

Reglamento (UE) 2017/1563 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos

[DOUE L 242 de 20-IX-2017]

y

Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, y por la que se modifica 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

[DOUE L 242, de 20-IX-2017]

PROPIEDAD INTELECTUAL: IMPLEMENTACIÓN DEL TRATADO DE MARRAKECH PARA FACILITAR EL ACCESO A OBRAS PROTEGIDAS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD VISUAL

Según cifras de la OMPI, en el 2016 había 285 millones de personas en el mundo con alguna discapacidad visual, la mayoría en países en vías de desarrollo. Sólo el 7% de los libros publicados lo está en algún «formato accesible» para este colectivo. El problema se conoce con el nombre de «hambruna de libro» (*book famine*).

El 27 de junio de 2013, en el seno de la OMPI, se aprobó el *Tratado de Marrakech* para facilitar el acceso a obras publicadas por parte de personas ciegas o con una discapacidad visual, o dificultad física para sostener o manipular material impreso.

Su objetivo es claro: incrementar el acceso a textos impresos (libros, revistas y demás) por parte de este colectivo. Para ello, el Tratado establece dos obligaciones para los Estados que lo ratifiquen: autorizar la realización de copias accesibles para el uso de este colectivo y permitir la circulación transfronteriza de estas copias «accesibles».

El Tratado entró en vigor el 30 septiembre 2016, tras alcanzar la ratificación mínima de 20 Estados. La UE jugó un papel muy activo en la negociación de este Tratado. En tanto que su implementación afecta el «funcionamiento del mercado interior» (art. 114 TFUE), la UE tiene competencia exclusiva para ratificar este Tratado en nombre de los

Estados Miembros (véase sent. TJUE, 14 de febrero de 2017, Opinión 3/15). La UE firmó este Tratado el 30 de abril de 2014 y para su implementación adoptó, el 13 de septiembre de 2017, dos instrumentos: una Directiva y un Reglamento. La Directiva 2017/1564 deberá ser objeto de transposición en los diferentes Estados miembros; el Reglamento 2017/1563 es de aplicación directa en toda la UE. Ambos instrumentos entrarán en vigor el 12 de octubre de 2018, con lo cual se prevé que la UE pueda ratificar este Tratado a lo largo de este año.

La Directiva obliga a los Estados miembros a introducir en sus leyes nacionales de derecho de autor el «límite o excepción Marrakech» y a permitir el intercambio transfronterizo (entre países de la UE) de las copias accesibles así obtenidas. El Reglamento regula el intercambio de estas copias accesibles con otros países (no de la UE) que hayan ratificado el TM; ello incluye los países del EEE (Noruega, Islandia y Liechtenstein) y EFTA (Suiza). Para su correcta comprensión y aplicación, Directiva y Reglamento deben leerse conjuntamente (véase cons. 22 Directiva).

Límite o excepción al derecho de autor. El derecho de autor supone un obstáculo para la obtención y circulación de copias accesibles para el colectivo beneficiario. En tanto el texto impreso sea una obra protegida por el derecho de autor, la obtención y circulación de una copia en formato accesible (en adelante, copias accesibles) exige la previa autorización del titular de derechos, en especial, de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública. Cuando un Estado ratifica el Tratado Marrakech, se obliga a adoptar en su ley nacional, límites o excepciones al derecho de autor que permitan la realización de copias accesibles, sin el consentimiento del titular de derechos (y sin que pueda impedirlo), para el uso y disfrute exclusivo del colectivo beneficiario, esto es, cualquiera que tenga una discapacidad visual.

El Tratado adopta una definición amplia del concepto de obra, para cubrir todo tipo de textos y formatos, incluidos —expresamente— los audiolibros y cualesquiera anotaciones o ilustraciones relacionadas con ellos. Igualmente, «formato accesible» incluye cualquier formato, incluidos los digitales. El Tratado deja libertad a los Estados para que adopten estos límites o excepciones de la manera que mejor encaje en sus respectivos sistemas de derecho de autor, e incluso para que decidan si exigir o no compensación o si exigir o no la comprobación previa de disponibilidad comercial (que no existan en el mercado copias accesibles de la obra). Así mismo, los Estados pueden autorizar que la obtención de estas copias accesibles se realice por parte de entidades sin ánimo de lucro (gubernamentales o no), para poder ser utilizadas por los beneficiarios, con sujeción a unos ciertos requisitos.

Hasta aquí, el Tratado no parece presentar demasiada novedad, más allá de ser el primer tratado existente dedicado a establecer únicamente un límite o excepción y —como algunos, resaltan— ser el primer tratado de derecho de autor con una clara dimensión humanitaria.

El Tratado no restringe otros convenios internacionales, en especial, el Convenio de Berna (CB) o el Tratado OMPI de Derecho de Autor (TODA), y es independiente de estos: cualquier Estado puede ratificarlo sin haber antes ratificado estos otros

convenios. Es más, se entiende que el Tratado Marrakech cumple con las condiciones formalmente recogidas en la llamada «regla de las tres etapas» (art. 9.2 CB y art. 10 TODA).

La Directiva UE obliga a los Estados miembros a incorporar un límite o excepción en el mismo sentido (casi literal) del Tratado. Se trata de un límite obligatorio para los Estados miembros. Recordemos que el sistema de límites está poco armonizado en el *acquis* comunitario y que se trata este del tercer límite obligatorio, junto con el límite de copias técnicas (art.5.1 DDASI) y el límite de las obras huérfanas (Directiva 2012/28/UE).

A efectos de alcance, las diferencias entre Tratado y Directiva son mínimas y perfectamente justificadas por su encaje en el *acquis* comunitario de derecho de autor. En concreto, el límite alcanzará tanto a los derechos de autor como conexos, no solo a «obras», sino también a «otras prestaciones protegidas», así como al derecho *sui generis* sobre bases de datos, y afecta no solo a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, sino también el de puesta a disposición del público (en el sentido del art. 3 DDASI). Recordemos que el Tratado es simplemente un acuerdo «de mínimos» y que los Estados que lo ratifiquen pueden adoptar medidas para «permitir más» a favor de este colectivo.

La afectación del derecho de transformación por el Tratado y la Directiva/Reglamento es ambigua. El Tratado no lo incluye entre los derechos afectados y en la UE este derecho no ha sido objeto de armonización. Queda por ver, pues, si alguna ley nacional europea lo incluirá en su implementación de Marrakech, permitiendo así la obtención de copias accesibles en otra lengua —distinta de la publicada o incluso alcanzando también la posibilidad de «intercambio transfronterizo» de esta copia accesible traducida. En principio, nada en el Tratado (ni en la Directiva/Reglamento) lo impediría, pero es cierto que ello supondría ofrecer a este colectivo un «acceso privilegiado» a las obras— en comparación con el público en general, sin discapacidad, que no tendría acceso a la traducción que todavía no ha sido explotada en su mercado. Ahora bien, en virtud del intercambio transfronterizo, sí que debería ser posible «importar» una copia accesible en un idioma distinto, que ha sido lícitamente obtenida en otro Estado ratificante (tanto de la UE, como de otro país). En todo caso, es posiblemente este uno de los temas que mayor conflicto pueda generar en la implementación del Tratado.

La definición de personas beneficiarias y entidades autorizadas también procura encajar el texto del Tratado al *acquis* comunitario. En general, se trata de entidades, públicas o privadas, sin ánimo de lucro y destinadas a proveer servicios al colectivo beneficiario. En este sentido, la Directiva advierte (cons.13) que los Estados miembros no podrán establecer procesos de autorización o reconocimiento de estas entidades que restrinjan (impidan) su efectividad, en virtud del Tratado. En especial, además de los requisitos ya exigidos de las entidades autorizadas por el Tratado (que la copia accesible solo sea utilizada por personas beneficiarias u otra entidad autorizada, que se desincentive la infracción, que se adopten medidas para desincentivar la infracción, que se haga una gestión diligente y se mantenga registro de las acciones realizadas), la Directiva les exige la publicación (y actualización) de tales medidas, así como dar información

—previa solicitud— de las obras y formatos de copias accesibles disponibles y los datos de contacto sobre intercambios realizados, con lo cual se pretende facilitar el intercambio transfronterizo de copias accesibles. Además, la Directiva (art. 7) alienta a la centralización de toda esta información a través de un «punto central de acceso a la información»; aquí el *Accessible Books Consortium* (ABC) de la OMPI podría jugar un papel importante. En junio de 2014, la OMPI lanzó el *Accessible Books Consortium* (ABC) para complementar el TM y dar apoyo en sus objetivos. Además de acciones de formación y de estandarización, y de poner en contacto a entidades autorizadas y editores, el ABC ofrece un catálogo de copias accesibles disponibles a nivel internacional (TIGAR) www.accessiblebooksconsortium.org.

Por otra parte, para asegurar su aplicación uniforme en todo el mercado interior, el legislador europeo ya realiza ciertas opciones que el Tratado defería a los Estados ratificantes, dejando así menos libertad de implementación por parte de los Estados UE. En concreto, la Directiva prohíbe que se exija la comprobación previa de la disponibilidad comercial (véase cons.14) y únicamente permite a los Estados miembros decidir si exigir o no compensación por parte de entidades autorizadas (art. 3.6); solo en este ámbito podrán las leyes nacionales diferir (véase cons. 14 con los criterios a tener en cuenta para exigir tal compensación, incluyendo la referencia de que esta no procede cuando el daño causado sea mínimo).

Más allá de lo previsto en el Tratado, la Directiva impide la exigencia por parte de los Estados miembros de requisitos adicionales, lo incluye entre la lista de límites especialmente protegidos por el artículo 6(4) DDASI frente al uso de medidas tecnológicas de protección (el Estado miembro deberá asegurar vías para el ejercicio de este límite cuando los titulares no pongan voluntariamente medidas para ello) e incluso —de forma sorprendente— declara nulos los términos contractuales que lo dejen sin efecto (art. 3 5 Directiva). No deja de sorprender la incoherencia interna entre ambas medidas: la nulidad de cualquier revocación contractual, al mismo tiempo que la aplicabilidad de medidas tecnológicas, con sujeción al artículo 6(4) DDASI; tal vez una posible solución sería interpretar que el uso de medidas tecnológicas que *de facto* impidan el disfrute del límite equivale a una revocación contractual declarada nula por la propia Directiva y, de hecho, exigida por el propio Tratado (art. 7).

El artículo 5.3(b) DDASI ya recogía un límite a los derechos de reproducción y comunicación pública a favor de personas con discapacidad, con carácter opcional para los Estados miembros (como el resto de límites del artículo 5.2 y 3 DDASI). A su amparo, la mayoría de leyes nacionales europeas contienen —aunque con diferente alcance y condiciones— límites o excepciones que autorizan la realización de copias accesibles para el beneficio de personas con alguna discapacidad, entre ellas, la visual. La Directiva modifica esta disposición simplemente añadiéndole el nuevo «límite o excepción Marrakech», con carácter obligatorio, y permitiendo que las leyes nacionales mantengan otros límites o excepciones en beneficio de personas con otra discapacidad, en general.

En España, por ejemplo, el artículo 31bis(2) TRLPI ya permite, sin autorización del titular, «los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en beneficio de personas con discapacidad, siempre que los mismos carezcan de finalidad lucrativa, guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se limiten a lo que ésta exige». Se trata de una excepción (no remunerada) en beneficio de un colectivo más amplio que el afectado por el Tratado de Marrakech, pero que perfectamente ya da cobertura a la primera obligación de este Tratado. Posiblemente el legislador español optará por una transposición literal de la excepción Marrakech (con o sin sujeción a compensación), manteniendo intacta la disposición existente para el resto de discapacidades.

Intercambio transfronterizo. Es este el aspecto más novedoso del Tratado de Marrakech, ya que, a raíz del principio de territorialidad del derecho de autor, pocas son las leyes nacionales que permitan la importación o exportación de copias accesibles a otros Estados (e incluso entonces, se deberían tener en cuenta las normas de conflicto para la determinación de la ley aplicable).

Los Estados que ratifiquen el Tratado se obligan a permitir el intercambio transfronterizo (con otros Estados signatarios) de las copias accesibles realizadas en otro Estado signatario, al amparo del límite o excepción Marrakech. De esta manera, se rentabilizan los esfuerzos de obtención de la copia accesible (no será necesario realizar una nueva copia accesible en cada Estado) y se amplía la circulación de estas copias accesibles.

Más allá de lo previsto en el Tratado, Directiva y Reglamento exigen que el intercambio transfronterizo (tanto dentro del mercado interior, como con terceros países) de copias accesibles no quede sujeto a condiciones más exigentes que las previstas en la ley nacional. Un Estado de la UE no podrá exigir para las copias accesibles importadas de otros países (de la UE o terceros) otros requisitos adicionales: deberá sujetar estas copias a las mismas condiciones que se aplican a las copias accesibles nacionales.

El intercambio de copias accesibles dentro del mercado interior queda sujeto a la Directiva y, tal como vimos, impide que la importación de una copia accesible de otro Estado UE quede sujeta a condiciones más restrictivas que las exigibles para la obtención de tales copias en el Estado de «importación». Ya que el único margen de elección posible por parte del legislador nacional es la exigencia de compensación, la Directiva dispone que esta compensación solo será exigible de aquellas entidades autorizadas establecidas en tal país; es decir, no se podrá exigir esta compensación de una entidad extranjera de la que se importe o a la que se exporte la copia accesible. Y puesto que el intercambio transfronterizo de copias accesibles no quedará sujeto a condiciones más restrictivas, tampoco podrá exigirse la previa comprobación de la disponibilidad comercial para importar o exportar copias accesibles con entidades de terceros países, a pesar de que en sus leyes nacionales se exija este requisito.

El intercambio transfronterizo de copias accesibles fuera del mercado interior, entre países de la UE y otros países que hayan ratificado el Tratado Marrakech, se regula

por el Reglamento (UE) 2017/1563. Sin embargo, el criterio adoptado por el legislador UE e impuesto a todos los países UE es simple: no se podrán exigir otras condiciones adicionales que las previstas en la Directiva para el intercambio interno. Así pues, aunque el Tratado permitiría a los Estados exigir la previa comprobación de disponibilidad comercial, la UE opta por no permitirlo ni siquiera respecto de las copias accesibles importadas o exportadas fuera del mercado interior. Así pues, el alcance del límite o excepción establecido en la Directiva (e implementado por cada Estado miembro) afectará también a las copias accesibles «importadas» de otros países, también no UE, en virtud del Reglamento.

En resumen, a la vista de las opciones específicas ya tomadas por el legislador europeo, y teniendo en cuenta el efecto directo de las Directivas —aquellas disposiciones que sean incondicionales y suficientemente claras y precisas—, así como el criterio de la interpretación uniforme —en tanto que «conceptos autónomos de derecho de la UE»— exigida por el TJUE (véase TJUE *Painer* [C-145/10], *FAPL* [C-403/08 & C-429/08], *Deckmyn* [C-201/13]), sería de esperar una interpretación y aplicación bastante uniforme de este límite en toda la UE. Aunque es imposible por ahora predecir en qué medida los Estados de la UE optarán por exigir la compensación (por el momento, solo algunos lo hacen, por ejemplo, Holanda, Alemania, Austria, Suecia), la regulación expresa realizada por el legislador europeo, tanto a efectos del mercado interior, como para el intercambio transfronterizo con terceros países, permite ser optimista para el cumplimiento de los objetivos del Tratado Marrakech.

Raquel XALABARDER
Catedrática de Propiedad Intelectual
Universitat Oberta de Catalunya-UOC
rxalabarder@uoc.edu