

# EL MARCO NORMATIVO SUPRANACIONAL SOBRE EL PATRIMONIO AUDIOVISUAL

*Carlos J. Moreira González*

*Cátedra J. Monnet «ad personam». Universidad Carlos III de Madrid*

## INTRODUCCIÓN

La nueva etapa del proceso de integración europea que comenzó con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, puede suponer una oportunidad sin precedentes para organizar coherentemente la acción de los poderes públicos de los Estados Miembros de la UE para la protección del patrimonio audiovisual.

A los efectos de explorar las diferentes vías que la canalicen, esta ponencia pone de relieve la necesidad de simplificar, y, clarificar la compleja articulación jurídica que existe actualmente a nivel supranacional.

Asimismo, y sin menoscabo del impacto que supone la “acción directa” de las instituciones y organismos públicos en este ámbito, se subraya el intenso efecto multiplicador que tienen actualmente en Europa diversas iniciativas que ejecutan entidades de la sociedad civil.

Consiguientemente, en una perspectiva de corto y medio plazo, resulta imperativo abogar tanto por la configuración de un marco jurídico supranacional más racional y que vincule efectivamente a sus destinatarios, como por la propia continuidad y desarrollo de las citadas iniciativas que crean sólidos partenariados transnacionales.

## LA ACCIÓN NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

**2.1** Hay que reseñar como puntualización previa que todo el Derecho Institucional de la UE aquí relevante, al igual que ocurre con los acuerdos celebrados en el ámbito del Consejo de Europa,<sup>1</sup> debe de ser conforme con la legalidad internacional, y, consiguientemente, uno de los objetivos inherentes a la «ratio legis» de este acervo supranacional es el de completar y/o desarrollar los Tratados Internacionales vigentes que vinculan a la Unión y a sus Estados miembros.

Dado que dicha normativa se adoptó, casi en su totalidad, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa<sup>2</sup> no resulta ocioso decir que, a la luz del artículo trescientos cincuenta y uno del TFUE (antiguo artículo trescientos siete del TCE), se consolida el «fundamento constitucional» vigente desde la creación de la Comunidad Económica Europea (Roma 1957), cuyo párrafo primero reitera “que las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra” (...).

Aunque la interpretación del alcance de esta disposición, en su conjunto, por el Tribunal de Justicia ha suscitado a veces cierta controversia, amén de alguna perplejidad doctrinal bien fundada,<sup>3</sup> la acción de la Unión en materia de Propiedad Intelectual y de Salvaguardia del Patrimonio audiovisual queda hasta la fecha al margen de la misma.

Ciertamente, la Unión Europea (antes Comunidad Europea), en cuanto que Organización Internacional sólo ha contraído formalmente el compromiso de vincularse al Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio,<sup>4</sup> y, a aquéllas obligaciones que colateralmente se deriven de la firma del Acta de Marrakech, constitutiva de la Organización Mundial del Comercio,<sup>5</sup> así como al Tratado de la OMPI sobre derechos de autor.<sup>6</sup>

Pero esta circunstancia en nada menoscaba su claro acatamiento de la legalidad internacional que, no sólo se constata por la citada ausencia de controversias jurisdiccionales, sino, de forma aún más evidente por las declaraciones expresas que trufan la práctica totalidad de los actos vinculantes y no vinculantes adoptadas por la Unión hasta la fecha en éste ámbito.<sup>7</sup>

No obstante, la política Institucional de la Unión no se debería limitar aquí a respetar los acuerdos internacionales previamente pactados por los Estados miembros como si se tratara de un legado arqueológico, sino que ha de propugnar una auténtica expansión proactiva de sus objetivos dentro y fuera del territorio europeo.

Así, por ejemplo, ya los Puntos Primero y Segundo de la Resolución del Consejo relativa a la protección de los derechos de autor y derechos afines,<sup>8</sup> da cuenta por una parte, del compromiso de todos los Estados miembros para suscribir, antes de 1995, el Acta de París del Convenio de Berna<sup>9</sup> y la Convención de Roma;<sup>10</sup> y, por otra parte, invita a la Comisión Europea a que, en el contexto de las negociaciones internacionales pertinentes, impulse su firma y ratificación por terceros Estados.

Consecuentemente la Directiva 93/98/CEE, y, sus modificaciones y posterior codificación por la Directiva 2006/116/CEE, del Parlamento y del Consejo, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines,<sup>11</sup> se refieren expresamente a la necesidad de implementar y desarrollar los acuerdos internacionales relevantes en diferentes disposiciones de las mismas;<sup>12</sup> similarmente, se realizan referencias expresas en la Directiva 92/100/CEE, codificada por la Directiva 2006/115/CE, del Parlamento y del Consejo, relativa a los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual;<sup>13</sup> la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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;<sup>14</sup> la Directiva 2004/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual;<sup>15</sup> la Directiva 2010/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prestación de servicios de comunicación audiovisual;<sup>16</sup> etc.

**2.2** La articulación de medidas eficientes para la protección del patrimonio audiovisual europeo no podrá sostenerse sólo sobre las endeble bases que el Derecho Originario ha reservado a la UE en el ámbito de la cultura. Según la letra c) del artículo sexto del TFUE, la Unión dispone de competencias residuales “para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros”. En el desglose de objetivos que realiza en el Punto segundo del artículo ciento sesenta y siete del TFUE se pergeña, no obstante, un cuadro favorable a los efectos aquí relevantes dada la mención específica a “la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos, la conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea y, (...) la creación artística y literaria, incluido el sector audiovisual”.

Pero, el propio artículo limita, en su apartado quinto, el alcance de los actos vinculantes de la Unión adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario al excluir que éstos impliquen la armonización de las disposiciones nacionales. Asimismo contempla la posibilidad de que el Consejo adopte recomendaciones.

Circunscritas a estos reducidos márgenes de actuación las medidas de la Unión poco más supondrían que un marco testimonial, humo de pajas, en fin, que oculta la hoguera donde sigue consumiéndose el patrimonio audiovisual europeo.

Consiguientemente, la mejor opción de política legislativa que cabe esperar es la que fomente la sinergia entre la acción “de máximos” que la Unión viene desarrollando en el ámbito de defensa de la Propiedad Intelectual que adquiere una nueva dimensión jurídica con la previsión del apartado segundo del artículo diecisiete de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE,<sup>17</sup> y la búsqueda específica de los objetivos aquí relevantes.

El balance del vigente marco normativo<sup>18</sup> ofrece un llamativo contraste en el que las medidas de “soft-law” copan, por un lado, las referencias de la acción directa de salvaguardia del patrimonio audiovisual, mientras que, por otro lado, el derecho institucional vinculante se reserva para todo lo concerniente a los derechos

de autor o el ejercicio de libertades económicas fundamentales que inciden en aspectos de la propiedad intelectual. Realizaré a continuación un breve análisis del contenido y el alcance de las disposiciones más relevantes de ambos “bloques” normativos.

**2.3** Las primeras pautas para la implementación de una acción coordinada entre las Instituciones de la UE y sus Estados Miembros sobre la preservación del Patrimonio audiovisual fueron indicadas en la Resolución del Consejo de 25 de junio de 2002,<sup>19</sup> que manifiesta la necesidad de digitalizarlo y de no demorar la adopción de medidas que garanticen la propia supervivencia del material digital.

Esta posición se reitera en las Conclusiones del Consejo de 15 y 16 de noviembre de 2004, que subrayan además la necesidad de coordinar las actividades de digitalización,<sup>20</sup> y, en la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2005,<sup>21</sup> que aboga por la utilización de la tecnología digital para recopilar, catalogar, conservar y restaurar las obras cinematográficas.

Posteriormente, se han adoptado diversas medidas –siempre dentro del bloque de «soft law»– que identifican claramente los retos pendientes y las fórmulas de actuación de los poderes públicos europeos en el corto y medio plazo.

Así, por ejemplo, también mediante una Recomendación del año 2006,<sup>22</sup> se identificaron algunos obstáculos que, progresivamente, han devenido en auténticas barreras para los fines que nos ocupan, tales como la divergencia entre las normas de los Estados miembros sobre las obligaciones de depósito a los productores de material digital; la necesidad de homologar normativamente la «recolección en la web» (web harvesting)-recogida del material de Internet antes de que se haya depositado por las instituciones habilitadas para ello; la uniformización de las reglas de acceso al material depositado de dominio público, y de los mecanismos de concesión de licencias en ámbitos como las obras huérfanas, y las obras agotadas o que ya no se distribuyen, a efectos de su digitalización<sup>23</sup> y la accesibilidad en línea, etc.

Son, ciertamente, los aspectos de carácter jurídico, más que las dificultades técnicas, administrativas o financieras, los que plantean retos de mayor calado. La copia y la migración suponen los procesos clave de la preservación digital, junto con el depósito legal, generando conflictos que atañen al régimen de la propiedad intelectual.

Estas dificultades se incrementan al intentar conciliar la difusión del material audiovisual depositado con el respeto a los derechos de autor, máxime por cuanto los depósitos y archivos legales impulsan dicha difusión y son muy favorables a la aplicación de exenciones del pago de los cánones correspondientes en los casos de accesibilidad de las personas con discapacidad, de investigación o de docencia, por razones de interés público.

La disparidad de criterios ubica, de un lado, a autores, productores, distribuidores y entidades de gestión colectiva, que abogan por sujetar la libre difusión a la celebración de “acuerdos de licencia”, y, por otro lado, a los citados entes y archivos de depósito, favorables a que primen las excepciones antes mencionadas”.<sup>24</sup>

Ambas posturas tienen encaje en el vigente marco internacional y supranacional que regula los derechos de autor tal y como se desprende de algunas disposiciones como el artículo décimo del Tratado de la OMPI de 1996,<sup>25</sup> y del apartado quinto del artículo quinto de la Directiva 2001/29/CE,<sup>26</sup> que, en todo caso debe aplicarse e interpretarse de conformidad con el Tratado de la OMPI.

Precisamente, la referida Declaración concertada de las Partes sobre el artículo décimo de éste Tratado, abre la caja de Pandora de los conflictos jurídicos al posibilitar un mosaico legal de excepciones en los Estados miembros de la UE adecuadas al entorno digital, incluido el hecho de que los depósitos legales desempeñan el papel clave para la conservación a largo plazo del patrimonio digital.

En este contexto resulta muy complejo concertar las medidas que eviten la “fuga digital” -que abriría la utilización en línea indiscriminada de forma gratuita de obras protegidas por derechos de autor- o, las que alivien la lista de espera para digitalizar o restaurar millones de “obras huérfanas”,<sup>27</sup> fenómeno éste último que no se regula a nivel supranacional mediante instrumentos vinculantes.

Lo que propugnan, en síntesis, el mencionado conjunto de actos de «soft law» es una tabla de deberes inaplazables para los poderes públicos de los Estados miembros y las Instituciones de la Unión tales como, su actuación concertada para dar mayor coherencia a la selección del material digital que forma parte del patrimonio audiovisual; la financiación mediante el patrocinio privado, o mediante consorcios mixtos de las actividades de digitalización; la creación de un punto de acceso común multilingüe para buscar en línea el patrimonio audiovisual conservado en diferentes lugares de Europa por diferentes organizaciones;<sup>28</sup> el uso de indicadores cuantitativos para medir los progresos conseguidos en Europa en éste ámbito; la potenciación de los vínculos con los programas de investigación de la Comisión mediante un incremento sustancial de los fondos destinados a investigación sobre digitalización;<sup>29</sup> etc.

**2.4** El bloque normativo supranacional vinculante relevante a nuestros efectos adolece actualmente de dos características que cercenan la capacidad de respuestas uniformes a las múltiples cuestiones de legalidad que plantea la salvaguardia del patrimonio audiovisual, ya que se trata de normas con un perfil regulatorio desigual (sólo una de ellas es de armonización) y no es omnicompresivo.

Una perspectiva conjunta de las mismas ofrece una valoración de su técnica y teleología legislativas más inclinada hacia el parcheo que a la construcción de un sistema debidamente preconcebido.

De hecho, se parte, como veremos a continuación, del elemento central constituido por los derechos de propiedad intelectual y, sólo tangencialmente se apuntan soluciones para el fenómeno de la digitalización y depósito de los materiales audiovisuales. No obstante lo cuál sí que puede entreverse, a lo largo de un discurso legislativo que dura ya dos decenios, que el ámbito supranacional es más idóneo que el convencional internacional para fortalecer los requisitos de protección de los derechos de autor y derechos afines, y adecuar los mismos a los retos de las innovaciones tecnológicas y del desarrollo económico, que de forma exponencial amplía los ámbitos de la prestación de servicios (incluido el consumo) y la creación y difusión del conocimiento.

Un primer botón de muestra lo constituyen algunas disposiciones de las Directivas 2001/29/CE, y 2010/13/UE, antes citadas. La Directiva de 2001, que armoniza determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información focaliza su alcance en garantizar la máxima protección de los mismos como regla general, frente a la reproducción, comunicación, puesta a disposición o distribución de las obras y prestaciones artísticas,<sup>30</sup> sin detrimento de lo dispuesto en otros regímenes vigentes en este ámbito a nivel supranacional.<sup>31</sup> Los titulares de los derechos reconocidos en la Directiva tienen la facultad exclusiva de autorizar y controlar la difusión de sus obras, sin que se produzca un agotamiento de los mismos como consecuencia de ello.<sup>32</sup>

El efecto perseguido por la Directiva es vertebrar un régimen jurídico uniforme que de previsibilidad y seguridad a la creación de riqueza derivada de sectores económicos expansivos, tales como las industrias audiovisuales, y las de contenidos multimedia.

Pero, la propia norma se enreda en un juego de espejos que hace de sus objetivos vagas ilusiones ya que, no se determinan los umbrales mínimos y los medios de acción para garantizar la protección nacional de tales derechos, y abre un suculento melón mediante el referido catálogo de excepciones de su artículo quinto, que faculta a las autoridades competentes de los Estados miembros a establecer con amplios márgenes de apreciación la implementación de la Directiva.

La judicialización interna y supranacional se convierte así en el medio más frecuente de solución de controversias relativas a la interpretación y aplicación de una norma fallida, a los efectos aquí relevantes, ya que a duras penas marca una ruta para encontrar respuestas supranacionales uniformes relativas a la preservación del patrimonio audiovisual.

Esta percepción de la fragilidad del marco normativo de la Unión a los efectos que nos ocupan queda corroborada por el análisis de la Directiva 2010/13/UE, ya rebajada al nivel de “coordinación”, de la que sólo es posible inferir un mandato relevante a los Estados miembros por lo dispuesto en sus Considerandos

treinta y cuatro y treinta y siete, que, en síntesis, establecen que la autorización de la difusión o del cambio de soporte del material audiovisual corra a cargo del Estado del que dependa jurisdiccionalmente el depósito o archivo legal.

La floración de discrepancias interpretativas que han de zanjarse mayoritariamente por órganos judiciales internos, es, como se ha dicho, una (mala) consecuencia jurídica del amplio margen de discrecionalidad del que gozan las autoridades nacionales al transponer las normas que nos ocupan.

Esta anómala circunstancia, en términos de la eficacia del marco supranacional, puede ya entreverse al repasar las disposiciones de mayor enjundia previstas en las Directivas señeras en la materia, a saber la Directiva 2006/115/CE, la Directiva 2006/116/CE, la Directiva 2004/48/CE, antes citadas, y, la Directiva 93/83/CEE.<sup>33</sup>

Así, la primera de las Directivas de codificación adoptadas en 2006, la Directiva 2006/115/CE, establece expresamente en su Considerando octavo que “el marco jurídico comunitario sobre los derechos de alquiler y préstamo y sobre determinados derechos afines a los derechos de autor puede limitarse a disposiciones que prevean que los Estados miembros establezcan los derechos de determinadas categorías de titulares, como además los derechos de fijación, distribución, radiodifusión y comunicación pública, para determinados grupos de titulares en el ámbito de la protección de los derechos afines”.<sup>34</sup> El artículo primero de la Directiva corrobora el deber de los Estados miembros de reconocer el derecho de autorizar o prohibir el alquiler y préstamo de originales y copias de obras protegidas por el derecho de autor.

La definición de las nociones de alquiler y préstamo, (artículo segundo), la identificación de los titulares y objeto de los mismos (artículo tercero) y la determinación de los derechos afines (artículos séptimo a noveno, ambos inclusive), sólo abren un flanco de controversia jurídica derivado de la incertidumbre que genera la posible inclusión por los ordenamientos internos de otras fórmulas de ejercicio de los derechos afines que puedan beneficiar a los titulares de los derechos de autor.

Circunstancia que ya se había puesto de manifiesto al pronunciarse el Tribunal de Justicia, en el marco de un recurso por incumplimiento, en un Sentencia del 13 de julio de 2006,<sup>35</sup> sobre el alcance de la citada Directiva 92/100/CEE. El Tribunal declaró que el Decreto-Ley adoptado por Portugal para transponer la misma, no se ajustaba a la Directiva por conceder un derecho exclusivo a autorizar o a prohibir el alquiler o el préstamo a los productores de videogramas, que, a los efectos, eran asimilados a los productores de la primera fijación de una película (FJ 22-23, y, 29).<sup>36</sup>

El abanico de excepciones y limitaciones que abren varias disposiciones de la Directiva 2006/115/CE, con relación al ejercicio de los derechos de autor, es un reclamo no menos sutil para ampliar la discrecionalidad de los poderes internos responsables de su transposición. Por ejemplo, según lo previsto en el apartado primero del artículo sexto, y, en su apartado tercero, los Estados miembros podrán establecer excepciones al derecho exclusivo en cuestión “en lo referente a los préstamos públicos siempre que los autores obtengan al menos una remuneración ...(que)... podrán determinar libremente los Estados miembros teniendo en cuenta sus objetivos de promoción cultural”... (e incluso, éstos) ...“podrán eximir a determinadas categorías de establecimientos del pago de la remuneración”.

Similarmente, y en el marco del ejercicio de los derechos afines, el artículo décimo prevé «inter alia», que los Estados miembros pueden establecer limitaciones por el uso con fines privados, la fijación efímera, o el uso exclusivo para fines docentes o de investigación científica.

Apostillando no obstante, que si bien de conformidad con lo previsto en el Párrafo segundo del Punto tercero del artículo undécimo “los Estados miembros podrán disponer que en el caso de grabaciones digitales los titulares tendrán derecho a una remuneración adecuada por el alquiler o préstamo de las mismas”, el Punto cuarto del citado artículo prevé expresa (y tajantemente) que, los Estados miembros no tendrán que garantizar la aplicación de los derechos en cuestión, “a las obras cinematográficas o audiovisuales creadas con anterioridad al 1 de julio de 1994”.

Semejante galimatías sólo puede sembrar niveles de desconcierto legislativo de elevada magnitud, como el que, también zanjado por una decisión judicial, refleja paradigmáticamente la aplicación de la Directiva en España mediante la Ley de Propiedad Intelectual.<sup>37</sup>

Los hechos que suscitaron dicho contencioso tienen su origen en el rechazo, mediante Resolución ministerial, de una modificación de los estatutos de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), que incluía entre los derechos de remuneración el préstamo de grabaciones audiovisuales, situación que no contempla la citada ley. La Sentencia que desestima el recurso de la SGAE contra la resolución ministerial, sin entrar en mayores consideraciones sustantivas (no aprecia los argumentos jurídicos de naturaleza civil, ni los de «lege ferenda», se limita a constatar el reconocimiento del derecho de remuneración de préstamo no está incluido en el artículo 90.2 de la Ley, por lo que los estatutos (y sus modificaciones) de las entidades de gestión deben ajustarse al ámbito de la legalidad vigente. En opinión del juez, la citada ley también limita las formas de comunicación pública que dan un derecho de remuneración a los autores a la proyección, exhibición y transmisión de la obra audiovisual, por lo que descarta cualquier otra forma o procedimiento de comunicación pública.<sup>38</sup>

En lo que concierne a la Directiva 2006/116/CE, su mayor logro es la ampliación con respecto a lo previsto en los Convenios internacionales vigentes de los periodos de protección de los derechos de autor y de determinados derechos afines,<sup>39</sup> hasta los setenta años y cincuenta años, respectivamente, que son el umbral fijado para todos los Estados miembros de la Unión.<sup>40</sup> Dado el concreto ámbito de aplicación y la ausencia de excepciones y limitaciones regladas que otorguen amplios márgenes de actuación a los Estados miembros en la Directiva, su transposición no ha planteado controversias de mayor calado.<sup>41</sup>

Otras aportaciones reseñables de Derecho vinculante a efectos de la definición de un marco jurídico supranacional se deben a la implementación de las Directivas 93/83/CEE, y, 2004/48/CE, antes citadas.

Mediante la primera de ellas, se garantiza a los autores el derecho exclusivo de autorizar exclusivamente mediante contrato, la comunicación al público vía satélite y la distribución por cable de sus obras (artículos segundo, tercero, y octavo, respectivamente de la Directiva). Asimismo, establece que el derecho de autorizar o prohibir la distribución por cable de una emisión sólo pueda ejercerse por las entidades de gestión colectiva (artículo noveno). El valor negociador de dichas entidades cobra asimismo un relieve especial al reservar a éstas la celebración de los contratos de autorización de las emisiones vía satélite si se trata de obras cinematográficas incluidas las obras producidas con procedimientos semejantes a los de la cinematografía (apartado tercero del artículo tercero de la Directiva).

Por su parte, la Directiva 2004/48/CE, introduce la obligación de instaurar normativamente los procedimientos para determinar objetivamente las indemnizaciones que soliciten ante los órganos internos los titulares de derechos de propiedad intelectual, licenciarios, organismos de gestión de derechos colectivos, etc., por los perjuicios que les causen todas las infracciones cometidas por terceros. Las disposiciones de esta Directiva subrayan la necesidad de que los medios que establezcan los Estados miembros con dicha finalidad sean más favorables a los titulares de los derechos protegidos.

Obviamente, se deduce del tenor de las mismas, y de la propia adopción de la Directiva, un compromiso institucional de la Unión para apuntalar con una regulación específica, la falta de una verdadera armonización en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines.

No resulta ocioso recordar, en este sentido, que el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad de los poderes públicos por violación de las obligaciones supranacionales ya otorga, «ipso-iure», medios suficientes para ventilar a nivel interno este tipo de controversias.<sup>42</sup>

A la espera de que se impulse un marco supranacional más completo y coherente cuyas ambiciones superen al actual cúmulo de Directivas-parche urgidas por mejorar el funcionamiento del Mercado Interior cobra un gran significado la configuración de una panoplia específica de medios para garantizar la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Junto con la solución al problema de la “fuga digital” (antes reseñado), cuya articulación normativa supranacional está siendo ya explorada,<sup>43</sup> resulta no menos perentoria la regulación mediante actos vinculantes que legitime el uso de las “obras huérfanas”, salvado previamente el grado de diligencia debido en la búsqueda de los titulares de los derechos de autor, u, opcionalmente, modificar el vigente marco normativo de la UE (especialmente la Directiva 2001/29/CE) mediante excepciones «ad hoc». De momento, se corre el riesgo de que, ante la ausencia de tales previsiones, los Estados miembros adopten normas incompatibles, o, directamente, difieran esta vía y se limiten a aplicar a las obras huérfanas el apartado sexto del artículo primero de la Directiva 2006/116/CE.<sup>44</sup>

## **ACCIONES COOPERATIVAS Y PARTENARIADOS TRANSNACIONALES PÚBLICOS Y PRIVADOS**

Los huecos y entresijos que abre la falta de un espacio jurídico europeo armonizado a los efectos aquí relevantes, los ocupan iniciativas de diferente naturaleza e impacto, cuyos protagonistas son entes, organismos y asociaciones vinculadas al mundo de la cultura, de la creación artística, de la industria audiovisual o de la difusión pública.

La espesa red de acciones cooperativas que están hoy en marcha en Europa se nutre de mecenazgos públicos y privados que, por razones de espacio, resumo en dos categorías: las impulsadas desde la Unión Europea mediante proyectos públicos competitivos (que son las de mayor calado), y, las que responden a iniciativas sectoriales o singulares, que aparecen en el panorama devastado del patrimonio audiovisual como rayos verdes que refulgen sobre los ángulos ciegos del olvido.

Dentro de las primeras, el lanzamiento del Programa eContent plus, con la finalidad de conseguir la interoperabilidad entre las colecciones y servicios digitales nacionales (incluida la preservación digital y la accesibilidad a los contenidos culturales), sostiene financieramente el Proyecto ARROW (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works towards Europeana). La finalidad principal de este Proyecto es ofrecer información sobre el estatuto de las obras protegidas a los usuarios que deseen digitalizar sus colecciones, impulsando un “código de buenas prácticas” (o de “búsqueda diligente”) para identificar a los titulares de los derechos de autor.<sup>45</sup>

No obstante ciertas cortapisas y limitaciones como las de no funcionar aún en todos los Estados miembros de la UE,<sup>46</sup> y carecer de autorizaciones administrativas para expedir licencias que permitan escanear y difundir obras protegidas, cabe citar entre sus logros el compromiso del cumplimiento por las partes de la cláusula de «due diligence» antes de catalogar y difundir una obra como “huérfana”,<sup>47</sup> y la calificación específica como tal de una obra audiovisual.<sup>48</sup>

Resulta muy ilustrativo en este sentido consultar el Apéndice al citado Memorando de 2008, elaborado por el Grupo de trabajo del Audiovisual<sup>49</sup> dado que identifica las referencias de los entes que deben consultarse con una búsqueda diligente y cita, orientativamente, ejemplos de obras huérfanas (por categorías) cuyos titulares de los derechos de autor fueron identificados tras una búsqueda diligente.<sup>50</sup>

A los fondos públicos de la UE se debe también el Proyecto Presto Space, un programa de investigación para elaborar diferentes herramientas que utilicen los archivos audiovisuales europeos para digitalizar el material analógico con vistas a su preservación.<sup>51</sup> Su implementación tuvo continuidad en otro Proyecto, BARTH,<sup>52</sup> que ha sentado las bases del proyecto de ejecución más reciente, Video Active,<sup>53</sup> también financiado por la Comisión Europea, cuya finalidad principal es la puesta en común y la difusión de material audiovisual sobre la historia de Europa de cadenas públicas, o archivos documentales europeos. Tal y como constatan algunos de los responsables de su funcionamiento, los problemas que lastraron su óptima ejecución fueron sobre todo de carácter jurídico. Así, las diferencias en las regulaciones nacionales no permitieron a algunos archivos almacenar sus piezas en servidores ubicados en el extranjero, y, la falta de una regulación común

sobre propiedad intelectual suscitó la cuestión de las “obras huérfanas” (agravada además en muchos casos por la externalización de la producción realizada por los operadores televisivos). Hubo que sortear igualmente “barreras invisibles” -tan infranqueables, a veces- para realizar la selección temática, habida cuenta del crisol socio-cultural que supone la acción cooperativa de entidades de varios países europeos.<sup>54</sup>

En fin, el compromiso de mecenazgo público de la UE se manifiesta en otras acciones como el Séptimo Programa Marco de Investigación (2007-2013) que incrementa la aportación económica sobre digitalización, acceso a contenidos digitales y preservación digital con el fin de crear una red de centros responsables de estas misiones.<sup>55</sup>

Conviene recordar, empero, que las primeras iniciativas entorno a la creación de mecanismos cooperativos para preservar el patrimonio audiovisual corrieron a cargo de los operadores televisivos públicos. Es el caso, por ejemplo, de la constitución en París de la FIAT (Federación Internacional de Archivos de Televisión), en 1977, así como del establecimiento de sus objetivos estatutarios y su funcionamiento.

Esta asociación sin fines lucrativos aglutina a numerosos responsables de servicios de archivo de televisiones públicas y dedica un meritorio empeño al intercambio de medios para la recogida, restauración y difusión de documentos audiovisuales.<sup>56</sup>

En puridad tiene toda lógica que el primer impulso asociacionista transnacional lo lideraran las televisiones públicas por, al menos tres razones: a) poseen, controlan y gestiona los mejores archivos audiovisuales; b) pueden dedicar parte de la financiación pública para realizar esta misión de interés general; y, c) comenzaron a sistematizar, a partir de 1956, en cintas magnéticas de dos pulgadas (creada por AMPEX), sus documentos históricos en soporte químico.

La eclosión posterior de entidades y asociaciones transnacionales (públicas y privadas)<sup>57</sup> incrementa el papel de estas organizaciones de la sociedad civil como guardianas de la memoria colectiva, y auspicia el fortalecimiento de la conciencia preservacionista cuyo eco articulan normativamente los poderes públicos.

El compromiso de dichas entidades y asociaciones con el rescate del patrimonio audiovisual está respaldado, generalmente, por meticulosos procedimientos y concretas obligaciones cooperativas. Así, por ejemplo, a la luz de los Estatutos de la FIAF (Federación Internacional de Archivos del Film),<sup>58</sup> sus misiones son las de promover y preservar los films, ya sean creaciones artísticas u obras históricas documentales; incitar a todos los países a que creen archivos cinematográficos para la preservación del patrimonio audiovisual nacional e internacional, y coordinen su funcionamiento; promover la cooperación entre sus miembros para garantizar el acceso a las obras audiovisuales en su poder; etc. (artículo primero).

Precisamente, para facilitar el cumplimiento pacífico de las obligaciones derivadas para los miembros de la Federación, se han elaborado Reglas Internas, de forma que, por ejemplo, la Regla noventa y nueve compromete a los miembros a facilitar, mediante requerimiento por escrito, una copia de películas de su colección, siempre que peligre su conservación, salvo que lo impida el titular de los derechos de autor o las condiciones de una donación. El uso de éstas copias sólo tendrá dos finalidades: la conservación en el depósito del solicitante o su exhibición bajo control y responsabilidad de éste;<sup>59</sup> (según la Regla cien, la copia facilitada a otro miembro puede serlo mediante préstamo temporal o indefinido, o con el fin de integrarla permanentemente en el depósito del miembro solicitante).

Similarmente, la Regla ciento siete, al referirse a la exhibición de películas en depósito con fines de estudio o investigación, responsabiliza a los miembros para que velen, en todo momento, por la preservación de los derechos de autor y derechos afines, o respeten, en su caso, las condiciones impuestas por los donantes.

La aplicación de sus propios códigos de “buenas prácticas” y la propia gestión de los derechos de autor que implica su ejecución, deberán de calar más pronto que tarde en la creación de un marco supranacional exhaustivo que convierta a la Unión Europea y a sus Estados miembros en el paradigma mundial de la conservación del patrimonio audiovisual.

No podemos fiar esta misión al mero cumplimiento unilateral de una escudilla de obligaciones pergeñadas normativamente a la medida de las sensibilidades socio-culturales, o de prosaicas consideraciones financieras, de cada Estado.

El caso concreto de España es fiel reflejo de ello al comprobar el carácter invertebrado y escasamente imperativo del conjunto de disposiciones con el que se ventila la cuestión.

Ciertamente, sólo existe una disposición estatal que regule explícitamente la obligación de depósito de materiales audiovisuales: se trata de la letra m) del artículo noveno del Reglamento del Instituto Bibliográfico Hispánico<sup>60</sup> que incluye entre las materias objeto de depósito legal, las “producciones cinematográficas, tanto de tipo argumental como documental y «filmlets»”. Previsión que completa, entre otras, su artículo vigésimo séptimo que fija en un ejemplar el número de obras a depositar antes de proceder a su distribución o venta.

La letra o) del artículo tercero de la Ley 17/2006,<sup>61</sup> de 5 de junio, y el artículo cincuenta y dos del Mandato Marco<sup>62</sup> que la desarrolla, imponen a la radio y la televisión de titularidad estatal el mandato de integrar en su archivo histórico los documentos audiovisuales que proceda preservar, una vez digitalizados, así como la necesidad de preservarlos en condiciones óptimas y de facilitar su uso y consulta.

Cabría acudir también a otras referencias jurídicas infraestatales. La Constitución Española atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación sobre propiedad intelectual (apartado noveno del Punto Primero del artículo ciento cuarenta y nueve), pero, de conformidad con el mismo, se adoptó la Disposición adicional primera del citado Real Decreto Legislativo 1/1996, que prevé que el depósito legal se regule “por las normas reglamentarias vigentes, o que se dicten en el futuro por el gobierno, sin perjuicio de las facultades que, en su caso, correspondan a las Comunidades Autónomas”.

Consiguientemente, algunos entes autonómicos como la Comunidad de Madrid, adoptaron en su momento una normativa específica que amplía el ámbito del objeto del Depósito legal incluyendo la recopilación del material audiovisual.<sup>63</sup>

Una lectura a vuelapluma de dicho régimen jurídico suscita diversas cuestiones acerca del alcance de las responsabilidades que se derivan aquí para los agentes públicos o privados: ¿disponen realmente de capacidad física, de recursos humanos, de medios técnicos y de suficiencia financiera las entidades públicas responsables de la gestión de los depósitos legales, para desempeñar fielmente su papel de guardianes de la memoria audiovisual?; ¿Cuál es el grado de exigibilidad que pende sobre los responsables de las producciones de televisión de propiedad privada a estos efectos?; ¿asistimos a un panorama jurídico fragmentado en el que la suerte de muchas (buenas) producciones audiovisuales dependerá de la Comunidad Autónoma en la que se registren?.

Este confuso y quebrado panorama normativo no desdora el valor de muchas iniciativas impulsadas a nivel nacional e internacional, que suelen estar focalizadas en la recuperación de filmografía cinematográfica.

Dada la imposibilidad de desgranarlas en su totalidad bastará con presentar una breve reseña de tres de ellas.

Financiadas por dos fundaciones, la “World Cinema” y la “Film Foundation” controladas por el director M. Scorsese, se realizan acciones cooperativas para la restauración de películas clásicas de la cinematografía mundial (definidas como «neglected cinema»), la mayoría de ellas encontradas casualmente, con talleres italianos organizados por diversas corporaciones locales, que se denominan «L’immagine Ritrovata» (La Imagen Recuperada).<sup>64</sup> Una vez restauradas, se organizan las exhibiciones públicas y gratuitas de las cintas por los propios responsables de la restauración.

En España, merece una reseña especial la labor de EGEDA.<sup>65</sup> Así, por ejemplo, desde 2001 con base en el Convenio firmado con el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales para la utilización de su Registro de Obras y Grabaciones Audiovisuales, las certificaciones de autor expedidas por dicha entidad tienen reconocimiento oficial.

Igualmente, EGEDA desarrolla la plataforma virtual de visionado de obras y grabaciones audiovisuales (FILMOTECH.COM) que, entre otros beneficios como el acceso on-line, preserva las obras mediante el proceso de adaptación para su incorporación a dicha plataforma (contenedor) digital.

Más recientemente, EGEDA desarrolla, junto con la Diputación Provincial de Cuenca, un Proyecto de construcción del Instituto del Conocimiento, la Digitalización y el Emprendedor Audiovisual (ICDEA), ubicado en Cuenca (España), cuyas principales actividades son la digitalización y archivo digital de fondos audiovisuales españoles, formación en audiovisual digital y TIC, exhibición y exposición de obras audiovisuales, difusión de éstas en canales on-line, etc.

Esta línea fructífera de la cooperación entre entidades de implantación local y fundaciones, tiene otros epígonos en pequeñas iniciativas como la que ha permitido el rescate de la primera película documental sobre la intrahistoria de Ribadesella, titulada «verano del 56», mediante el Acuerdo de colaboración suscrito en marzo de 2009 entre la O.N.C.E. (Organización Nacional de Ciegos de España) y la Sociedad Etnográfica de dicha localidad asturiana.<sup>66</sup>

En resumidas cuentas cuando se comparten medios técnicos, financieros, campañas de difusión y códigos de «buenas prácticas», entre entidades públicas y privadas, con impacto nacional o transnacional, se genera un substrato sociocultural donde hace pié la imprescindible solidaridad para rescatar el patrimonio audiovisual mundial.

## CONCLUSIONES

El marco normativo vigente a nivel supranacional focaliza su imperatividad en el régimen de los derechos de autor y derechos afines, mientras apenas marca difusas pautas de conducta mediante instrumentos no vinculantes para orientar a los poderes públicos internos en las labores de protección del patrimonio audiovisual.

Cada Estado, pues, organiza esta misión según sus propias previsiones, que, en una perspectiva de conjunto recuerda a la imagen de los naufragos desorientados sobre la balsa de Medusa.

Habida cuenta de todo ello, sólo cabe apuntalar las indispensables estructuras jurídicas internacionales existentes desde la acción cooperativa regional, mejor supranacional que intergubernamental.

La solución inicial quizás pueda estar en la elaboración de una Directiva-Marco que refleje y actualice las líneas de actuación técnicas, administrativas, jurídicas y financieras pautadas en su día por la UNESCO, en su Recomendación sobre la Salvaguardia y la Conservación de las imágenes en movimiento (Belgrado, 27 de octubre de 1980).

Corresponde a la Comisión Europea liderar e impulsar en el corto plazo esta misión de interés general europeo y mundial.

Asimismo, no resulta desafortunado abogar por la creación de una red transnacional de depósitos legales audiovisuales que, dotados de medios de blindaje frente a las copias ilegales, faciliten el acceso compartido a sus fondos con costes razonables para los usuarios. Recuperar así los fragmentos impresos en la región del olvido, donde la verdadera forma no tiene perímetro, como hace con sus recuerdos Wu Wei, la protagonista de la novela “Faltan palabras” del escritor Zhang Jie.

## NOTES

1\_Cabe citar como los más relevantes que se han celebrado hasta la fecha al Convenio Europeo para la protección del Patrimonio Audiovisual y su Protocolo relativo a la Protección de las Producciones televisivas, (ambos celebrados bajo los auspicios del Consejo de Europa, fueron abiertos a la firma en Estrasburgo, el ocho de noviembre de 2001. El Convenio está en vigor desde el 1.1.2008, al haber sido ratificado por cinco Estados, incluidos cuatro Estados miembros del Consejo de Europa (España aún no lo ha firmado), pero el Protocolo, que requiere el mismo número de firmas y ratificaciones que el Convenio para entrar en vigor, está pendiente de implementación, (España no lo ha firmado)); así como a la Convención Europea de coproducciones cinematográficas, (celebrada también bajo los auspicios del Consejo de Europa y abierta a la firma en Estrasburgo el dos de octubre de 1992, ETS 147, la Convención entró en vigor el uno de abril de 1994. El Reino de España ha firmado y ratificado la Convención).

2\_Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) publicadas en el DO nº 115 de 9.5.2008, p. 1, y, Acta de corrección de errores firmada en Roma el 23 de marzo de 2010, DO nº C 81 de 29.3.2010, p. 1.

3\_Como expresamente prevé la citada disposición en su Párrafo segundo, “en la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado...”.

El alcance de lo dispuesto en el artículo trescientos cincuenta y uno del TFUE no presenta perfiles problemáticos si se trata de dilucidarlo con relación a los Estados miembros de la UE, tal y como se desprende claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde la Sentencia de 2.8.1993, en el asunto C-158/91, Levy, Rec. p. I-4287.

Se trata más bien de zanjar de forma más coherente con la teleología de los Tratados desde el inicio del proceso de integración – corroborada expresamente por el apartado quinto del artículo tercero del TUE- la cuestión de las relaciones entre ciertas obligaciones impuestas a la Unión y a sus Estados miembros por Tratados que les vinculan, y, los denominados «principios constitucionales» de ésta (Sentencia del TJ de 3 de septiembre de 2008, as. C-402/05 y C-415/05, Kadi, Rec. p. I-6351). A raíz de la tibieza y oscuridad que, de forma recalcitrante, viene sosteniendo la posición del Tribunal de Justicia en éste ámbito concreto de las relaciones entre el Derecho (o la legalidad) Internacional, y el Sistema Jurídico de la UE, crecen las voces cualificadas que apuntan a la necesidad de futuros posicionamientos que marquen tajantemente un cambio de tendencia a favor del acatamiento de la mayor jerarquía de las obligaciones internacionales. Una síntesis y buen botón de muestra de muchas de ellas en, De Burca, G.: “The EU, the European Court of Justice and the international legal order after Kadi”, Harvard International Law Journal, 1, 51, 2009; Fordham Law Legal Studies Research Paper, nº 1321313.

4\_Decisión 94/800/CE del Consejo, DO nº L 336 de 23.12.1994, p. 1.

5\_Celebrado el 15 de abril de 1994, Decisión 94/800 del Consejo CE de 22 de diciembre de 1994, DO nº L 336 DE 23.12.1994.

6\_Cabe subrayar que la UE tiene un estatuto de observador privilegiado en la OMPI, organismo especializado de las Naciones Unidas para la protección de la Protección Intelectual, situación que facilita la firma de acuerdos celebrados bajo sus auspicios y que son relevantes a nuestros efectos, como por ejemplo, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, de 20 de diciembre de 1996, (firmado en Ginebra, suscrito y ratificado por el Reino de España, BOE nº 148, de 18.6.2010, y por la Comunidad Europea. Decisión nº 2000/278 del Consejo de 16 de marzo de 2000, no publicada en el Diario Oficial. No obstante, el DO nº C 103 de 11 de abril de 2000 contiene dos declaraciones sobre la Decisión del Consejo.

7\_Esta afirmación no es extrapolable a todos los ámbitos relevantes de la actividad convencional internacional dado que en algunos casos, las propias normas internacionales fijan unos criterios de aplicación e interpretación de sus disposiciones en las relaciones con el ordenamiento de la UE que no siguen la preferencia internacional, sino que se rigen por fórmulas de subsidiariedad o de coordinación. En este sentido, el artículo veintiuno de la mencionada Convención Europea para la protección del Patrimonio Audiovisual, establece que, “en sus relaciones mutuas, las Partes que son miembros de la Unión Europea (entonces Comunidad Europea), aplicarán la normativa de la Unión y no las de la Convención, excepto en el caso de que no exista una norma de la Unión que regule la situación de hecho de que se trate”.

8\_Resolución de 14 de mayo de 1992, DO nº C 138 de 28.5.1992

9\_Celebrado el 9 de septiembre de 1886, y, Acta de Revisión de París de 24 de julio de 1971 (Instrumento de ratificación de España de 2 de julio de 1973, BOE nº 81 de 4.4.1974, y, 260, de 30.10.1974).

10\_Celebrada el 26 de octubre de 1961, Instrumento de ratificación de España de 2 de agosto de 1991, BOE nº 273, de 14.11.1991.

11\_Directiva de 12 de diciembre de 2006, DO nº L 372, de 27.12.2006.

12\_V. gr. Considerandos segundo, quinto, sexto, noveno, decimotercero, decimoquinto, y decimosexto; y, en los artículos primero y séptimo.

13\_ Considerando decimoquinto y artículo décimo de la Directiva de 12 de diciembre de 2006, DO nº L 372, de 27.11.2006.

14\_ Considerandos decimoquinto y decimonoveno de la Directiva de 22 de mayo de 2001, DO nº L 167 de 22.6.2001.

15\_ Considerandos cuarto a séptimo, ambos inclusive, de la Directiva de 29 de abril de 2004, DO nº L 157 de 30.4.2004.

16\_ Considerando séptimo de la Directiva de 10 de marzo de 2010, DO nº L 95 de 15.4.2010.

17\_ Que dice, lacónicamente, “se protege la propiedad intelectual”. Esta previsión se incluyó en la Carta durante los trabajos de la Convención para constatar la relevancia normativa y jurisprudencial que le da la UE. En este sentido, antes de la aprobación de la Carta el Tribunal de Justicia había ampliado «ex iure comunitario» el ámbito de aplicación del anterior artículo 30 TCE para evitar menoscabos a la misma (v. gr. Sentencia de 31 de octubre de 1974, as. C15/74, Centrafarm, Rec. p. 1147, FJ9; Sentencia de 20 de octubre de 1993, as. ac. C-92/92 y C-326/92, Phil Collins, Rec. p. I-5145, FJ 20-22). Y, a la luz de dicha disposición, se pronunciaron en el mismo sentido sentencias del Tribunal de Primera Instancia como la de 3 de mayo de 2006, (as. T-439/04, Eurohypo, FJ21).

18\_ Como ya he dicho, la práctica totalidad del acervo en cuestión, con excepción de la citada Directiva 2010/13/UE, fue adoptado antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

19\_ Resolución C/162/02 sobre “Conservar la memoria del mañana. Conservar los contenidos digitales para las generaciones futuras”, DO C 162 de 6.7.2002. La importancia de la preservación digital figura también en la propuesta de Recomendación del Consejo, de 18.2.2005, sobre las acciones prioritarias para aumentar la cooperación en el ámbito de los archivos en Europa, COM (2005) 53 final. La Comisión se había anticipado a este escenario normativo al propugnar la elaboración en 2001 de los Principios de Lund (Suecia, 4/4/2001), y, del Plan de acción de Lund, que fue reeditado en 2005 bajo la Presidencia del Reino Unido, así como mediante la creación de un “Grupo de representantes nacionales sobre la digitalización” que celebró su primera reunión en Bruselas, el 11 de diciembre de 2001.

20\_ Celebrado en Bruselas, en su formación de Educación, Juventud y Cultura, que, dentro del debate relativo a lo Audiovisual, consensuó un Punto relativo al Patrimonio cinematográfico y competitividad de las actividades industriales relacionadas en el que aboga por el cuidado y depósito de dicho patrimonio “como un modo de preservar la herencia europea”

21\_ Relativa al patrimonio cinematográfico y la competitividad de las actividades industriales relacionadas, DO nº L 323 de 9.12.2005.

22\_ Recomendación de Comisión de 24 de agosto de 2006 sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital, DO nº L236 de 31.8.2006.

23\_ Acerca de la digitalización del material audiovisual analógico, la Comisión Europea había advertido poco antes en su Comunicación «i2010: Bibliotecas Digitales», (Bruselas, 30.5.2005, COM(2005) 465 final), que ésta, no garantiza su supervivencia a largo plazo, por causas diversas tales como la caducidad de los programas de “hardware” que pueden hacer ilegibles los archivos, el deterioro de los CD-ROM, la innovación de los programas informáticos, etc., por lo que urgía al establecimiento de un marco europeo sobre preservación digital.

24\_ La situación se expone nítidamente en la Comunicación de la Comisión, «los derechos de autor en la economía del conocimiento», (Bruselas, 19.10.2009), COM(2009) 532 final, pp. 5, ss.

25\_ Esta disposición faculta a las Partes para establecer en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones en ciertos casos “especiales” que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, (previsión que hace extensible a la aplicación del Convenio de Berna).

Asimismo, mediante una Declaración concertada respecto del artículo décimo, las Partes se facultan para “aplicar y ampliar debidamente las limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital, en sus legislaciones nacionales”.

26\_ Este artículo enumera en su apartado tercero los casos de aplicación de excepciones o limitaciones a los derechos, que incluyen el uso con fines educativos o de investigación (letra (a)), y el uso en beneficio de personas con minusvalías (letra (b)). Si bien reitera en su apartado quinto que las mismas, “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”.

27\_ Dado que se trata de obras protegidas por los derechos de autor, aunque no estén localizados sus titulares por distintas razones, resulta ilegal su explotación, copiado (reproducción) o difusión sin autorización de los mismos.

28\_ Puntos sexto a noveno, ambos inclusive, de la Recomendación 2006/585/CE de la Comisión, cit. supra.

29\_ Vid. el Punto séptimo de la Comunicación COM (2005) 465, cit. supra.

30\_ Considerandos vigésimo primero a vigésimo octavo, ambos inclusive, y, artículos segundo a cuarto, ambos inclusive.

31\_ Al circunscribirse los objetivos de la Directiva al ámbito de la sociedad de la información, la normativa de alcance general y específico mantiene intacto su propio ámbito de aplicación. En este sentido, el apartado segundo del artículo primero cita expresamente a la protección jurídica de los programas de ordenador; el derecho de alquiler, el derecho de préstamo y determinados derechos afines a

los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; los derechos de autor y derechos afines aplicables a la radiodifusión de programas vía satélite y la retransmisión por cable; la duración de la protección de los derechos de autor y determinados derechos afines; y, la protección jurídica de las bases de datos.

32\_Vid., respectivamente, el apartado tercero del artículo tercero, y, el apartado segundo del artículo cuarto.

33\_Directiva del Consejo CEE de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, DO nº L 248, de 6.10.1993.

34\_El texto del considerando reitera, negro sobre blanco, el que figuraba en el considerando undécimo de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992 (DO nº L 346 de 27.11.1992), que fue derogada por la entrada en vigor de la Directiva 2006/115/CE. Este hecho resulta normal puesto que se trata de una Directiva de codificación, cuya finalidad es sistematizar y clarificar su ámbito de aplicación pero que no altera el contenido sustantivo de las normas que codifica.

Consiguientemente, las disposiciones de la misma, relevantes a nuestros efectos, reproducen el contenido de sus correlativas de la citada Directiva de 1992.

35\_Asunto C-61/05, Comisión de las Comunidades Europeas c. República Portuguesa (TJCE, 2006/206), Recop. I-6779.

36\_Entre otras razones, el Tribunal argumenta su posición por el hecho de que la concesión del derecho exclusivo a los productores de videogramas no es sólo añadir una categoría adicional de titulares de derechos a la lista prevista en la Directiva, sino que menoscabaría el ejercicio de tal derecho, ya que, el productor de la primera fijación –que ha realizado normalmente elevadas inversiones en las que no incurre el productor de un videograma- no controlaría exclusivamente los beneficios de su obra (FJ 22-28, ambos inclusive).

El razonamiento del Tribunal preserva, a mi entender, el espíritu del artículo noveno del Convenio de Berna de 1886, que sólo reconoce a los autores el derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento incluidas las grabaciones sonoras o visuales.

Asimismo, es coherente con lo previsto en la Declaración concertada respecto del Artículo 1.4 del Tratado de la OMPI de 1996 que amplía al entorno digital (en particular a la utilización de obras en forma digital), y al almacenamiento en forma digital en soporte electrónico, el derecho de reproducción establecido en el artículo noveno del Convenio de Berna.

37\_Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE nº 97 de 22 de abril), y, Ley 23/2006, de 7 de julio (BOE nº 162 de 8 de julio), que lo modifica.

38\_Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de la Sección 3ª Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 7 de julio de 2005 (JUR 2006/273728); una posición idéntica sigue la Sección 1ª de la misma Sala en la Sentencia del mismo día sobre el Recurso Contencioso-administrativo nº 1388/2003 (RJCA 2005/1150)

39\_La propia dinámica internacional apuntaba hacia la adecuación de los plazos establecidos originariamente en el Convenio de Berna de 1886, que, en el caso de las obras cinematográficas, el apartado segundo del artículo séptimo faculta a las Partes a fijar en cincuenta años “después que la obra haya sido hecha accesible al público con el consentimiento del autor”, o, a falta de este hecho, “durante los cincuenta años siguientes a la realización de la obra la protección expire a su término”.

A su vez, según lo previsto en el apartado tercero del citado artículo, para las obras anónimas o pseudoanónimas, se fija también el plazo de cincuenta años desde su comunicación pública.

El artículo cuarto de la Convención de Ginebra de 1952 establece que el plazo de protección de las obras no sea inferior a la vida del autor y veinticinco años después de su muerte, salvo que los Estados Parte hayan establecido previamente el cálculo del mismo a partir de la primera publicación de la obra podrán mantenerlo siempre que la duración de la protección no sea inferior a veinticinco años a contar desde dicha fecha.

El artículo noveno del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Anexo al Acuerdo Constitutivo de la OMC, Marrakech, 1994), se remite expresamente al Convenio de Berna para los efectos aquí relevantes.

Es, sin embargo, el Tratado de la OMPI de 1996, el que se posiciona más en línea con la normativa supranacional (que ya había ampliado los plazos en cuestión al adoptar la citada Directiva 93/98/CEE), tal y como se desprende de la lectura de los tres primeros párrafos de su Preámbulo.

40\_Setenta años, según se tome en consideración la fecha de la muerte del autor de la obra, (o de la del último autor superviviente si es una obra común); o la fecha en que la obra fuera lícitamente exhibida en público (para las obras anónimas o pseudónimas), (artículos primero y segundo de la directiva).

Cincuenta años, después de la fecha de presentación o de la ejecución artística, de la primera grabación de la película realizada por sus productores, o de la primera retransmisión de una emisión (artículo tercero de la Directiva).

En ambos supuestos, los plazos se calculan a partir del 1 de enero del año siguiente al de su hecho generador (artículo octavo de la

Directiva), siempre que se trate de obras realizadas después del 1 de julio de 1995, y, sin menoscabo de que los Estados miembros aplicaran plazos superiores para proteger obras realizadas con anterioridad a dicha fecha (apartado primero del artículo décimo de la Directiva).

41\_V. gr. el Capítulo I del Título III (artículos vigésimo sexto a treinta, ambos inclusive), de la citada ley española de Propiedad Intelectual, que refleja fielmente las mencionadas previsiones de la Directiva en materia del cómputo de plazos de los derechos de autor, y, los artículos ciento doce, ciento diecinueve, ciento veinticinco y ciento veintisiete de la misma ley, relativos a la duración de ciertos derechos afines.

42\_La saga jurisprudencial se inicia con las celeberrimas Sentencias de 19 de noviembre de 1991, as. C-6/90 y 9/90. Francovich y Bonifaci, y, de 5 de marzo de 1996, as. C-46/93 y C48/93, Brasserie du pêcheur c. RFA y Factortame III, completando progresivamente el Tribunal los requisitos exigidos para la indemnización de los criterios mínimos para su determinación por las jurisdicciones internas: v. gr. Sentencia de 4 de julio de 2000, as. C-424/97, Haim; de 18 de enero de 2001, as. C-150/99, Svenska; de 30 de septiembre de 2003, as. C-224/01, Köbler; etc.

43\_Se trata de que la oferta de acceso en línea al material de las bibliotecas, archivos y depósitos legales de libros y obras audiovisuales, etc., bien se circunscriba a sus propios locales, o bien, siga un régimen de autorización previa mediante el pago del correspondiente canon, que podría gestionarse con un régimen colectivo de licencias, si se pretende facilitar el acceso «extra muros»; vid. el Punto 3.1 del doc. COM (2009) 532 final, cit.

44\_De conformidad con la cuál, “para las obras cuyo plazo de protección no sea calculado a partir de la muerte del autor o autores y que no hayan sido lícitamente hechas accesibles al público en el plazo de setenta años desde su creación, la protección se extinguirá”.

45\_Toda la información sobre su actividad en [www.arrow-net.eu](http://www.arrow-net.eu)

46\_El Proyecto ARROW opera desde el 16 de diciembre de 2008, fecha de la firma en Bruselas del Contrato entre la Comisión Europea (que lo financia con más de 5M€), y un Consorcio de Estados, de los cuáles sólo 9 son miembros de la UE (Italia, Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Eslovenia, España, Holanda y Reino Unido).

47\_De conformidad con lo previsto en el Punto 1 del “Memorandum of Understanding on Diligent Search Guidelines for Orphan Works” suscrito en 2008 el marco de la Iniciativa “European Digital Libraries” (2005). Se trata de directrices genéricas que no limitan la autonomía de las Partes, elaboradas con un enfoque práctico y, al carecer de estatus normativo, no suponen una carga obligacional irrenunciable para éstas. Como principio, las directrices prevén que la diligencia debida implica la utilización de todos los medios disponibles en el Estado de origen de la obra (siempre que éste pueda identificarse); Punto 1.1 “Context and goal of the guidelines” del Informe Documental Anejo al Memorando, titulado: “Sector-Specific Guidelines on Due Diligence Criteria for Orphan Works”.

48\_Según el Punto 1.2 del citado Informe Documental, una obra audiovisual se define como huérfana sólo si el titular (o titulares) de los derechos de propiedad intelectual no puede(n) ser identificado(s), o en el caso de estar identificado(s) no es posible localizarle(s) para obtener su autorización, tras una búsqueda diligente de buena fe que utilice los medios adecuados para ello.

49\_Orphan Works Sector-Specific guidelines for the audiovisual sector, Ponentes: Rivers, T. (ACT)/ Claes, G. (ACE), 4.4.2008.

50\_El Punto 2.1 de dicho Apéndice incluye a las Filmotecas Nacionales; las Bibliotecas Nacionales; Organismos del Estado que financian al sector audiovisual; los Registros de Propiedad Industrial e Intelectual; las entidades colectivas de gestión de derechos de autores, productores e intérpretes; etc.

Por su parte, el Punto 1.3 del Apéndice se refiere a Documentales anteriores a la II Guerra Mundial; Spots Publicitarios y noticiarios y películas educativas anteriores también a dicha fecha; películas comerciales cuyos productores quebraron o abandonaron el sector cinematográfico, o transfirieron sus derechos a entidades extranjeras, etc.

51\_El Proyecto, que surge dentro del VI Programa Marco de Investigación de la Comisión Europea, involucra a todos los diversos actores interesados en la preservación, conservación y difusión del patrimonio audiovisual en Europa: [www.prestospace.org](http://www.prestospace.org)

52\_Acrónimo de “Building an Interactive Research and Delivery Network for Television Heritage”: [www.birth-of-tv.org](http://www.birth-of-tv.org).

53\_ [www.videoactive.eu](http://www.videoactive.eu)

54\_Fernández-Quijada, D. y Fortino, M.: “Servicio público de televisión y patrimonio audiovisual: el proyecto VideoActive, El Profesional de la información, 18, 5, 2009, pp. 545, ss.

55\_Decisión nº 1982/2006/CE del Parlamento y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 (DO nº L 412 de 13.12.2006, espec. Punto 3 del Anexo I de la Decisión y Anexo II), del que se desprende una financiación superior a los 9.000 M de Euros.

56\_Artículos primero y segundo, respectivamente de sus Estatutos fundacionales, [www.fiatifta.org/cont/statutes](http://www.fiatifta.org/cont/statutes). Participan en la FIAF 180 miembros de 61 países.

57\_V. gr. La IASA (Asociación Internacional de Archivos sonoros y audiovisuales, creada en 1969); la FIAPF (Federación Internacional de Asociaciones de Productores de Film, creada en 1933, que aglutina también a productoras de televisión); la FOCAL (Federation

of Comercial AudioVisual Libraries International Limited, creada en 1985); la AMIA (The Association of Moving Image Archivists, denominada así desde 1990); etc.

58\_Creada en 1938, con sede en Bruselas, aglutina a 150 instituciones y entidades de más de 77 países.

De conformidad con el Párrafo primero del artículo cuarto de sus Estatutos, los miembros serán instituciones cuya finalidad principal sea preservar las colecciones de obras audiovisuales originales, y que tengan la capacidad jurídica y financiera para cumplirla.

Asimismo, según el Párrafo segundo del mismo, los miembros facilitarán la comunicación pública de las copias de obras audiovisuales, y garantizarán el acceso a éstas con fines de investigación, consulta, educativos, etc.

59\_En este sentido, la Regla ciento dos establece que las copias facilitadas a otro miembro sólo pueden ser utilizadas en su país y bajo su control directo. Estas copias no podrán cederse a otros miembros salvo que lo autorice el depósito del miembro que las facilitó.

60\_Orden de 30 de octubre de 1971 (BOE nº 276, de 18 de noviembre). El Instituto había sido creado mediante Decreto nº 642/70. Al integrarse el mismo en la Biblioteca Nacional (Real Decreto 1581/1991 de 31 de octubre, BOE nº 268, de 8 de noviembre), esta entidad asume, de conformidad con la letra c) del artículo segundo de su Estado la responsabilidad de la gestión del Depósito legal.

Este Régimen sigue aún vigente tanto no se adopte la normativa de desarrollo prevista en la letra a) de la Disposición transitoria única la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas (BOE nº 150, de 23 de junio; corrección de errores en BOE nº 224, de 18 de septiembre).

61\_Ley relativa a la radio y la televisión de titularidad estatal (BOE nº 134 de 6.6.2006, p. 21207.

62\_BOE nº 157 de 30.6.2008, p. 28833.

63\_Léanse conjuntamente el Capítulo V de la Ley 5/1999, de 30 de marzo (BOCM nº 88 de 15 de abril y el Decreto 136/1988, de 29 de diciembre (BOCM nº 15, de 18 de enero de 1989).

64\_Este consorcio nace en 1992 a iniciativa de la cinemateca municipal de Bolonia (Italia). Su grado de perfeccionamiento permite recuperar, mediante la aplicación de técnicas fotoquímicas y digitales, la cinta y calidad de la imagen y el sonido. La duración de la restauración suele ser de un mes para los largometrajes de una hora y media, y el corte oscila entre 40.000 y 100.000 euros por película.

65\_Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales, constituida en Madrid, el 18 de septiembre de 1990.

66\_En la cláusula segunda del Acuerdo de colaboración, figuran varios compromisos a cargo del mecenazgo de la ONCE, que coinciden con parte de las finalidades esenciales del rescate de la memoria audiovisual, tales como facilitar la divulgación de la película en locales adecuados y apostando todos los medios auxiliares precisos, y colaborar en una campaña de sensibilización social a grupos escolares mediante la proyección de fragmentos de la película y de la práctica guiada por un técnico rehabilitados.

## **RÉSUMÉ**

Cette contribution analyse la configuration progressive du régime normatif de l'Union européenne relatif aux droits d'auteur, et elle se centre particulièrement sur le respect des droits de propriété intellectuelle dans la société de l'information et dans l'économie de la connaissance. L'identification appropriée des concepts et des valeurs devant être reconnus et protégés par le droit de l'UE constitue la base pour établir les obligations des pouvoirs publics, tant en ce qui concerne la dimension individuelle relative aux bénéfices légitimes revenant aux créateurs des œuvres audiovisuelles que pour ce qui est de la dimension collective relative à la protection et à la diffusion du patrimoine audiovisuel.

## **SUMMARY**

This paper analyzes the progressive configuration of the regulatory framework of the European Union on copyright, particularly the complementary focus on intellectual property rights in the information society and the knowledge economy. The correct identification of the concepts and values that ought to be recognized and established by European Union law is the basis for establishing the obligations of public bodies, both at an individual level – related to the legitimate profits owed to the creators of audiovisual work – and a collective level – related to the protection and dissemination of audiovisual heritage.