DOI: https://doi.org/10.69592/2990-0255-N6-SEGUNDO-SEMESTRE-2025-ART-1

Análisis crítico de la regulación de las obras huérfanas (parte 1)

CRITICAL ANALYSIS OF THE ORPHAN WORKS REGULATION (PART 1)

Carlos Alonso Naya
Jurista. Colegiado del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza
https://orcid.org/0009-0004-6819-2392
Enviado el 7 de agosto de 2025; aceptado el 12 de noviembre de 2025.

SUMARIO: I. Delimitación conceptual. II. La digitalización masiva de obras impresas. II.1. El caso Google Books. II.2. Libros descatalogados y libros huérfanos en Google Books. II.3. Europeana, la reacción europea a Google Books. III. Razones y causas de la orfandad de las obras. IV. Modelos jurídicos en derecho comparado. IV.1. Licencias colectivas no exclusivas (modelo canadiense). IV.2. Licencias colectivas extendidas (modelo nórdico). V.3. Sistemas que limitan las reclamaciones legales (modelo estadounidense). V.4. Explotación comercial de obras indisponibles (modelo francés). V. La regulación en la Unión Europea. V.1. Antecedentes. Propuesta de Directiva. V.2. La Directiva sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas. V.2.1. Ámbito de aplicación. Elementos subjetivos y objetivos. V.2.2. La búsqueda diligente. V.2.3. Usos autorizados. Fin de la condición de obra huérfana. V.2.4. Territorialidad y reconocimiento único. VI. Datos sobre la aplicación de la normativa en Europa. VI.1. Estimación de obras y libros huérfanos. VI.2. Los datos de la Base de Datos de Obras Huérfanas de la EUIPO. VI.2.1. Presentación. VI.2.2. Datos globales e indicadores analizados. VI.2.3. Estatus del titular. VI.2.4. Obras y libros huérfanos por países. VI.2.5. Lengua de las obras. VI.2.6. Obras por país de publicación. VI.2.7. Entidades beneficiarias por países.

Resumen: Las obras huérfanas plantean un problema apasionante para un investigador en el campo de la propiedad intelectual: son obras protegidas por derecho de autor vigente en las que el titular de los derechos es desconocido o está ilocalizable, lo que genera una aparente situación de bloqueo jurídico: es necesario su consentimiento para realizar actos de explotación de la obra, pero, por razones evidentes, quien pretenda realizar usos autorizados no puede obtenerlo. Ahora bien, no es solo un problema intelectualmente estimulante, sino que tiene una gran importancia en el tráfico jurídico, habida cuenta la elevada cantidad de obras en situación de orfandad. Además, un caso de relevancia mundial provocó una gran conmoción en los planos cultural y jurídico.

El problema que plantean las obras huérfanas refleja como pocos el cuestionamiento de los derechos de autor desde la irrupción de la tecnología digital. Parece que cuando los medios tecnológicos para la difusión de las obras avanzan, poco a poco se procura quitar importancia precisamente a lo que les da contenido y sentido, las creaciones y las obras, de modo que las razones que justifican la protección por la propiedad intelectual son desplazadas por otras que nada tienen que ver con ello.

La investigación se divide en dos partes. En ésta, la primera, se delimita el concepto de obras huérfanas, se mencionan las causas de orfandad, se describen los modelos regulatorios que se han propuesto en derecho comparado y el existente en la Unión Europea, y se presentan promenorizadamente las cifras sobre obras huérfanas de la base de datos de la EUIPO. En la segunda parte, se expondrá la regulación en el derecho español y se abordará el análisis crítico del sistema normativo.

Palabras clave: obras huérfanas; libros; derecho de autor; propiedad intelectual; entidades de gestión colectiva.

ABSTRACT: Orphan works pose a fascinating challenge for researchers in the field of intellectual property: they are works protected by current copyright law whose rights holder is either unknown or cannot be located. This creates an apparent legal deadlock: the rights holder's consent is required to exploit the work, but for obvious reasons, anyone seeking to make authorized use of it cannot obtain such consent.

However, this is not only an intellectually stimulating issue — it is also of great practical importance within the legal sphere, given the high number of works considered to be orphaned. Moreover, a globally significant case once caused considerable upheaval in both cultural and legal contexts.

The problem of orphan works reflects, perhaps better than most issues, the way copyright law has been questioned since the rise of digital technology. It seems that as the technological means for disseminating works advance, there is a growing tendency to downplay the very thing that gives them meaning and substance — the creations and the works themselves. As a result, the reasons that justify intellectual property protection are increasingly being pushed aside by others that have nothing to do with it.

This research is divided into two parts. In this first part, the concept of orphan works is defined, the causes of orphanhood are discussed, the regulatory models proposed in comparative law and the one existing in the European Union are described, and detailed statistics from the EUIPO database on orphan works are presented. The second part will address the regulation of orphan works under Spanish law and will provide a critical analysis of the legal framework.

Keywords: orphan works; books; copyright; intellectual property; copyright collective societies.

I. Delimitación conceptual

Las obras huérfanas son obras protegidas por derechos de autor en las que el titular de los derechos es desconocido o está ilocalizable.

La falta de ubicación de los titulares de los derechos es la nota común de las definiciones en derecho comparado[1]: El autor está muerto o se desconoce o no puede ser identificado, o el titular de derecho de autor no puede ser encontrado (India). Después de ejercer la debida diligencia el titular de derecho de autor es desconocido o no puede ser encontrado (Japón). A

1 M. Bouchard, «El tratamiento de los problemas de las obras huérfanas: el régimen canadiense y los enfoques europeos», *Revista Iberoamericana de derecho de autor*, n.º 13, 66-87, 2013, p. 68.

pesar de esfuerzos considerables, el titular de derecho de autor no puede ser ubicado (Corea del Sur). Una obra que no tiene ningún titular de derecho de autor conocido (Francia). El solicitante hizo esfuerzos razonables para ubicar al titular de derecho de autor y finalmente este no pudo ser localizado (Canadá). La obra involucra autores desconocidos o autores con un lugar de residencia desconocido (Hungría). El titular de derecho de autor no ha sido encontrado después de una búsqueda diligente (Reino Unido).

El problema que plantean las obras huérfanas está en la base estructural del derecho de autor: los actos de explotación sobre una obra necesitan la autorización del titular de los derechos; en el caso de las obras huérfanas, habida cuenta de que el titular no puede darla, no es posible recabarla. De esta manera, quien se proponga hacer uso de la obra se expone, de aparecer el titular, a una demanda por infracción de los derechos exclusivos de la propiedad intelectual.

Las obras huérfanas se diferencian de las anónimas y de las descatalogadas. En las anónimas, el autor decide no desvelar su identidad, pero el titular de los derechos puede estar localizado (artículo 6.2 LPI), que es quien divulga la obra en su nombre y que ejercita los derechos hasta que esa identidad no sea revelada; una obra anónima puede ser huérfana, pero no lo es necesariamente o por definición. En las descatalogadas la diferencia es aún más nítida, son obras que ya no están en el comercio pero que tienen titulares de derechos localizados a los que solicitar autorización para realizar actos de explotación.

A pesar de que no se trata de un fenómeno reciente, el caso de las obras huérfanas no recibió demasiada atención jurídica hasta que eclosionó un caso muy sonado, que las puso en primer plano de debate. En ese momento se descubrió que existe un enorme volumen de obras huérfanas, por ejemplo, el informe *Orphan Works and Mass Digitization* dice que «hay evidencias convincentes de que el problema de las obras huérfanas no solo es real, sino también muy significativo en tamaño y alcance»[2].

La búsqueda diligente del titular, previa al uso autorizado de la obra, es un requisito presente en la legislación española, europea y, en general, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, con alguna excepción.

II. La digitalización masiva de obras impresas

II.1. El caso Google Books

Los avances tecnológicos han hecho posible, por primera vez en la historia, una de las grandes aspiraciones de la humanidad: una biblioteca universal, un repositorio en el que alojar, en versión digital, a todas las obras impresas publicadas desde la invención de la escritura hasta el presente. Desde hace unos años es técnicamente posible retomar el sueño de la biblioteca de Alejandría más de XXIII siglos después, un objetivo colosal que requiere de dos condiciones previas: Primera, el respeto a la normativa de propiedad intelectual. Segunda, una fortísima inversión, necesaria para la digitalización de las obras, para su indexación y para la aplicación

2 United States Copyright Office. *Orphan Works and Mass Digitization*. Washington D.C.: U.S. Copyright Office, 2015, p. 37.

del motor de búsqueda a una cantidad abrumadoramente alta de textos. El coste asociado es mucho mayor de lo que pudiera parecer a primera vista, y hay un dato que podría pasar por anécdota que lo refrenda: la primera biblioteca no anglosajona en firmar convenio con Google, la de la Universidad Complutense de Madrid, estaba inmersa en un proceso de digitalización de sus fondos bibliográficos y documentales con recursos propios que, al ritmo al que iban, les iba a llevar unos 435 años, Google consiguió reducir ese plazo a tan solo 3[3]. En el contrato que ligó a la Complutense con Google, la empresa se comprometió a digitalizar su biblioteca a un ritmo de hasta 3.000 volúmenes diarios durante seis años[4]. Es obvio que un ritmo de trabajo como éste demanda un despliegue de medios ingente y una muy elevada acumulación de capital.

Google asumió el reto y se puso a la tarea: la inversión fue muy cuantiosa y propuso un resquicio por el que salvar las restricciones jurídicas que pudiera imponer el derecho de autor.

Google ya tenía la intención de aplicar su motor de búsqueda al contenido de los libros desde la misma fundación de la empresa, pero no es hasta 2004, en la Feria de del Libro de Fráncfort, cuando presenta *Google Books* (en aquel momento se presentó como *Google Print*, pero menos de un año después cambió de nombre), un espectacular proyecto para la digitalización de, atención, «todos los libros del mundo»[5], a través del cual la empresa pretendía poner a disposición de cualquier usuario todo el conocimiento del patrimonio cultural impreso. Google inventó un dispositivo de escaneo con una cámara estereoscópica de infrarrojos, que tenía la gran virtud de corregir la curvatura de los libros cuando se abrían; el escáner permitía digitalizarlos a gran velocidad sin ponerlos en peligro y sin necesidad de cortarlos o dañarlos de ninguna manera. Además, desarrolló un software de reconocimiento de texto que reconocía caracteres en más de 400 idiomas[6]. Es decir, no solo se digitalizaba la imagen del libro, sino que se podría transformar en texto en varios formatos (pdf o ePub, entre otros).

Google dio un calculado golpe de efecto en la presentación del proyecto, porque lo hizo a través de la firma de acuerdos con las instituciones depositarias de los libros, las bibliotecas. En esta primera fase llegaron a formalizarlo con Biblioteca Pública de Nueva York junto a las bibliotecas de las universidades de Harvard, Michigan, Oxford y Stanford, con un acuerdo por el que se comprometieron a digitalizar todos sus fondos a cambio de una copia, con el compromiso inicial de hacerlo con 18 millones de volúmenes en 10 años, una previsión que fue ampliamente superada, porque en 2016 ya se habían digitalizado más de 30 millones, en 480 lenguas[7]. El escaneo fue masivo e indiscriminado, tanto de obras que se encontraban dentro del dominio público como de las que tenían derecho de autor vigente, sin haber solicitado consentimiento de los titulares de los derechos, ni haber siquiera negociado con autores y editores[8].

3 J. A. Magán Wals & E. Tardón González, «"Google Libros" y la digitalización masiva: La aportación de la Universidad Complutense de Madrid». *Revista General de Información y Documentación*, 24(1), 9-24, 2014, p. 16.

4 M. Vivar, «Europeana. Un prototipo de biblioteca digital europea», *Cuadernos de Integración Europea*, n.º 6, 5-13, 2014, p. 7.

5 Google. (31 de enero de 2023). *Google Libros*. Obtenido de https://books.google.com/intl/es/googlebooks/history.html

6 N. Carr, «La biblioteca de Utopía». *Dendra médica. Revista de humanidades*, 11, 208-219, 2012, p. 210.

7 A. Vercelli, L. Becerra & A. Bidinost, «El caso Google Books: ¿usos justos y/o privilegios de copia?», *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*, n.º 133, 113-128, 2016, p. 116.

8 A. Vercelli, L. Becerra & A. Bidinost, «El caso Google Books…, cit., p. 118.

Tras la digitalización, la intención de Google era la de publicar los textos completos de los libros de dominio público y fragmentos de los libros sujetos a derechos, con lo que, según su relato, serviría de promoción de los catálogos de las editoriales a través de su buscador, lo que, a su vez, repercutiría en un aumento de las ventas[9]. Sin embargo, esta postura presenta numerosas aristas en el debate jurídico, porque la compañía se dedicó a digitalizar bibliotecas enteras, sin clasificar las que se encontraban dominio público y las de dominio privado[10].

Para una mayor claridad en el examen de las consecuencias de la conducta de Google y de las estrategias que la empresa puso en marcha para tratar de sortearlas, es conveniente abordar por separado dos situaciones:

A) Libros que se encuentran dentro del dominio público

El proceso de digitalización y puesta a disposición del público de estas obras es libre, pero se enfrenta a dos dificultades:

Primeramente, con tal cantidad de obras a digitalizar, es extremadamente complicado determinar con seguridad todos los casos en que han entrado en dominio público. Tanto más cuanto que en derecho comparado no hay un solo plazo, con lo cual es necesario acudir a diferentes legislaciones para determinar si el libro ya se encuentra en dominio público (obviamente, en esta materia rige el principio de territorialidad).

Además, hay multitud de obras que, aunque hayan entrado en dominio público, pueden estar sujetas a otros derechos, en especial el de edición, regulado en España por el artículo 129.2 LPI[11]. Por lo tanto, para escanear y digitalizar una obra de dominio público protegida por el derecho de edición es necesaria la autorización del editor, cuyos derechos duran 25 años desde el 1 de enero del año siguiente a la publicación (artículo 130.2 LPI).

B) Libros protegidos por derechos de propiedad intelectual

Es importante recordar que para la puesta en marcha de *Google Books* la compañía llega a un acuerdo con las bibliotecas, y no con autores o editores. De este modo, Google se ponía detrás de las bibliotecas para sortear una eventual infracción de derechos de autor por vía del *fair use* del artículo 107 de la *Copyright Act* estadounidense.

---

9 Aún hoy es lo que promocionan en la web de Google Libros: Google (31 de marzo de 2023). Obtenido de Prácticas recomendadas para editores y autores: https://books.google.es/intl/es/google-books/publisherresources.html

10 «Para el escaneo se ha comportado como si fuera un gran buque dedicado a la pesca de arrastre, muy lejos del sistema de caña de pescar. Probablemente la digitalización de grandes bibliotecas sea más complicada si previamente a escanear cada volumen hay que saber si está en dominio público o privado, teniendo en cuenta que es una tarea que en muchos casos exige auténticos especialistas». I. A. Navarro Mendizábal, «Autores ausentes y obras huérfanas», *Estados civiles y derechos de autor*, (coords. T. Carrancho Herrero & E. Vicente Domingo), Editorial Reus, Madrid, 2015, p. 144.

11 «Los editores de obras no protegidas por las disposiciones del Libro I de la presente Ley, gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción, distribución y comunicación pública de dichas ediciones siempre que puedan ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales».

¿Puede ser aplicado el *fair use* al caso de *Google Books* en Estados Unidos? En mi opinión, no debería, a tenor de que la digitalización no se hace sobre una parte de la obra sino sobre la obra completa, lo cual en muchos casos serían actos de reproducción no autorizados bajo los principios del *Copyright Act*. Además, no son las bibliotecas las que hacen el trabajo de digitalización, sino Google, con lo cual es la compañía la que tendría que acogerse el *fair use*, por más que argumente que haya un convenio con ellas. Por último, no es cierto que Google no obtenga retorno económico del proyecto. La puesta a disposición del público de los fragmentos de las obras es gratuita para los usuarios, pero la compañía puede obtener ingresos indirectos por publicidad o por la promoción de otros servicios del entorno Google. Es decir, aun aceptando que no haya finalidad comercial en el proyecto concreto, con certeza sí la hay en la compañía, una empresa con legítimo ánimo de lucro; bajo este prisma, el uso de los fragmentos de las obras es plenamente comercial[12].

El 16 de octubre de 2015, la Corte de Apelación de Estados Unidos resolvió la apelación contra la Sentencia de 14 de noviembre de 2013, de la Corte del Distrito de Nueva York, en el caso *The Authors Guild, Inc. and Betty Miles, Joseph Goulden, and Jim Bouton v. Google Inc*. El tribunal resalta algunas de las ventajas de *Google Books*, tales como: a) facilitar el acceso a personas con visión reducida; b) la difusión del conocimiento; c) la conservación de la literatura o, d) generar mayores ingresos para autores y editoriales[13].

En Estados Unidos, el Tribunal hizo parcialmente suyos los argumentos alegados por Google para aplicar la doctrina del *fair use* al caso, aunque, la verdad, a efectos de derecho interno español, importa bien poco. Aunque la Corte Suprema ampliase la autorización de los usos de las obras dentro de *Google Books*, en derecho continental, y particularmente en España, esta posibilidad no existe, en el derecho de nuestro entorno no hay una institución como la del *fair use*, hay, en cambio, un sistema de límites a los derechos de autor: una serie de supuestos tasados en los cuales puede hacer uso o explotación de una obra sin el consentimiento de los titulares de los derechos.

Si hay algo que no se le puede negar a Google es su visión para los negocios, lo cual hace muy sorprendente la imprudencia con la que la compañía se condujo en este terreno en Europa. En la primera sentencia dictada en Europa, a demanda presentada en Francia por tres editoriales (*Editions du Seuil, Delachaux & Niestle y Harry N. Abrams*), el Tribunal de la *Grande Instance*, de 18 de diciembre de 2009, desestima la pretensión de Google de aplicar la ley estadounidense al caso y, en aplicación de la ley francesa de propiedad intelectual,

12 Muy inspirado, Casas Vallés, dice sobre este particular: «Interesa poner el acento en la condición empresarial de Google. Y no porque ello implique una tacha sino, simplemente, para evitar malentendidos. Google no es una institución de beneficencia ni una ONG. Es una empresa y como tal desarrolla su actividad económica de acuerdo con los intereses de sus accionistas. De la misma manera que Google puede proclamar que su objetivo es «organizar la información del mundo y hacerla accesible y útil de manera universal», la también conocida Monsanto puede decir que aspira a poner fin al hambre en el mundo». R. Casas Vallés, «La problemática de las llamadas obras huérfanas (propuestas de solución con particular referencia a la Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas)», *Revista jurídica de Buenos Aires, Derecho de autor*, 105-151, 2014, p. 105, nota al pie 2.

13 L. F. Herrera Sierra, «Doctrina del fair use frente a los retos impuestos por el entorno digital. Estudio del caso Google Books», *Revista de Propiedad Inmaterial*, 57-83, 2015, p. 64

declara que la digitalización de las obras habría requerido la autorización de los titulares de los derechos[14].

Coincido con Sánchez Aristi[15] en que resulta muy difícil imaginar (por no decir imposible) cómo el proyecto *Google Books* pueda llegar algún día a ser aplicado en Europa y en particular en España, sin modificación legislativa. Coincido también en que, aunque en el litigio en Estados Unidos se enjuició únicamente la actividad de Google, en España podría ampliarse, porque es posible examinar también las actuaciones de las bibliotecas que proporcionaron los libros sujetos a derecho de autor para ser digitalizados, en tanto que desbordarían los fines de investigación y conservación previstos en el artículo 37.1 LPI.

Al inicio de su proyecto, de los 18 millones de obras que en aquel entonces se estimaba que podría digitalizar, aproximadamente el 16 % estaban en dominio público, un 9 % tenían vigentes los derechos de autor y estaban en el circuito comercial y un asombroso 75 % tenían derechos de autor vigentes, pero estaban fuera del circuito comercial, por múltiples razones[16]. El mismo cofundador de Google, Sergey Brin, en una columna del *New York Times*, hace un encendido llamamiento a devolver estos libros al tráfico comercial, de los que dice que se encuentran en un agujero negro literario[17].

No le falta razón a Brin, en aquel entonces había una gran cantidad de obras bloqueadas, en un limbo jurídico, que no estaban a disposición del público. Ahora bien, al lado de eso, tampoco se puede obviar que Google, a través de su colaboración con las bibliotecas y centros de documentación, busca el tesoro escarbando en los deshechos: la parte porcentualmente más importante del proyecto *Google Books* serían las obras no explotadas comercialmente o directamente desatendidas a las que pretende dar una nueva vida al incluirlas en la plataforma digital. Es el caso de los libros descatalogados y los libros huérfanos.

II.2. Libros descatalogados y libros huérfanos en Google Books

Tanto los libros descatalogados como los huérfanos fueron digitalizados por Google sin autorización alguna[18]. Para dar muestra de la tremenda importancia y conflictividad que

14 J. J. Marín López, «Google Books vulnera el derecho de autor en Francia», *Gómez-Acebo & Pombo*, 2009.

15 R. Sánchez Aristi, «La sentencia de apelación en el caso Google Books y los límites del fair use: una oportunidad para los autores y editores europeos», *Diario La Ley*, n.º 8654, 2015, p. 7.

16 A. Vercelli, «Google Books y los cambios de las industrias editoriales», *II Encuentro Iberoamericano de editores científicos*, 1-11, 2010, p. 6.

17 S. Brin (8 de agosto de 2009). A Library to Last Forever. *New York Times*. «La inmensa mayoría de los libros escritos no están accesibles para nadie, salvo para los investigadores más tenaces de las mejores bibliotecas académicas. Los libros escritos después de 1923 desaparecen rápidamente dentro de un agujero negro literario. Salvo raras excepciones, solo se pueden comprar durante los pocos años en que se imprimen. Después, solo se encuentran en un número cada vez menor de bibliotecas y librerías de libros usados. Con el paso de los años, los contratos se pierden y se olvidan, los autores y editores desaparecen, los titulares de los derechos se vuelven imposibles de localizar». (Traducción propia).

18 A. Esteve Pardo, «Análisis legal del proyecto Google books desde la perspectiva de los derechos de propiedad intelectual», *Textos Universitaris de Biblioteconomia i Documentació*, n.º 24, 2010, p. 10.

pueden generar estos supuestos, sólo hay que observar las cifras: ya en el año 2009 se consideraba que (al margen de un número muy elevado de libros descatalogados) de los 7 millones de libros digitalizados hasta entonces por Google, alrededor del 40 % eran obras con derechos de autor, pero indisponibles para el público, es decir, obras fuera del circuito comercial (descatalogadas o huérfanas)[19]. En este contexto, se puede colegir que este tipo de obras es uno de los grandes núcleos de negocio del proyecto *Google Books*.

Este enfoque causó recelo por la evidente posibilidad de que Google adquiriese una posición de monopolio de comercialización de libros descatalogados. Por ejemplo, una autoridad generalmente reconocida, el historiador cultural Robert Darnton (en 2007 era director del sistema de bibliotecas de la universidad de Harvard), fue muy beligerante a este respecto, entre otras muchas cosas, dijo que *Google Books* era un negocio especulativo, que se dirigía a ser «una empresa hegemónica, económicamente imbatible, tecnológicamente inalcanzable y legalmente inatacable, capaz de aplastar a cualquier competidor»[20].

Los libros descatalogados son los no comercializados por los editores, aquellos cuyos derechos patrimoniales no están siendo ejercitados en el presente, pero sus titulares están identificados y localizados. Con la ventana de oportunidad que representaba *Google Books*, la empresa se propuso devolver esas obras al circuito cultural-comercial, con la idea inicial de poner a disposición de los usuarios su texto íntegro. Ahora bien, una obra descatalogada no es una obra de dominio público, esto es, que los derechos de autor no estén siendo ejercitados no quiere decir que no existan, ni que se ignore quiénes son sus titulares; que la obra no tenga recorrido comercial no es razón suficiente ni puede implicar que no se aplique la normativa sobre propiedad intelectual. Como puede comprenderse, Google tuvo que claudicar en este aspecto y retirar el texto íntegro de estas obras de la plataforma, porque dar acceso libre a los libros descatalogados, supondría una infracción masiva (aún mayor de la que cometió en la fase de digitalización) de los derechos de autor.

Este mismo esquema, el de tratarlas como si fueran obras de dominio público, es el que *Google Books* quiso aplicar a las obras huérfanas. Y con más razón desde su perspectiva, porque ya no es que los derechos patrimoniales no estuviesen siendo ejercitados por sus titulares, sino que ni siquiera podían dar su autorización, porque no estaban localizados. Es decir, según este razonamiento los derechos de autor en los libros huérfanos no se ejercitan en el presente, sino que, además, es altamente improbable que se vayan a ejercitar en el futuro. En ese momento se proyectó la sombra de un posible monopolio sobre los libros huérfanos; de hecho, Amazon, Yahoo! y Microsoft en agosto de 2010 denunciaron el acuerdo de Google con la asociación de editores estadounidenses para la digitalización de libros huérfanos[21].

Google estuvo activo en hacer ver ante la opinión pública los derechos de autor como un obstáculo a la libre circulación del conocimiento, representado por *Google Books*. Enfocó su comunicación hacia la cantidad de recursos invertidos para el acceso libre al conocimiento contenido en los libros que se encontraban fuera del circuito comercial (descatalogados o huérfanos), pero no puso los medios para remunerar debidamente a los autores o titulares

19 J. Hausman & J. Sidak, «Google and the proper antitrust scrutiny of orphan books», *Journal of Competition Law & Economics*, 411-438, 2009, p. 420.

20 Visto en: N. Carr, «La biblioteca…, cit., p. 212.

21 L. Anglada «Bibliotecas: un enfermo con una mala salud de hierro», *Anuario ThinkEPI*, vol. 4, 72-78, 2010, p. 74.

de derechos, cuyas obras son precisamente las que dan valor al proyecto. Da la impresión de que esta estrategia que aplicaron a este supuesto concreto deriva de una más amplia: el esfuerzo de Google para desacreditar la existencia de derechos de autor y conexos (o, al menos, para cuestionar la intensidad de la protección), lo cual, por cierto, tiene mal encaje con el celo con la que la compañía protege sus algoritmos[22].

Lo que es indudable de todo ello es que, con la digitalización masiva de los fondos de las bibliotecas impulsado por *Google Books*, los libros huérfanos han adquirido una relevancia y visibilidad que nunca antes habían tenido. Y algo más, es evidente que, con el enorme volumen del fondo bibliográfico en situación de orfandad, la situación afecta al trabajo de los editores, que podrían facilitar un mayor el acceso del público a las obras literarias o científicas a las que, hoy por hoy, no estén disponibles[23].

El caso Google Books tiene tal fuerza que sirve para orientar las cuestiones centrales: qué soluciones jurídicas se pueden implementar para que los libros huérfanos se puedan publicar, y cómo garantizar la circulación del conocimiento y el acceso al patrimonio escrito con el respeto a la normativa del derecho de autor, son cuestiones centrales de este trabajo.

II.3. Europeana, la reacción europea a Google Books

En lo que claramente fue una reacción a *Google Books*[24], y con el impulso de la Biblioteca Nacional de Francia, el 23 de marzo de 2006 comenzó a construirse el prototipo de Europeana[25], una plataforma *online* que tenía la intención de ser la biblioteca digital de Europa. Abierta al público el 20 de noviembre de 2008, en la primera fase la *web* dio acceso a unas

22 R. Levine, *Parásitos. Cómo los oportunistas digitales están destruyendo el negocio de la cultura*. Ariel, Barcelona, 2013.

23 M. Cecilia Herrero, «La problemática de la obra huérfana para la industria editorial», *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, n.º 13, 12-49, 2013, p. 13.

24 Así lo confirma el proceso temporal. Esquemáticamente:
- 14 de diciembre 2004. Google lanza Google Print (posteriormente renombrado como Google Books).
- 23 de enero 2005. Reacción del presidente de la Biblioteca Nacional de Francia (BNF), Jean-Noël Jeanneney en Le Monde.
- 28 de abril 2005. Carta de seis jefes de Estado y de Gobierno a las instituciones europeas pidiendo la creación de una biblioteca virtual europea.
- 7 de julio 2005. El presidente de la Comisión de aquel entonces, José Manuel Durao-Barroso, responde positivamente a la demanda y comunica la voluntad de la UE de coordinar el proyecto.
- 30 septiembre 2005 – 20 enero 2006. La Comisión Europea lanza una consulta a los sectores implicados, públicos y privados.
- 24 de agosto 2006. La Comisión publica una recomendación sobre la digitalización y accesibilidad del material cultural.
- 13 de noviembre 2006. El Consejo de ministros de la cultura y del audiovisual aprueba por unanimidad la recomendación de la Comisión.
- 23 de marzo 2007. Inauguración del prototipo durante la Feria del Libro de París.
- 20 de noviembre de 2008. Apertura pública de la plataforma Europeana.
M. Vivar, «Europeana..., cit., p. 12.

25 https://www.europeana.eu/es

13.000 obras, todas ellas libres de derechos, con la mirada puesta en conectar a las bibliotecas nacionales de los diferentes Estados de la UE encargados de la digitalización[26].

Ese fue el impulso inicial: digitalizar, preservar y difundir el patrimonio bibliográfico, pero muy pronto la misión del proyecto se sustituyó, tal y como dice la propia Comisión Europea, por «la accesibilidad en línea de nuestros tesoros culturales europeos»[27]. Los libros redujeron paulatinamente su presencia en la plataforma, tanto es así que hoy son una parte muy pequeña de los objetos digitalizados: la página aloja cualquier tipo de archivo que pueda ser considerado patrimonio cultural europeo, un contenedor en el que caben desde artículos periodísticos hasta piezas de museos, desde códices hasta fotografías, desde manuscritos hasta archivos sonoros[28].

Estas son las cifras que proporciona Europeana: sobre un total de 56.874.316 objetos que aloja de imagen son 31.493.112; de texto, 24.382.662; de sonido, 635.732; de vídeo, 356.901; y archivos 3D, 5.909[29]. Europeana muestra materiales culturales muy heterogéneos de unas 3.700 instituciones diferentes (galerías, bibliotecas, archivos y museos de toda Europa), pero no mantiene colaboración directa con cada una de ellas individualmente. En lugar de ello, una red de socios recopila los datos, los revisa y, en su caso, los completa con información diversa, como su geolocalización o enlaces a otro material.

Europeana no dispone de un inventario con un número exacto de obras huérfanas que hayan seguido el procedimiento marcado por la DOH[30]. Relata, sin embargo, que dispone de 30.188 ítems marcados con la declaración de obra huérfana de las instituciones que han compartido sus fondos con el portal. Sin embargo, eso no significa que en todos los casos las instituciones que proporcionan los objetos hayan seguido el procedimiento marcado por la DOH, es más, consideran muy probable que muchas de ellas sean obras cuyos titulares no sean conocidos pero que no han pasado por el sistema de la Directiva ni haberlas declarado en el portal de la EUIPO. Expresado en porcentaje (si diésemos por buena la cifra, que no lo es), del total de ítems alojados en Europeana, el número de obras huérfanas supondrían el 0,05 % del total.

En lo que respecta al funcionamiento de la plataforma con respecto al patrimonio bibliográfico, Agenjo Bullón y Hernández Carrascal[31] opinan que tanto el acceso como la interfaz son malos, sin paliativos; aunque Europeana suponga un importante paso adelante para museos, archivos y centros de documentación, parece que se ha olvidado de los usuarios. Con respecto a Europeana, *Google Books* tiene algunas ventajas realmente diferenciales: a) permite la interrogación al texto completo de los libros, en los que se pueden localizar frases

26 M. Vivar, «Europeana…, *cit.*, p. 6.

27 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Europeana los próximos pasos. Bruselas, 28.8.2009 COM (2009) 440 final.

28 X. Agenjo Bullón & F. Hernández Carrascal, «Diez años de Europeana», *Anuario ThinkEPI*, n.º 13, 1-7, 2019, p. 4.

29 Europeana. (28 de junio de 2023). *¿Qué es Europeana?* Obtenido de https://www.europeana.eu/es/about-us

30 Consulta respondida el 30 de junio de 2023 por Lorena Aldana (Head of External Relations and Advocacy). Ariadna Matas (Policy Advisor). https://pro.europeana.eu/about-us/office-employees

31 X. Agenjo Bullón & F. Hernández Carrascal, «Diez años…, p. 6.

e incluso párrafos completos; b) es posible la navegación entre documentos, a través de citas y enlaces; c) la presentación de resultados es ordenada y adaptada tanto a los usos de profesionales de bibliografía y archivística como al público común. Por contra, en Europeana y el resto de repositorios institucionales y bibliotecas digitales, estas opciones no existen y las búsquedas son, en comparación, muy básicas[32].

Por último, lo más importante: Europeana anticipó el tratamiento jurídico que se iba a dar a los libros huérfanos en la Unión Europea, limitado a la puesta a disposición en línea de los libros previamente digitalizados por parte cierto número de sujetos específicamente autorizados. El texto de la Comisión Europea antes referido, así lo corrobora[33], asume como necesario y urgente progresar en la digitalización de las obras huérfanas. Se refiere al Libro Verde sobre los derechos de autor en la economía del conocimiento del conocimiento de 2008, que incluía una serie de preguntas sobre las obras huérfanas, en particular en cuanto a la necesidad de una legislación europea que unificase el tema. Tras el resultado la consulta, la Comisión fue la encargada de escoger una solución para su digitalización. Por último, reconoce que el problema de las obras huérfanas adquiere una importancia creciente por el tratamiento dado recientemente por *Google Books*[34].

Resulta paradójico que el texto mencione que habrá un informe sobre la manera de abordar el problema de las obras huérfanas y que diga que explorarán distintas alternativas, porque, y esto es bien relevante, las opciones tendrán que ser únicamente las que facilitasen su digitalización y difusión en Internet, y no su tratamiento jurídico óptimo. El sistema estaba decidido: el sistema estaría dirigido a la digitalización de contenidos, antes de analizar otras opciones existentes en derecho comparado o propuestas por la doctrina.

32 L. Rodríguez Yunt, «Europeana, bibliotecas digitales y repositorios. ¿Pueden competir con Google como herramientas de búsqueda documental?», *Anuario ThinkEPI*, 52-54, 2009, p. 53.

33 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Europeana los próximos pasos. Bruselas, 28.8.2009 COM (2009) 440 final.

34 «Uno de los ámbitos en las que es preciso progresar urgentemente para facilitar una digitalización que redundaría en beneficio de los contenidos accesibles a través de Europeana es la de las «obras huérfanas», es decir, las obras cuyos titulares de derechos resultan imposibles o muy difíciles de localizar. En su Recomendación de 2006 sobre digitalización y conservación digital, la Comisión solicitó a los Estados miembros que implantaran mecanismos que permitieran hacer frente a este problema. Los progresos conseguidos desde entonces en la mayoría de los Estados miembros son escasos. En el contexto del Grupo de Alto Nivel sobre Bibliotecas Digitales, las distintas partes interesadas firmaron un memorándum de acuerdo sobre unas directrices de búsqueda diligente para las obras huérfanas.
El Libro Verde sobre los derechos de autor en la economía del conocimiento de 2008 planteó a su vez una serie de preguntas, en particular sobre si resultaba necesaria una legislación a nivel europeo para abordar el tema de las obras huérfanas y sobre la manera de acometer los aspectos transfronterizos implicados. Tras el resultado de la consulta, la Comisión preparará una evaluación de impacto sobre la manera de abordar el problema de las obras huérfanas en la que se explorarán distintas alternativas que podrían facilitar la digitalización y difusión de este tipo de obras.
El problema de las obras huérfanas ha suscitado recientemente una atención creciente de resultas del acuerdo de Google Book Search, que afecta a muchas de estas obras».

III. Razones y causas de la orfandad de las obras

Hay diferentes factores que explican la elevada cantidad de obras cuyos autores o titulares de los derechos son desconocidos o están ilocalizables. Es posible imaginar algunos supuestos más o menos plausibles: una obra anónima divulgada por una persona jurídica que posteriormente se disuelve, una obra anónima divulgada por una persona física que fallece, una obra cuyos derechos exclusivos se transmiten sucesivamente *inter vivos* hasta que al titular se le pierde el rastro en la cadena de transmisiones, una obra cuyo titular de los derechos es una persona física que se muda a un país remoto.

Las siguientes son algunas de las causas por las que el número de obras huérfanas han alcanzado un volumen como el que se estima o reporta:

a) El carácter no constitutivo de los registros de propiedad intelectual. Según el artículo 5.2 CB, la obra se atribuye al autor por el mero hecho de su creación, es decir, no son necesarios registros o formalidades constitutivas, lo cual implica que la protección sea automática sin necesidad de inscripción. En la mayoría de países de la Unión de Berna no existen Registros obligatorios de obras protegidas, cuya información histórica facilitaría la localización de los autores y titulares[35]. Sin embargo, aunque fuese beneficioso para la localización de los titulares de los derechos de las obras huérfanas, hacer obligatorio el registro para que las obras puedan ser objeto de protección no parece lo más aconsejable.
b) Las transmisiones *mortis causa* conflictivas[36], o en las que no hay noticia de los herederos, o, en algunos casos, de autores fallecidos intestados. En otras ocasiones, los herederos o derechohabientes pueden ignorar cómo proceder como titulares de los derechos de autor, bien por desconocimiento de que la obra pudiera tener algún valor, bien por falta de diligencia[37].
c) El aumento de los plazos de protección *post mortem auctoris*. Como es lógico, cuanto mayor sea el tiempo transcurrido, más complicado puede ser la localización de los titulares de los derechos.
d) El carácter privado de la transmisión de los derechos de explotación, que en numerosas ocasiones provoca que se haga muy difícil determinar su trazado.

35 R. Xalabarder Plantada, «Las obras "huérfanas" y las obras descatalogadas», *Wolters Kluwer España*. 2012, p. 6.

36 Walker Echenique da un ejemplo real sobre las dificultades en este sentido: «Salvador Reyes, escritor chileno y premio nacional de literatura del año 1967 murió en 1970. Hasta el día de hoy no existe claridad sobre quiénes son sus herederos y consecuentemente no se sabe quiénes son los titulares secundarios de los derechos de propiedad intelectual que genera su obra. Debido a la falta de dicha información ha sido imposible adaptar su obra literaria para utilizarla en nuevos espacios artísticos, por ejemplo, utilizar el texto para montar una obra de teatro, una película, etc.». E. Walker Echenique, «Uso de obras huérfanas: estudio de diversas regulaciones en el derecho comparado como referencia para modernizar la regulación chilena sobre propiedad intelectual», *Revista Chilena de Derecho*, n.º 3, 845-870, 2014, p. 847.

37 M. Cecilia Herrero, «La problemática…, cit., p. 15.

ISSN: 2990-0255

e) Los cambios tecnológicos. La evolución tecnológica y la multiplicidad de fórmulas para la edición y distribución hacen muy volátil el mercado. Esto mismo ya ocurrió en el primer tercio del siglo XX: en la gran mayoría de las fotografías o grabaciones audiovisuales no se recogió el nombre del autor, como tampoco se hizo en las firmas de las publicaciones periódicas; lleva algún tiempo asimilar socialmente (y, por tanto, también jurídicamente) que las obras producidas en soportes no tradicionales son protegibles por el derecho de autor. De hecho, en los primeros estadios de una tecnología, los mismos creadores no son conscientes que lo que crean son obras que están protegidas.

Hay diferentes hipótesis que, de un modo concreto o más directo, pueden ser causa de la orfandad de una obra[38]: el titular de los derechos cambia de domicilio y no hay información alguna sobre su nueva dirección; la información disponible sobre el titular de los derechos no es exacta; el titular de los derechos ignora su condición, con lo que no hace esfuerzo alguno para proporcionar un método para contactar con él; si el titular fuese una persona jurídica, podría extinguirse y perderse el destino de los derechos de los que era titular; la obra no contiene ningún tipo de indicio por el que identificar a su autor.

En último término, la causa por la que las obras devienen huérfanas es una: se ha perdido la información sobre la titularidad de los derechos, por lo tanto, la mejor manera de evitar la orfandad es acumular la información necesaria para la identificación y localización de los titulares esté actualizada y sea accesible[39], a través de medidas como los identificadores de autoría (principalmente electrónicos) u otras formalidades que no tengan carácter constitutivo[40]. En el campo de la prevención de la orfandad de las obras confluyen los intereses de autores, titulares de derechos, entidades de gestión y Administraciones Públicas, con lo que la cooperación entre todas las partes interesadas puede ser extraordinariamente beneficioso para evitar o al menos reducir su proliferación.

IV. Modelos jurídicos en derecho comparado

Se han empleado o propuesto diversas fórmulas para conjugar las dos cuestiones aparentemente incompatibles: la explotación de las obras huérfanas y la protección al titular de los derechos que no pueda ser identificado o localizado.

Al margen del sistema que mayor interés tiene para este estudio por haber sido la solución adoptada por la Unión Europea, el límite a los derechos de autor (que, como es lógico, tiene un tratamiento específico), en derecho comparado se han aplicado o explorado diversos modelos que abordan el problema de las obras huérfanas, y que se desarrollan en los subepígrafes siguientes: licencias colectivas no exclusivas, licencias colectivas extendidas, sistemas que limitan las reclamaciones legales, y la solución francesa para las obras indisponibles. En general, puede decirse que hay dos tipos de modelos: unos establecen un sistema de licencias, de modo que el licenciatario obtiene la autorización previa al uso de la obra; otros optan por excepciones o limitaciones, en los que la obra puede ser usada sin esa licencia previa,

38 E. Walker Echenique, «Uso de…, cit., pp. 850 y 851.

39 High Level Expert Group - Copyright Subgroup. *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works and Out-of-Print Works*, i2010: Digital Libraries, 2008.

40 S. Checa Prieto, *La explotación comercial de obras huérfanas*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2017, p. 248.

pero el usuario tendría que demostrar, *ex post*, que ha hecho un esfuerzo razonable y diligente en encontrar al titular de los derechos, la suficiencia de ese esfuerzo sería examinada, en último término, por la autoridad judicial en el caso de reclamaciones de responsabilidad[41].

IV.1. Licencias colectivas no exclusivas (modelo canadiense)

Este modelo, regulado por el artículo 77 de la *Canadian Copyright Act*[42], propone un sistema de licencias concedidas directamente por la Administración Pública, a través de un órgano especializado en propiedad intelectual, el *Copyright Board*, que tiene las funciones de declarar la orfandad de la obra y de autorizar actos de explotación. Aunque el nombre común sea modelo canadiense, se aplican sistemas similares en otros países, como Corea del Sur, Japón, Fiyi, Hungría o India[43].

En el sistema de licencias colectivas no exclusivas la autoridad administrativa, el *Copyright Board* en el caso canadiense, es el punto de entrada general y obligatorio de cualquier solicitud de explotación de una obra huérfana[44]. El *Copyright Board* puede obtener la asistencia de sociedades de gestión colectiva; a tal fin, firmó memorandos con varias sociedades para que verifiquen la diligencia de la búsqueda de los solicitantes, los términos y condiciones de la licencia, y para que realicen una propuesta de resolución[45].

41 A. Ringnalda, «Orphan Works, Mass Rights Clearance, and Online Libraries: The Flaws of the Draft Orphan Works Directive and Extended Collective Licensing as a Solution», *Medien un Recht International*, vol. 8, 3-10, 2011, p. 4.

42 Artículo 77. Titulares de derechos que no pueden ser localizados.
1. Circunstancias en las que el Board puede expedir una licencia.
En el caso de que, una persona opte a una licencia para el uso de:
a) Una obra publicada.
b) La fijación de una actuación.
c) La publicación de una grabación sonora, o.
d) La fijación de una señal de comunicación
En el que subsistan los derechos de autor, el Board está convencido de que el solicitante ha realizado esfuerzos razonables para localizar al titular de los derechos de autor y de que éste no puede ser localizado, puede expedir al solicitante una licencia para realizar un acto mencionado en los artículos 3, 15, 18 o 21, según el caso.
2. Condiciones de la licencia.
La licencia eventualmente concedida es no exclusiva y está sujeta a los términos y condiciones que el Board pueda establecer.
3. Pagos a los titulares.
El titular del derecho de autor podrá, dentro de los 5 años siguientes a que la licencia hubiera expirada, cobrar las regalías fijadas en la licencia. En caso de impago podrá iniciar una acción para recuperarlos ante un tribunal de la jurisdicción competente.
4. Regulaciones.
El Copyright Board podrá hacer las regulaciones pertinentes para la expedición de licencias.
(Traducción propia).

43 High Level Expert Group - Copyright Subgroup, *Final Report…, cit*, p. 12.

44 A., Bensamoun, «Approche française des œuvres orphelines», *Les Cahiers de la propiété intellectuelle*, vol. 24 n.º 2, 243-276, 2012, p. 266.

45 M. Bouchard. «El tratamiento…, cit., p. 73

La licencia puede ser concedida a solicitud de cualquier usuario, y la Administración tiene la función de comprobar y certificar que el solicitante ha hecho esfuerzos razonables para la localización de los titulares de los derechos. Es decir, acredita que la búsqueda del solicitante ha sido diligente. La solicitud, al menos en Canadá, se hace a través de un formulario *online*[46]

Las licencias de uso son no exclusivas y se conceden *ad hoc*, es decir, cada resolución fija su extensión temporal, económica y jurídica, de forma que cada una, individualizadamente, perfila los márgenes de actuación para el ejercicio de los derechos patrimoniales (reproducción, distribución, comunicación pública o transformación). En concreto, la licencia deberá especificar los siguientes aspectos[47]: a) el uso autorizado (por ejemplo, el número de copias permitidas, a quién pueden ser distribuidas y con qué propósito); b) los plazos de inicio y finalización de la licencia; c) detalles sobre los pagos; d) cualquier otra circunstancia que el *Board* considere apropiada, por lo que, en la práctica, dispone de un amplio margen de discrecionalidad una vez cubiertos los requisitos básicos.

La licencia autoriza a la explotación por un tiempo determinado a cambio de una prestación económica (nunca son otorgadas gratuitamente). La prestación se ingresa a una entidad de gestión colectiva, que la retendrá 5 años una vez abonada; transcurrido ese plazo, la entidad podrá dedicarla a fines de interés general. Aunque el pago por adelantado de la prestación es la regla general, en un número no despreciable de casos el usuario no deberá depositarla antes, sino que se condiciona a la reclamación del titular de los derechos en el plazo previsto, de producirse.

Las licencias para obras huérfanas son compatibles con las excepciones generales al uso de obras protegidas por la *Copyright Act*, excepciones que incluyen, por ejemplo, el uso de una parte insignificante de la obra, e la utilización con fines de investigación o educativos, o la reproducción para uso privado. En la práctica esto quiere decir que los usuarios no deben solicitar la autorización cuando el uso esté amparado por otra excepción.

El modelo canadiense ofrece una alta seguridad jurídica a todas las partes intervinientes, en especial a los usuarios de las obras, que están protegidos ante eventuales reclamaciones de los titulares de los derechos. Además, centraliza todas las solicitudes de uso en una suerte de ventanilla única. Otras ventajas estimables son su generalidad (cualquier persona puede solicitar la explotación de cualquier obra huérfana) y que puede dar tratamiento a solicitudes complejas, con soluciones específicas a cada situación.

Al lado de sus virtudes, se han expuesto algunos inconvenientes: se ha dicho que el proceso es largo y muy burocratizado (críticas que no parecen tener demasiado fundamento[48]). Además, la creación y mantenimiento de un órgano específico dentro de la Administración requiere un gran despliegue de recursos a cargo de los fondos públicos. Por último, las licencias son territoriales, únicamente válidas para el país cuyo órgano la concede.

46 https://cb-cda.gc.ca/en/unlocatable-owner/application-form

47 Copyright Board Canada. (4 de julio de 2023). *Unlocatable Owners*. Obtenido de General Information: https://cb-cda.gc.ca/en/unlocatable-owners/general-information

48 El *Copyright Board* señala que el plazo estándar es de 45 días para tomar una decisión, una vez que la solicitud esté completa, lo que no es un plazo excesivo. Eso sí, advierte que solicitudes más complejas pueden dilatar ese plazo. Visto en: Copyright Board Canada. (4 de julio de 2023). Unlocatable Owners, *cit*.

Hasta agosto de 2023, el *Copyright Board* canadiense se había pronunciado sobre 349 licencias de uso[49], y, en la gran mayoría de los casos, la licencia fue concedida[50/51].

IV.2. Licencias colectivas extendidas (modelo nórdico)

Este tipo de licencias, propias de los países escandinavos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)[52], se basan en el particular funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva, que están facultadas para la concesión de licencias de explotación en nombre de todos los titulares de los derechos de autor, excepto de quienes se manifiesten expresamente

49 Fuente: https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/refusees-other-autre/en/nav_date.do

50 No lo hizo, por ejemplo, en la solicitud de Vincent Beaulne, Montréal, Québec, del 7 de julio de 2020, para la reproducción del poema «La veille maison», de blance Lamontagne. La razón de la denegación fue que se consideró que la obra estaba en dominio público desde el 1 de enero de 2009. Fuente: https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/refusees-other-autre/en/item/484288/index.do

51 Una licencia tipo otorgada por la autoridad canadiense es, por ejemplo, la siguiente (una de las pocas que tienen por objeto libros): Licencia no exclusiva concedida a *Éditions du Quartz*, Rouyn-Noranda, Quebec, por la que se autoriza la reproducción, nueva publicación y distribución en papel del texto de dos libros.

1. La licencia autoriza a: i) la reproducción, publicación de una segunda edición y distribución en papel de la obra literaria de Marguerite Forest y Madeleine Ouimet titulada *Mon deuxième livre de lecture* publicada por las *Éditions Granger et Frères* en 1943; ii) la reproducción, nueva publicación y distribución en papel del texto de la obra literaria de Marguerite Forest y Madeleine Ouimet titulada *Mon troisième livre de lecture* publicada por *Librairie Granger Frères Limitée* en 1944. La licencia no libera al concesionario de la obligación de obtener permiso para otros usos no cubiertos por esta licencia.

2. El número de copias para cada obra no excederá las 1.000.

3. La licencia se activa el 1 de abril de 2019, y expira el 31 de marzo de 2024.

4. La licencia es no exclusiva y válida solo en Canadá. Por otros países, se aplican sus respectivas leyes nacionales.

5. El licenciatario indicará claramente la referencia bibliográfica de la obra de acuerdo con las convenciones estándar: título de la obra, autor, editor, lugar y fecha de publicación.

6. Por cada obra, el licenciatario abonará la cantidad inicial de 199,50 dólares por los 100 primeros ejemplares impresos y el 10 % del precio de venta al público de cada ejemplar a la *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction* (COPIBEC). Estos pagos a la COPIBEC irán acompañados de un informe anual de las ventas realizadas en los 12 meses anteriores, que se entregará entre el 1 y el 30 de abril de cada año. El COPIBEC podrá disponer del importe de los cánones fijados por la licencia en la forma que estime conveniente en beneficio general de sus miembros. No obstante, el COPIBEC se compromete a reembolsar a cualquier persona que, antes del 31 de marzo de 2029, acredite la titularidad de los derechos de autor de cualquiera de las obras objeto de esta licencia.

7. La entrada en vigor de esta licencia está condicionada a que COPIBEC presente ante el *Copyright Board* un aviso de recepción del pago inicial y del compromiso de cumplir el resto de las condiciones establecidas en el apartado (6)».

Fuente: https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/refusees-other-autre/en/item/460164/index.do. Traducción propia.

52 Sistemas similares se utilizan en otros países como Malawi, Zimbabue, República Checa, Letonia y Ucrania, entre otros.

en contra, que tienen la posibilidad de retirar la obra del sistema bajo solicitud[53]. Se instituye, por tanto, una presunción *iuris tantum* de que todos los titulares de los derechos de autor tienen la voluntad de que la obra sea explotada.

Una licencia colectiva ampliada es un acuerdo que se negocia entre una sociedad de gestión colectiva y un usuario, cuya legitimación se amplía para permitir el uso de obras de titulares de derechos que no son miembros de la sociedad[54]. Por lo tanto, las licencias concedidas por una entidad de gestión no se limitan a las obras de su repertorio, sino que llegan a todas las de su misma naturaleza, figuren o no en sus catálogos, sin que importe que sus titulares sean extranjeros, fallecidos, desconocidos o ilocalizables. La sociedad de gestión se encarga de conceder licencia sobre todas las obras, de modo que la condición de orfandad de la obra es un dato irrelevante a estos efectos, lo que trae consigo una consecuencia importante, el requisito de búsqueda diligente desaparece. A través de este sistema, los usuarios que obtengan una licencia no tienen riesgo alguno de ser demandados por incumplimiento de la normativa sobre propiedad intelectual.

Eso sí, no cualquier sociedad de gestión colectiva está autorizada para otorgar este tipo de licencias, sino únicamente aquellas representativas del sector que administra. Por ejemplo, una sociedad encargada de gestionar los derechos de obras literarias necesitará tener en su repertorio un número estimable de escritores, traductores, periodistas o editoriales.

El modelo de licencias colectivas extendidas está considerado como el más adecuado para la digitalización masiva de obras. Como dice Bouchard, «puede que los legisladores necesiten considerar otras soluciones si desean permitir el uso de vastas cantidades de obras con poco o ningún esfuerzo por parte de los usuarios. Una solución, el otorgamiento de licencias colectivas ampliadas, es especialmente útil cuando los titulares de derechos de autor y los usuarios acuerdan minimizar las barreras a los usos masivos asociados con la dificultad de acceder al repertorio completo»[55]. Por ejemplo, la Biblioteca Nacional de Noruega digitalizó unos 50.000 libros, incluido material protegido, amparada en una licencia concedida por una entidad de gestión colectiva, la consecuencia es que, no tuvo que formalizar un contrato individual con cada titular de los derechos de las obras[56].

Este sistema tiene cualidades evidentes, la primera, la eficacia: como en el modelo canadiense, hay una especie de ventanilla única, cualquier persona que pretenda hacer uso de una obra huérfana puede dirigirse a las entidades de gestión colectiva para negociar los derechos. Segunda, la sencillez, porque no es necesario ninguna gestión previa a la solicitud de la licencia (la búsqueda diligente), lo que redunda en el dinamismo del mercado. Tercera, amplía la tipología de usuarios que pueden hacer uso de las obras huérfanas, en particular el sector editorial. Además, los costes de gestión para las entidades beneficiarias son bajos[57].

53 I. Espín Alba, *Obras huérfanas y derecho de autor*. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 136.

54 M. Bouchard, «El tratamiento…, cit., p. 84.

55 M. Bouchard (2013). El tratamiento…, p. 83.

56 A. Ringnalda, «Orphan Works…, cit., p. 8.

57 «Imaginemos que nos encontramos al frente de uno de estos proyectos de digitalización y posterior difusión de los fondos de, por ejemplo, una biblioteca de acceso público. Como punto de partida, tendríamos que determinar si las obras o prestaciones que deseamos emplear se encuentran en dominio público o si, por el contrario, todavía no ha transcurrido su plazo de protección. A continuación, tendríamos que identificar y localizar a sus titulares de derechos para, posteriormente,

Pero seguramente la más importante es que la seguridad jurídica para los usuarios es total, porque el uso licenciado los protege frente a ulteriores reclamaciones de los titulares de los derechos, si apareciesen. En definitiva, la condición de orfandad de una obra deja de ser un problema, porque no tienen un trato diferenciado al que del resto de las obras de su categoría.

Sin embargo, hay una condición previa necesaria, el sistema de licencias colectivas ampliadas requiere un sistema de sociedades de gestión sólido y, probablemente, una cultura de respeto a los derechos de autor bien establecida.

La *International Federation of Reproduction Rights Organizations* (IFRRO), propuso un sistema muy similar, en el que fuesen las entidades de gestión colectiva las que autorizasen la explotación de las obras huérfanas individualmente, con el cobro de tarifas específicas para cada licencia. Se trata de las licencias específicas por las entidades de gestión colectiva, que no eliminarían el requisito de búsqueda diligente, pero darían generalidad al sistema y un alto grado de seguridad jurídica.

En definitiva, las entidades de gestión colectiva tienen excelentes cualidades para aportar soluciones al problema jurídico que plantean las obras y libros huérfanos, de hecho, son entidades muy adecuadas para la búsqueda de los titulares de los derechos y licenciamiento de uso[58].

IV.3. Sistemas que limitan las reclamaciones legales (modelo estadounidense)

Este es un sistema sugerido, pero no desarrollado legislativamente, por la *US Copyright Office* en *Report on Orphan Works*[59], de 2006, que recomendaba establecer límites a las reclamaciones de los titulares de los derechos de las obras huérfanas cuando el usuario hubiera realizado una búsqueda de buena fe, razonable y diligente. Para estos casos, cuando los usuarios destinaran la obra a un uso comercial (excluidos, por tanto, los que tuvieran la cobertura jurídica del *fair use*), su responsabilidad patrimonial se limitaría a una compensación razonable en función del destino que se le hubiera dado. De este modo, se elimina el con-

contactar con ellos e iniciar los trámites de negociación de las correspondientes autorizaciones. En este proceso es posible que nos topemos con dos obstáculos:
Por un lado, es posible que no podamos identificar o localizar a los titulares de derechos de un buen número de obras o prestaciones.
Por otro lado, aun en el caso de que los titulares de derechos estén identificados y localizados, el contacto y la negociación de las autorizaciones individuales requerirían la inversión de una gran cantidad de tiempo y recursos, que se traducen en costes. Los costes asociados a la obtención del permiso de un titular de derechos para la explotación de sus obras o prestaciones se denominan "costes de transacción". Estos costes se verán enormemente reducidos si solicitamos una única autorización, a través de una entidad de gestión colectiva, que englobe todas las obras y prestaciones de los titulares de derechos a los que esta representa». M. Morán Ruiz, «Mecanismos introducidos en el derecho de la Unión Europea para facilitar el uso de obras y prestaciones fuera del circuito comercial por parte de instituciones responsables del patrimonio cultural», *Cuadernos Jurídicos. Instituto Autor*, 1-10, 2020, p. 2

58 R. Xalabarder PlantadA, «Las obras…, *cit.*, p. 11.

59 United States Copyright Office, *Report on Orphan Works*, Washington D.C.: US Copyright Office, 2006.

trol administrativo previo y se sustituye por un control judicial posterior si la búsqueda se demuestra finalmente diligente. La idea no es crear excepciones generales, sino proporcionar recursos legales que podrían ser impuestos en cada circunstancia, en cada caso y para cada usuario concreto[60]; en otras palabras, trata de moderar las compensaciones que podría acarrear una infracción de los derechos de autor.

El informe presenta dos problemas: primero, no describe el procedimiento de búsqueda diligente[61], sino que los tribunales serían los encargados de interpretarlo caso por caso, apoyados en unas guías con recomendaciones de actuación; segundo, la cuantía de una eventual responsabilidad patrimonial es inespecífica, tanto que, por un lado, podría disuadir a los usuarios de buena fe que pretendiesen incorporar obras huérfanas al circuito comercial, por otro, la compensación podría ser insuficiente para los titulares de los derechos, si llegasen a aparecer.

Además, el pecuniario no es el único problema que tendría que afrontar el usuario de buena fe, sino que el titular de los derechos podría interponer una acción de cesación, que podría plantear problemas muy graves en los casos en los que el uso fuese transformativo. Para estas situaciones, el informe plantea dos soluciones para limitar las acciones de cesación: i) excluirlas en los casos en los que los que el usuario realice una aportación creativa que dé lugar a una obra derivada; ii) para los demás casos, aun reconociendo la existencia de la acción de cesación, los tribunales estarían facultados para dar algún tipo de protección a los intereses que pudiera ostentar el usuario[62].

La propuesta del informe dio lugar, a su vez, a dos propuestas legislativas, la última es la *Orphan Works Act* de 2008, impulsada por el senador Shawn Bentley. Ninguna de ellas llegó a ser aprobada.

La *US Copyright Office* publicó un nuevo informe en 2015, titulado *Orphan Works and Mass Digitalisation*[63], en el que se revisa el problema que se planteó con la eclosión de *Google Books*: dice que se hace urgente su abordaje y prácticamente imposible la revisión de los usos de las obras huérfanas caso por caso. Este informe reclama una legislación aplicable a todas las obras en la situación de orfandad, y no solo a aquellas cuyo uso pueda estar amparado por el *fair use*.

En realidad, la propuesta consiste en un modelo de uso más simple y ágil para la iniciativa privada, uno en el que básicamente, las obras huérfanas puedan ser utilizadas con flexibilidad y que, en caso de que exista reclamación, el usuario demuestre, *ex post*, que había realizado con anterioridad una búsqueda diligente de los titulares de los derechos. Que no exista un procedimiento regulado para ello, ni una regla aproximada para fijar las compensaciones, son factores que elevan la inseguridad jurídica, potenciales inhibidores de una actividad efectiva en relación con las obras y libros huérfanos.

60 B. Siso Calvo, «Estado de la cuestión de las obras huérfanas en Estados Unidos», *Análisis y diagnóstico de las obras huérfanas: una perspectiva internacional* (coord. R. Arquero Avilés), Observatorio de Obras Huérfanas y Búsqueda Diligente, Madrid, 2017, p. 29.

61 «La propuesta adopta unos estándares muy generales para la búsqueda razonable y diligente, que tendrán que ser aplicados por los usuarios, titulares de derechos de autor y, en último término, los tribunales caso por caso, tendiendo en cuenta todas las circunstancias de cada uso particular» (traducción propia). United States Copyright Office, *Report on…, cit.*, p. 98.

62 R. Casas Vallés, «La problemática…, *cit.*, p. 122.

63 United States Copyright Office, *Orphan Works…*, cit.

IV.4. Explotación comercial de obras indisponibles (modelo francés)

La ley francesa 2012-281, de 1 de marzo, sobre la explotación digital de libros indisponibles del siglo XX, modificó el Código de Propiedad Intelectual en los artículos de 134-1 a 134-9[64], en el que ofrecía una solución para los libros considerados indisponibles, los que cumplían estas tres características: i) publicados en Francia antes del 1 de enero de 2001; ii) que no estuviesen siendo objeto de distribución comercial por un editor, y; iii) que no se publicasen en la actualidad, ni en formato impreso ni en formato digital. Es decir, este modelo era aplicable tanto a los libros descatalogados como a los libros huérfanos[65]. Consiste, en sustancia, en una licencia obligatoria gestionada por una entidad de gestión autorizada al efecto.

El origen de la Ley está en un acuerdo firmado por el Ministerio de Cultura francés, el *Syndicat National de l'Edition,* la Biblioteca Nacional de Francia (BNF) y la *Societé des Gens De Lettres*, para la digitalización de alrededor de medio millón de libros del siglo XX sobre los que recaían derechos de autor vigentes, pero que no estaban disponibles en el mercado. Este acuerdo instaba al legislador a que pensase en la mejor manera de dar vida comercial al patrimonio bibliográfico varado.

El sistema partía de la creación y actualización de una base de datos en Internet de acceso público y gratuito elaborada por la BNF, en la que se listaban los libros no disponibles comercialmente. Esto significaba que el proceso de catalogación y el de búsqueda diligente del titular de los derechos de autor sobre los libros estaba centralizado, pero cualquier persona podía solicitar la inscripción de un libro no disponible en la base de datos.

Cuando un libro llevase inscrito en la base de datos más de 6 meses, una entidad de gestión colectiva de los derechos de autor designada al efecto podía autorizar la digitalización de la obra y su comunicación pública[66]. Esa licencia tenía carácter no exclusivo, estaba remunerada y se extendía por un período renovable de 5 años. La entidad de gestión no devenía titular de los derechos, pero estaba capacitada para ejercitarlos.

Transcurrido el plazo de 6 meses, la entidad de gestión tenía la obligación de enviar una propuesta de explotación digital al editor de la obra en papel. De no contestar en el plazo de 2 meses, se entendía que rechazaba la propuesta de explotación.

El autor podía oponerse al ejercicio del derecho de reproducción o comunicación pública del libro si entendía que las condiciones de explotación de su obra dañaban su honor o reputación, aunque el ejercicio de este derecho no daría lugar indemnización. Si el autor fuese además titular de los derechos de explotación, podía retirar la obra del sistema sin alegar el daño.

64 Se añadía un nuevo capítulo IV al título III del libro 1.º de la Primera Parte del CPI.

65 Aunque, viendo el texto en conjunto y el procedimiento que establece, da la impresión de que estaba pensado para los libros descatalogados, más que para los huérfanos. De hecho, la Ley solo se refiere a los libros huérfanos en un apartado, el 133-8, en el que, básicamente, lo único que hace es definir el concepto.

66 Durante su vigencia, la entidad autorizada fue la Societé Française des Auteurs de l'Ecrit (https://www.la-sofia.org/).

Los especialistas en propiedad intelectual criticaron la reforma: sin duda, estaba pensada para las bibliotecas digitales vinculadas a la BNF, puede que, para algunos editores, pero, desde luego, no para los autores, en cuanto entendían que el sistema debilitaba el carácter individual de los derechos de autor[67]. Por esta razón, un grupo de autores franceses plantearon una cuestión de inconstitucionalidad el 19 de diciembre de 2013. El Consejo Constitucional refrendó la constitucionalidad de la norma el 29 de febrero de 2014, en razón, fundamentalmente, de que no existía violación del derecho de propiedad porque, si bien la adhesión no era voluntaria, había previsto un mecanismo para la oposición y retirada de la obra del sistema; además, consideraba que había altos intereses públicos que hacían que la medida fuese proporcionada. Ambos argumentos son dudosos, en mi opinión: primero, sí hay una acción cuasi expropiatoria de los derechos de autor o, como dicen Checha Prieto o Espín Alba[68], una sanción a los titulares que no exploten su obra; segundo, no parece que los intereses públicos alegados sean suficientemente sólidos, o que estén suficientemente justificados, como para que puedan vencer a los derechos de los titulares legítimos.

A pesar de que el legislador francés era consciente de la inminencia de una Directiva europea, la ley se refirió, de forma somera, a los libros huérfanos. En el artículo 134-8 se autorizaba a las bibliotecas abiertas al público a reproducir y comunicar gratuitamente en formato digital aquellas obras cuyos titulares no hubieran sido localizados en los 10 años siguientes a la primera autorización de utilización, siempre que la institución beneficiaria no buscase lucro o ventaja comercial. Esta es la primera ocasión, al menos en Europa, en la que se instauró el dominio público funcional para obras con derecho de autor vigente.

La STJUE de 16 de noviembre de 2016 (asunto C-301/15)[69] declaró, resolviendo una cuestión prejudicial[70], que la normativa francesa Ley 2012-281 es contraria a los artículos 2.a) y 3.1 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI), por lo que la Ley 2012-281, de 1 de marzo, hubo de ser derogada. El apartado 45 de la Sentencia es elocuente: «Es cierto que la Directiva 2001/29 no se opone a que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal persiga un objetivo como el de la explotación digital de libros no disponibles en aras del interés cultural de los consumidores y de la sociedad en su conjunto. No obstante, el intento de lograr ese objetivo y de favorecer ese interés no permite justificar una excepción no prevista por el legislador de la Unión a la protección garantizada a los autores por dicha Directiva».

Resulta paradójico que poco después de que el TJUE hubiera declarado que el modelo propuesto por la Ley 2012-281 es contrario al derecho de la Unión por proponer un límite al

67 I. Espín Alba, *Obras huérfanas*…, cit., p. 143.

68 S. Checa Prieto, *La explotación*…, cit., p. 235.

69 ECLI:EU:C:2016:878.

70 La pregunta de la cuestión prejudicial era la siguiente: «¿Se oponen los [artículos 2 y 5] de la Directiva 2001/29 a que una normativa, como la que fue establecida en los artículos L. 134-1 a L. 134-9 del Código de la Propiedad Intelectual, atribuya a sociedades de recaudación y distribución de derechos reconocidas el ejercicio del derecho a autorizar la reproducción y la representación en formato digital de "libros no disponibles", al mismo tiempo que permite a los autores o a los derechohabientes de dichos libros oponerse o poner fin a dicho ejercicio en las condiciones establecidas por la misma?».

derecho de autor no contenido en la DDASI, el mismo Parlamento Europeo y el Consejo publican la Directiva 2012/28/UE, de 25 de octubre, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, estableciese, justamente, un nuevo límite.

V. la regulación en la Unión Europea

V.1. Antecedentes. Propuesta de Directiva

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, COM (2011) 289 final, de 24 de mayo de 2011, abordó las autorizaciones necesarias para que los libros huérfanos pudieran estar disponibles en Internet, en bibliotecas nacionales o europeas.

La exposición de motivos esclarece las intenciones de la Propuesta: a pesar de su título, su objetivo es el de «crear un marco jurídico que garantice el acceso transfronterizo en línea legal a las obras huérfanas contenidas en bibliotecas o archivos digitales en línea gestionados por diversas instituciones que se especifican en la propuesta, cuando tales obras se utilizan en el ejercicio de la misión de interés público de esas instituciones». El texto es explícito en cuanto a que el único factor en el que se centra es el de la protección de bibliotecas y otras instituciones ante una eventual responsabilidad por la digitalización de las obras huérfanas. El documento no tiene en cuenta, ni siquiera analiza más que superficialmente, un posible uso comercial, y no hay ni rastro del ejercicio de otros derechos patrimoniales diferentes al de reproducción (digitalización) y comunicación pública (puesta a disposición del público a través de Internet). En cambio, uno de los precedentes de la propuesta, el documento titulado *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works and Out-of-Print Works*[71], sí contemplaba la participación de otros usuarios, con un procedimiento de liquidación de derechos para la concesión de licencias[72].

El problema que aborda la Propuesta de Directiva es conocido: se precisa la autorización del autor o el titular de los derechos para poner a disposición del público obras protegidas, pero esto no es posible en los casos en los que los autores no están identificados o están ilocalizables. En la evaluación de impacto se examinaron seis opciones regulatorias para abordarlo: 1) no intervenir, 2) establecer una excepción legal a los derechos de autor, 3) una licencia colectiva ampliada, 4) una licencia específica para las obras huérfanas, otorgada por entidades de gestión colectiva, 5) una licencia específica para las obras huérfanas, otorgada por un organismo público, y 6) el reconocimiento mutuo de las soluciones nacionales en relación con las obras huérfanas.

71 High Level Expert Group - Copyright Subgroup, *Final Report*..., cit., pp. 25 y 26.

72 «Los Principios Clave propuestos por el Subgrupo de Derechos de Autor con este Informe se centran en tres cuestiones de implementación, que no dependen unas de otras, y que son necesarias para encontrar un mecanismo viable de utilización de obras huérfanas, principalmente por las instituciones culturales, pero también por otros usuarios:
- Criterios específicos en el sector para la búsqueda diligente de titulares de derechos de autor de obras.
- Bases de datos de obras huérfanas; y
- Un mecanismo de compensación de los derechos de uso de una obra huérfana». (Traducción propia)

Todas las opciones (excepto la 1, claro está) requieren la elaboración de una Directiva; y todas las opciones (excepto la 3) exigen la búsqueda diligente previa del titular de los derechos antes de poner la obra a disposición del público a través de Internet. Antes de desvelar la opción elegida, la Propuesta hace una referencia muy breve a cada una de ellas: la excepción legal (opción n.º 2): dice que elimina el trámite de obtener una licencia de derechos de autor, que es necesario efectuar una búsqueda diligente pero que ofrece menos seguridad jurídica, puesto que no hay certificación de tercero a la búsqueda diligente. Las licencias colectivas ampliadas (opción n.º 3): esta opción ofrece buenas ventajas de gestión, pero no es aplicable en este caso, porque este tipo de licencias son territoriales, válidas únicamente en el Estado en que se otorgue. La licencia específica para obras huérfanas (opción n.º 4) proporciona una elevada seguridad jurídica a los eventuales usuarios. Es necesaria una búsqueda diligente previa a la licencia y un sistema específico de gestión para las obras huérfanas dentro de las entidades de gestión colectiva. La licencia pública (opción n.º 5), aunque el modelo proporciona una elevada seguridad jurídica debido al certificado público que acredita que se ha efectuado una búsqueda diligente, no es considerado adecuado porque aumenta la carga administrativa, porque donde se utiliza no ha tenido efectos estimables y porque no se utilizan en proyectos de bibliotecas digitales a gran escala. Sobre el sistema de reconocimiento mutuo de la condición de obra huérfana de la obra (opción n.º 6), el análisis es incluso más superficial que el resto. Dice únicamente que permite que las bibliotecas y demás beneficiarios tengan la seguridad jurídica de que la condición se cumple para una determinada obra y que garantiza que las obras huérfanas de una biblioteca digital estén a disposición de los ciudadanos europeos.

La Propuesta de Directiva escoge la opción número 2, que, si bien no es ninguna sorpresa (habida cuenta de que su objetivo declarado era la digitalización de las obras y no su vuelta al tráfico jurídico), es muy cuestionable: se decanta por la opción que, según la misma Propuesta proporciona una baja seguridad jurídica, no protege debidamente los derechos de los titulares, propone una nueva excepción a los derechos de autor y, además, no contempla la posibilidad de favorecer el acceso a la cultura a través de la explotación de los derechos, lo que no es consecuente con que la arquitectura jurídica del derecho de autor que se basa, en buena parte, en su aprovechamiento patrimonial.

La Propuesta de Directiva, pues, se decanta por la limitación de los derechos de explotación, una prohibición que autoriza el uso únicamente a bibliotecas, centros de enseñanza y museos abiertos al público y también a los archivos, organismos de conservación de patrimonio cinematográfico o sonoro y a las entidades públicas de radiodifusión. El uso de obras huérfanas se limitaría a usos no comerciales, aunque con la posibilidad de una compensación equitativa en el caso de que el titular de los derechos fuese identificado o localizado. Jurídicamente, se ubica dentro de los límites a los derechos de autor, y se dirige a la digitalización y puesta a disposición del público de todo el patrimonio cultural europeo por parte de las entidades autorizadas.

La *Association Littéraire et Artistique Internationale* (ALAI), a través de un documento elaborado por un grupo de expertos[73] titulado *Orphan works – compatibility of the draft Directive with the international norms*[74], se posicionó en contra de la Propuesta de Directiva.

73 Paul Torremans, Jane Ginsburg, Mihály Ficsor, Jan Rosen, Michel Walter, Rechtsanwalt y Paolo Marzano.

74 Association Litteraire et Artistique Internationale, *Orphan works – compatibility of the draft Directive with the international norms*. Obtenido de https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/orphan-works-opinion.pdf, 2012.

V.2. La Directiva sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas

En el ámbito europeo, el proceso iniciado por la Propuesta culmina con la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas (DOH).

Los considerandos que preceden al articulado comienzan constatando que las bibliotecas, archivos y otras entidades abiertas al público han empezado un proceso de digitalización a gran escala de sus colecciones con el objetivo de crear bibliotecas digitales europeas (considerando 1). Señala, además, que el impulso de la libre circulación del conocimiento en el mercado interior ocupa un lugar importante en la estrategia Europa 2020 (considerando 2) y que una medida clave de la Agenda Digital para Europa consiste en establecer un marco jurídico que facilite la digitalización y divulgación de las obras cuyo titular no está identificado o, si lo estuviese, se encontrase en paradero desconocido (considerando 3).

Por tanto, tras la lectura de los 3 primeros considerandos, la impresión es que el objetivo de la directiva no es tanto un análisis de la cuestión ni de los libros huérfanos ni de las obras huérfanas, sino el crear una cobertura para legalizar las prácticas de bibliotecas y archivos, de forma que puedan digitalizar a gran escala sin consecuencias jurídicas negativas. Esta intención se refleja claramente en el considerando 9, cuando dice que «es preciso un planteamiento común a efectos de determinar la condición de obra huérfana y los usos autorizados de las obras huérfanas, a fin de garantizar la seguridad jurídica en el mercado interior en relación con el uso de obras huérfanas por parte de bibliotecas, centros de enseñanza y museos, accesibles al público (…)». Es decir, se trata de ofrecer seguridad jurídica a las entidades autorizadas para el uso de las obras, nada se menciona de los que están al otro lado: autores, editores y titulares de los derechos.

Resalta la ausencia de una reflexión sobre el fondo de la cuestión de las obras huérfanas, en particular de los libros: los motivos de la orfandad, las posibles soluciones, la protección de los titulares de derechos de autor y de los propios autores, la búsqueda soluciones que favorezcan la transmisión del patrimonio bibliográfico, o el mejor modo para preservar los principios del derecho de autor europeo a medio y largo plazo. No se aborda ninguna de estas cuestiones, porque el principio y el fin de la regulación de la DOH es la digitalización y la comunicación pública de los fondos de las entidades autorizadas, el resto de los aspectos del debate que surgen de forma natural al planteamiento del problema fueron invisibilizados. La DOH no tiene en cuenta la posibilidad de que las obras en general y los libros en particular, puedan ser objeto de explotación por el sector editorial, de que las obras se incorporen al tráfico económico y que tengan un recorrido comercial que beneficie a todos los agentes implicados: autores, editores y público.

La gran mayoría de los Estados traspusieron literalmente lo dispuesto en la DOH sobre el ámbito subjetivo una trasposición literal de la Directiva (Austria, Bélgica, Chipre, Estonia, Irlanda, Luxemburgo y Rumanía), o han introducido modificaciones menores (Grecia, España y Suecia). Frente a la tendencia general, algunos países optaron, bien por ampliar o bien por reducir el ámbito subjetivo. En el caso de la ampliación, Lituania y Polonia, que incluyen también a los institutos de investigación, y Francia, que también se incluyó a los museos y archivos no accesibles al público; entre los que lo han restringido está el caso de República Checa

y su exclusión de las instituciones de patrimonio cinematográfico o sonoro o Eslovaquia, que presenta una definición de entidad beneficiaria más restringida en relación a su contexto[75]. La DOH no afecta a las disposiciones existentes en los Estados miembros en materia de gestión de derechos, como las licencias colectivas ampliadas.

La DOH se estructura en 4 áreas: 1.ª Ámbito de aplicación, con los elementos subjetivos y objetivos. 2.ª Procedimiento para declarar la orfandad de una obra en función del concepto de búsqueda diligente. 3.ª Usos autorizados. Fin de la condición de obra huérfana. 4.ª Territorialidad y reconocimiento único.

V.2.1. Ámbito de aplicación. Elementos subjetivos y objetivos

Los beneficiaros de la DOH (artículo 1) son «bibliotecas, centros de enseñanza[76] y museos, accesibles al público, así como de archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión, establecidos en los Estados miembros, efectuados con el fin de alcanzar objetivos relacionados con su misión de interés público». En el caso de los libros no se exige que las bibliotecas, centros de enseñanza, museos o archivos sean de carácter público, sino que estén abiertos al público general y que tengan una misión de interés público, con lo cual excluye a las entidades con ánimo de lucro.

Las obras a las que se les puede aplicar la DOH (artículo 2) son aquellas con derechos de autor vigentes en las que ninguno de los titulares de los derechos está identificado o localizado, es decir, se trata de obras no pertenecientes al dominio público, con las características que la hagan susceptible de protección por el derecho de autor.

Para el caso de orfandad parcial, obras en las que conste una pluralidad de titulares de derechos y al menos uno de ellos no esté identificado o localizado, la obra podría utilizarse conforme la DOH siempre que los titulares identificados y localizados autorizasen los actos de reproducción y de puesta a disposición del público[77]. Esta regulación se completa con que las actuaciones tendrán lugar sin perjuicio de los derechos de los titulares identificados y localizados. El precepto puede interpretarse conjugándolo con el considerando 17: «la presente Directiva no debe afectar a los derechos de aquellos titulares de derechos que estén identificados y localizados. (…) Solo se debe permitir que los beneficiarios de la presente Directiva utilicen una obra o un fonograma con respecto al cual no se haya identificado ni localizado a uno o más de los titulares de derechos, si han recibido una autorización de los titulares de derechos que hayan sido identificados y localizados, incluidos los titulares de derechos de aquellas obras y otras prestaciones protegidas que estén insertadas o incorporadas en otras obras». Por lo tanto, el precepto establece que las obras parcialmente huérfanas podrían ser utilizadas conforme a la DOH únicamente si lo autorizasen los titulares identificados y localizados.

75 R. Arquero Avilés, *Análisis y diagnóstico de las obras huérfanas: una perspectiva internacional*, Observatorio de Obras Huérfanas y Búsqueda Diligente, Madrid, 2017, p. 45.

76 Los centros de enseñanza provocan dificultad añadida, la que entraña determinar cuál es la extensión real del ámbito subjetivo. La DOH no discrimina, así que, en principio, tanto podría serlo una universidad privada como un colegio público, con múltiples tipologías intermedias.

77 En esta situación, la DOH se aparta del artículo 2.2 de la Propuesta de Directiva, que proponía no aplicar de la norma a las obras que lo son parcialmente: «Si existen varios titulares de derechos para una misma obra y uno de ellos ha sido identificado y localizado, esa obra no se considerará huérfana».

La DOH se aplica a las obras publicadas en forma de libros, revistas especializadas, periódicos, revistas u otro material impreso, así como a obras cinematográficas, audiovisuales y fonogramas cuya primera publicación tuviese lugar en territorio de la Unión. Hay ausencias notables: ilustraciones, pinturas y fotografías (en este último caso, la redacción final se aparta de la Propuesta de Directiva, que aconsejaba incluirlas en la regulación); estos casos sí podrían ser objeto de aplicación de la DOH, pero solo en los casos en los que se encontrasen insertos en publicaciones impresas.

V.2.2. La búsqueda diligente

En el núcleo del procedimiento de declaración de obra huérfana está el concepto de búsqueda diligente, un esfuerzo que han de realizar las entidades legitimadas para identificar o localizar al titular de los derechos de la obra.

La búsqueda diligente corresponde a los legitimados para el uso de la obra, tras el procedimiento, quedará catalogada como huérfana a efectos de la DOH. Según la DOH, la búsqueda diligente:

a) Ha de hacerse de buena fe.
b) Es necesario hacer una búsqueda para cada obra o prestación protegida.
c) Debe ser previa al uso de la obra (a la digitalización y a la puesta a disposición del público).
d) Ha de acudirse a las fuentes de búsqueda adecuadas.
e) Se efectuará en el Estado de la primera publicación de la obra, aunque, si existen pruebas que sugieran que en otros países existe información pertinente sobre los titulares de derechos, deberá efectuarse asimismo una consulta a las fuentes en esos otros países.
f) Ha de documentarse, a efectos de acreditar que se hizo correctamente.

Con el fin de ofrecer la máxima seguridad jurídica al sistema, la DOH trata de objetivar al máximo los criterios de buena fe y fuentes de búsqueda, que incluirán (como mínimo), los que figuran en el Anexo. Un problema de orden práctico se plantea con la trasposición de la DOH es que las fuentes a consultar pueden no ser exactamente las mismas en todos los Estados, en cambio, los efectos de la declaración de orfandad de una obra se extienden a toda la Unión Europea. Una situación que con la regulación actual perfectamente se puede producir.

Las entidades beneficiarias deberán mantener registros de sus búsquedas diligentes y proporcionar la siguiente información a sus autoridades nacionales:

a) Los resultados de las búsquedas diligentes que las entidades hayan efectuado y que hayan llevado a la conclusión de que una obra debe considerarse huérfana.
b) El uso que la entidad hace de las obras huérfanas.
c) Cualquier cambio que se produzca en la condición de orfandad de la obra, bien por haber entrado en dominio público, bien porque los titulares de los derechos hayan sido identificados o localizados.
d) La información de contacto de la entidad en cuestión.

En la trasposición, todos los Estados, excepto dos, definieron unas pautas generales de búsqueda diligente, en una traducción más o menos literal de la DOH. Estos dos, Hungría y

el ya formalmente fuera de la Unión Reino Unido, desarrollaron procedimientos detallados, desarrollados en paralelo al modelo de la Directiva[78].

V.2.3. Usos autorizados. Fin de la condición de obra huérfana

La DOH obliga a los Estados miembros a incorporar un límite en sus legislaciones a fin de que las entidades beneficiarias estén autorizadas a dar uso a las obras huérfanas. Estos usos son autorizados para las entidades beneficiarias únicamente en su misión de interés público, y los eventuales ingresos solo servirán para cubrir los gastos de digitalización y puesta a disposición; quedan excluidos, por tanto, los usos comerciales.

El artículo 3, apartado 6 de la DOH atribuye a la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) la responsabilidad de crear y gestionar una base de datos de obras huérfanas en línea única y accesible al público con el objetivo de remover los obstáculos para digitalizar y poner las obras huérfanas a disposición del público a través de Internet, con un triple propósito: i) permitir a las organizaciones beneficiarias que deseen hacer uso de obras huérfanas puedan acceder fácilmente a información pertinente sobre dichas obras; ii) permitir a los titulares buscar obras huérfanas obtener información para ponerse en contacto con las organizaciones que están haciendo uso de ellas para poner fin a su condición de orfandad; iii) proporcionar a las organizaciones beneficiarias y a las autoridades nacionales competentes informes y datos estadísticos sobre obras huérfanas que hayan sido registradas en la base de datos.

Los titulares de los derechos tienen la facultad de poner fin a la orfandad de la obra y a reclamar una compensación equitativa, que será fijada por cada Estado miembro (considerando 18), lo que puede ser otra fuente de asimetría en las transposiciones de la Directiva[79]. En todo caso, la DOH, más que referirse a los factores a tener en cuenta para su cálculo, parece listar algunas razones para que la compensación sea baja: «a fin de determinar la eventual cuantía de compensación equitativa, deben tenerse debidamente en cuenta, entre otras cosas, los objetivos de los Estados miembros en materia de promoción cultural, la naturaleza no comercial de la utilización realizada por las entidades en cuestión con el fin de alcanzar objetivos relacionados con su misión de interés público, como el fomento del estudio y la difusión de la cultura, así como el posible daño a los titulares de derechos».

La DOH permite la introducción de cualquier obra huérfana que cumpla los requisitos en la base de datos. Como contrapeso, el artículo 5 obliga a los Estados miembros a que los titulares de los derechos de una obra considerada huérfana tengan la posibilidad de poner fin a esa condición en lo que se refiere a sus derechos; una vez que la obra figure en el registro como huérfana se genera una presunción de orfandad, de modo que la persona que se arroga la condición de titular de derechos debe presentar prueba suficiente para revertirla.

78 R. Arquero Avilés, *Análisis y…*, *cit.*, p. 46.

79 Riera Barsallo alertó sobre una posible «disparidad de criterios entre Estados miembros en función de la sensibilidad que exista en los mismos en relación con la propiedad intelectual, todo ello con el consiguiente perjuicio para los titulares afectados —al menos, eso es lo que hasta estos momentos nos dice la historia reciente de la transposición de Directivas europeas en esta materia. Sirva como ejemplo, la regulación del préstamo público en España y la discriminación que sufren los autores cuyas obras se prestan en nuestro territorio—». P. Riera Barsallo, «La solución europea a las obras huérfanas: la Directiva 2012/28/UE», *Diario La Ley*, n.º 8128, sección doctrina, 2013, p. 7.

V.2.4. Territorialidad y reconocimiento único

El límite es de obligada trasposición en todos los Estados miembros de la UE, y la DOH obliga a que las obras que en un Estado se consideren huérfanas tras una búsqueda diligente, extenderán esa condición al resto de los Estados de la Unión. Lo mismo hace con respecto a la orfandad parcial del artículo 2.2.

El reconocimiento único se adopta bajo la consideración de que «la existencia de diversos planteamientos en los Estados miembros con respecto al reconocimiento de la condición de obra huérfana puede obstaculizar el funcionamiento del mercado interior y el uso y la accesibilidad transfronteriza de tales obras. Asimismo, esa diferencia de planteamientos puede ocasionar restricciones en la libre circulación de bienes y servicios de contenido cultural. Por consiguiente, resulta adecuado garantizar el reconocimiento mutuo de dicha condición, ya que permitirá el acceso a las obras huérfanas en todos los Estados miembros» (considerando 8).

Huss-Ekerhult[80] reportaba en 2013 que la UE se encontraba negociando tratados de comercio bilaterales que habrían de garantizar niveles de protección similar a los derechos de propiedad intelectual, lo que significaría que estarían obligados a seguir los principios generales de la DOH. Concluidas las negociaciones con Chile y México, se entablaron otras con países andinos (Colombia y Perú), con países de América Central (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá) y con el Mercosur, que, 10 años después, no han afectado sustancialmente a sus regulaciones sobre obras huérfanas.

VI. Datos sobre la aplicación de la normativa en Europa

VI.1. Estimación de obras y libros huérfanos

El informe Vuopala[81], el documento más fiable sobre datos de obras huérfanas en Europa publicado hasta la fecha, dice que, en 2010, en un cálculo conservador, había alrededor de 3 millones de libros huérfanos, un 13 % del total. El estudio tomaba como base los datos disponibles de Reino Unido: en 2009, en ese país el número de libros huérfanos se estimaba que eran 627.688, que supone alrededor del 13 % del total (4.756.746) de libros británicos protegidos por derechos de autor[82]. Vuopala aplicó ese porcentaje al número de libros en Europa.

80 A. Huss-Ekerhult, «La Directiva de la Unión Europea sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas: un análisis desde la perspectiva del titular de derechos». *Revista Iberoamericana del Derecho de autor*, n.º 13, 50-65, 2013, pp. 54 y 55.

81 A. Vuopala, *Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance*, European Commission DG Information. Society and Media. Unit E4 Access to Information, 2010.

82 El informe calculaba que el número libros huérfanos en los Estados miembros de la UE en su conjunto era de unos 4 millones, con la suposición de que Alemania, España, Francia e Italia tienen una producción editorial similar a la del Reino Unido, y que Austria, Irlanda, Países Bajos, Polonia, Portugal y Dinamarca, Finlandia y Suecia juntos tienen una producción de aproximadamente 1/5 de la del Reino Unido, y que el resto de los Estados miembros representan 1/10 de la producción

Otros datos reflejan el gran volumen de obras huérfanas y la magnitud del problema, por ejemplo: i) en 2009, de los 7 millones de libros digitalizados por Google hasta entonces, el 40 % eran huérfanos, aproximadamente, es decir, 2.800.000; ii) la *Association des Cinémathèques Européennes* calcula que el 12 % de las obras audiovisuales contenidas en sus archivos son huérfanas[83]; iii) las bibliotecas británicas estiman que entre el 10 y el 40 % de sus colecciones escritas son huérfanos. Otros estudios calculan que el número total de obras huérfanas en Reino Unido está entre 13 y 50 millones[84].

VI.2. Los datos de la Base de Datos de Obras Huérfanas de la EUIPO

VI.2.1. Presentación

La Base de datos de Obras Huérfanas de la EUIPO adquiere el significativo papel de ser el repositorio europeo de información sobre obras huérfanas, a través de la recopilación de todas las obras declaradas huérfanas al amparo del procedimiento de la DOH.

La interfaz de las Base de Datos de Obras Huérfanas dispone de dos tipos de consulta: la simple y la avanzada.

La búsqueda simple permite realizar consultas generales con una opción filtrado a través de un menú desplegable, con cuatro opciones: título, descripción, categoría y titular de derechos.

La búsqueda avanzada dispone de siete bloques de búsqueda, en cada uno de los cuales es posible filtrar la información con distintos criterios. Los bloques y los filtros son:

a) Información general sobre obras huérfanas: número de archivos, identificador, título de la obra, descripción, categoría y autoridad nacional competente.
b) Información sobre la entidad beneficiaria: entidad y país de la entidad.
c) Información sobre la publicación: país de publicación, radiodifusión o producción, obras no publicadas o radiodifundidas, fechas de publicación, datos de la publicación, nombre del editor, radiodifusor o productor y lengua de publicación.
d) Información relativa al *International Standard Number* (ISN): número y tipo de ISN.
e) Información sobre el titular de los derechos: titular, estatus y tipo.
f) Uso de la obra: proyecto.
g) Búsqueda rápida.

Además, es posible filtrar por tipos de obra: obra principal o insertada.

editorial del Reino Unido. Para evitar cualquier sobreestimación, la cifra se redujo a 3 millones de libros. Teniendo en cuenta que todos los países de la UE tienen el mismo plazo de derechos de autor, se supuso que la proporción de huérfanos es la misma para Europa, es decir, un 13 %, a falta de pruebas más fiables.

83 A. del Arco, «Una introducción a la Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de obras huérfanas», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 32, 2013, p. 2.

84 A. Ringnalda, «Orphan Works…, *cit.*, p. 6.

VI.2.2. Datos globales e indicadores analizados

En la Base de Datos de Obras Huérfanas de la EUIPO están incluidas las obras que han pasado por el procedimiento de declaración de obra huérfana de la DOH, traspuesta por las legislaciones nacionales de todos los Estados. En ella están presentes 31 Estados, los 27 de la UE más Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

Hay contabilizadas un total de 6.120 obras huérfanas, de las cuales 4.248 corresponden a la etiqueta trabajo literario. Es evidente que no todos los trabajos literarios son libros (es más, es muy probable que la gran mayoría de ellos no lo sean) pero, ante la imposibilidad de discriminarlos dentro del conjunto, y a efectos de poder establecer patrones de datos, serán tratados como si todos ellos lo fuesen.

La recopilación de datos se dirige a comprobar el grado de aplicación de la DOH, es decir, si el objetivo de la integración de las obras huérfanas en una biblioteca digital europea se está cumpliendo o no, o si se está en camino de ello. A tal efecto, se analizan cinco categorías en dos columnas: una para las obras y otra para los libros huérfanos (trabajos literarios). Estas categorías son: estatus del titular de las obras, datos por países, lengua de las obras, país de publicación y entidades beneficiarias por países. La fecha de consulta de todos los datos expuestos a continuación es el 9 de septiembre de 2023.

VI.2.3. Estatus del titular

Estatus del titular de la obra	Obras huérfanas	Libros huérfanos
Anónimo	142	80
Identificado, pero no localizado	4106	3819
Nombre desconocido	1261	5
Sin información disponible	735	379
TOTALES	6244	4283

Nótese que el sumatorio de las 4 categorías (6.244) es superior a la cifra total antes precisada (6.120). En los trabajos literarios, la cifra del sumatorio (4.283) también es más alta que la que la plataforma da como total (4.248). Todos ellos son datos oficiales de la Base de Datos de Obras Huérfanas de la EUIPO. Ante la imposibilidad de averiguar la razón de este descuadre, la decisión fue presentarlos tal cual aparecen en la plataforma.

La inmensa mayoría de los casos consisten en que el titular de los derechos está identificado, pero no localizado, el 65,76 % en el caso de las obras en general, y el 89,17 % en el de los libros. Les siguen los supuestos con nombre desconocido, 20,19 % y 0,12 % respectivamente (en el que se observa que esta tipología afecta de manera marginal a los trabajos literarios). En los que no hay información disponible, 11,77 % y 8,94 %. Y los anónimos, 2,27 % y 1,87 %, una tipología residual en el global de la base de datos.

VI.2.4. Obras y libros huérfanos por países

País	Obras huérfanas	Libros huérfanos
Alemania	599	310
Austria	66	11
Bélgica	234	81
Bulgaria	0	0
Chipre	0	0
Croacia	1	1
Dinamarca	37	0
Eslovaquia	4	4
Eslovenia	0	0
España	0	0
Estonia	24	21
Finlandia	0	0
Francia	0	0
Grecia	0	0
Hungría	556	213
Irlanda	10	0
Islandia	0	0
Italia	0	0
Letonia	1	1
Liechtenstein	0	0
Lituania	271	263
Luxemburgo	0	0
Malta	0	0
Noruega	0	0
Países Bajos	990	76
Polonia	3287	3241
Portugal	20	18
República Checa	0	0
Rumanía	0	0
Suecia	20	8
Suiza	0	0
TOTALES	6120	4248

Polonia es, con mucha diferencia, el país más activo en la Base de Datos de Obras Huérfanas, de hecho, su actividad es mayor que la de los otros 30 Estados juntos: un 53,71 % de las obras y un 76,29 % de los libros. Si se excluyesen las obras procedentes de entidades polacas, los números de obras y libros huérfanos incluidos serían aún más bajos de lo que ya son: 2.833 obras, de las cuales únicamente 1.007 serían libros.

A gran distancia, le siguen Alemania, con un 9,79 % de obras y un 7,30 % de los libros, Hungría, 9,08 % y 5,01 %, y Países Bajos, con 16,18 % y 1,79 %, respectivamente. Destaca la cantidad de obras literarias puestas a disposición por Lituania, 6,19 %.

No se ha declarado la orfandad de ninguna obra en 16 países, y ninguna obra literaria, en 18. España está entre ellos: ninguna entidad española ha declarado la orfandad de una obra a través del procedimiento establecido por la DOH.

VI.2.5. Lengua de las obras

Lengua	Obra huérfana	Libro huérfano
Alemán	504	265
Búlgaro	1	1
Checo	5	3
Croata	4	1
Danés	0	0
Eslovaco	2	1
Esloveno	0	0
Español	1	0
Estonio	18	15
Finés	0	0
Francés	162	63
Griego	0	0
Holandés	920	77
Húngaro	425	203
Ingés	38	11
Islandés	0	0
Italiano	8	0
Letón	1	1
Lituano	208	204
Noruego	0	0
Polaco	3174	3166
Portugués	19	16
Rumano	2	1

Ruso	11	6
Sueco	16	3
Yiddish	4	0
Otras lenguas / sin identificar	597	211
TOTALES	6120	4248

En el apartado «otras lenguas» se incluyen tres casos: obras con idioma no declarado, obras sin contenido lingüístico u obras en lenguas no identificadas.

Destacan las obras y, en especial, las piezas literarias en polaco, que suponen el 51,85 % y el 74,53 % respectivamente.

Figuran dos lenguas no oficiales en la UE pero que tuvieron arraigo en los países del este de Europa en el siglo XX: ruso y yiddish.

Las obras literarias en húngaro o en lituano tienen más presencia en la base de datos que todas las demás lenguas juntas, exceptuando el alemán y, por supuesto, el polaco.

Lenguas con un gran número de hablantes en el mundo, como el francés, el portugués o el inglés, tienen una representación muy baja en las obras literarias. El español y el italiano no tienen ningún registro como libro en la Base de Datos.

VI.2.6. Obras por país de publicación

País	Obras huérfanas	Libros huérfanos
Austria	13	13
Bélgica	214	72
Bulgaria	1	1
Croacia	1	1
Chipre	0	0
República Checa	1	1
Dinamarca	36	36
Estonia	22	19
Finlandia	0	0
Francia	14	14
Alemania	535	255
Grecia	0	0
Hungría	361	18
Islandia	0	0
Irlanda	1	0
Italia	2	2

Letonia	2	1
Liechtenstein	0	0
Lituania	196	192
Luxemburgo	0	0
Malta	0	0
Países Bajos	793	75
Noruega	0	0
Polonia	3167	3162
Portugal	15	13
Rumanía	2	2
Eslovaquia	2	2
Eslovenia	0	0
España	0	0
Suecia	18	7
Suiza	4	4
Fuera de la UE	45	42
Estados que no existen en la actualidad	15	14
Sin identificar	660	302
TOTALES	6120	4248

Fuera de la Unión Europea se han identificado obras en Estados Unidos, Reino Unido, Brasil, Argentina e Israel. Por otra parte, hay un alto número de obras publicadas o radiodifundidas en Estados no europeos. Estos datos resultan preocupantes por la falta de control del procedimiento, habida cuenta que el artículo 1.2 DOH dice claramente que la Directiva se aplica a obras «que estén protegidas por derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor y que hayan sido publicadas por primera vez en un Estado miembro o, a falta de publicación, cuya primera radiodifusión haya tenido lugar en un Estado miembro». Es decir, figuran en la Base de Datos un buen número de obras que no deberían haber sido incluidas.

La Base de Datos incluye Estados que no existen en la actualidad: Checoslovaquia, URSS, República Democrática Alemana y Yugoslavia.

VI.2.7. Entidades beneficiarias por países

País	Entidad beneficiaria obras	Entidad beneficiaria libros
Alemania	16	8
Austria	4	2
Bélgica	4	2
Bulgaria	0	0

Chipre	0	0
Croacia	1	1
Dinamarca	2	0
Eslovaquia	1	1
Eslovenia	0	0
España	0	0
Estonia	1	1
Finlandia	0	0
Francia	0	0
Grecia	0	0
Hungría	2	1
Irlanda	3	0
Islandia	0	0
Italia	0	0
Letonia	1	1
Lietchestein	0	0
Lituania	14	13
Luxemburgo	0	0
Malta	0	0
Noruega	0	0
Países Bajos	4	1
Polonia	4	3
Portugal	1	1
República Checa	0	0
Rumanía	0	0
Suecia	4	3
Suiza	0	0
TOTALES	62	38

En este apartado se recogen el número de entidades beneficiarias que se han acogido al procedimiento de la DOH para el uso autorizado de obras huérfanas.

Destaca el número de entidades de Lituania, el mayor número per cápita de toda Europa[85].

85 Según datos del Banco Mundial, la población de Lituania es de 2.833.000 habitantes. Obtenido de: https://data.worldbank.org/country/lithuania

Por otra parte, el número de obras que han incorporado al sistema las entidades de Polonia es muy destacado, en especial, la *Wydział Polonistyki Uniwersytet Warszawski*[86], ella sola, lo hizo con 3.188 entradas, todas menos una, trabajos literarios. Una sola entidad es responsable, por tanto, del 52,09 % de las obras y del 75,02 % de los libros presentes en la Base de Datos.

86 Se trata de la Facultad de Estudios Polacos de la Universidad de Varsovia, uno de los centros científicos más grandes del país, que desarrolla estudios polacos, estudios eslavos, estudios helenísticos, latinos y bálticos en el campo de la literatura, la cultura y las ciencias del lenguaje. La Facultad dispone de títulos de doctorado y de habilitación en humanidades en el campo de la lingüística, los estudios literarios y los estudios culturales. Obtenido de: http://www.polon.uw.edu.pl