

Autores ausentes y obras huérfanas

1. Introducción: Robert Johnson

El origen de este texto está en una conversación que tuve tras una Tesis Doctoral con el Presidente del Tribunal que era el Prof. Carlos Rogel Vide, de sobra conocido. En dicha alegre conversación le conté un esbozo de la vida de Robert Johnson a quien desde este instante atribuyo la culpa de la temeridad que tengo al escribir sobre esta materia y paso a narrar muy brevemente mi versión sobre su vida. Y es que el Prof. Carlos Rogel, con su eterna curiosidad juvenil, me dijo textualmente «eso me interesa muchísimo» y luego recalcó «me interesa enormemente», tras lo cual me encargó que investigara en torno a los autores ausentes y las obras huérfanas.

Pues bien, para empezar por el culpable: Robert Johnson¹ nació en 1911 y murió en 1938 a los 27 años de edad y en su corta vida, durante los años 1936 y 1937, grabó 29 canciones que tuvieron y siguen teniendo un gran impacto en el mundo del Blues, del Rock y de todas las derivaciones musicales de estos. Ha sido admirado por bluesmen de la talla de Muddy Waters, Elmore James y muchos intérpretes de primera fila como Bob Dylan, John Mayall o Eric Clapton e incluso se le otorgó el título admitativo de Abuelo del rock.

Los abuelos de Robert, por parte de madre, fueron esclavos, por lo que es más que posible que tuviera conocimiento directo de la gran herida personal que supone la esclavitud. Como es sabido, ese gran pecado de la humanidad que fue la esclavitud fue uno de los ingredientes para el surgimiento de gran parte de la música moderna y Robert Johnson probablemente conoció a través de su madre las emociones y los sentimientos que marcaron a sus abuelos.

Musicalmente Robert Johnson está en la línea de muchos de los cantantes de Blues de la época y los especialistas dicen que sus influencias fueron, entre otros, Son House, Blind Lemon Jefferson y Willie Brown. Para ser más exactos, es pensable que lo que hoy llamamos influencias en aquel momento sea realmente copiar a los músicos de más éxito y apropiarse de las canciones que se están cantando por todas partes. Muchos de los Blues clásicos que se atribuyen a un autor, realmente fueron grabados por él, pero la composición vaya usted a saber de quién era. Es más, ni siquiera el primer interprete que grabó el Blues sabía de quien era, por lo que podrían calificarse de obras huérfanas, por ser obras cuyo autor no era identificable, ni localizable. Por ello, en una primera aproximación, Robert Johnson (sin querer imputarle nada feo a este admirado bluesman) usó obras huérfanas sin pedir permiso a nadie e incluso alguna de sus composiciones o parte de de las mismas, igual que su forma de interpretarlas, estuvieran algo más que influidas (quizás en parte copiadas) de otras obras que se iban cantando en aquel momento.

Robert Johnson vivió una vida plena de ajeteos, cambios, pobreza, ambiciones y excesos. Los más conocidos siempre tienen que ver con las mujeres, pues Robert Johnson fue un mujeriego que se aprovechó todo lo que pudo de las mujeres. Se casó con Virginia Travis en 1929 (él tenía 18 años y ella 16) que murió el 10 de abril de 1930 en el momento en el que daba a luz a su hijo que también murió. No es seguro que se

¹ La vida de Robert Johnson está muy escasamente documentada y los datos que aportó están contrastados en diversas fuentes tan peculiares como Wikipedia, contraportadas de discos recopilatorios de Blues y webs como <http://countrybluesenargentina.blogspot.com.es>, <http://www.mcniografias.com>, <http://www.alohacriticon.com>, http://www.margencero.com/articulos/articulos2/r_johnson.htm Donde suele haber referencias al pacto con el diablo que realizó es en páginas web dedicadas a fenómenos paranormales, misteriosos, lo oculto... He preferido obviar esta parte.

volviera a casar, pero hay quien apunta a que lo hizo con Esther Lockwood, lo que fundamentalmente viene defendido por el hijo de ésta, Robert Jr. Lockwood que también fue un bluesman reconocido. En cualquier caso su fama de mujeriego es grande e incluso Johny Shines², con quien viajó en varias ocasiones, decía que para Robert eran simples Motel-Women, porque le permitían dormir en sus casas gratuitamente, simplemente seducidas por él. De hecho, en la versión más clásica de su muerte, murió tras beber un whisky envenenado con estricnina que le había servido el dueño de un bar en el que estaba actuando, celoso por las relaciones que Robert había establecido con su mujer.

De Robert Johnson solo tenemos dos fotografías que fueron encontradas años después de su muerte y que por supuesto siempre fueron obras huérfanas.

Pero quizás lo más llamativo y misterioso de la vida de Robert Johnson es que dicen (y él mismo lo contaba) que hizo un pacto con el diablo en el que él le daba su alma a cambio de convertirlo en un magnífico bluesman. Es verdad que durante un tiempo de su vida Robert Johnson estuvo ausente y se dedicó a vagar por la zona del Mississippi (siendo la ciudad en la que desaparece y posteriormente reaparece Robinsonville). También lo es que, según las leyendas de aquella época y lugar, se podían hacer pactos con el diablo especialmente en los cruces de caminos y no parece casualidad que uno de sus Blues más importantes sea Cross Road que acaba clamando «Lord i'm standin' at the crossroad, babe, i believe i'm sinkin' down» y otros fueran Me And The Devil Blues, Hellhound On My Trail o Preachin' Blues (Up Jumped The Devil). Su pacto con el diablo se selló, según cuentan, en el cruce entre la autopista 61 y la 49 en Clarksdale³ (Mississippi).

Pues bien Robert Johnson antes de su desaparición era un músico mediocre que, como mucho, tenía destreza con la armónica y en cambio cuando volvió tenía éxito allí por dónde pasara. Dicen que fue Son House quien exclamó tras verlo tocar de nuevo «vendió su alma al diablo para conseguir tocar de esa manera» y el propio Robert alimentó la leyenda.

Con pacto o sin él, Robert Johnson pasó una parte de su vida «ausente» hablando con el diablo o aprendiendo a tocar la guitarra vagando por los caminos sin rumbo fijo. Así las cosas tenemos que: usó obras huérfanas, quizás se apropió de obras huérfanas, las dos fotografías que tenemos de él son de autor desconocido y él mismo estuvo ausente durante un periodo... es decir en él se concita la ausencia y la orfandad.

Además para explicar las siguientes páginas tengo que admitir haber vuelto a escuchar la recopilación de Robert Johnson titulada Crossroad y llegar a la conclusión de que las obras huérfanas y los autores ausentes se encuentran en un auténtico cruce de caminos en la actualidad. Dicho «crossroad» estaría compuesto por los siguientes caminos:

- la ausencia
- el concepto de obra huérfana
- el caso Google books
- la respuesta europea a Google books
- la Directiva 28/2012

2. La ausencia y la declaración de fallecimiento

La ausencia está regulada en los arts. 181 y ss. CC. En el art. 183 se describe la

² Bluesman que nació en 1915 y murió en 1992 y tuvo una dilatada carrera incluso tocando junto a Robert Jr. Lochwood, el que pretendiera ser hijastro de Robert Johnson

³ En esta ciudad murió la gran Bessie Smith (1894-1937) tras sufrir un accidente de tráfico en la autopista 61 no lejos de este cruce.

situación en la que hay una **ausencia legal**: «Se considerará en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia:

1º. Pasado un año desde las últimas noticias, o a falta de éstas desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes;

2º. Pasados tres años, si hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes.

»La muerte o renuncia justificada del mandatario, o la caducidad del mandato, determina la ausencia legal, si al producirse aquéllas se ignorase el paradero del desaparecido y hubiere transcurrido un año desde que se tuvieron las últimas noticias, y, en su defecto, desde su desaparición. Inscrita en el Registro Central la declaración de ausencia, quedan extinguidos de derecho todos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente».

En la **situación previa a dicha ausencia legal**, cuando simplemente la persona está, de momento, desaparecida, de acuerdo con el art. 181 «En todo caso, desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido en ella más noticias, podrá el Juez, a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal, nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave. Se exceptúan los casos en que aquél estuviese legítimamente representado o voluntariamente conforme al artículo 183.

»El cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente será el representante y defensor nato del desaparecido; y por su falta, el pariente más próximo hasta el cuarto grado, también mayor de edad. En defecto de parientes, no presencia de los mismos o urgencia notoria, el Juez nombrará persona solvente y de buenos antecedentes, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

»También podrá adoptar, según su prudente arbitrio, las providencias necesarias a la conservación del patrimonio».

Una vez que se está dentro de la situación de la ausencia legal, tienen «la **obligación de promover e instar la declaración de ausencia legal**, sin orden de preferencia:

Primero. El cónyuge del ausente no separado legalmente.

Segundo. Los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado.

Tercero. El Ministerio Fiscal, de oficio o a virtud de denuncia.

Podrá también pedir dicha declaración cualquier persona que racionalmente estime tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte».

En estos casos, salvo motivo grave apreciado por el Juez «**corresponde la representación del declarado ausente**, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones:

1º Al cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho.

2º Al hijo mayor de edad; si hubiese varios, serán preferidos los que convivían con el ausente y el mayor al menor.

3º Al ascendiente más próximo de menos edad de una u otra línea.

4º A los hermanos mayores de edad que hayan convivido familiarmente con el ausente, con preferencia del mayor sobre el menor.

»En defecto de las personas expresadas, corresponde en toda su extensión a la persona solvente de buenos antecedentes que el Juez, oído el Ministerio Fiscal, designe a su prudente arbitrio» (art. 184 CC).

Las **obligaciones de dicho representante** son: «1ª Inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de su representado.

2ª Prestar la garantía que el Juez prudencialmente fije. Quedan exceptuados los comprendidos en los números 1, 2 y 3 del artículo precedente.

3ª Conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles.

4ª Ajustarse a las normas que en orden a la posesión y administración de los bienes del ausente se establecen en la Ley Procesal Civil .

»Serán aplicables a los representantes dativos del ausente, en cuanto se adapten a su especial representación, los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela y las causas de inhabilidad, remoción y excusa de los tutores» (art. 185 CC).

A su vez, «**Los representantes legítimos del declarado ausente comprendido en los números primero, segundo y tercero del artículo 184 disfrutarán** de la posesión temporal del patrimonio del ausente y harán suyos los productos líquidos en la cuantía que el Juez señale, habida consideración al importe de los frutos, rentas y aprovechamientos, número de hijos del ausente y obligaciones alimenticias para con los mismos, cuidados y actuaciones que la representación requiera, afecciones que graven al patrimonio y demás circunstancias de la propia índole.

»Los representantes legítimos comprendidos en el número cuarto del expresado artículo disfrutarán también de la posesión temporal y harán suyos los frutos, rentas y aprovechamientos en la cuantía que el Juez señale, sin que en ningún caso puedan retener más de los dos tercios de los productos líquidos, reservándose el tercio restante para el ausente, o, en su caso, para sus herederos o causahabientes.

»Los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente reconocida y declarada por el Juez, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida» (art. 186 CC).

Para el caso de que **el ausente aparezca** «deberá restituirse su patrimonio, pero no los productos percibidos, salvo mala fe interviniente, en cuyo caso la restitución comprenderá también los frutos percibidos y los debidos percibir a contar del día en que aquélla se produjo, según la declaración judicial» (art. 187 CC).

Puede ocurrir que **se pueda probar la muerte del declarado ausente**, en cuyo caso «se abrirá la sucesión en beneficio de los que en el momento del fallecimiento fuesen sus sucesores voluntarios o legítimos, debiendo el poseedor temporal hacerles entrega del patrimonio del difunto, pero reteniendo, como suyos, los productos recibidos en la cuantía señalada» (art. 188 CC).

Diferente posición tiene **el ausente cuando es él quien un derecho**. En este caso «Para reclamar un derecho en nombre de la persona constituida en ausencia es preciso probar que esta persona existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo» (art. 190 CC).

En el caso de que sea **una herencia a la que tenga derecho el ausente** «acreceará la parte de éste a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamarla. Los unos y los otros, en su caso, deberán hacer, con intervención del Ministerio Fiscal, inventario de dichos bienes, los cuales reservarán hasta la declaración del fallecimiento» (art. 191 CC).

La declaración de fallecimiento

Más allá de la declaración de ausencia legal está la declaración de fallecimiento, regulada en los arts. 193 y ss CC. De acuerdo con el art. 193 CC «**Procede la declaración de fallecimiento:**

1º Transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a

falta de éstas, desde su desaparición.

2º Pasados cinco años desde las últimas noticias o, en defecto de éstas, desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco años.

Los plazos expresados se computarán desde la expiración del año natural en que se tuvieron las últimas noticias, o, en su defecto, del en que ocurrió la desaparición.

3º Cumplido un año, contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres meses.

»Se presume la violencia si en una subversión de orden político o social hubiese desaparecido una persona sin volverse a tener noticias suyas durante el tiempo expresado, siempre que hayan pasado seis meses desde la cesación de la subversión»⁴.

Tras la **declaración de fallecimiento cesa la ausencia legal** (art. 195 CC) y «**se abrirá la sucesión** en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría, o abintestato, según los casos, o extrajudicialmente.

»Los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración del fallecimiento.

»Hasta que transcurra este mismo plazo, no serán entregados los legados, si los hubiese, ni tendrán derecho a exigirlo los legatarios, salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador, o los legados en favor de Instituciones de Beneficencia.

»Será obligación ineludible de los sucesores, aunque por tratarse de uno solo no fuese necesaria partición, la de formar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles» (art. 196 CC).

En el caso de que **reaparezca el ausente declarado fallecido** «recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido; pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto» (art. 197 CC).

Lo que podríamos sacar en **conclusión** es que al Código civil no le gusta la ausencia o, si se prefiere, **resulta tremendamente inquietante que un patrimonio esté**

⁴ También procede la declaración de fallecimiento: «1º De los que perteneciendo a un contingente armado o unidos a él en calidad de funcionarios auxiliares voluntarios, o en funciones informativas, hayan tomado parte en operaciones de campaña y desaparecido en ellas luego que hayan transcurrido dos años, contados desde la fecha del tratado de paz, y en caso de no haberse concertado, desde la declaración oficial del fin de la guerra.

2º De los que se encuentren a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquéllos.

Se presume ocurrido el naufragio si el buque no llega a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido seis meses contados desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje.

3º De los que se encuentren a bordo de una aeronave siniestrada, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del siniestro, sin haberse tenido noticias de aquéllos o, en caso de haberse encontrado restos humanos, no hubieren podido ser identificados.

Se presume el siniestro si en viaje sobre mares, zonas desérticas o inhabitadas, transcurrieren seis meses contados desde las últimas noticias de las personas o de la aeronave, y en su defecto, desde la fecha de inicio del viaje. Si éste se hiciera por etapas, el plazo indicado se computará desde el punto de despegue del que se recibieron las últimas noticias» (art. 194 CC).

«ausente», por lo que se busca que de forma urgente haya quien pueda representar el patrimonio, aunque su titular esté ausente. Que exista una propiedad, pero que su titular esté ilocalizable es algo que perturba el normal funcionamiento de toda dinámica patrimonial y por esa razón el Código civil lanza soluciones inmediatas para que lo anterior no ocurra

3. La obra huérfana

En el Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos elaborado en la Decimoséptima sesión (Ginebra, 3 a 7 de noviembre de 2008) del Comité permanente de derechos de autor y derechos conexos de la OMPI se define la obra huérfana como «obras protegidas por derecho de autor, cuyos titulares no pueden ser identificados o localizados»⁵.

Una obra huérfana es aquella que, siendo susceptible de protección, su titular no está identificado, o estándolo, no está localizado. Así, hay dos posibilidades de entender la obra huérfana:

- que no se sabe quién es el padre,
- que se sabe quien es el padre, pero no se puede localizar al titular de los derechos.

De esta forma:

- **la obra es susceptible de protección** porque se trata de una creación original, literaria, artística o científica expresada por cualquier medio o soporte tangible o intangible (art. 10 LPI). Igualmente puede tratarse de una obra derivada (art. 11 LPI), una colección de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes y las bases de datos de acuerdo con el art. 12 LPI. Cualquier obra puede ser una obra huérfana como por ejemplo una fotografía o un diagrama.

Deben ser obras susceptibles de protección, es decir que están protegidas. La obra huérfana está en el dominio privado, no en el público. No se trata de algo de todos, sino de algo de alguien: una obra huérfana puede ser como un teléfono que se encuentra en un taxi olvidado por un usuario anterior. El teléfono es de alguien, no está ahí para el libre disfrute de quien se lo encuentra.

- **no está identificado el titular o estándolo, no está localizado.**

Se trata del titular de los derechos, no necesariamente del autor, pues puede tratarse de sus herederos o incluso un titular que puede ser una institución. Para esto además hay que recordar la duración de los derechos de explotación es de «toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento» (art. 26 LPI) y en el caso de obras anónimas y seudónimas, los derechos de explotación durarán 70 años desde su divulgación lícita (art. 27 LPI). «Cuando antes de cumplirse este plazo fuera conocido el autor, bien porque el seudónimo que ha adoptado no deje dudas sobre su identidad, bien porque el mismo autor la revele, será de aplicación lo dispuesto en el artículo precedente» (art. 27 LPI).

También hay que tener en cuenta que en la obra huérfana, tiene alguna responsabilidad sobre la «orfandad» el «padre» que no ha dejado claramente

⁵ Como se cita en dicho estudio, «Las obras huérfanas pueden existir por muchas razones, que van desde la simple omisión del nombre de un autor o titular, hasta la índole informal, colectiva y amorfa que suele ser intrínseca a los blogs y wikis. *International Study on the Impact of Copyright Law on Digital Preservation*, Parte 2.3.23 (2008)».

identificada la obra o no está localizable, por lo que no faltan voces que claman porque no se favorezca a estos titulares que no son del todo diligentes⁶.

Los problemas que plantean las obras huérfanas son de muchos tipos:

- existe una seria dificultad para acceder a su contenido, lo que impide a muchas personas acercarse a ellas,
- es más, podrían llegar a desaparecer del repertorio de obras que se pueden disfrutar o difundir,
- es imposible recabar la autorización para su explotación, salvo que el uso que vaya a realizar esté dentro de una de las excepciones admitidas en el marco legal. Esto, como veremos, presenta un especial problema cuando se programan digitalizaciones masivas de una biblioteca por ejemplo.

Las obras huérfanas pueden ser de muchísimos tipos y en la era digital probablemente se esté incrementando la cantidad de ellas. No sólo se trata de un libro escrito por un autor no localizado, también un poema que está en un comment de un blog, o las mil fotografías que se desconoce su autor y circulan por internet...

Es difícil saber cuantas obras huérfanas hay si se tienen en cuenta los ejemplos anteriores, por lo que no debe extrañar que cuando se hace un cálculo sobre el número de las mismas en una bibliotecas se hable del 5% y en otras del 50%. En una biblioteca municipal de un pueblo de España que alberga fotografías y libros de la zona y que ha recibido importantes donaciones particulares de obras, probablemente el porcentaje sea mucho más elevado que en una biblioteca de un colegio de abogados⁷.

4. El caso Google Books

Parece ser que Sergey Brin y Larry Page desde el principio cuando fundaron Google tenía la idea de crear un buscador de contenidos de libros. El sistema de búsqueda de Google y todo lo que ello significa está alterando de manera notable las formas de pensar y quizás hasta las reglas lógicas a las que estamos habituados. Antes, cuando un estudiante tenía que enfrentarse a algún tema de investigación, lo normal es que acudiera en primer lugar a las obras más generales, a los manuales de referencia de la asignatura y de allí pasara a la bibliografía citada en dichos manuales para poco a

⁶ KATZ, que en su trabajo tiene un apartado que provocativamente se titula «"Sit Back, Do Nothing" is Rarely the Law», escribe: «Remedy tweaking will shift some of the user to the owner. It will adjust the user's duty to seek ownership information and permission relative to a corresponding duty of the owner to provide such information. This should motivate copyright owners to make themselves locatable: to orphan their works. After all, the orphan works problem is a problem of those copyright owners' own making, and they are the ones who can mitigate it at the lowest cost. Tort law takes into account a plaintiff's contributory or comparative negligence; contract law demands that plaintiff take reasonable effort to mitigate their damage before they can recover its full extent. Property law sometimes imposes a duty to provide notice before a right can be enforced. The law does not recognize an unfettered right to sit back and do nothing in all circumstances and regardless of the consequences. Copyright law should not recognize such a right either», p. 1287.

⁷ Por ejemplo, explica HANSEN: «Estimates on the number of orphan works vary significantly. For some works—in particular, those that are not commercially published (e.g., personal photographs, letters, or even emails)—the number of orphans is almost inestimable. But for others, estimates are obtainable. The best available figures are of the number of commercially published orphan works (in particular, published monographs), because bibliographic data is generally available and samples are generalizable from collection to collection. However, even this data is spotty and is based on samples of rights analyses that may not extend to broader collections of works», *Orphan works: Definitional...*, p. 9

poco ir profundizando en lo que tenía que estudiar. Probablemente lo primero que haga un estudiante hoy en día ante la misma tarea será teclear en Google lo que tiene que buscar y empezar a bucear en los resultados refinando la búsqueda hasta que sea lo más eficaz posible. Nótese que el planteamiento que se hacía antes tenía múltiples jerarquías lógicas: de grandes obras de referencia a libros más especializados, de grandes maestros a la búsqueda del especialista de cada materia... y por contra resultaba muy difícil acceder a lo más novedoso, a lo más actual, porque gran parte de la investigación era «hacia atrás» y para consultar obras más modernas había que consultar muy trabajosamente montones de índices bibliográficos. En la actualidad en cambio el resultado de Google parece arrojarlo todo, de manera no jerárquica y asistemática, pero todo o casi todo⁸.

Si fuera posible hacer lo mismo con los contenidos de los libros estaríamos ante una auténtica revolución y... ¡esa revolución ha llegado!

Google books (<http://books.google.es>) es una herramienta que ofrece Google que busca el texto completo de los libros que Google previamente ha digitalizado⁹. De acuerdo con la propia página web, «Si el libro está descatalogado o si el editor nos ha dado permiso, podrá ver una vista preliminar del libro y, en algunos casos, el texto completo. Si es de dominio público, podrá descargar una copia en PDF».

La iniciativa de Google Books ha sido ampliamente elogiada¹⁰ y hay muchos motivos para ello por lo que supone de facilitar el acceso a los libros, a muchos muchos

⁸ Explica PICKER, «Google is a company of modest ambitions. As it says in its brief corporate statement, Google's mission is to "organize the world's information and make it universally accessible and useful." "1 Organize it, put it online, display it and make a few dollars at the same time. Google's Book Search is a core piece of this vision. Think of the world's great libraries, all merged into one collection and all available online through any device connected to the Internet. Universal access indeed.

»But creating such a wonder is not a simple undertaking. Books have to be found, bought or borrowed and copied. The resulting digital files need to be sliced and diced to make them as useful as possible but also preserved so that looking at books online is very much like looking at them offline. This is a substantial technical undertaking, plus we need to figure out a business model for accessing the books. In the past—and still today of course—individuals purchased books or borrowed them from libraries, who in turn had purchased the books. Will digital copies be purchased in the same fashion or will different rules apply? Were these technical and economic challenges not enough, we would confront the really hard problem, namely, how do we match an 18th century legal system with early 21st century opportunities?», p. 2.

⁹ Lo explica la web de Google books: «Encontrar libros con Google Libros es tan fácil como encontrar sitios web con la Búsqueda web de Google; solo tienes que introducir la frase o la palabra clave que desees en el cuadro de búsqueda de Google Libros. Por ejemplo, si buscas [escalada] o una frase como [un pequeño paso para el hombre], buscaremos todos los libros en cuyo contenido se encuentren los términos de búsqueda.

»Haz clic en un título para ver información básica sobre el libro, del mismo modo que lo verías en un catálogo de tarjetas. Es posible que también se muestren algunos fragmentos de texto donde podrás ver los términos de búsqueda en contexto. Si el editor o el autor han dado su consentimiento, se mostrará una página completa del libro y podrás desplazarte por varias páginas más. Si el libro no está protegido por derechos de autor, se mostrarán páginas completas y podrás desplazarte por todas las páginas del libro. »Haz clic en el icono en forma de lupa situado junto al título del libro para buscar en el texto del libro que has seleccionado.

»Haz clic en los botones Comprar libro o Comprar libro impreso para obtener una lista de enlaces a librerías online donde podrás comprar los libros. En muchos casos, también puedes hacer clic en Buscar este libro en una biblioteca para localizar una biblioteca cercana donde puedas tomarlo prestado.

»Si el libro está disponible como Google eBook, se mostrará la opción para comprar la edición digital».

¹⁰ Sirva como ejemplo la opinión de Mary Sue Coleman, Presidente de la Universidad de Michigan en unas palabras dirigidas a la Professional/Scholarly Publishing Division de la Association of American Publishers (AAP) en Washington, D.C el 6 de febrero de 2006: «El proyecto de Google Books de digitalizar más de 7 millones de volúmenes de la biblioteca universitaria está relacionado con el bien social de promover y compartir el conocimiento, el auténtico ideal de la Universidad».

libros simplemente teniendo una conexión a internet. Esta facilidad de acceso sirve también para los libros raros, incluso para los que sólo existe un ejemplar y además preserva del deterioro a los libros que pueden ser consultados a través de un ordenador, Tablet o incluso un móvil sin necesidad de abrirlo físicamente. El café ya no caerá en el libro de la biblioteca, sino, si lamentablemente ocurre, en el ordenador del investigador, por lo que además se protegerían especialmente los libros raros

Lo que Google books consigue es buscar dentro de todo el contenido de todos los libros que incluye y después las opciones son diferentes:

- si el libro está en dominio público en algunos casos se puede descargar

- en otro caso se muestra dónde se puede consultar o dónde se puede comprar, lo que en muchas ocasiones dirige a una librería online, por lo que en un breve rato se puede haber encargado el ejemplar que trata la materia sobre la que estamos interesados.

Lo explica la propia web de Google: «La Búsqueda de libros de Google encuentra casi cualquier tipo de libro que se pueda imaginar: ficción, no ficción, de referencia, bibliografía especializada, libros de texto, libros infantiles, libros científicos, médicos, profesionales, educativos y mucho más. A medida que incluyamos obras de nuestras bibliotecas asociadas, nuestra selección de libros continuará aumentando y también podrá encontrar libros descatalogados, rarezas y más libros de dominio público»

Pero claro, para que lo anterior tenga sentido es necesario que sea rastreable por Google books el mayor número de libros posible. Y para lograrlo lo que ha hecho Google books es una serie de acciones muy arriesgadas desde el punto de vista jurídico: se ha dedicado a **digitalizar bibliotecas enteras**. Es decir que Google books escanea todo, lo que está en dominio público y lo que está en dominio privado. 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 especialistas¹¹.

Según ella, la digitalización «protegerá miles de publicaciones importantes de la desaparición por daños o deterioro, al tiempo que hace que sus contenidos sean buscables por cualquiera con una conexión de internet». Esto se une con el espíritu universitario porque «el alma de los académicos es la investigación. Desde la actualidad hasta el pasado, debemos hacer que toda la información sea cognoscible por los académicos, los estudiantes y el público». Además, esta iniciativa servirá para evitar los daños que se derivan de situaciones catastróficas para los libros como guerras, regímenes totalitarios, huracanes... (http://www.ur.umich.edu/0506/Feb13_06/02.shtml).

¹¹ Para ilustrar este asunto ESTEVE pone el siguiente ejemplo: «Añádase, además, que las leyes nacionales en materia de derechos de autor han ido modificando sus plazos de protección en sucesivas reformas, por lo que no basta con conocer cuál es el plazo de protección que establece actualmente la ley nacional del país de un determinado autor, sino que hay que aplicar la ley vigente en el momento de su muerte. Así, por ejemplo, la Ley de propiedad intelectual española que se aplica actualmente establece que la protección de los derechos de autor dura toda la vida del autor y setenta años tras su muerte (art. 26), teniendo en cuenta que dicho plazo se empezará a contar desde el día 1 de enero del año siguiente de la muerte del autor (art.30). Sin embargo, la Ley de propiedad intelectual española vigente en la actualidad fue aprobada en 1987, por lo que a los autores fallecidos antes de la fecha de su entrada en vigor (7 de diciembre de 1987) se les aplica el plazo previsto por la Ley de propiedad intelectual anterior a 1987, que extendía la protección de los derechos hasta ochenta años tras la muerte del autor, computados desde dicha fecha.¹⁹ Ello implica que los libros escritos por Federico García Lorca (fallecido el 19 de agosto de 1936) entrarán en el dominio público el 19 de agosto de 2016 y no el 1 de enero de 2007 como podría pensarse de acuerdo con el plazo que establece nuestra ley actual.

»Pues bien, si ya sólo la aplicación de la ley española comporta esta matización, imagínese lo que puede implicar determinar cuándo entran en el dominio público libros a los que les podría resultar aplicable la ley francesa, italiana, argentina, panameña, sudafricana, cubana, angoleña, etc. Por lo tanto, si una

Google books pone el acento en que una cosa es escanear y otra que se pueda ver a través de su buscador todo el contenido de un libro. Su argumento de defensa más repetido es que de los libros que están en dominio público se puede ver todo el texto, mientras que de los que están bajo propiedad intelectual solo se pueden ver fragmentos (lo que incluye en este caso los libros descatalogados y las obras huérfanas. Téngase que el asunto de los libros descatalogados, que pueden ser obras huérfanas o no, es de gran importancia, porque si se puede acceder a los mismos online será casi tanto como el fin de la situación de «descatalogado».

La digitalización de Google comenzó en 2004 a través de pactos con grandes universidades como Harvard, Stanford, Michigan, y con varias bibliotecas como: Bodelian Library de la University de Oxford y la New York Public Library.

Google lleva dos cuestiones diferencias:

- **Google books library project** que como explica su web: «A través del Proyecto para bibliotecas, Google se ha asociado con varias bibliotecas con el objetivo de que incluyan sus colecciones en la Búsqueda de libros de Google. Los libros que se escanean a través del Proyecto para bibliotecas se exhiben como en un catálogo de fichas bibliográficas, donde se incluyen datos básicos sobre la obra y, en ocasiones, algunos fragmentos, es decir, frases en las que aparece el término objeto de la búsqueda en contexto. Cuando estos libros son de dominio público, mostramos el texto íntegro, de principio a fin».

Este rama del proyecto creció mucho en 2005 pues se unieron al mismo: las bibliotecas de Cornell University, Columbia University, Princeton University, University of California, University of Texas (en Austin) y la University of Virginia. También se unió al proyecto el Committee of Institutional Cooperation (CIC) de Estados Unidos, del que actualmente forman parte las siguientes universidades: University of Chicago, University of Illinois, Indiana University, University of Iowa, University of Maryland, University of Michigan, Michigan State University, University of Minnesota, University of Nebraska-Lincoln, Northwestern University, Ohio University, University of Pennsylvania, Purdue University, Rutgers University y University of Wisconsin-Madison.

En este ámbito numerosas bibliotecas se han incorporando al proyecto, como por ejemplo la de la Universidad Complutense que lo hizo en 2006¹².

- **Google books partner program** que según la web: «El Programa de afiliación es un programa de marketing de libros online diseñado para ayudar a editores y autores a promocionar sus libros. Estos nos envían sus libros, los escaneamos digitalmente y facilitamos su aparición en nuestros resultados de búsqueda, todo ello de forma gratuita.

biblioteca cuenta entre sus colecciones con libros de autores o editores no nacionales, tales libros pueden estar sujetos a diferentes legislaciones con plazos de duración diferentes para los derechos de autor».

¹² Como explica ESTEVE: «En Europa se asociaron al *Google books library project* las bibliotecas de la Universiteit Gent y de la Université de Lausanne, la Bayerische Staatsbibliothek y la Bibliothèque municipale de Lyon. En marzo de 2010 el Gobierno italiano llegó a un acuerdo con Google por el que le autorizaba a digitalizar un millón de libros pertenecientes a las bibliotecas públicas de Roma y Florencia. En España, la biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid fue la primera biblioteca de lengua no anglosajona que entró a formar parte del proyecto, en el año 2006. También la Biblioteca de Catalunya se incorporó al proyecto de Google y ya ha iniciado el proceso de digitalización de miles de obras junto con las otras cuatro bibliotecas catalanas que participan en este proyecto: la Biblioteca del Monestir de Montserrat, la Biblioteca Pública Episcopal del Seminari de Barcelona, la Biblioteca del Centre Excursionista de Catalunya y la Biblioteca de l'Ateneu Barcelonès. Por último, cabe destacar que forman parte del proyecto *Google books library* las bibliotecas de la Keio University (en Japón) y de la University of Mysore (en la India)».

El usuario tiene la posibilidad de explorar cierta cantidad de páginas de estos libros, por lo general, un 20%».

Los inicios de Google y la masiva digitalización que hicieron en Estados Unidos se basó en que dicho uso estaba permitido por ser un *fair use* del art. 107¹³ de la **Copyright Act**. De acuerdo con este artículo se permite el *fair use* de una obra sujeta a copyright para propósitos tales como crítica , comentario , información periodística , la enseñanza (incluyendo copias múltiples para uso en el aula), actividades académicas o investigación. Para determinar si el uso que se haga de una obra en un caso particular es un *fair use* habrá que tener en cuenta: (1) el propósito y el carácter del uso , incluyendo si dicho uso es de naturaleza comercial o es para fines educativos sin fines de lucro ;

(2) la naturaleza de la obra protegida;

(3) la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada en relación con la obra en su conjunto; y

(4) el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra con derechos de autor.

En 2005 Authors Guild¹⁴ interpuso una demanda contra Google en lo que fue el inicio de un largo procedimiento todavía vivo y que, de momento va ganando Google.

¹³ «Sect. 106. Exclusive rights in copyrighted works

Subject to sections 107 through 120 [17 USCS Sects. 107-120], the owner of copyright under this title [17 USCS Sects. 101 et seq.] has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

(1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;

(2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;

(3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;

(4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly; and

(5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly.

Sect. 106A. Rights of certain authors to attribution and integrity

(a) Rights of attribution and integrity.

Subject to section 107 and independent of the exclusive rights provided in section 106, the author of a work of visual art--

(1) shall have the right--

(A) to claim authorship of that work, and

(B) to prevent the use of his or her name as the author of any work of visual art which he or she did not create;

(2) shall have the right to prevent the use of his or her name as the author of the work of visual art in the event of a distortion, mutilation, or other modification of the work which would be prejudicial to his or her honor or reputation; and

(3) subject to the limitations set forth in section 113(d)

(...)

«Sect. 107. Limitations on exclusive rights: fair use. Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A¹³, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include--

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work».

¹⁴ En su web (<http://www.authorsguild.org>) se definen como: «The Authors Guild has been the nation's

La demanda se basaba, sustancialmente, en que se había producido una violación masiva de los derechos de autor por el escaneado de las bibliotecas, pues no se puede escanear un libro así como así, por un lado y por otro por el uso que se estaba haciendo de dichos libros. Google no sabe el uso que se hace, sino el servicio que presta, lo que es algo diferente.

Más adelante también interpuso una demanda la Association of American Publishers¹⁵. Unos y otros llegaron a un principio de acuerdo de conciliación que fue propuesto en 2008 y rechazado en 2011 por el juez del Southern District de New York.

El 14 de enero de 2013 el Juez Denny Chin dictó sentencia considerando que Google estaba amparado por el *fair use* y por momentos parece estar entusiasmado con el proyecto Google en la sentencia¹⁶. El 23 de diciembre de 2013 se presentó la apelación que fue planteada el 11 de abril de 2014

El último acto procesal hasta el momento es la presentación del escrito de oposición¹⁷ al recurso de apelación por parte de Google.

En paralelo y con distinta suerte un grupo de editores franceses demandaron a Google en junio de 2006 por haber escaneado los libros sin autorización y el Tribunal de Grande Instance de Paris condenó a Google a indemnizar a los editores y a cesar en la actividad infractora, además de abstenerse en el futuro¹⁸.

Los problemas y críticas que han aparecido y están apareciendo en el proyecto Google books son de todo tipo y a continuación mostraré algunos:

leading advocate for writers' interests in effective copyright protection, fair contracts and free expression since it was founded as the Authors League of America in 1912. It provides legal assistance and a broad range of web services to its members».

¹⁵ Para conocer esta importante asociación véase: <http://www.publishers.org>.

¹⁶ Por ejemplo se puede leer en la sentencia: «In my view, Google Books provides significant public benefits. It advances the progress of the arts and sciences, while maintaining respectful consideration for the rights of authors and other creative individuals, and without adversely impacting the rights of copyright holders. It has become an invaluable research tool that permits students, teachers, librarians, and others to more efficiently identify and locate books. It has given scholars the ability, for the first time, to conduct full-text searches of tens of millions of books. It preserves books, in particular out-of-print and old books that have been forgotten in the bowels of libraries, and it gives them new life. It facilitates access to books for print-disabled and remote or underserved populations. It generates new audiences and creates new sources of income for authors and publishers. Indeed, all society benefits».

<http://adepi.net/wp-content/uploads/2013/11/Authors-Guild-v-Google-Opinion.pdf>

¹⁷ <http://adepi.net/wp-content/uploads/2014/07/Oposición-de-Google-al-recurso-de-apelación-de-Authors-Guild.pdf>

¹⁸ Como explica ESTEVE «En la demanda presentada en Francia contra Google, los editores franceses alegan la misma infracción de sus derechos pero basándose en la ley francesa. La ley francesa de derecho de autor —*Code de la propriété intellectuelle* de 1992— no reconoce el *fair use*, sino que enumera una serie de supuestos en los que los usuarios de obras pueden explotarlas sin el consentimiento de los titulares. Dichos supuestos, entre los que se encuentran la copia privada para uso personal, la reproducción de obras por bibliotecas con fines de investigación y conservación, la parodia, la cita, el préstamo público por las bibliotecas, etc., son los límites a la propiedad intelectual. Sin embargo, ninguno de estos límites que reconoce la ley francesa permite incluir la explotación de los libros que realiza Google. La defensa de Google argumentó que la ley aplicable al supuesto era la ley americana, puesto que la digitalización de tales libros se había producido en Estados Unidos. Sin embargo, el juez del Tribunal de Grande Instance de Paris declara en su sentencia de 18 de diciembre de 2009 que la ley aplicable al supuesto es la ley francesa, por ser la que presenta más vínculos con el litigio y admitió que la conversión de los libros en archivos digitales es un acto de reproducción dirigido a la comunicación pública de la obra, que exige la autorización de los titulares».

- Para empezar no siempre es fácil saber cuando una obra está en el dominio público o no como pueden atestiguar todos los especialistas de propiedad intelectual y casi con toda seguridad cualquier lector de estas páginas.

- En lo tocante a las obras huérfanas que son propiedad intelectual de alguien, aunque se desconozca quien o no sea localizable, se ha discutido mucho sobre si sería prudente establecer algún tipo de remuneración a favor de autores o editores. Téngase en cuenta que no son obras cuya reproducción sea gratis, sino que no se sabe a quién hay que pagarle¹⁹.

- En cuanto a los libros descatalogados es sin duda una buena noticia que puedan volver a ver la luz una vez que estén digitalizados y que sea posible conocer en qué biblioteca se encuentran o quizás comprar un ejemplar bajo pedido o descargarlo en formato ebook. Eso sí, si esto es posible pondrá a Google en una posición de clara ventaja sobre cualquier de sus competidores y será un tremendo valor añadido para Google books.

- Produce cierto temor el miedo al monopolio que Google tiene. Como se ha dicho alguna vez, ¿podemos confiar la digitalización de nuestras bibliotecas a una empresa cuyos algoritmos son tan secretos como la receta de la coca cola?²⁰

5. La respuesta europea a Google books

Para saber cuál es la respuesta europea a la apuesta de Google conviene detenerse en los siguientes documentos sucesivos:

- Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones i2010: Bibliotecas digitales (Bruselas, 30.9.2005 COM(2005) 465 final)

-Informe sobre «i2010: hacia una biblioteca digital europea» (2006/2040(INI)) del Parlamento europeo

- Libro verde sobre Derechos de autor en la economía del conocimiento (Bruselas 16.7.2008 COM (2008) 466 final)

¹⁹ Como muy bien planteaba HANSEN las soluciones ante las obras huérfanas pueden clasificarse en cuatro grandes «familias»: «(1) Proposals that seek to encourage the reuse of orphan works by limiting remedies available in litigation against users that make a good faith, but unsuccessful, search for rightsholders. The Copyright Office proposal and several bills proposed in the U.S. Congress have taken this approach. In addition, the European Commission's proposed E.U.-wide directive to enable the reuse of orphan works by certain public interest organizations (such as libraries) is similar in design. (2) Administrative systems that allow users to petition a centralized copyright board for specific reuses of orphan works. Canada has pioneered this approach, and similar systems are in place in Japan, South Korea, and India, and the UK. (3) Access and reuse solutions that are tailored to rely upon the existing doctrine of fair use. And (4) Broader extended collective licensing schemes, which permit collective management organizations ("CMOs") to license the use of works that are not necessarily owned by CMO members, but that are representative of the types of works owned by CMO members», HANSEN, Orphan Works: Mapping..., p. 2.

²⁰ Textualmente escribía el periodista *Malte Herwig* en su artículo «Google's Total Library: Putting The World's Books On The Web» publicado en el Spiegelonline International: «The fundamental question remains: Isn't it a bit risky to entrust the universal wisdom stored in libraries to a private company? Can a company that has a virtual monopoly in the search engine market and guards the details of its search algorithms the way Coca-Cola protects its recipe be expected to democratize knowledge?» (<http://www.spiegel.de/international/business/google-s-total-library-putting-the-world-s-books-on-the-web-a-473529-2.html>).

En este mismo artículo se pregunta de forma literaria el autor «And what happens to books when the last text has been scanned, the last word stored? Will the great libraries become disembodied, empty cathedrals of knowledge where computers hum away and the pale light of monitors illuminates the faces of readers?»

La Comunicación de la Comisión gravita en torno a la digitalización y ya se anuncia que se trata de una respuesta europea a Google y hay una cierta idea de combatir el problema del monopolio, pues resulta muy inquietante el pensar que un solo operador como Google puede llegar a ser el único o el predominante punto de acceso a los contenidos digitales

Cuando se plantean las dificultades que se ven para el proceso se enumeran; las financieras, la organizativas, las técnicas y... las jurídicas, de tal forma que se ofrece una visión más bien negativa de la protección de los derechos de autor, como si fuera un obstáculo a vencer. Y esta visión negativa recorre todos los documentos. De hecho da la sensación de que en todo se produce lo del refrán: «no hay mal que por bien no venga», menos en el asunto jurídico. Por ejemplo al superar las dificultades financieras se hará una inversión, lo que es bueno, se impulsara el tráfico en la red, se mejorarán las empresas tecnológicas... y todo así menos con el Derecho

De hecho dice la Comisión: «**Dificultades jurídicas: Digitalizar implica copiar, lo cual puede plantear problemas en el contexto de los derechos de propiedad intelectual.** La Directiva 2001/29/CE, 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,²¹ prevé una excepción para los actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza, museos accesibles al público o archivos. No obstante, la aplicación de esta excepción no es obligatoria y reviste formas diversas en los Estados miembros. El uso limitado que legalmente puede efectuarse de las copias digitales resultantes es otro elemento que contribuye a desincentivar la digitalización».

El tratamiento de los derechos de autor que se realiza podría considerarse un tanto despectivo.

El Informe del Parlamento europeo se centra en la creación de la Biblioteca digital europea y así «Recomienda el establecimiento progresivo de una biblioteca digital europea, en forma de punto de acceso único y directo y multilingüe al patrimonio cultural europeo». Como puede imaginarse el proyecto es ambicioso y hace soñar a cualquiera: ¡tener en un punto de acceso toda una biblioteca digital europea!

En el libro verde se aborda específicamente el asunto de las obras huérfanas. Las obras huérfanas para el proceso de digitalización masiva presenta el problema de lo difícil que es recabar una autorización para su explotación (de hecho imposible si nos atenemos a la definición de obra huérfana). Y, como consecuencia de lo anterior, tampoco está claro qué hacer con la remuneración en caso de explotación de una obra huérfana. Téngase en cuenta que una obra huérfana no está en el dominio público, sino en el privado, por lo que debería remunerarse. De hecho si, por ser huérfana no se remunera, podría pensarse que para aquél que está explotando la obra es ventajoso la orfandad de la misma. Por esta y por más razones hubo diversas recomendaciones en el sentido de que se debía establecer una remuneración para las obras huérfanas.

Desde luego, lo que parece llamativo es la negativa visión que se tiene de los derechos de autor como si fueran un obstáculo al progreso. Por ejemplo el Impact Assessment on the crossborder online access to orphan works (Documento de trabajo de la Comisión que acompañaba a la Propuesta de Directiva) dice: «Orphan works pose a problem because libraries, which are legally obliged to obtain prior authorisation for making works available to the public online, are unable to locate and contact the relevant rightholders. In these circumstances, libraries that make material available online without prior authorisation from rightholders risk being sued for copyright

²¹ Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo de 22 mayo de 2001, DO L 167, 22.6.2001, p. 10.

infringement. The potential for infringement is more acute in cases of mass-digitisation projects given their large scale».

Por último hay que recordar que la reacción europea en gran medida está motivada por el miedo a lo que pueda pasar si no se reacciona²².

6. La Directiva 28/2012

La Directiva pretende admitir el uso y la digitalización de las obras huérfanas y permitir el uso público en internet para educación y cultura y todo ello mediante un cierto procedimiento, que no es el único posible, sino por el que se ha optado en la UE²³. Las posibles actuaciones están claramente recogidas en el Impact Assesment on the crossborder online access to orphan works (Documento de trabajo de la Comisión que acompañaba a la Propuesta de Directiva). Las opciones eran: «1 – do nothing;

2 – a statutory exception for libraries to provide online access to orphan Works;

3 – extended collective online licensing;

4 – specific licence for libraries to provide online access to orphan works;

5– centrally granted State licence for libraries to provide online access to orphan works;

6 – mutual recognition of national solutions enabling libraries to provide for online access to orphan works»²⁴.

²² El miedo a lo que ocurriría si nada se hiciera aparece claramente en el Impact Assesment on the crossborder online access to orphan works (Documento de trabajo de la Comisión que acompañaba a la Propuesta de Directiva):«Without a coordinated EU approach to the online access to orphan works, Google risks becoming a global leader in search, data and text mining technologies. Once Google, by having the most comprehensive digital library in place, will have built up a 'first mover' advantage, opportunities to 'catch-up' will be scarce and increasingly unrealistic. As mentioned above, the Google Books Settlement will allow Google to scan all books covered by it broad terms, including orphan works. If costs associated with searching and clearing copyright for orphan works were too high, Europe's libraries would be forced to focus only on works already in the 'public domain'. As Google would not be constrained in this respect, the knowledge disadvantage of European projects would deepen even further given the existence of a cut-off date in the US where works published prior to 1923 are considered to be in the public domain.

»Data suggests that 60% of libraries adopt a "risk managed approach", e.g. they will make certain uses of an orphan work.⁶¹ The risk managed approach is, however, not feasible in relation to large scale digitisation and online display even though it may be suitable to respond to individual requests or for internal uses. Online, the scale of the endeavour (e.g. 5% of several thousand works) and the fact that the infringement can easily be detected by a rightholder act as deterrents.

»Moreover, in assessing their liability, it is fair to say that public institutions cannot publicly ignore the law. Public libraries often have a public mandate (deposit libraries) and are government funded so they are not in position to assume a risk of copyright infringement. As a matter of policy, they cannot willingly ignore the law on copyright even if that were economically feasible. The exclusion of orphan works from European large scale digitisation projects would essentially mean that a potentially substantial share of the holdings of libraries, archives, educational establishments and museums will not be available online to European consumers and researchers.

»At the same time, a substantial collection of digitised books including US and UK orphan works would be available online in the US to users of Google Books and to researchers in US universities. This would possibly increase the knowledge gap between the EU and the US, to the detriment of the EU. The development of the knowledge-based economy as announced in the Europe 2020 Strategy may also be hampered».

²³ Véase por ejemplo el interesante contraste con Canada en BOUCHARD, Mario, El tratamiento de los problemas de las obras huérfanas: el régimen canadiense y los enfoques europeos, Revista Iberoamericana de Derecho de autor, año VII, núm. 13, Enero - junio 2013, pp. 66 a 87.

²⁴ Los objetivos operacionales de la Directiva, según el Impact Assesment on the crossborder online access to orphan works (Documento de trabajo de la Comisión que acompañaba a la Propuesta de

En la Directiva 28/2012 se considera **obra huérfana**: «si ninguno de los titulares de los derechos sobre dicha obra o fonograma está identificado o si, de estarlo uno o más de ellos, ninguno está localizado a pesar de haber efectuado una búsqueda diligente de los mismos debidamente registrada con arreglo al artículo 3» (art. 2.1 Dir. 28/2012).

También puede haber una **obra parcialmente huérfana** «Si existen varios titulares de derechos sobre una misma obra o un mismo fonograma y no todos ellos han sido identificados o, a pesar de haber sido identificados, no han sido localizados tras haber efectuado una búsqueda diligente, debidamente registrada con arreglo al artículo 3, la obra o el fonograma se podrán utilizar de conformidad con la presente Directiva, siempre que los titulares de derechos que hayan sido identificados y localizados hayan autorizado, en relación con los derechos que ostenten, a las entidades a que se refiere el artículo 1, apartado 1, a realizar los actos de reproducción y puesta a disposición del público contemplados, respectivamente, en los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29/CE» (art. 2. 2 Dir. 28/2012)²⁵.

Directiva) eran: «(1) Increase legal certainty for digital libraries: by adopting a binding instrument clarifying the legal status of orphan works and the conditions under which libraries can display such works online and carry out preparatory acts such as reproductions for preservation or restoration purposes.

(1.1) Protection against liability for infringement: by ensuring that legislation contains provisions (i) to protect libraries against possible liability for copyright infringement for the use of orphan works after a diligent search and (ii) for redress to reappearing rightholders.

(1.2) Ensure adequate protection for rightholders: by ensuring that legislation contains provisions (i) for libraries to conduct a diligent search for rightsholders prior to the online display of works and (ii) for redress to reappearing rightholders.

(2) Reduce transaction costs for the online use of orphan works by libraries, educational establishments, museums and archives.

(2.1) Establish common sector specific criteria to conduct diligent search: uniform criteria need to be established and, at the appropriate stage, be made binding on all parties involved in conducting a diligent search.

(2.2) Limit diligent search to one country i.e. of first publication or country of origin of the work:46 by limiting the diligent search to the country of first publication of a work, unnecessary duplication of searches and their inherent cost are avoided.

(2.3) Enable mutual recognition of orphan work status: by establishing a system of mutual recognition of a diligent search carried out according to predefined criteria, duplication of such searches is avoided.

(2.4) Facilitate the identification of rightholders: by providing transparent and comprehensive information on existing orphan works and reducing their occurrence in the future by better identifying works and their rightholders.

(3) Facilitate cross-border access to orphan works: once libraries, educational establishments, museums and archives display orphan works online, these should be indexed and accessible from all Member States».

²⁵ La Exposición de Motivos de la Dir. 28/2012 dice: «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 o en fonogramas, para realizar los actos de reproducción y comunicación al público contemplados, respectivamente, en los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29/CE. Aquellos titulares de derechos que sí hayan sido identificados y localizados pueden conceder dicha autorización únicamente en relación con los derechos que ellos mismos ostentan, ya sea porque son ellos mismos los titulares de los derechos o porque estos les han sido transmitidos, y no les debe ser posible autorizar en virtud de la presente Directiva un uso por parte de titulares de derechos que no hayan sido identificados y localizados. En consecuencia, cuando un titular de derechos previamente no identificado o no localizado aparece reclamando sus derechos sobre la obra o el fonograma, el uso lícito de la obra o el fonograma por parte de los beneficiarios puede continuar

En estos casos convivirán los autores conocidos y su régimen jurídico habitual con el de la obra huérfana por la parte que la obra lo sea. Así, por ejemplo «Los Estados miembros velarán por que, cuando utilicen una obra huérfana, las entidades a que se refiere el artículo 1, apartado 1, indiquen el nombre de los autores y otros titulares de derechos identificados» (art. 6. 3 Dir. 28/2012).

La **búsqueda diligente y de buena fe** consiste en consultar «las fuentes adecuadas en función de la categoría de obra y otra prestación protegida consideradas. La búsqueda diligente se efectuará con carácter previo al uso de la obra o del fonograma» (art. 3. 1 Dir. 28/2012). La búsqueda diligente es una pieza clave para garantizar una elevada protección de los derechos de autor.

Las **fuentes** a las que habrá que consultar serán determinadas por cada Estado previa consulta a los titulares de derechos y a los usuarios e incluirán como mínimo las fuentes recogidas en el anexo²⁶ de la Directiva.

únicamente si el titular de derechos lo autoriza de conformidad con la Directiva 2001/29/CE en relación con los derechos que ostenta».

²⁶ De acuerdo con el anexo: «Las fuentes a que se refiere el artículo 3, apartado 2, incluyen las siguientes:

1) en el caso de libros publicados:

a) el depósito legal, los catálogos de bibliotecas y los ficheros de autoridades mantenidos por bibliotecas y otras instituciones;

b) las asociaciones de autores y editores del respectivo país;

c) las bases de datos y los registros existentes, WATCH (Writers, Artists and their Copyright Holders), ISBN (International Standard Book Number) y las bases de datos de libros impresos;

d) las bases de datos de las pertinentes entidades de gestión colectiva, en particular las entidades de gestión de derechos de reproducción;

e) las fuentes que integren múltiples bases de datos y registros, incluidos VIAF (Fichero de Autoridades Internacional Virtual) y ARROW (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works);

2) en el caso de periódicos, revistas, revistas especializadas y publicaciones periódicas:

a) el ISSN (International Standard Serial Number) para publicaciones periódicas;

b) los índices y catálogos de los fondos y las colecciones de bibliotecas;

c) el depósito legal;

d) las asociaciones de editores y las asociaciones de autores y periodistas del respectivo país;

e) las bases de datos de las pertinentes entidades de gestión colectiva, incluidas las entidades de gestión de derechos de reproducción;

3) en el caso de las obras plásticas, tales como obras de pintura y escultura, fotografía, ilustración, diseño, arquitectura, bocetos de arquitectura y otras obras similares contenidas en libros, revistas especializadas, periódicos y revistas u otras obras:

a) las fuentes mencionadas en los puntos 1 y 2;

b) las bases de datos de las pertinentes entidades de gestión colectiva, en particular las relacionadas con obras de artes plásticas, incluidas las entidades de gestión de derechos de reproducción;

c) las bases de datos de agencias fotográficas, cuando proceda;

4) en el caso de las obras audiovisuales y los fonogramas:

a) el depósito legal;

b) las asociaciones de productores del respectivo país;

c) las bases de datos de los organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y las bibliotecas nacionales;

d) las bases de datos de normas y códigos tales como el ISAN (Número Internacional Normalizado para Obras Audiovisuales) para el material audiovisual, el ISWC (Código Internacional Normalizado para Obras Musicales) para las obras musicales y el ISRC (Código Internacional Normalizado para Grabaciones) para los fonogramas;

e) las bases de datos de las pertinentes entidades de gestión colectiva, en particular las relacionadas con autores, artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y productores de obras audiovisuales;

f) los títulos de crédito y demás información que figure en el embalaje de la obra;

g) las bases de datos de otras asociaciones pertinentes que representen a una categoría específica de titulares de derechos».

El **lugar en el que hay que realizar la búsqueda** es «el territorio del Estado miembro de primera publicación o, a falta de publicación, de primera radiodifusión, excepto en el caso de obras cinematográficas o audiovisuales cuyo productor tenga su sede o residencia habitual en un Estado miembro, en cuyo caso la búsqueda diligente deberá llevarse a cabo en el Estado miembro de su sede o residencia habitual» (art. 3. 3 Dir. 28/2012). Se trata de evitar la duplicación de la labor de búsqueda

También «Si existen pruebas que sugieran que en otros países existe información pertinente sobre los titulares de derechos, deberá efectuarse asimismo una consulta de las fuentes de información disponibles en esos países» (art. 3. 4).

Existe además un reconocimiento mutuo de las obras huérfanas, de tal forma que «Toda obra o todo fonograma que se consideren obras huérfanas en un Estado miembro, conforme al artículo 2, se considerarán obras huérfanas en todos los Estados miembros» (art. 4 Dir. 28/2012)²⁷. Por esta razón se crea una base de datos en línea única y accesible al público, creada y gestionada por la Oficina de Armonización del Mercado Interior («la Oficina»), de conformidad con el Reglamento (UE) n° 386/2012 (art. 3.6 Dir. 2012/28) en la que se consignarán todos los datos referidos a las búsquedas diligentes.

En todos estos casos las entidades que usarán de las obras huérfanas deben mantener «registros de sus búsquedas diligentes y por que dichas entidades proporcionen la siguiente información a las autoridades nacionales competentes:

a) los resultados de las búsquedas diligentes que dichas entidades hayan efectuado y que hayan llevado a la conclusión de que una obra o un fonograma debe considerarse obra huérfana;

b) el uso que las entidades hacen de las obras huérfanas de conformidad con la presente Directiva;

c) cualquier cambio, de conformidad con el artículo 5, en la condición de obra huérfana de las obras y los fonogramas que utilicen las entidades; d) la información de contacto pertinente de la entidad en cuestión» (art. 3. 5 Dir. 28/2012).

Para las obras huérfanas **se autorizan los siguientes usos**:

« a) puesta a disposición del público de la obra huérfana, conforme al artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE;

b) reproducción, conforme al artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE, a efectos de digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración» (art. 6. 1 Dir. 28/2012).

»Los anteriores usos se realizarán a través de «bibliotecas, centros de enseñanza 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» (art. 1. 1 Dir. 28/2012)²⁸.

²⁷ Como dice la Exposición de Motivos de la Directiva: «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».

²⁸ Se trata de una alteración de la Directiva 29/2001: « Artículo 2. Derecho de reproducción

Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

a) a los autores, de sus obras;

b) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;

c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;

La Directiva está pensando en gran medida en la digitalización²⁹ a gran escala y en la creación de grandes bibliotecas en línea con herramientas electrónicas de búsqueda e investigación y además trata de impulsar la libre circulación del conocimiento y de la innovación.

Estos usos permitidos son sin ningún tipo de remuneración por su uso, lo cual genera una cierta distorsión, porque hay que recordar que las obras huérfanas, por definición, están en el dominio privado. La ausencia de remuneración es lo más ventajoso para quienes quieren competir con Google y su proyecto masivo de digitalización.

Por otro lado tampoco parece quedar claro qué ocurre con las iniciativas privadas sobre las obras huérfanas, que parece que estarán en una clara de desventaja o incluso sufriendo una competencia desleal.

También hay que tener en cuenta que lo anterior es «sin perjuicio de la libertad contractual de dichas entidades en el ejercicio de su misión de interés público, en particular si se trata de acuerdos de asociación público-privada» (art. 6. 4 Dir. 28/2012)³⁰.

Además, los usos serán únicamente «únicamente a fines del ejercicio de su misión de interés público, en particular la conservación y restauración de las obras y los fonogramas que figuren en su colección, y la facilitación del acceso a los mismos con fines culturales y educativos. Las entidades podrán obtener ingresos en el transcurso de dichos usos, a los efectos exclusivos de cubrir los costes derivados de la digitalización

d) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;

e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.

Artículo 3. Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas

1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

2. Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija:

a) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;

b) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;

c) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;

d) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.

3. Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2».

²⁹ El número 3 de la Exposición de motivos recuerda que para la Agenda Digital para Europa es una medida clave «(3) Establecer un marco jurídico que facilite la digitalización y divulgación de las obras y otras prestaciones, que estén protegidas por derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor, y cuyo titular de derechos no haya sido identificado o, si lo ha sido, esté en paradero desconocido, las denominadas obras huérfanas»

³⁰ Dice sobre esto el Considerando 22 de la Dir 28/2012: « Los acuerdos contractuales pueden ser útiles para promover la digitalización del patrimonio cultural europeo, entendiéndose, por tanto, que las bibliotecas, los centros de enseñanza y los museos, accesibles al público, así como los archivos, los organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y los organismos públicos de radiodifusión deben poder celebrar, con vistas a los usos autorizados en virtud de la presente Directiva, acuerdos con socios comerciales para la digitalización y la puesta a disposición del público de obras huérfanas. Dichos acuerdos pueden prever aportaciones financieras de esos socios. Tales acuerdos no deben imponer restricción alguna a los beneficiarios de la presente Directiva en cuanto al uso por su parte de obras huérfanas, y no se debe conceder al socio comercial ningún derecho a utilizar o a controlar el uso de las obras huérfanas».

de las obras huérfanas y de su puesta a disposición del público» (art. 6. 2 Dir. 28/2012).

El hecho de poder cobrar por este servicio tiene su causa en la preocupación que se tiene por sufragar los costes de la digitalización

En fin, nótese la diferencia entre la dicción literal de la Dir. 2012/28 y la Dir. 2001/29 en cuyo art. 5. 2. «Los Estados miembros *podrán* establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: (...) c) en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto». Lo que antes era que los estados miembros *podrán*³¹, ahora «Los Estados miembros *deberán* prever excepciones o límites a los derechos de reproducción y puesta a disposición del público establecidos, respectivamente, en los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29/CE, a fin de que las entidades a que se refiere el artículo 1, apartado 1, estén autorizadas a dar a las obras huérfanas que figuren en sus colecciones los siguientes usos».

La autorización de dichos usos podría terminar por **el fin de la condición de obra huérfana**, lo que podrán hacer en todo momento los titulares de los derechos sobre la obra (art. 5 Dir. 28/2012). Para estos casos «Los Estados miembros preverán que los titulares de derechos que pongan fin a la condición de obra huérfana de sus obras u otras prestaciones protegidas reciban una compensación equitativa por el uso que las entidades a que se refiere el artículo 1, apartado 1, hayan hecho de dichas obras y otras prestaciones protegidas con arreglo al apartado 1 del presente artículo. Los Estados miembros determinarán libremente las circunstancias con arreglo a las cuales se puede disponer el pago de dicha compensación. La cuantía de la compensación será determinada, dentro de los límites impuestos por el Derecho de la Unión, por la legislación del Estado miembro en el que esté establecida la entidad que utilice la obra huérfana en cuestión» (art. 6. 5 Dir. 28/2012).

7. Conclusiones

Aunque venga sólo parcialmente a cuento quisiera recordar el Teorema de Coase, con el ejemplo que propone MITCHELL POLINSKY: «consideremos que hay una fábrica cuyos humos causan daños a las prendas de ropa que cuelgan para secar en el exterior de sus viviendas cinco habitantes de las proximidades. Si no se introduce ninguna medida correctiva, cada uno de estos individuos sufrirá daños por valor de 75 dólares, con un total de 375 dólares. Estos daños causados por el humo podrían eliminarse de dos formas posibles: instalando un filtro depurador en la chimenea de la fábrica, a un coste de 150 dólares, o proporcionando a cada uno de los perjudicados una secadora eléctrica, a un coste de 50 dólares cada una. La solución eficiente es, sin lugar a dudas, instalar el depurador en la chimenea, dado que con ello se eliminan unos daños totales de 275 dólares, con un desembolso de sólo 150, y eso es más barato que comprar cinco secadoras por 250 dólares»³².

³¹ Esta previsión pasó al art. 37. 1 LPI: «Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación».

³² MITCHELL POLINSKY, *Introducción al análisis económico del derecho*, Barcelona 1985, p. 27.

La solución más eficiente en el ejemplo es desde luego la instalación de un filtro depurador por ser más barato que indemnizar o comprar secadoras a los vecinos, pero hay otros intereses que deben tenerse en cuenta dentro de este tipo de análisis. En primer lugar se debe averiguar a quien pertenece la titularidad prevalente en el conflicto. Así, en el caso de que una industria contamine al vecindario puede ser que la titularidad prevalente sea del ofensor, que tenga un derecho a contaminar, o de la víctima, porque se reconozca un derecho a gozar del aire puro. Junto a ello, también tiene importancia qué modo de protección se otorga al titular del derecho prevalente. Si por ejemplo el ofensor tiene el derecho de contaminar, pudiera ser que si los vecinos se lo impiden le tengan que indemnizar o que pueda obligarles a cesar en toda actividad que se oponga y lo mismo ocurre en el caso de la víctima³³. Hay un supuesto que puede resultar cercano: cuando la víctima tiene la titularidad prevalente y a su vez, una acción de cesación. En opinión de MITCHELL POLINSKY, si los beneficios que obtiene la industria son mucho mayores que los daños que se producen, podría existir una conducta estratégica por parte de la víctima mediante una «extorsión». Para evitar que la víctima pueda amenazar con cesar la actividad si no se le ofrece una cantidad de dinero muy superior a la valoración de la lesión que se le irroga, MITCHELL POLINSKY opina que hay que otorgar al ofendido una simple titularidad relativa, es decir, que hubiera una medida de producción que la industria pudiera hacer sin permiso del perjudicado³⁴.

CALABRESI por su parte también descubre otro caso en el que el mercado falla por cuestiones ajenas al mismo, que es cuando una de las partes del conflicto se encuentra en mejores condiciones de «sobornar» en la negociación (*the best briber*). En el supuesto de molestias de una industria, señala este autor, «a la factoría le cuesta menos sobornar a los residentes que a los propietarios reunirse y sobornar a la primera»³⁵. En estos casos, en su opinión, se debe imputar la responsabilidad a ese «*best briber*» con independencia de la existencia de culpa. La imputación de la responsabilidad se debe a un intento de corrección del mercado. Esta solución es diferente a la que se produciría si se aplicase la responsabilidad civil clásica, aunque CALABRESI entiende que es más eficiente y en su opinión, esta ruptura entre eficiencia y responsabilidad civil hace que en la mayoría de supuestos de contaminación no se acuda a esta figura.

El análisis económico del derecho que se pudiera hacer en nuestro sistema desde luego debería partir la propia realidad jurídica. Así, en cuanto a la titularidad prevalente el problema es mucho más complejo que la simple pugna entre una titularidad y una pretensión de uso y explotación

En este sentido conviene recordar las denuncias del economista MISHAN que señalaba «si la ley aceptase la esclavitud, los costes de la mano de obra se reducirían a los costes implicados en la captura de un hombre y en mantenerlo al nivel de subsistencia» y es que «precisamente lo que constituye costes de acuerdo con la ley, y lo que debería contabilizarse como costes, es el tema de discusión. Sin duda, alguna las industrias se expansionarían con gran ímpetu si se les permitiese que se apropiasen o hiciesen uso gratuitamente de la tierra o de la riqueza de los demás»³⁶.

³³ Señalan este juego entre titularidades prevalentes y tipos de acción, CALABRESI y MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: one view of the Cathedral*, H.L.R. vol. 85 1972 num. 6, pp. 1115 ss.

³⁴ MITCHELL POLINSKY, op. cit., pp. 31 ss.

³⁵ CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, trad. por Bisbal, Barcelona 1984, p. 257.

³⁶ MISHAN, *Los costes del desarrollo económico*, trad. por Minguella Rubió, Barcelona 1983, pp. 61 ss.

En fin, no haya nada más barato que la esclavitud para reducir los costes laborales y que no pagar nada en el caso de los derechos de autor. Eso sí, en ambos casos se despoja de sus derechos a quién legítimamente los tiene.

Como colofón de estas páginas solo me resta recordar el crossroad en el que se encuentra la obra huérfana y en el que los caminos que se cruzan son:

- por un lado tenemos a Robert Johnson, pobre usuario de obras huérfanas que a su vez se convirtió en ausente mientras hacía su pacto con el diablo y cuyo único conocimiento físico que tenemos de él es a través de dos fotografías que también fueron en su momento obras huérfanas .

- el concepto de ausencia como algo indeseable desde el punto jurídico, o mejor dicho, cuyas consecuencias indeseables hay que evitar, teniendo claro en todo momento quién gestiona el patrimonio del ausente.

- el concepto de obra huérfana que choca en cierta medida con las disposiciones propias de la ausencia

- Google y su impresionante proyecto de Google books para quien lo mejor sería que no hubiera que pagar nada por las obras huérfanas y que se pudiera digitalizar libremente cualquier obra.

- la respuesta europea ante el proyecto de Google, que tiene un cierto carácter defensivo

- la Directiva 28/2012 que regula las obras huérfanas pensando en la digitalización masiva, para hacer frente mediante una respuesta europea al proyecto de Google y ello aunque no cuadre mucho con el concepto de ausencia clásico de nuestros sistemas civiles, con una cierta intención de facilitar a los usuarios finales el acceso a las obras huérfanas.

8. Bibliografía

ARCO, Ana del, 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, marzo/abril 2013

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, La Directiva sobre obras huérfanas, Revista Doctrinal Aaranzadi Civil-Mercantil núm. 8/2012 parte Comentario (BIB 2012/3365).

BEZOS, Salvador M., International Approaches to the Orphan Works Problem (May 27, 2007). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=989213> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.989213>

BOUCHARD, Mario, El tratamiento de los problemas de las obras huérfanas: el régimen canadiense y los enfoques europeos, Revista Iberoamericana de Derecho de autor, año VII, núm. 13, Enero - junio 2013, pp. 66 a 87.

CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, trad. por Bisbal, Barcelona 1984

CALABRESI y MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: one view of the Cathedral*, H.L.R. vol. 85 1972 num. 6

ESTEVE, Asunción, Análisis legal del proyecto *Google books* desde la perspectiva de los derechos de propiedad intelectual, bid, textos universitarios de biblioteconomía i documentació, número 24, juny de 2010

HANSEN, David R., Orphan Works: Definitional Issues (December 19, 2011). Berkeley Digital Library Copyright Project White Paper No. 1. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1974614> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1974614>

HANSEN, David R., Orphan Works: Causes of the Problem (April 10, 2012). Berkeley Digital Library Copyright Project White Paper No. 3. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2038068>

HANSEN, David R., Orphan Works: Mapping the Possible Solution Spaces (March 9, 2012). Berkeley Digital Library Copyright Project White Paper No. 2. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2019121>

HANSEN, David R., HINZE, Gwen y URBAN, Jennifer M., Orphan Works and the Search for Rightsholders: Who Participates in a 'Diligent Search' under Present and Proposed Regimes? (January 28, 2013). Berkeley Digital Library Copyright Project, White Paper No. 4. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2208163>

HERRERO, Mónica Cecilia, La problemática de la obra huérfana para la industria editorial, Revista Iberoamericana de Derecho de autor, año VII, núm. 13, Enero - junio 2013, pp. 12 a 49.

HUSS-EKERHULT, Anita, 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 de Derecho de autor, año VII, núm. 13, Enero - junio 2013, pp. 12 a 49.

KATZ, Ariel, The Orphans, The Market, and the Copyright Dogma: A Modest Solution to a Grand Problem (July 27, 2012). 27(3) Berkeley Technology Law Journal, 2012. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2118886>

MITCHELL POLINSKY, *Introducción al análisis económico del derecho*, Barcelona 1985

PICKER, Randal C., The Google Book Search Settlement: A New Orphan-Works Monopoly? (July 18, 2009). Journal of Competition Law & Economics, Forthcoming; U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 462. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1387582>

PIKE, George H., The Problem of Orphan Works (April 2006). Information Today, Vol. 23, No. 4, p. 15, April 2006. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1657111>

PIKE, George H., An Update on Orphan Works. Information Today, Vol. 24, No. 7, p. 1, 2007; U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper Series. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1408209>

RIERA BARSALLO, Patricia, La solución europea a las obras huérfanas: la Directiva 2012/28/UE, LA LEY 4401/2013

RODRÍGUEZ MORENO, Sofía, La obra huérfana en el campo de la música y la fotografía. Una perspectiva internacional, Revista Iberoamericana de Derecho de autor, año VII, núm. 13, Enero - junio 2013, pp. 88 a 113.

VIZCARRA PADILLA, Ana, Autoría y obras huérfanas, Revista ICADE, nº 78, septiembre-diciembre 2009, pp. 161-175.

1. Introducción: Robert Johnson	1
2. La ausencia y la declaración de fallecimiento	2
3. La obra huérfana	6
4. El caso Google Books	7
5. La respuesta europea a Google books.....	13
6. La Directiva 28/2012	15
7. Conclusiones	20

8. Bibliografía	22
-----------------------	----