. Art.161.1(f) TRLPI.

<sup>49</sup> Vid. GARROTE (2017), *op.cit.* p.2231.

La DDAMUD establece cuatro límites de naturaleza obligatoria para los Estados miembros: la minería de textos y datos (Art.3-4), la educación en línea transfronteriza (Art.5), la conservación del patrimonio cultural (Art.6) y el uso de obras fuera del circuito comercial (Art.8-10).

En concreto, el Art.6 DDAMUD (2019) obliga a los Estados miembros a establecer una excepción a favor de las instituciones responsables del patrimonio cultural para efectuar copias de las obras u otras prestaciones que se hallen de forma permanente en sus colecciones, en cualquier formato y en cualquier soporte, con la finalidad de conservar tales obras u otras prestaciones y en la medida necesaria para esa conservación.

*Artículo 6 Conservación del patrimonio cultural*

*Los Estados miembros establecerán una **excepción** a los derechos previstos en el artículo 5, letra a), y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE, el artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE, el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 2009/24/CE y el artículo 15, apartado 1, de la presente Directiva, con el fin de permitir a las **instituciones responsables del patrimonio cultural** efectuar **copias** de las **obras u otras prestaciones que se hallen de forma permanente en sus colecciones, en cualquier formato y en cualquier soporte, con la finalidad de conservar tales obras u otras prestaciones y en la medida necesaria** para esa conservación.*

Tal como ya hemos tenido ocasión de comentar anteriormente, esta “excepción” se refiere al derecho de **reproducción** de todo tipo de obras y prestaciones, incluidos programas de ordenador y bases de datos, así como al derecho sui generis sobre la base de datos, por parte del usuario legítimo de la misma.<sup>50</sup>

Los beneficiarios de esta excepción son las “**instituciones responsables del patrimonio cultural**” que vienen definidas en el Art.2.3 DDAMUD (2019) de forma muy amplia, por el simple hecho de ser **accesibles al público**:

*«institución responsable del patrimonio cultural», una biblioteca o un museo accesibles al público, un archivo o una institución responsable del patrimonio cinematográfico o sonoro;*

Esta definición se recoge *verbatim* en el Art.66.2 RDL que, curiosamente, añade también lo siguiente:

*También se entienden comprendidos, entre otros, bibliotecas nacionales y archivos nacionales y, en lo que respecta a sus archivos y bibliotecas accesibles al público, los centros de enseñanza, los organismos de investigación y los organismos de radiodifusión del sector público.*

Esta adición no deja de sorprender y es ineficaz. Primero porque al no decirse nada respecto a la titularidad pública o privada de tales instituciones, debemos entender que las bibliotecas y archivos tanto de titularidad pública como privada podrán beneficiarse del nuevo límite uniforme, en tanto sean accesibles al público. Por lo tanto, las bibliotecas y archivos accesibles al público de “centros de enseñanza, los organismos de investigación y los organismos de difusión del sector público” ya quedan comprendidos en la definición uniforme del Art.2.3 DDAMUD. Dicho de otra manera, no va a conseguir el legislador nacional con esta adición discriminar a las “bibliotecas y archivos ...” del sector privado (suponiendo que esta fuera la intención), porque la definición de la Directiva (clara y directa) va a prevalecer sobre cualquier interpretación contraria que se pudiera derivar de la adición recogida en el Art.66.2 RDL.

<sup>50</sup> También es de aplicación al nuevo derecho conexo otorgado por el Art.15 DDAMUD a los editores de prensa, por el uso en línea de sus publicaciones de prensa.

Las **obras o prestaciones** conservadas deben estar “de forma permanente” en las colecciones de las entidades beneficiarias. La copia para fines de conservación puede realizarse “en cualquier formato y en cualquier soporte” (con lo cual, la digitalización queda claramente amparada), “en la medida necesaria” para su conservación (con lo cual, la digitalización completa de una obra también queda amparada).

Como **ejemplos** de tal conservación, el cons.27 DDAMUD (2019) detalla: “por ejemplo, para hacer frente a la obsolescencia tecnológica o la degradación de los soportes originales, o para asegurar dichas obras y otras prestaciones”.

Esta excepción uniforme no exige compensación, de hecho, **no permite compensación alguna**. La DDAMUD (2019) realiza una clara distinción entre la “excepción” y la “limitación”, por referencia a la posibilidad de exigencia de compensación por parte de los Estados miembros. Así, los límites del Art.3 y 6 son “excepciones” que no permiten la sujeción a compensación alguna (porque se entiende que el perjuicio causado a los titulares es mínimo),<sup>51</sup> mientras que los límites del Art.4 y 5 se configuran como “excepciones o limitaciones” dejando su concreción a manos del legislador nacional. Hasta entonces, las Directivas previas se referían genéricamente a “excepciones o limitaciones”,<sup>52</sup> pero en la DDAMUD, al establecer límites uniformes en toda la UE, se ha visto obligada a concretar.

Esta excepción ha sido implementada en la ley nacional como Art.69 RDL 24/2021 con el siguiente redactado:

*Artículo 69. Conservación del patrimonio cultural.*

**1.** Las instituciones responsables del patrimonio cultural podrán realizar, sin autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual, **reproducciones**, de las obras u otras prestaciones **que se hallen de forma permanente en sus colecciones**, mediante las herramientas, medios o tecnologías de conservación adecuados, **en cualquier formato o medio, en la cantidad necesaria y en cualquier momento de la vida** de una obra u otra prestación, y **en la medida necesaria** para los fines de conservación.

**2.** Las instituciones responsables del patrimonio cultural **podrán recurrir a terceros** que actúen en su nombre y bajo su responsabilidad, incluidos los establecidos en otros Estados miembros, para la realización de las reproducciones que legalmente estén habilitadas a llevar a cabo.

**3.** Sin perjuicio de lo dispuesto en la regulación legal sobre reproducciones provisionales y copia privada, no se necesitará la autorización del autor de **una base de datos** protegida legalmente y que haya sido divulgada, para realizar su reproducción, cuando se trate de fines de conservación del patrimonio cultural conforme al artículo 37 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

**4.** El **usuario legítimo de una base de datos**, sea cual fuere la forma en que ésta haya sido divulgada, podrá, sin autorización del fabricante de la base, reproducir una parte sustancial del contenido de la misma, cuando se trate de fines de conservación del patrimonio cultural conforme al artículo 37 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>51</sup> Así se explica en el Cons.17, referido a la “excepción” de minería de textos y datos para fines de investigación previsto en el Art.3 DDAMUD (2019): *Habida cuenta de la naturaleza y el ámbito de aplicación de la excepción, limitados a las entidades que realizan actividades de investigación científica, el posible perjuicio para los titulares de derechos que pueda derivarse de esta excepción sería mínimo. En consecuencia, los Estados miembros no deben prever una indemnización para los titulares de derechos por los usos al amparo de las excepciones aplicables a la minería de textos y datos establecidas en la presente Directiva.*

<sup>52</sup> Véase, por todos, el Art.5 DDASI (2001) refiriéndose en todo momento a “excepciones y limitaciones”.

Con ello, el Art.69 RDL no sólo transpone el texto del Art.6 DDAMUD sino también los cons.27 a 29, con excepción de los siguientes aspectos:

- El cons.29 DDAMUD (2019) que define **cuando una obra o prestación se encuentra de forma permanente en la colección** de una institución responsable del patrimonio cultural:

*... cuando las copias de dichas obras u otras prestaciones son propiedad de dicha institución u obran en su poder de manera permanente, por ejemplo como consecuencia de una transmisión de la propiedad, acuerdos de licencia, obligaciones de depósito legal o acuerdos de custodia permanente.*

- La parte final del cons. 27 confirma la posibilidad de combinar límites:

*Los actos de reproducción llevados a cabo por las instituciones responsables del patrimonio cultural con fines distintos de la conservación de las obras y otras prestaciones que se hallen en sus colecciones permanentes deben seguir sometidos a la autorización de los titulares de derechos, **a menos que estén autorizados por otras excepciones o limitaciones** establecidas en el Derecho de la Unión.*

Ambos considerandos son importantes para obtener una aplicación uniforme de este límite en toda la UE, tal como persigue la Directiva, y por lo tanto, a pesar de no haber sido formalmente transpuestos en el Art.69 RDL (y Art.66 RDL) deberán informar de la interpretación de tal excepción. Quizás se consideró innecesario incluir la explicación del cons.29 al entender que “de forma permanente” ya es suficientemente explícito; pero la parte final del cons.27 es especialmente relevante (y altamente discutida por la doctrina, titulares de derechos y beneficiarios de límites) y, por lo tanto, habría sido recomendable su transposición formal para evitar más dudas al respecto: **es posible combinar límites.**<sup>53</sup>

En todo caso, vista la estrecha relación con el Art.37.1 TRLPI hubiera sido deseable, al menos desde un punto de vista de técnica legislativa, que se hubiera procedido a modificar el Art.37.1 TRLPI (al menos, por lo que respecta a la conservación), en lugar de transponerlo de forma separada en el Art.69 RDL. Mientras, y en tanto ambas disposiciones no se integren, será difícil identificar cual es el alcance que deben tener ambas. En especial teniendo en cuenta que las entidades beneficiarias del Art.69 RDL son más amplias que las del Art.37.1 TRLPI.

Así las cosas, y de acuerdo con el principio de interpretación conforme, el Art.6 DDAMUD (2019) no solo informará directamente de la interpretación del límite del Art.37.1 TRLPI sino que, en caso de discrepancias, va a prevalecer aquel por encima de éste.

Curiosamente, la transposición del Art.6 (y demás límites) tampoco hace mención alguna de los dos apartados del Art.7 DDAMUD, en el sentido de ser “inaplicable toda disposición contractual contraria” a la excepción y de aplicarse la especial protección de este límite frente a las MTP (por referencia al Art.6.4 DDASI, 2001). Tampoco se dice nada sobre su sujeción a la regla de los tres pasos. Ello es preocupante en la medida en que este Art.66 RDL no está integrado (al menos, de momento) en el TRLPI y, por lo tanto, ni el Art.40bis TRLPI, ni el Art.197 TRLPI les serían de aplicación (tal como son de aplicación al límite del Art.37.1 TRLPI).

<sup>53</sup> Confirmando, así, la conclusión ya avanzada por el TJUE en el caso *Darmstadt* (2014) y que veremos más adelante.

De hecho, el Art 197 TRLPI no se ha visto modificado por la implementación de la DDAMUD, con lo cual los nuevos límites obligatorios de la DDAMUD tampoco se consideran (al menos, de momento) incluidos entre los límites especialmente protegidos en ausencia de medidas voluntariamente adoptadas por el titular de derechos para asegurar que las MTP no impidan el beneficio de tales límites. A nuestro entender, una correcta implementación del Art.7.2 DDAMUD exige la modificación formal del Art.197 TRLPI, así como la integración de estos límites en el TRLPI.

Pero más preocupante es todavía el hecho de que no se haya implementado formalmente el Art.7.1 DDAMUD (2019) para salvaguardar el límite de conservación frente a posibles cláusulas contractuales que impidan realizar tales copias de conservación. Hubiera sido esta la primera vez que una afirmación de tal calado, que ya existe en alguna otra legislación nacional de la UE, tendría entrada en nuestra ley nacional para confirmar que los límites son disposiciones de orden público (*iuris et de iure*), y no disponibles por los titulares.

Confiemos en que futuras reformas legales con la validación del RDL sirva para corregir estos desajustes. En concreto:

- Para unificar el límite del Art.37.1 TRLPI (al menos, en lo que se refiere a la conservación) con el límite uniforme (y obligatorio) del Art.6 DDAMUD (implementado en el Art.69 RDL), en concreto, ampliando el alcance de las entidades beneficiarias;
- Para salvaguardar el límite uniforme para fines de conservación, con el alcance establecido en el Art.6 DDAMUD, frente a “cualquier disposición contractual contraria” tal como exige el Art.7.1 DDAMUD;
- Para incluir formalmente los límites uniformes de la DDAMUD (en concreto, su Art.6) entre los límites especialmente protegidos del Art.197 TRLPI, tal como exige el Art.7.2 DDAMUD;
- Para no dejar dudas que el nuevo límite uniforme para fines de conservación (actualmente, en el Art.69 RDL) también queda sujeto a la regla de los tres pasos (Art.40bis TRLPI);
- Para recoger formalmente la posibilidad de combinar límites, tal como se recoge en el cons.27 DDASI;





informe fesabid

# Actos de préstamo público (Art.37.2 TRLPI)



La definición del **derecho de préstamo público** viene incluida como una modalidad del derecho de distribución en el Art.19.4 TRLPI:

*Se entiende por préstamo la puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público.*

*... Quedan excluidas del concepto de préstamo las operaciones mencionadas en el párrafo segundo del apartado 3 y las que se efectúen entre establecimientos accesibles al público.*

Quedan, pues, excluidas de la definición del derecho de préstamo público, el préstamo interbibliotecario y también, por referencia al apartado 3 del Art.19 TRLPI (relativo al alquiler), “la puesta a disposición con fines de exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, incluso de fragmentos de unos y otras, y la que se realice para consulta *in situ*”.

La definición del derecho de préstamo público había sido armonizada por el Art.1.3 Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Actualmente, Art.2.3 Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (en adelante, DAP).

Una vez reconocido a favor de autores y titulares de derechos conexos un derecho exclusivo de préstamo público, en el marco del derecho exclusivo de distribución, la DAP ofreció a los Estados miembros la posibilidad de establecer “excepciones” al mismo, siempre que al menos los autores obtengan una remuneración.<sup>54</sup> E incluso les permitió sustituir este derecho exclusivo por un simple derecho de remuneración en el caso de titulares de derechos conexos (fonogramas, películas y programas de ordenador).

#### Artículo 6

##### Excepciones al derecho exclusivo de préstamo al público

- 1.** Los Estados miembros podrán establecer excepciones al derecho exclusivo a que se refiere el artículo 1 en lo referente a los préstamos públicos siempre que los autores obtengan al menos una remuneración por esos préstamos. Los Estados miembros podrán determinar libremente esta remuneración teniendo en cuenta sus objetivos de promoción cultural.
- 2.** Cuando los Estados miembros no apliquen el derecho exclusivo de préstamo contemplado en el artículo 1 respecto de los fonogramas, películas y programas de ordenador, deberán estipular, al menos para los autores, una remuneración.<sup>55</sup>
- 3.** Los Estados miembros podrán eximir a determinadas categorías de establecimientos del pago de la remuneración a que se refieren los apartados 1 y 2.

<sup>54</sup> Actualmente, la referencia conjunta a excepción y remuneración suena una contradicción, ya que al hablar de límites nos referimos a una “compensación” y tal como ha quedado clarificado en la DDAMUD (2019) la “excepción” no está sujeta a compensación, las “limitaciones” sí. Sin embargo, mantenemos la terminología original de la DAP 1992, también mantenida en la DAP 2006, para evitar confusiones.

<sup>55</sup> Como veremos el legislador español no hizo uso de la opción permitida en el Art. 6 DAP de establecer un simple derecho de remuneración (en lugar de un derecho exclusivo, sujeto a un límite compensado) para “fonogramas, películas y programas de ordenador”.



# 1. Límite del Art.37.2 TRLPI

En la ley española, el **límite de préstamo público** viene recogido en el Art.37.2 TRLPI:

*Asimismo, los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán autorización de los titulares de derechos por los préstamos que realicen.*

*Los titulares de estos establecimientos remunerarán a los autores por los préstamos que realicen de sus obras en la cuantía que se determine mediante Real Decreto. La remuneración se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.*

*Cuando los titulares de los establecimientos sean los Municipios, la remuneración será satisfecha por las Diputaciones Provinciales. Allí donde no existen, la remuneración será satisfecha por la Administración que asume sus funciones.*

*Quedan eximidos de la obligación de remuneración los establecimientos de titularidad pública que presten servicio en municipios de menos de 5.000 habitantes, así como las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español.*

*El Real Decreto por el que se establezca la cuantía contemplará asimismo los mecanismos de colaboración necesarios entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales para el cumplimiento de las obligaciones de remuneración que afecten a establecimientos de titularidad pública.*

El Art.1.2 DDASI (2001) salvaguarda expresamente lo establecido en la DAP (1992).<sup>56</sup> En concreto, el Cons. 40 DDASI (2001) confirmó la vigencia del límite de préstamo público, a pesar de que no venía recogido entre la lista de límites y excepciones previstas en su Art.5:

*La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de establecer **excepciones al derecho exclusivo de préstamo al público**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 92/100/CEE. Conviene, por tanto, fomentar los contratos o licencias específicas que favorezcan de manera equilibrada a dichas entidades y sus objetivos en el campo de la difusión.*

Como veremos, fue justamente esta salvaguarda del Art.1.2 DDASI (2001) lo que permitió al TJUE incluir el préstamo digital controlado (PDC) bajo el límite de préstamo público, tal como veremos en el siguiente subcapítulo (2).

## a) De obras y prestaciones protegidas

El límite de préstamo público se define, pues, por sus mismas características:

- Permite el uso (de obras y prestaciones) por tiempo limitado,

<sup>56</sup> Vid. Art.1.2 DDASI (2001): "... la presente Directiva **dejará intactas y no afectará en modo alguno** las disposiciones comunitarias vigentes relacionadas con: ... b) el derecho de alquiler, el derecho de préstamo y determinados derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual;"



- Que se haga sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto,
- Por parte de establecimientos accesibles al público,
- Y sujeto a una remuneración, al menos, a favor de los autores.

Al igual que el límite anterior, el límite de préstamo público es también predicable de **todo tipo de obras y prestaciones protegidas** por la Ley de Propiedad Intelectual.

En este caso, sin embargo, no se exige que tales obras y prestaciones formen parte de las colecciones de las entidades beneficiarias. El préstamo interbibliotecario queda excluido del derecho de préstamo público y, por tanto, queda exento del pago de compensación alguna.

De acuerdo con el Art.6 DAP, los Estados miembros podrían decidir no otorgar un derecho exclusivo de préstamo público para las grabaciones musicales (fonogramas), grabaciones audiovisuales y programas de ordenador y que sus autores se beneficiaran únicamente de un derecho de simple remuneración.<sup>57</sup> El legislador español no ha optado por esta vía y ha reconocido el derecho exclusivo de préstamo público, como parte del derecho exclusivo de distribución, a todos los autores y titulares, para todo tipo de obras y prestaciones. Un derecho exclusivo que, acto seguido, ha sujetado al límite del Art.37.2 TRLPI con la correspondiente remuneración para los autores.

## b) Entidades beneficiarias

Como no puede ser de otra manera, el préstamo público solo es predicable respecto de establecimientos accesibles al público (Art.19.4 TRLPI). Sin embargo, no todos los establecimientos abiertos al público pueden beneficiarse del límite previsto en el Art.37.2 TRLPI.

En concreto, el límite de préstamo público del Art.37.2 TRLPI se establece a favor de "**museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas**" de tres tipos:

- de titularidad pública;
- que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro;<sup>58</sup>
- que pertenezcan a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español.

Así pues, a diferencia del redactado del Art.37.1 TRLPI, el límite de préstamo público se establece formalmente también a favor de las bibliotecas pertenecientes a entidades de *carácter educativo sin ánimo de lucro, o pertenecientes a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español*. Con lo cual, en principio, ello no beneficiaría a las bibliotecas de centros o academias privadas que no estén integradas en tal sistema educativo.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> En tal caso, deberían establecer a favor de sus autores (los autores de obras incorporadas en tales prestaciones) un derecho de simple remuneración (Art.6.2 DAP 2006/115/CE).

<sup>58</sup> Aunque según el redactado parece referirse sólo a las entidades de carácter "educativo", la ausencia de ánimo de lucro debe ser exigible respecto de cualquiera de las entidades beneficiarias del límite, y en el mismo sentido ya explicado en el límite anterior: en el sentido de no obtener un beneficio económico o comercial, directo o indirecto, con la actividad de préstamo, y no tanto en relación con el carácter público o privado de la entidad beneficiaria (como parece intuir el redactado del Art.37.2 TRLPI).

<sup>59</sup> Vid. LOPEZ MAZA, *op.cit.* p.731.

En contra de tal interpretación excesivamente restrictiva y formalista, hay espacio para defender también, como hicimos con el Art.37.1 TRLPI y por las mismas razones, una interpretación amplia de las entidades beneficiarias de este límite.<sup>60</sup>

El concepto armonizado a favor del cual se establece el límite de préstamo público es “establecimientos accesibles al público” (ex Art.6 DAP), no el carácter público o privado de su titularidad. Por lo tanto, la lista de instituciones recogidas en el Art.37.2 TRLPI deberá interpretarse a la luz (y de conformidad con) el Art.6 DAP.

### c) Sin finalidad lucrativa

La ausencia de finalidad lucrativa viene exigida por la propia definición del derecho de préstamo público recogida en el Art.19.4 TRLPI:

*Se entiende por préstamo la puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado **sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto**, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público.*

Los gastos de funcionamiento del servicio de préstamo pueden repercutirse a las personas del público que tomen la obra o prestación en préstamo, exigiendo el pago de una cantidad; pero ello no supondrá que exista fines de lucro ni que desmerezca su calificación como préstamo público. En ningún caso, pero, podrá esta remuneración ser considerada un gasto necesario que pueda repercutirse sobre el público.

*Art.19.4 TRLPI:*

*Se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento. Esta cantidad no podrá incluir total o parcialmente el importe del derecho de remuneración que deba satisfacerse a los titulares de derechos de propiedad intelectual conforme a lo dispuesto en el artículo 37.2.*

### d) Sujeto a remuneración (compensación)

El límite de préstamo público debe quedar sujeto al pago de una remuneración, al menos a favor de los autores (Art.6.1 DAP). Más allá, se deja en manos de los Estados miembros la decisión de si remunerar también a los titulares de derechos conexos y a los editores. En este contexto, el legislador español ha optado por conceder un derecho de remuneración a los artistas intérpretes y ejecutantes por el alquiler de sus grabaciones (Art.109.3 TRLPI) pero no por el préstamo público (Art.109.4 TRLPI). Y por expresa exclusión del Art.132 TRLPI, la remuneración prevista en el Art.37.2 TRLPI no será de aplicación a los titulares de derechos conexos.

<sup>60</sup> Vid. MARTIN SALAMANCA, *op.cit.* p.357-358 a favor del “carácter no taxativo del precepto, búsqueda de la finalidad de la norma, referencia a toda institución que cuente entre sus funciones el préstamo de materiales protegidos, con independencia de que sea principal o no”. Vid. también CARBAJO CASCÓN, *op.cit.* p.181: “da la sensación que el legislador no tiene por intención citar con carácter específico y taxativo los centros que se verán beneficiados por la excepción, sino que más bien parece hacer una descripción lo más amplia y abierta posible de las instituciones y establecimientos abiertos al público que habitualmente desarrollan las funciones de depósito y difusión de la cultura, siempre que lo hagan sin ánimo de lucro (Art.19.4.II TRLPI) e independientemente de qué materiales constituyan el objeto principal de su actividad”.



Inicialmente, en la LPI de 1987, el límite de préstamo público español no exigía remuneración alguna. Fue a raíz de la condena del TJUE<sup>61</sup> por una incorrecta transposición de la DAP, que se introdujo la remuneración. Inicialmente, mediante un régimen transitorio establecido por la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas (incorporado como Disp. Trans. 20 TRLPI);<sup>62</sup> y posteriormente a través del RD 624/2014, de 18 de julio,<sup>63</sup> consistente en: 0.004€ por número de obras prestadas anualmente + 0.005€ por número de usuarios inscritos que hayan usado el servicio de préstamo durante el año.

El TJUE ha tenido también ocasión de pronunciarse al respecto.<sup>64</sup> De acuerdo con la sentencia del TJUE en el caso WEVA,<sup>65</sup> la remuneración por préstamo público no puede calcularse sobre la base de una cantidad a tanto alzado sino que debe calcularse en proporción al número de objetos puestos a disposición del público, de manera que los grandes establecimientos de préstamo público contribuyan de mayor manera a la remuneración de los autores que los establecimientos menores.

Es destacable que el TJUE identifica como acto relevante, a los efectos de calcular esta remuneración, la puesta de ejemplares a disposición del público mediante préstamo y no tanto el préstamo efectivo que se realice de las obras o prestaciones. Por ello, será necesario interpretar los criterios de cálculo previstos en el RD 624/2014 a la luz de esta jurisprudencia, en el sentido de aplicar el 0.004€ al número de obras "puestas a disposición del público para el préstamo público" (no tanto, al número de obras prestadas anualmente, como reza el Art.7.1 RD 624/2014).

Excepcionalmente, quedan exentos del pago de esta remuneración (Art.37.2 TRLPI):

- los establecimientos de titularidad pública que presten servicios en municipios de menos de 5000 habitantes,
- las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español,
- así como los préstamos realizados en beneficio de personas con discapacidad, sin finalidad lucrativa (véase Art.31 bis.2 TRLPI)

Tal como dispone el Art.19.4 TRLPI,<sup>66</sup> la remuneración no alcanzará (por quedar "excluidos del concepto de préstamo") al llamado "préstamo interbibliotecario" (préstamos que se efectúen entre establecimientos accesibles al público), ni a las operaciones mencionadas en el Art.19.3 TRLPI (relativo al alquiler), esto es: "la puesta a disposición con fines de exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, incluso de fragmentos de unos y otras, y la que se realice para consulta *in situ*".

<sup>61</sup> Vid. TJUE sentencia de 26.10.2006, *Comisión CE v. Reino de España* (C-36/05) ECLI:EU:C:2006:672.

<sup>62</sup> La remuneración establecida en la Disp. Ad. 4 de la Ley 10/2007 era de 0.2 € por cada ejemplar de obra adquirido con destino al préstamo público en tales establecimientos.

<sup>63</sup> El RD 624/2014 estableció, a su vez, un régimen transitorio aplicable hasta Enero de 2016: 0.16 € por número de obras adquiridas anualmente + 0.005 € por número de usuarios que hayan usado el servicio de préstamo durante el año.  
<https://www.boe.es/boe/dias/2014/08/01/pdfs/BOE-A-2014-8275.pdf>

<sup>64</sup> A pesar de que mantenemos aquí, por deferencia a su origen en la DAP, el término de "remuneración", al tratarse de un límite a un derecho exclusivo sería más correcto (al menos, en el momento actual) hablar de una compensación. El nombre puede tener importancia. De acuerdo con el *acquis* comunitario, y en especial la jurisprudencia del TJUE, si se tratara de una compensación deberá ser equitativa y tener en cuenta el perjuicio causado por el límite legalmente establecido.

<sup>65</sup> Vid. TJUE sentencia de 30.06.2011, *VEWA v. Belgische Staat* (C-271/10) ECLI:EU:C:2011:442. En este caso, un real decreto belga de 2004 establecía un importe global a tanto alzado de 1 euro por persona mayor de edad y de 0,5 euros por persona menor de edad inscrita en las instituciones de préstamo, siempre que haya efectuado al menos un préstamo durante dicho periodo. El TJUE consideró que estos importes a tanto alzado no son acordes con la «remuneración equitativa» exigida por el préstamo o alquiler.

<sup>66</sup> Véase cons.10 DAP 2006/115/CE.

Sin embargo, nada se dice respecto de las entidades pertenecientes a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro... que normalmente serán de titularidad privada: no se establece quién pagará la remuneración, ni tampoco si quedan excluidas de la misma.

Se trata de un derecho de remuneración sujeto a gestión colectiva obligatoria, con lo cual se presupone su carácter irrenunciable e intransmisible. Por supuesto, el autor puede no querer cobrar, pero la entidad de gestión estará autorizada a recaudar tal remuneración.

### *i. ¿Quiénes son los acreedores de esta remuneración?*

De acuerdo con el Art.37.2 TRLPI, los autores de obras objeto de préstamo público tienen derecho a obtener esta remuneración; no lo tienen,<sup>67</sup> por exclusión expresa del Art.132 TRLPI, los titulares de derechos conexos: productores, artistas intérpretes y ejecutantes, realizadores de meras fotografías, etc.

Para revertir la sentencia del TJUE en el caso *Reprobel*,<sup>68</sup> el Art.16 Directiva DAMUD permite ahora que las leyes nacionales otorguen a los editores parte de la compensación equitativa prevista para los autores, por usos de la obra realizados al amparo de un límite.

#### *Artículo 16. Reclamaciones de compensación equitativa*

*Los Estados miembros podrán establecer que, cuando un autor haya cedido o concedido una licencia de un derecho a una editorial, tal cesión o licencia constituya un fundamento jurídico suficiente para que la editorial tenga derecho a una parte de la compensación por el uso de la obra que se hayan efectuado al amparo de una excepción o limitación del derecho cedido u objeto de licencia.*

*El párrafo primero se entenderá sin perjuicio de las disposiciones vigentes y futuras en los Estados miembros en materia de derechos de préstamo público.*

Se está pensando, claro, en la compensación por copia privada (Art.5.2.b DDASI, 2001) y por el límite de reprografía (Art.5.2.a DDASI, 2001) que justamente generó el caso *Reprobel*, pero también por otras posibles compensaciones equitativas previstas para otros límites. Así pues, el legislador nacional podría ampliar la remuneración por préstamo público a favor de los editores. Por el momento, la ley española no establece que autores y editores deban compartir la compensación por el préstamo público; por lo tanto, sólo los autores (de todo tipo de obras prestadas al público) la cobran.

En todo caso, el reparto entre los autores acreedores de esta compensación por préstamo público deberá ser "objetivo, proporcional y de público conocimiento" (Art.8.2 RD 624/2014).

<sup>67</sup> En cambio, estos titulares sí se benefician de otras compensaciones y remuneraciones, como la compensación prevista por el límite de copia privada (Art.25 TRLPI) y los derechos de remuneración previstos en el Art.108 (artistas), Art.116 (productores de fonogramas) y Art.122 (productores audiovisuales).

<sup>68</sup> *Vid.* TJUE, sentencia de 12.11.2015, *Hewlett Packard Belgium v Reprobel* (C-572/13), ECLI:EU:C:2015:750. En este caso, relativo a la compensación por reprografía prevista en la ley belga (ex Art.5.2.a DDASI 2001), el TJUE negó que el legislador nacional pudiera "atribuir una parte de la compensación equitativa que corresponde a los titulares de derechos a los editores de las obras creadas por los autores, sin que estos editores estén en ningún modo obligados a hacer partícipes, siquiera indirectamente, a los autores de la parte de la compensación de la que éstos se ven privados".



## ii. ¿Quiénes son los obligados al pago de esta remuneración?

El pago de la remuneración por el préstamo público deberá satisfacerlo la Administración correspondiente titular de la entidad beneficiaria del préstamo público: esto es, el “Estado, las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales”. No es el usuario quien está obligado al pago; y, a diferencia de lo que sucede con la compensación por la copia privada, no se le puede repercutir esta compensación como gasto.

El Art.37.2 TRLPI establece que serán los “titulares de estos establecimientos,” esto es el “Estado, las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales”, los que remunerarán a los autores e incluso establece que “cuando los titulares de los establecimientos sean los Municipios, la remuneración será satisfecha por las Diputaciones Provinciales ... o por la Administración que asume sus funciones”.

## 2. El derecho de préstamo público (DPP) en derecho comparado

El límite del Art.37.2 TRLPI recoge lo que se conoce a nivel internacional como “derecho de préstamo público” (DPP) o, en inglés, *Public Lending Right* (PLR).<sup>69</sup>

Se trata de un **derecho de remuneración**<sup>70</sup> que la ley reconoce a titulares de derechos pero que no confiere el poder de controlar (autorizar y prohibir) la explotación de la obra o prestación, sino simplemente un derecho a obtener una remuneración por el uso que se haga de la misma.

En otras tradiciones, el derecho de préstamo público se puede explicar también por el principio del *first sale exhaustion* (agotamiento del derecho sobre el ejemplar, tras la primera venta): una vez el ejemplar ha sido objeto de venta en el mercado, el titular no podrá controlar los subsiguientes usos que se hagan de tal ejemplar (reventa, préstamo, etc), pero tendría al menos derecho a obtener una remuneración.<sup>71</sup> En este sentido, se trata de un derecho de remuneración parecido al derecho de participación (*droit de suite*) que se establece a favor de las obras de arte plásticas (vid Art.24 TRLPI).

La idea del derecho de remuneración por el préstamo público de libros nació en los países nórdicos a principios del siglo XX. Dinamarca fue el primer país en introducirlo en su ley nacional en 1946, seguida de Noruega (1947) y Suecia (1954). La Directiva de alquiler y préstamo (1992, DAP 2006/115/CE) lo incorporó en el *acquis* comunitario y, en la actualidad, todos los países de la UE y de la EEA lo disponen.

A nivel internacional, actualmente hay 35 países que tienen sistemas de Derecho de préstamo público; además de la UE y EEA, se reconoce por ejemplo en Nueva Zelanda, Australia, Canadá, Georgia, Groenlandia, e Israel.

<sup>69</sup> Para más información, ver <https://plrinternational.com> y su “Guía Introductoria: Derecho de Préstamo Público (DPP)”.

<sup>70</sup> En la tradición jurídica española, deberíamos hablar de una compensación establecida a cambio del límite legal que autoriza el préstamo público por parte de las entidades beneficiarias. Debido a su origen internacional, tanto la ley española como el *acquis* de la UE, siguen refiriéndose al mismo como derecho de remuneración (no compensación) por préstamo público.

<sup>71</sup> Es importante no confundir el *first sale exhaustion*, con el principio de agotamiento dentro de la UE del derecho de distribución en su modalidad de venta una vez realizada la primera venta del ejemplar.

Más allá de este mínimo común, la regulación en cada país es diversa. Hay países donde el DPP solo emerge para autores de obras escritas en las lenguas oficiales (Dinamarca, Suecia y Noruega). El DPP se administra normalmente por organismos de gestión colectiva (normalmente, IFRRO), como es el caso de España, o por un departamento u organismo gubernamental, como es el caso de Australia y el Reino Unido.

Los beneficiarios también pueden variar en función de la ley de cada país. En principio, el derecho debería beneficiar a todo tipo de autores cuyas obras puedan ser objeto de préstamo público: escritores, ilustradores, traductores, fotógrafos, e incluso, en algunos países, los editores. También pueden variar el tipo de bibliotecas que quedan sujetas al mismo: solo las de titularidad pública o también las privadas; o solo las bibliotecas públicas o también las escolares y/o las universitarias.

En la mayoría de los países, el derecho se financia desde el gobierno (central o regional); en otros, las bibliotecas privadas también contribuyen al mismo a través del pago de una tasa (*i.e.* Países Bajos).

### 3. El préstamo digital controlado (PDC)

Inicialmente, parecía imposible que las bibliotecas pudieran prestar al público obras y prestaciones en formatos digitales. Ello era así por la propia estructura y definiciones del derecho exclusivos de distribución y de préstamo público, así como del límite de préstamo público, vinculados únicamente a ejemplares tangibles.<sup>72</sup>

Sin embargo, el TJUE en su labor de intérprete máximo de los conceptos incluidos en la normativa armonizadora de las leyes nacionales de propiedad intelectual, ha encontrado la manera de hacer jurídicamente posible que en el marco de la UE, las bibliotecas puedan prestar al público obras y prestaciones no sólo en formatos tangibles sino también en formatos digitales y de forma respetuosa con los intereses de autores y titulares de derechos, en concreto, dando cumplimiento a la regla de los tres pasos (Art.5.5 DDASI, 2001) (Art.40bis TRLPI).

IFLA lo ha denominado “préstamo digital controlado” y ha realizado un análisis legal y económico para demostrar su viabilidad, y ayudar a las bibliotecas de la UE en su implementación.<sup>73</sup>

A nivel internacional, un estudio de EBLIDA demuestra que el préstamo digital en Europa todavía es muy reducido: solo supone el 10% de los préstamos públicos que se realizan<sup>74</sup> y con modelos bien dispares en cada país. Normalmente, el préstamo digital se realiza sobre publicaciones digitales (no escaneadas), a través de agregadores controlados por los titulares (por ejemplo, en Francia) o por agencias gubernamentales (por ejemplo, en Dinamarca, Finlandia, Holanda o Noruega). El e-lending utiliza varios modelos, desde el “one

<sup>72</sup> Tanto la definición de préstamo inicialmente establecida en el Art.1 DAP (1992), ahora Art.2 DAP 2006/115/CE, como posteriormente recogida el Art.4 DDASI (2001) y su Cons.28 hacen referencia al “soporte tangible” de la obra. Así también viene establecido en la definición del derecho de distribución, que incluye el de préstamo, en el Art.19 TRLPI, y en el límite de préstamo previsto en el Art.37.2 TRLPI.

<sup>73</sup> IFLA Position on Controlled Digital Lending (June 2021):  
[https://repository.ifla.org/bitstream/123456789/1835/1/ifla\\_position\\_-\\_en-\\_controlled\\_digital\\_lending.pdf](https://repository.ifla.org/bitstream/123456789/1835/1/ifla_position_-_en-_controlled_digital_lending.pdf)  
FESABID ha realizado una traducción al español:  
[https://www.fesabid.org/wp-content/uploads/ifla\\_posicionamiento\\_prestamo\\_digital\\_controlado.pdf](https://www.fesabid.org/wp-content/uploads/ifla_posicionamiento_prestamo_digital_controlado.pdf)

<sup>74</sup> EBLIDA: “Handbook of Comparative E-lending Policies in European Public Libraries” (April 2023), p.15;  
<http://www.eblida.org/news/press-release-handbook-on-comparative-e-lending-policies-in-europe.html>



user one copy” (sistema que, como veremos, ha quedado validado en la UE por el TJUE), al “pay per loan” o al uso licenciado con varios usuarios simultáneos.

En otras jurisdicciones, la viabilidad del préstamo digital controlado se analiza desde otra perspectiva.

**En los USA**, el equivalente al PDC ha sido analizado desde la defensa del *fair use*, en el caso que enfrenta a la editorial Hachette contra *Internet Archive*<sup>75</sup> por el uso de obras no autorizado a través de la plataforma “Open Library”<sup>76</sup>. Inicialmente, esta plataforma ponía a disposición del público, en formato de PDC (en inglés *controlled digital lending* o CDL), copias digitalizadas de obras impresas que se encuentran en los fondos de las bibliotecas que participan en el programa. Entre el 24 de marzo y el 16 de junio del 2020, en plena crisis sanitaria, el proyecto permitió el acceso simultáneo por parte de múltiples usuarios, sin respetar el CDL que había seguido tradicionalmente. En primera instancia, una reciente sentencia del Tribunal del Distrito Sur de Nueva York ha fallado a favor de la parte demandante, concluyendo que existe infracción del copyright y que la demandada no puede ampararse en la defensa del *fair use*.<sup>77</sup> Es posible que el caso sea visto en apelación y que la sentencia sea revisada. En cualquier caso, es importante tener presente que cualquier decisión de *fair use* se basa en las circunstancias concretas del caso examinado.

El *fair use* es una defensa frente a la infracción. De origen jurisprudencial (reconocida desde el siglo XIX por los tribunales) se vio finalmente recogida en Sec.107 USCA de 1978. Para determinar si una presunta infracción (esto es: una explotación no autorizada de una obra) puede ampararse en esta defensa y no ser declarada infractora, el tribunal deberá tener en cuenta al menos 4 factores: el propósito y carácter del uso realizado, la naturaleza de la obra, la cantidad y sustancialidad del uso, y el efecto de tal uso en el mercado potencial de la obra. El tribunal deberá realizar una valoración conjunta de estos (y otros) criterios, sin que ninguno de ellos pueda ser determinante. Por ejemplo, la finalidad de lucro no impide que se estime la existencia de *fair use*; y al revés, no todos los usos no autorizados pero sin fines comerciales van a poder ser considerados *fair use*.

En recientes sentencias, han quedado amparados bajo el *fair use* diferentes casos relacionados con la reproducción y puesta a disposición del público de obras y prestaciones en formatos digitales, sin contar con la previa autorización de los titulares. Por ejemplo, la actividad de los motores de búsqueda<sup>78</sup> (también buscadores de imágenes que se muestran en formato “thumbnail”<sup>79</sup>) que reproducen y comunican contenidos protegidos disponibles online; el proyecto *Google Books*<sup>80</sup> que permitió a Google escanear de forma masiva colecciones enteras de bibliotecas en todo el mundo para posteriormente permitir la búsqueda por contenidos mostrando resultados con diferente alcance (según se tratara de contenidos en dominio público, contenidos de editores participantes en el proyecto o simplemente, de pequeños fragmentos “snippets”; o el caso *Hathi Trust*,<sup>81</sup> que amparó como *fair use* la creación de una base de datos

<sup>75</sup> “Internet Archive” es una biblioteca digital gestionada por una organización sin ánimo de lucro dedicada a la preservación de archivos, capturas de sitios públicos de la Web, recursos multimedia y también software. [https://es.wikipedia.org/wiki/Internet\\_Archive](https://es.wikipedia.org/wiki/Internet_Archive)

<sup>76</sup> <https://openlibrary.org/about> El proyecto Open Library se inició en 2008, con financiación de la California State Library y la Kahle/Austin Foundation.

<sup>77</sup> Vid. Orden de 24.03.2023, Hachette Book Group, Inc. et al v. Internet Archive et al, (S.D.N.Y. 2023) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2020cv04160/537900/188/>

<sup>78</sup> Vid. *Perfect 10 v. Amazon*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

<sup>79</sup> Vid. *Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

<sup>80</sup> Vid. *AG v. Google*, 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015).

<sup>81</sup> Vid. *AG v. Hathi Trust*, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014).



con las colecciones escaneadas de tales bibliotecas, para uso interno a los efectos de "localizar" las obras y permitiendo incluso el acceso completo al contenido de la obra.

En todo caso, lo relevante para determinar la existencia (o no) del *fair use* es tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. En este marco, y más allá de que el caso *Internet Archive* sea o no revisado en apelación, es importante no sacar conclusiones generalizadas de esta resolución a los efectos del PDC, siendo fundamental para su correcta valoración distinguir entre el contexto excepcional de la crisis sanitaria y el CDL que pueda realizarse en un contexto "normal". En otras palabras, la resolución del caso *Internet Archive* no decidirá de forma genérica, la viabilidad del PDC en los USA.

Como decíamos, en la UE, el respaldo definitivo a la viabilidad del PDC ha venido de la mano del TJUE, en especial en el caso VOB y, de forma más indirecta, en el caso Darmstadt.

### a) TJUE: *Vereniging Openbare Bibliotheken v. Stichting Leenrecht (C-174/15)*

En el caso VOB,<sup>82</sup> el TJUE concluyó que el límite de préstamo público previsto en las leyes de la UE es de aplicación no sólo a los libros y ejemplares en formato tangible, sino también a los formatos digitales (como, por ejemplo, e-books).

En este caso, el gobierno holandés proponía un proyecto de ley para crear una biblioteca digital nacional para el préstamo digital de e-books, mediante previa licencia de los titulares, partiendo de la premisa de que el préstamo digital no se encontraba amparado en el límite de préstamo público previsto en la ley holandesa.<sup>83</sup> La biblioteca VOB discrepando de este proyecto e interpretación, interpuso recurso ante los tribunales holandeses y solicitó el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE para aclarar si el concepto de préstamo público (de la Directiva) incluye también el préstamo público "digital".

En concreto, el TJUE concluyó que el préstamo digital entra dentro del concepto de derecho de préstamo previsto en el Art.2 Directiva 2006/115/CE y por lo tanto, también entra dentro del límite de préstamo público que permite la misma directiva (Art.6), siempre y cuando la operación "presente características comparables en sustancia a las de los préstamos de obras impresas":

**1) ... deben interpretarse en el sentido de que el concepto de «préstamo»... abarca el préstamo de una copia de un libro en forma digital, cuando ese préstamo se realiza cargando dicha copia en el servidor de una biblioteca pública y permitiendo que el usuario interesado la reproduzca por descarga en su propio ordenador, entendiéndose que sólo puede descargarse una copia durante el período de duración del préstamo y que una vez transcurrido ese período la copia descargada por ese usuario deja de ser utilizable por éste.**

<sup>82</sup> Vid. TJUE, sentencia de 10.11.2016, *Vereniging Openbare Bibliotheken v. Stichting Leenrecht (C-174/15)*, ECLI:EU:C:2016:856.

<sup>83</sup> A esta conclusión habían llegado tanto el IVIR (centro de investigación de la Universidad de Amsterdam) como la entidad de gestión Stichting LIRA.



Con ello, se amplía el concepto de “préstamo” digital más allá del derecho de distribución “tradicional”,<sup>84</sup> para alcanzar también los derechos de reproducción y de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición: la biblioteca podrá cargar y poner a disposición del público la copia digital de la obra objeto de préstamo, y el usuario podrá descargársela en su ordenador o equipo.

Para ello, este préstamo digital debe sujetarse a **condiciones “comparables”** a las del préstamo público en formatos tangibles. Es el llamado **“one copy, one user”**: el préstamo solo se producirá para un usuario y “durante el período de duración” transcurrido el cual, “la copia descargada por ese usuario deja de ser utilizable” por este usuario.

Al tratarse de un préstamo, será de aplicación la **correspondiente remuneración**. Aquí el problema es si las leyes nacionales han previsto una remuneración por el préstamo digital o si son aplicables las tarifas previstas para el préstamo público general.

A primera vista, esta conclusión parece del todo contraria al concepto de derecho de distribución recogido en el Art.4 DDASI (2001), basado en la comercialización de ejemplares tangibles de la obra o prestación. Sin embargo, para llegar a esta conclusión, el TJUE utilizó los siguientes razonamientos:

- ✓ En primer lugar, **distinguió entre las dos Directivas**: la DAP (1992, 2006) que armonizó el derecho y el límite de préstamo público y la DDASI (2001) que armonizó el derecho de distribución al público (Art.4 DDASI), argumentando que aunque ambas se proponen armonizar diferentes aspectos del derecho de autor, **la DAP “tiene un objeto más limitado” que la DDASI (#48)**, y que dado que el Art.1.2.b DDASI “deja intactas y no afecta en modo alguno” a las disposiciones del derecho de préstamo de la DAP (#56), de ello resulta que el Art.4.2 DDASI “no es pertinente para la interpretación” del Art.6.1 DAP (#57).
- ✓ En segundo lugar, **distinguió entre los conceptos de alquiler y de préstamo en la DAP**, observando que el legislador no ha querido necesariamente atribuir el mismo significado a los conceptos de “objetos” y de “copias”, ya se trate del régimen de alquiler o del de préstamo (#36) y que **los “objetos” sobre los que recae el alquiler no son forzosamente idénticos a los que se toman en préstamo (#38)**, para concluir que “aunque los objetos intangibles y los ejemplares no fijados, como las copias digitales, deben ser excluidos del derecho de alquiler, regido por la Directiva 2006/115, con el fin de no vulnerar la Declaración concertada aneja al Tratado de la OMPI, ni ese Tratado ni esa Declaración concertada se oponen a que el concepto de «préstamo» de objetos enunciado en esa Directiva sea interpretado en su caso como comprensivo también de ciertos préstamos realizados en forma digital”(#39).

<sup>84</sup> Cierto es que el TJUE ya había realizado una interpretación semejante, otorgando una definición del concepto de “distribución mediante venta” específica para los programas de ordenador, en su sentencia de 03.07.2012, *UsedSoft v. Oracle* (C-128/11): “el derecho de distribución de la copia de un programa de ordenador se agota si el titular de los derechos de autor, que ha autorizado, aunque fuera a título gratuito, la descarga de Internet de dicha copia en un soporte informático, ha conferido igualmente, a cambio del pago de un precio que le permita obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario, un derecho de uso de tal copia, sin límite de duración” y que “en caso de reventa de una licencia de uso que comporte la reventa de una copia de un programa de ordenador descargada de la página web del titular de los derechos de autor, licencia que había sido concedida inicialmente al primer adquirente por dicho titular sin límite de duración a cambio del pago de un precio que permitía a este último obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de su obra, el segundo adquirente de tal licencia, así como todo adquirente posterior de la misma, podrá invocar el agotamiento del derecho de distribución ... y gozar del derecho de reproducción”. Para un análisis de este caso, *vid. MINERO ALEJANDRE, op.cit. p.307.*

- ✓ También advirtió que los trabajos preparatorios de la Directiva 92/100 no permiten concluir que el préstamo realizado en forma digital deba excluirse en todo caso (#40) y que si bien es cierto que la exposición de motivos de la propuesta de Directiva 92/100 menciona expresamente el deseo de excluir de su ámbito de aplicación “la puesta a disposición por vía de transmisión de datos electrónicos” (#41)<sup>85</sup> también lo es que el cons.4 Directiva 2006/115 “expone que **la protección de los derechos de autor y derechos afines ha de adaptarse a las realidades económicas nuevas, como las nuevas formas de explotación,**” para concluir que “el préstamo realizado en forma digital forma parte indudablemente de esas nuevas formas de explotación y por tanto **hace necesaria una adaptación del derecho de autor a las realidades económicas nuevas**” (#45).
  
- ✓ Finalmente, recuerda el TJUE que “si bien el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2006/115 debe **ser objeto de interpretación estricta**, en cuanto constituye una excepción al derecho exclusivo de préstamo ... no deja de ser cierto que la interpretación que se le dé también **debe permitir salvaguardar el efecto útil de la excepción así establecida y respetar su finalidad**” (#50)<sup>86</sup> y concluye que “dada la **importancia de los préstamos públicos de libros digitales**, y a fin de salvaguardar tanto el efecto útil de la excepción de préstamo público ... como **la contribución de ésta a la promoción cultural, no cabe excluir** ... que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2006/115 se aplique **en el supuesto de que la operación realizada por una biblioteca accesible al público presente características comparables en sustancia a las de los préstamos de obras impresas**” (#51).

Además, el TJUE analizó y resolvió **otras dos preguntas** que le fueron planteadas:

- A la pregunta de si un Estado Miembro puede establecer la condición de que sólo queden sujetos al préstamo público digital los **e-books lícitamente comercializados** en la UE, el TJUE respondió en sentido afirmativo, validando, en el caso concreto, la condición que pretendía imponer el legislador holandés (#64-65).<sup>87</sup>
  
- Y, ante la tercera pregunta planteada, el TJUE concluyó que el límite de préstamo público **no podrá llevarse a cabo a través de copias digitales “obtenidas de una fuente ilegal”** (#72).<sup>88</sup> Esta conclusión se alcanzó “por analogía” con las conclusiones adoptadas en su sentencia de 10.04.2014, ACI Adam (C-435/12) relativo al límite de copia privada.

<sup>85</sup> Y añade el TJUE que este deseo no llegó a tener “expresión directa alguna” en el articulado de la Directiva (#44), con lo cual “no hay razón decisiva alguna que permita excluir en cualquier supuesto el préstamo de copias digitales y de objetos intangibles del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/115” (#45).

<sup>86</sup> Aquí el TJUE recoge “la constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia”: sentencias de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League y otros*, C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631, apartados 162 y 163, y de 1 de diciembre de 2011, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798, #133.

<sup>87</sup> Por supuesto, posibilidad no implica obligación: la condición impuesta por el legislador holandés (que solo puedan ser objeto de préstamo digital controlado los e-books lícitamente comercializados) no significa que deba también ser seguida por todos los otros legisladores nacionales.

<sup>88</sup> Para algunos ejemplos de copias ilícitas, *vid.* MINERO ALEJANDRE, *op.cit.* p.314: descarga de copias digitales piratas a través de páginas web de enlaces o plataformas de intercambio de ficheros, copias digitales obtenidas tras el craqueo de medidas tecnológicas.



A *sensu contrario*, y en positivo, esto significa que (salvo que la ley nacional dispusiera lo contrario – *vid.* respuesta a la segunda pregunta–) la biblioteca podría sujetar al préstamo público digital las copias escaneadas (digitalizadas) de obras impresas, en tanto la copia digital haya sido obtenida lícitamente, por ejemplo, al amparo del límite de conservación del Art.37.1 TRLPI.<sup>89</sup>

En cierta medida, esta misma fue la conclusión del TJUE en el caso **Darmstadt v. Ulmer (C-117/13)**,<sup>90</sup> permitiendo expresamente la “combinación” del límite del Art.5.2.c DDASI (2001) con el límite del Art.5.3.n DDASI (2001) para así poder dar cumplimiento al objetivo de interés público que persiguen tales límites.

### b) TJUE: Technische Universität Darmstadt v. Eugen Ulmer (C-117/13)

En este caso, la biblioteca universitaria de Darmstadt había digitalizado un libro concreto de la editorial Ulmer y proporcionado posteriormente acceso al mismo desde sus puestos de lectura electrónica, en las instalaciones de la biblioteca. La editorial ofrecía a la biblioteca la posibilidad de adquirir una licencia para obtener acceso y uso del formato electrónico (e-book) de diferentes manuales editados por ella, entre los que se encontraba el libro mencionado. La editorial quería impedir que la universidad digitalizara el libro y lo pusiera a disposición del público a través de los puestos de lectura habilitados por la biblioteca.

El TJUE concluyó a favor de la biblioteca: aunque el titular de derechos ofrezca licencias para el acceso y uso digital de la obra en condiciones adecuadas, la biblioteca puede acogerse a la excepción establecida a favor de los terminales especializados (Art.5.3n DDASI), ya que en caso contrario no podría llevar a cabo su misión fundamental ni promover el interés público vinculado al fomento de la investigación y el estudio personal. En otras palabras, no porque existan licencias adecuadas en el mercado, la biblioteca está obligada a “renunciar” así al beneficio de los límites legalmente establecidos a su favor. Esta es una primera conclusión ya de por sí relevante, también a los efectos de beneficiarse de otros límites como puede ser el del préstamo público.

Más aún, el TJUE confirmó que la digitalización previa necesaria para poner las obras a disposición del público a través de terminales especializados (Art.5.3.n DDASI, 2001) podría realizarse al amparo del límite de conservación (Art.5.2.c DDASI, 2001), en virtud de lo previsto en la legislación nacional. Así pues, si la ley nacional lo permite, las bibliotecas podrían digitalizar obras que figuren en sus colecciones, cuando ello sea necesario para ponerlas a disposición de los usuarios a través de terminales especializados, para fines de investigación o de estudio personal, ya que de no ser así, el límite del Art.5.3.n DDASI (2001) quedaría vacío de contenido. En concreto, dijo el TJUE:

*El artículo 5, apartado 3, letra n), de la Directiva 2001/29, puesto en relación con el artículo 5, apartado 2, letra c), de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro conceda a las bibliotecas accesibles al público, mencionadas en dicha disposición, el **derecho de digitalizar las obras que figuren en sus colecciones, si este acto de reproducción es necesario** para poner tales obras a disposición de los usuarios, a través de terminales especializados, en los locales de esos establecimientos.*

<sup>89</sup> En contra, *vid.* MINERO ALEJANDRE *op.cit.* p.329, en el sentido que el préstamo público digital solo podrá realizarse mediante copias digitales previamente adquiridas por la biblioteca. En cambio, confirmando la posibilidad de combinar los límites del Art.5.2c) y Art.5.3.n), aunque criticando esta decisión del TJUE por ser “un tanto inquietante”, *vid.* GARROTE (2019), *op.cit.* p.504.

<sup>90</sup> *Vid.* TJUE, 11.11.2014, Technische Universität Darmstadt v. Eugen Ulmer (C-117/13) ECLI:EU:C:2014:2196

Por extensión, sería también posible concluir que la copia realizada para fines de conservación pudiera ser posteriormente sujeta al préstamo público, mediante condiciones “comparables”, tal como concluyó el TJUE en la sentencia VOB, siempre y cuando el legislador nacional no lo hubiera excluido (por ejemplo, permitiendo sólo el préstamo público digital de e-books previamente comercializados) (*vid. supra*).

Sin embargo, el TJUE dio la razón a la pretensión de la editorial de que el límite del Art.5.3n) DDASI no permitiría que los usuarios de la biblioteca, que acceden a la obra en cuestión a través de las terminales especializadas, pudieran imprimirla o almacenar una copia digital (en un USB, por ejemplo) ya que esto supondría actos de reproducción no necesarios para dar cumplimiento al límite ni, por ende, amparados por el mismo.

Ahora bien, recordó el TJUE, nada impide que la ley nacional establezca un límite o excepción al derecho de reproducción (por ejemplo, el límite de reprografía o de copia privada) que permita tales impresiones o copias desde tales terminales especializadas, siendo necesario en tal caso exigir una compensación equitativa a favor de los titulares. En este sentido, dijo el TJUE:

*El artículo 5, apartado 3, letra n), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a actos tales como la impresión en papel de las obras o su almacenamiento en una memoria USB, efectuados por los usuarios a partir de los terminales especializados instalados en las bibliotecas accesibles al público, mencionadas en dicha disposición. En cambio, **tales actos pueden ser autorizados, en su caso, por la normativa nacional de transposición de las excepciones o limitaciones previstas en el artículo 5, apartado 2, letras a) o b), de dicha Directiva, siempre que en cada caso concreto concurren los requisitos establecidos por estas disposiciones.**<sup>4</sup>*

### c) Algunas consideraciones finales

En todo caso, es importante una correcta comprensión del alcance y la importancia de estas sentencias del TJUE.

Por un lado, sostener que las sentencias del TJUE en los casos examinados *VOB* y *Darmstadt* ofrecen una alternativa a los modelos de licencia, o incluso que pueden ponerlos en peligro, es desconocer los fundamentos básicos del sistema de protección del derecho de autor y del sistema de límites.

Tal como nos recuerda la regla de los tres pasos, ningún límite puede ser interpretado o aplicado de manera que “cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vaya en detrimento de la explotación normal de las obras”. Dicho de otra manera, el TJUE no está animando a las bibliotecas a dejar de obtener licencias en el mercado, sino simplemente amparándolas a que más allá del mercado, ellas puedan seguir cumpliendo con su finalidad de interés público, y permitirles en casos concretos ir más allá del ámbito licenciado. Justamente este es el valor de los límites legales. El aval al PDC que hace el TJUE, a partir de copias escaneadas de obras en la colección permanente de una biblioteca, no debe considerarse como una “alternativa” al modelo de licencias. Al contrario, es un aval para que en casos concretos (y ahí es donde estriba el equilibrio de intereses que propugna la regla de los tres pasos) las bibliotecas puedan escanear (obtener copias digitales) de las publicaciones en su colección permanente y prestarlas al público mediante el “PDC” o ponerlas a disposición del público mediante terminales especializados, sin necesidad



de haber obtenido previamente una licencia - ya sea porque los titulares no la están ofreciendo o porque la están ofreciendo en condiciones poco razonables o interesantes para la biblioteca (en el caso concreto *VOB*).

No puede olvidarse que los mercados de licencias son la forma natural para llevar a cabo la explotación de obras y prestaciones; y los límites nunca supondrán un peligro a estos mercados. Las bibliotecas son las primeras interesadas en obtener licencias, a precios y en condiciones razonables y asumibles, para contribuir a la difusión de la cultura. Tampoco puede olvidarse que el PDC que avala el TJUE es doblemente costoso para la biblioteca: porque debe obtener una copia digital mediante escaneado, y porque deberá quedar sujeto a compensación de los autores. No todas las bibliotecas tienen la capacidad económica para sufragar ambos costes.

En resumen, la validación del PDC y de la combinación de límites que realiza el TJUE no va destinada a sustituir los modelos de licencias que los titulares pongan en el mercado (que siempre serán el modelo natural y más eficiente de explotación de obras y prestaciones), sino justamente a suplir las deficiencias del mercado cuando existan (piénsese que no todas las publicaciones se encuentran licenciadas para uso en formato digital) y asegurar que las bibliotecas van a poder seguir cumpliendo con su finalidad de interés público, en casos concretos, aún cuando existan tales licencias en el mercado.

Por otro lado, el préstamo digital controlado (PDC) de obras en las colecciones permanentes de bibliotecas requerirá la previa negociación entre titulares de derechos, entidades de gestión y bibliotecas, y la redacción de guías y buenas prácticas que den seguridad jurídica, en beneficio de todos. Para ello es necesario dejar de lado perjuicios y preconcepciones incorrectas respecto al sistema de límites, entender que las interpretaciones del TJUE en los casos *VOB* y *Darmstadt* no ponen en peligro los modelos de negocio (y mercados de licencias) de los titulares de derecho y aceptar que los modelos de licencias, tan fundamentales como son, deben coexistir en el mercado con un robusto sistema de límites. Si se acuerdan las condiciones adecuadas para llevarlo a cabo, el PDC (al igual que el resto de límites legalmente previstos), puede operar en beneficio de TODAS las partes implicadas, autores y titulares de derechos, bibliotecas y el público en general.







# IV.

informe fesabid

## Últimas cuestiones y conclusiones

Analizados los límites previstos en los Artículos 37.1 y .2 TRLPI, para fines de conservación e investigación, y para el préstamo público, respectivamente, a la vista del derecho de la UE y de las sentencias del TJUE, en especial en los casos *Darmstadt* y *VOB*, surgen **algunas últimas cuestiones** que analizaremos a modo de conclusión.

- ¿Podría la doctrina *Darmstadt* extenderse a la digitalización de obras en la colección permanente de la biblioteca (como acto previo necesario amparado en el límite de conservación), para ponerlas a disposición del público mediante préstamo digital controlado?

Todo indica que la respuesta a esta pregunta debería ser claramente en sentido positivo,<sup>91</sup> en especial a la vista del cons.27 de la DDAMUD (2019), relativo a la nueva excepción uniforme de conservación del patrimonio cultural (Art.6 DDAMUD) que explica:

*“Los actos de reproducción llevados a cabo por las instituciones responsables del patrimonio cultural con fines distintos de la conservación de las obras y otras prestaciones que se hallen en sus colecciones permanentes deben seguir sometidos a la autorización de los titulares de derechos, a menos que estén autorizados por otras excepciones o limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión”.*

Procede recordar, además, que los fines de conservación referenciados en el cons. 27 DDAMUD (2019) son simplemente a título de ejemplo: “por ejemplo para hacer frente a la obsolescencia tecnológica o la degradación de los soportes originales, o para asegurar dichas obras y otras prestaciones”.

- A la misma conclusión llegaríamos ante la pregunta de si una “obra huérfana” podría ser objeto de préstamo público digital.<sup>92</sup>

Teniendo en cuenta que el límite de obra huérfana (Art.37bis TRLPI) ya permite a las entidades beneficiarias –tras una búsqueda diligente– ponerla a disposición del público,<sup>93</sup> la pregunta relativa al préstamo público sólo tendría sentido para aquellos casos en que el titular de la obra huérfana haya solicitado el fin de tal condición (Art.37bis.7 TRLPI).<sup>94</sup> A nuestro entender, nada impediría que la obra inicialmente “huérfana” que había sido digitalizada para fines de conservación pueda quedar sujeta al límite de préstamo digital controlado (como cualquier otra obra que se encuentre en la colección de la entidad beneficiaria) a pesar de que el titular haya puesto fin a su condición de huérfana. Ello es así, en especial teniendo en cuenta que este préstamo público se haría no sólo al amparo del límite, sino también de acuerdo con lo exigido por el Art.37bis.4 TRLPI: “sin ánimo de lucro y con el fin de alcanzar objetivos relacionados con su misión de interés público, en particular la conservación y restauración de las obras que figuren en su colección y la facilitación del acceso a la misma con fines culturales y educativos”.

<sup>91</sup> Salvo que la ley nacional restringiera el préstamo digital controlado a ejemplares (i.e. e-books) previamente comercializados en el mercado (vid. TJUE, VOD).

<sup>92</sup> Aunque formalmente las entidades beneficiarias del límite de obra huérfana (Art.37bis.4 TRLPI) y las del Art.37 TRLPI no son del todo coincidentes, es previsible que la gran mayoría de bibliotecas, archivos, museos y demás entidades puedan beneficiarse de ambos límites.

<sup>93</sup> En concreto, el Art.37bis.4 TRLPI permite: “reproducir, a efectos de digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración, y poner a disposición del público, en la forma establecida en el artículo 20.2.i) ... obras huérfanas;”

<sup>94</sup> Si la obra huérfana ya está a disposición del público de forma regular en internet, no hay necesidad alguna de recurrir al límite del préstamo público.

A la misma conclusión debería llegarse en relación con las obras fuera del circuito comercial. De hecho, el Art. 8 DDAMUD ya establece un límite que será de aplicación, cuando no exista acuerdo colectivo que lo haga posible, para que instituciones responsables del patrimonio cultural puedan realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública, con fines no comerciales, de obras u otras prestaciones fuera del circuito comercial que se encuentren en su colección permanente.

- En otro orden de “combinación” de límites, más discutible, es si **el envío de una copia mediante el servicio de obtención de documentación (SOD)** podría quedar amparado en el concepto de préstamo público digital<sup>95</sup> o si debería mantenerse al amparo del límite previsto en el Art.37.1 TRLPI (para fines de investigación), a favor de lo cual concluíamos en el anterior capítulo.

**A modo de conclusión**, es todavía difícil de ver el efecto que las sentencias *VOD* y *Darmstadt* deban tener en la interpretación y aplicación de los límites recogidos en las leyes nacionales. Especialmente porque ello dependerá, en gran medida, de la actuación de los diferentes *stakeholders* en cada país.

De hecho, **la recepción de los conceptos autónomos** definidos por el TJUE en materia de derechos de autor tiene **resultados bien dispares según el país**. Así, por ejemplo, “en Francia los tribunales no siempre tienen en cuenta la jurisprudencia del TJUE, sin que sea fácil determinar si es por pura costumbre, por un cierto desdén o por una voluntad consciente de resistencia”. En cambio, “en Alemania los tribunales citan con frecuencia la jurisprudencia del TJUE y tienen muy en cuenta sus decisiones”<sup>96</sup>. En España, tradicionalmente la jurisprudencia ha integrado la jurisprudencia del TJUE en la interpretación de los correspondientes conceptos en la ley española, e incluso, en algunos casos, el propio Tribunal Supremo ha procedido a actuar con diligencia para revisar su propia doctrina.<sup>97</sup>

En la medida que la decisión de estas cuestiones dependa de los conceptos autónomos de derecho de la Unión que el TJUE ha definido de forma “autónoma y uniforme” en estas sentencias,<sup>98</sup> ellas deberán guiar (y vincular) a la jurisprudencia nacional al interpretar los conceptos de la ley nacional. Es de esperar, pues, que estas sentencias tengan pronto una **permeación directa en la jurisprudencia nacional**, al menos cuando se decida sobre el alcance del concepto de “préstamo público” en los Arts.19.4(II) y Art.37.2 TRLPI, o se examine la posible “combinación” de varios límites y, en concreto, que al amparo del Art.37.1 TRLPI se

<sup>95</sup> Negando esta posibilidad, *vid.* MINERO ALEJANDRE, *op.cit.* p.312: “De ahí que deban quedar fuera del ámbito de aplicación del límite para el préstamo público, incluso en la interpretación extensiva dada por el TJUE, algunas prácticas que en la actualidad se realizan por las bibliotecas. En particular, el envío a los usuarios en formato pdf común del escaneo de una obra”.

<sup>96</sup> *Vid.* LUCAS-SCHLOETTER / LUCAS, *op.cit.* p.581.

<sup>97</sup> Basándose en jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que decretaba que las habitaciones de hotel eran “domicilio” privado a los efectos del derecho fundamental a la intimidad, el Tribunal Supremo español había concluido que las habitaciones de hotel eran “ámbito estrictamente doméstico” a los efectos de la exclusión de concepto de comunicación pública previsto en el Art.20.1 TRLPI: “No se considera pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”. *Vid.* STS 3175/2003, de 10.05.2003, *SGAE v. Tautiro Princess*, ECLI:ES:TS:2003:3175. Con ello, las hoteles no estaban obligados a obtener y pagar licencia por las habitaciones de hotel que disponían de aparatos de TV y/o radio (sí, en cambio, por la comunicación pública que tenía lugar a través de estos aparatos en las zonas públicas y comunes del hotel). Cuando el TJUE, por sentencia de 7.12.2006, *SGAE v. Rafael Hoteles*, ECLI:EU:C:2006:764, concluyó en sentido contrario (no cabe distinguir entre zonas públicas y habitaciones privadas de hotel a los efectos del concepto de comunicación pública; el carácter público o privado de donde se reciban las transmisiones de TV o radio no es relevante), el TS tuvo que revisar su doctrina para ajustarla a la interpretación del TJUE. Así lo hizo en la sentencia STS 3246/2007 de 16.04.2007, *EGEDA v. Hotel Puente Romano*, ECLI:ES:TS:2007:3246 y otras que la siguieron.

<sup>98</sup> En contra, *vid.* MINERO ALEJANDRE *op.cit.* p.315, argumenta que para que la sentencia del TJUE sea efectiva más allá del caso concreto debería modificarse la propia normativa europea: “si se quiere promover la generalización de este tipo de actos se ha de modificar expresamente la normativa europea actual para regular una excepción armonizada de uso temporal y gratuito de copias digitales de obras, que sea llevado a cabo por bibliotecas o instituciones similares, sometida, en su caso, al cumplimiento de determinadas exigencias ...”

permita a la biblioteca la digitalización de obras en su colección, como requisito previo e indispensable para realizar otros actos amparados en otros límites; por ejemplo, la puesta a disposición a través de terminales especializados (Art.37.2 TRLPI) o incluso el préstamo digital controlado (Art.37.2 TRLPI).

Curiosamente, **en España, no parece que la interpretación del TJUE haya favorecido de forma decisiva el préstamo digital controlado bajo el Art.37.2 TRLPI o la combinación de límites bajo los Arts.37.1 y 3 TRLPI.** Ello puede deberse, por un lado, al desconocimiento por parte de los agentes implicados e incluso a una cierta aversión al riesgo de ser demandados por infracción. Por otra, al poco interés por parte de los titulares de derechos para que el PDC se desarrolle, y evitar que entre en competencia con el mercado de licencias directas que ellos mismos ofrecen.<sup>99</sup> Finalmente, es importante tener en cuenta que la vía natural para la recepción de la jurisprudencia del TJUE es a través de la jurisprudencia nacional, y que, por lo tanto, esta recepción dependerá que se planteen juicios en torno a estos temas.

Mientras tanto, y para no confiar sólo en la recepción vía judicial, **es altamente recomendable que la normativa nacional sea objeto de revisión y actualización periódica,** para incluir en la medida necesaria los conceptos autónomos del TJUE y del legislador de la UE. Con ello se crea mayor seguridad jurídica y se avanza en la armonización y uniformización del derecho de autor en el mercado único de la UE.

A modo de conclusión:

- La interpretación y aplicación de los límites nacionales del Art.37 TRLPI debe ajustarse al *acquis* de la UE y a la interpretación uniforme que ha realizado el TJUE tanto del concepto de préstamo público, de los fines de conservación y su interacción con otros límites, así como de los criterios hermenéuticos aplicables para la correcta interpretación de los límites nacionales.
- Sería recomendable modificar el Art.37.1 TRLPI (el menos, en relación con los fines de conservación) para implementar correctamente el Art.6 y Art.7 DDAMUD (2019), así como los considerandos relativos al mismo, e integrarlos con la transposición realizada por RDL 24/2021.
- Sería recomendable modificar el Art.37.2 TRLPI para integrar los diferentes conceptos autónomos de “préstamo público” y en concreto, la inclusión del préstamo digital controlado (TJUE: VOB); así como valorar la conveniencia de modificar también el RD 624/2014 para incluir la correspondiente remuneración a favor de los autores por el préstamo digital controlado.
- Sería recomendable introducir en el TRLPI la posibilidad de combinación de límites, tal como concluyó el TJUE en el caso Darmstadt y como ya viene recogido formalmente en el cons.27 DDAMUD (2019) que el gobierno español prefirió no transponer en el RDL.
- Más allá de si se realizan estas modificaciones legislativas, sería conveniente, para dar mayor seguridad jurídica y en beneficio de todos, la adopción consensuada de guías y buenas prácticas para que bibliotecas puedan llevar a cabo el préstamo digital controlado.





informe fesabid

# BIBLIOGRAFÍA

Pilar CÁMARA, Ignacio GARROTE, coord. (2019) La unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea, Tirant lo blanch, Valencia.

Ramon CASAS VALLES (2004), "La transposición de la Directiva 2001/29/EC en España" [www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf](http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf) pp.17.

Fernando CARBAJO CASCÓN (2003) "Reproducción y préstamo público en bibliotecas y otras instituciones de promoción cultural. Su adaptación al entorno digital" *Actas de Derecho Industrial*, n.24, pp. 157-194.

Thomas DREIER, Bernt P. HUGENHOLTZ (2006) Concise European Copyright Law, Kluwer Law International, Amsterdam.

Thomas DREIER (2011-2012) "Museos, bibliotecas y archivos: acerca de la necesidad de ampliar los límites al derecho de autor," *Actas de Derecho Industrial*, n.32, pp.79-94.

Ignacio GARROTE (2017) "Comentario al Artículo 161", Comentarios a la ley de propiedad intelectual (R.Bercovitz, coord.), Ed. Tecnos, Madrid, 4 ed. pp. 2226-2242.

Frank GOTZEN, Los 'conceptos autónomos' en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Derecho de Autor", en (2019) La unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea (coord.. Pilar Cámara / Ignacio Garrote), Tirant lo blanch, Valencia, pp.27 a 46.

Sebastián LOPEZ MAZA (2017) "Comentario al Artículo 37", Comentarios a la ley de propiedad intelectual (R.Bercovitz, coord.), Ed. Tecnos, Madrid, 4 ed. pp 717-737.

Agnes LUCAS-SCHLOETTER, André LUCAS (2019) "Capítulo 12: La recepción de los conceptos autónomos de derecho de autor en los derechos nacionales: los casos de Francia y Alemania", en La unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea (coord..Pilar Cámara / Ignacio Garrote), Tirant lo blanch, Valencia, pp.582-613.

Sara MARTIN SALAMANCA (2009) "Artículo 37", Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (J.M. Rodríguez Tapia, coord.), Civitas, Madrid, pp.343-362.

Gemma MINERO ALEJANDRE (2019) "Capítulo 6: El concepto autónomo de 'préstamo público'", en La unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea (coord..Pilar Cámara / Ignacio Garrote), Tirant lo blanch, Valencia, pp.297-355.

José Miguel RODRIGUEZ TAPIA, Fernando BONDIA ROMAN (1997) Comentarios a la Ley de propiedad intelectual, Civitas, Madrid.

Michel WALTER & Silke VON LEWINSKI (2010) European Copyright Law: A Comentary, Oxford University Press, Oxford, pp. 1037.





Con el apoyo de:



Unidos por la gestión profesional de la información



En Baratz apostamos por la informatización y automatización de bibliotecas a través de AbsysNet, un eficaz y potente SIGB presente en miles de bibliotecas.

[baratz.es](http://baratz.es)



Cubrimos las necesidades educativas y de investigación de nuestra comunidad académica con la tecnología y la innovación como pilares, para ofrecer el mejor servicio de acceso global o personalizado.

[library.ie.edu](http://library.ie.edu)



Part of **Clarivate**

[iii.com/?lang=es](http://iii.com/?lang=es)



Desarrollamos productos de software de vanguardia para la gestión, la organización, la automatización y la recuperación del conocimiento acumulado en cualquier unidad de información ya sea biblioteca, archivo o centro de documentación.

[janium.com](http://janium.com)



Libranda, un ecosistema digital para la difusión del libro y la lectura. Referentes en distribución de contenidos digitales editoriales en todo el mundo, desarrollamos software para bibliotecas, tiendas y editoriales, ofreciendo soluciones tecnológicas para que el contenido llegue a más lectores.

[libranda.com](http://libranda.com)



Cooperativa bibliotecaria a nivel mundial. Ofrecemos servicios de tecnología compartida, investigación original y programas comunitarios para satisfacer las necesidades de las bibliotecas y de sus usuarios.

[oclc.org](http://oclc.org)



Plataforma digital inteligente para bibliotecas públicas innovadoras. Democratizamos el acceso a contenido de alta calidad para todo el mundo, en todas partes.

[odilo.es](http://odilo.es)



Pioneros en la gestión y el préstamo del libro electrónico, ofrece soluciones globales para la gestión documental a través de su plataforma integral de contenidos Xebook. Una empresa referente en el sector archivístico y bibliotecario para el ámbito académico, escolar y corporativo.

[xebook.es](http://xebook.es)



Con el patrocinio del Ministerio de Cultura y Deporte.



Con el apoyo de Knowledge Rights 21



<http://www.fesabid.org>