ADI 40 (2019-2020): 99-124

PROPIEDAD INTELECTUAL Y MINERÍA DE TEXTOS Y DATOS: ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS 3 Y 4 DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/790

COPYRIGHT, RELATED RIGHTS AND TEXT AND DATA MINING: STUDY OF ARTICLES 3 AND 4 OF THE DIRECTIVE (EU) 2019/790

ÁNGEL GARCÍA VIDAL*

RESUMEN

La Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital ha introducido dos nuevas excepciones o limitaciones a determinados derechos de propiedad intelectual para permitir las actividades de minería de textos y datos. El presente trabajo examina dichas excepciones, poniéndolas en contexto y analizando los distintos requisitos exigidos para su aplicación.

Palabras clave: macrodatos, derechos de autor, derechos afines, minería de textos y datos.

ABSTRACT

The Directive (EU) 2019/790 on copyright and related rights in the Digital Single Market has introduced two new exceptions or limitations to certain copyright and related rights to allow text and data mining activities. This paper examines these exceptions, putting them into context and analyzing their particular application requirements.

Keywords: big data, copyright, related rights, text and data mining.

* Profesor acreditado como Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Santiago de Compostela. Dirección de correo electrónico: *angel.garcia.vidal@usc.es*.

FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades - Agencia Estatal de Investigación/Proyecto DER-2017-82353-P: El presente trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de investigación DER-2017-82353-P: «*Big data* e Internet de las cosas: Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades - Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER, UE) «Una manera de hacer Europa» (Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia), del cual es investigador principal el autor.

Fecha de recepción: 29 de marzo de 2020 // Fecha de aceptación: 15 de mayo de 2020.

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. LA MINERÍA DE TEXTOS Y DATOS.—1. La minería de textos y datos y el *BIG DATA*.—2. La definición de la Directiva (UE) 2019/790.—III. LA MINERÍA DE TEXTOS Y DATOS EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/790: ASPECTOS GENERALES.—1. El conflicto entre la minería de textos y datos y los derechos de propiedad intelectual.—2. La insuficiencia de las excepciones o limitaciones recogidas en el Derecho de la Unión Europea anterior a la Directiva (UE) 2019/790.—3. La armonización de las disposiciones sobre minería de textos y datos incluidas en las legislaciones nacionales sobre propiedad intelectual.—IV. LA EXCEPCIÓN REFERIDA A LA MINERÍA REALIZADA POR DETERMINADOS ORGANISMOS DE INVESTIGACIÓN E INSTITUCIONES RESPONSABLES DEL PATRIMONIO CULTURAL (ART. 3).—1. Beneficiarios de la excepción.—1.1. Organismos de investigación.—1.2. Las instituciones responsables del patrimonio cultural.—1.3. Los organismos e instituciones de terceros Estados.—1.4. Sobre la posibilidad que los beneficiarios de la excepción subcontraten la realización de las actividades de minería de textos y datos.—2. Derechos a los que afecta la excepción.—2.1. Derechos de reproducción, derecho *sui generis* sobre base de datos y derecho sobre publicaciones de prensa.—2.2. La conservación de las reproducciones o extracciones.—2.3. No aplicación al derecho de comunicación pública o de puesta a disposición de las obras o prestaciones.—3. Acceso lícito a la obra o prestación.—4. La finalidad de la minería de textos y datos: la investigación científica.—5. Ausencia de compensación equitativa.—6. La imposibilidad de pacto en contrario y las medidas para garantizar la seguridad e integridad de las redes y bases de datos.—V. LA EXCEPCIÓN O LIMITACIÓN DE APLICACIÓN GENERAL (ART. 4).—1. Beneficiarios, derechos a los que afecta y finalidad de la minería de textos y datos.—2. La reserva de derechos por parte de los titulares de la propiedad intelectual y la aplicación de medidas tecnológicas.—3. Conservación de las reproducciones y extracciones, y pago.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: I. PRELIMINARY.—II. TEXT AND DATA MINING.—1. Text and data mining and big data.—2. The definition of Directive (EU) 2019/790.—III. TEXT AND DATA MINING IN DIRECTIVE (EU) 2019/790: GENERAL ASPECTS.—1. The conflict between text and data mining and copyright and related rights.—2. The insufficiency of the exceptions or limitations contained in the European Union Law prior to the adoption of the Directive (EU) 2019/790.—3. Harmonization of the provisions on text and data mining included in national legislations.—IV. EXCEPTION REGARDING TEXT AND DATA MINING MADE BY CERTAIN RESEARCH ORGANIZATIONS AND CULTURAL HERITAGE INSTITUTIONS (ART. 3).—1. Beneficiaries of the exception.—1.1. Research organizations.—1.2. Cultural heritage institutions.—1.3. Organizations and institutions from third countries.—1.4. Execution of text and data mining activities by a third.—2. Rights affected by the exception.—2.1. Reproduction rights, sui generis right on databases and right on press publications.—2.2. The store of copies of works or other subject matter.—2.3. Non-application to right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject-matter.—3. Lawful access to the work or other subject matter.—4. The purpose of text and data mining: scientific research.—5. Lack of fair compensation.—6. Unenforceability of contractual provisions contrary to the exception and measures to ensure the security and integrity of the networks and databases.—V. GENERAL EXCEPTION OR LIMITATION FOR TEXT AND DATA MINING (ART. 4).—1. Beneficiaries, rights affected and purpose of text and data mining.—2. Reservation of the use of works and other subject matters by the right holder and technological measures.—3. Reproductions and extractions retention and payment.—VI. CONCLUSIONS.—VII. BIBLIOGRAPHY.

1. PRELIMINAR

La reciente Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital[1] supone un importante hito en la evolución del Derecho de la propiedad intelectual en la Unión Europea. Como es sabido, su elaboración ha estado plagada de debates e intensas discusiones, referidas sobre todo al uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea —que ha dado lugar a una regulación compleja y reglamentista contenida en el art. 17 de la Directiva— y a la protección de las publicaciones en prensa, que ha culminado en el reconocimiento a las editoriales de publicaciones de prensa de un nuevo derecho conexo de reproducción y de puesta a disposición del público de sus publicaciones (art. 15).

[1] *DO* L 130, 17 de mayo de 2019, págs. 92 y sigs.

Sin embargo, pese a ser estas cuestiones de gran importancia, no son las únicas que se afrontan en la nueva Directiva, pues en ella también se regulan otras materias de no menos relevancia, entre las que se incluyen medidas para facilitar la concesión de licencias colectivas, para conseguir una remuneración equitativa de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes en los contratos de explotación o para adaptar las excepciones y limitaciones al entorno digital y transfronterizo[2].

Precisamente en el grupo de medidas que pretenden adaptar las excepciones y limitaciones de los derechos de autor y derechos afines a los nuevos retos del mercado digital se inserta la regulación de la minería de textos y datos, que es el objeto de estudio del presente trabajo.

II. LA MINERÍA DE TEXTOS Y DATOS

1. La minería de textos y datos y el *big data*

La minería de textos y datos implica, en esencia, el análisis de dichos textos y datos para obtener información. Esto, ciertamente, no es nada nuevo, pero sí lo es la cantidad de textos y de datos que son objeto de análisis, así como la rapidez con la que este se realiza. De hecho, la minería de textos y datos es una manifestación del fenómeno de los macrodatos o *big data*, que consiste en la acumulación de ingentes cantidades de datos (en sentido amplio) y en su gestión y análisis posterior para obtener información útil[3].

En efecto, el análisis de los macrodatos por medio de complejos algoritmos permite un conocimiento difícilmente obtenible por otras vías. Se abandona el estudio tradicional de los datos, basado en la formulación de una hipótesis del tipo causa-efecto que después se verifica, para pasar a obtener un conocimiento de las relaciones de los hechos y datos sin conocer en muchas ocasiones la relación causa-efecto, dado el extraordinario número de variables existentes. Se trata, pues, de encontrar en los datos masivos patrones repetitivos que puedan ser empleados posteriormente para crear modelos predictivos, para la toma de decisiones de todo tipo o para un mejor conocimiento de relaciones que permanecían ocultas en un análisis tradicional.

Estos procesos de obtención de información útil por medio de la minería de textos y datos encuentran aplicación en muy distintos sectores. Baste mencionar, entre otros muchos, casos como el análisis de miles y miles de publicaciones científicas para establecer una correlación entre una mutación genética y el desarrollo de una enfermedad[4], o la minería de los comentarios de los técnicos de una compañía automovilística para prever donde se producirán los fallos en sus automóviles[5].

---

[2] Para una exposición general del contenido de la Directiva: Sánchez Aristi, R., y Oyarzabal Oyonarte, N. (2019) y Quintais, J. P. (2020), págs. 28 y sigs.

[3] Como muestra de la auténtica revolución en la recopilación, almacenamiento, análisis y uso de los datos generados en la era digital, baste recordar que se estima que se generan 1.700 nuevos billones de *bytes* por minuto, lo que vendría a equivaler a cerca de 360.000 DVDs, cifras que derivan, por ejemplo, del hecho de que cada día se escriben más de 250 millones de *tuits* o se realizan más de un billón de consultas en Google. Hace ya casi diez años, en el periodo 2008-2011, se creó más información digital que toda la que se registró previamente a lo largo de la historia. Bigg, P. *et al*. (2012), págs. 47 y sigs. (48). Y desde entonces el crecimiento ha continuado de forma imparable.

[4] Singhal, A.; Simmons M., y Lu, Z. (2016).

[5] Jose, D. (2010).

2. La definición de la Directiva (UE) 2019/790

Sobre esta base, la Directiva (UE) 2019/790 ofrece una definición del concepto de «minería de textos y datos», al disponer el artículo 2 que se entenderá por tal «toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones». Se trata de una definición legal amplia por varias razones.

En primer lugar, la Directiva reconoce expresamente que la minería no solo puede producirse sobre textos, sino sobre cualquier tipo de dato. Además, la definición de la Directiva destaca que se trata de una técnica analítica automatizada, pero no hace referencia expresa al volumen de textos o datos objeto de análisis[6]. Ciertamente, el supuesto habitual será aquel en el que se realiza un examen de una importante cantidad de contenidos de todo tipo, porque cuanto mayor sea más probabilidades hay de obtener pautas, tendencias o correlaciones entre ellos. Pero probablemente el legislador haya querido evitar la inclusión de una referencia al volumen de los textos y datos por la indeterminación que encierra[7]. En todo caso, si a ello se une el hecho de que en la versión final de la Directiva se haya indicado expresamente que la finalidad de obtener pautas, tendencias o correlaciones no es determinante, pues puede haber otras finalidades[8], resulta que encajaría en la definición legal una técnica de análisis automatizado de un solo texto tendente a obtener información: por ejemplo, el examen de un artículo científico para comprobar cuántas veces se usa una determinada palabra.

III. LA MINERÍA DE TEXTOS Y DATOS EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/790: ASPECTOS GENERALES

Después de barajar varias opciones[9], la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión en 2016 solo preveía la regulación de la minería de textos y datos realizada por organismos de investigación y con fines de investigación científica. No obstante, esta propuesta recibió un importante número de críticas,

[6] Sí se hace en el considerando 8 de la Directiva, cuando se afirma que «la minería de textos y datos posibilita el tratamiento de grandes cantidades de información con el fin de adquirir nuevos conocimientos y descubrir nuevas tendencias». Y también se incluye este aspecto en otras definiciones, como la manejada por el Gobierno británico, que la define como «*the computer-based process of deriving or organising information from text or data. It works by copying large quantities of material, extracting the data, and recombining it to identify patterns, trends and hypotheses or by providing the means to organise the information mined*». UK Intellectual Property Office (2011).

[7] Aunque no puede desconocerse que el legislador no encuentra reparo alguno para hacerlo en la definición de «prestador de servicios para compartir contenidos en línea» que ofrece en el artículo 2.6 de la Directiva.

[8] En la Propuesta de Directiva de 2016 [COM(2016) 593 final 2016/0280 (COD)] se establecía como fin de la minería de textos y datos «generar información sobre pautas, tendencias o correlaciones», lo cual daba pie a considerar que solo encajaban en la definición las técnicas analíticas que tuviesen esa finalidad.

[9] European Commission (2016), págs. 24 y sigs. Las cuatro opciones valoradas fueron las siguientes: *a)* fomentar iniciativas de autorregulación de la industria sin cambios en el marco legal de la UE, *b)* introducir una excepción obligatoria que cubriese la minería de textos y datos para fines de investigación científica no comercial, *c)* introducir una excepción obligatoria aplicable a las organizaciones de investigación de interés público que abarcase la minería de textos y datos para fines de investigación científica no comercial y comercial, y *d)* crear una excepción obligatoria aplicable a cualquier persona con acceso legal a las obras o prestaciones (incluidas las organizaciones de investigación de interés público y las empresas) que cubriese la minería de textos y datos para cualquier propósito de investigación científica.

por dejar fuera la minería realizada por otros sujetos y con otros fines[10], sobre todo teniendo en cuenta que actualmente en Europa la minería la realizan ante todo entidades privadas y con fines comerciales[11].

En consecuencia, la versión final de la Directiva incorpora una doble regulación del fenómeno de la minería de textos y datos desde la perspectiva de la propiedad intelectual. De este modo, junto a un artículo dedicado a la «minería de textos y datos con fines de investigación científica» (art. 3), se añade otro (art. 4) dedicado a los supuestos que no encajen en el precepto anterior. Y ambos preceptos son completados con la aplicación de algunas de las disposiciones contenidas en el artículo 7, comunes a los distintos límites regulados en la Directiva.

Antes de entrar en el análisis específico de los citados artículos 3 y 4 es preciso destacar que la regulación de la Directiva implica una toma de posición por parte de la Unión Europea en dos problemas que han sido objeto de discusión. Y, así, la Directiva confirma que la minería de textos y datos puede entrar en colisión con los derechos de propiedad intelectual (*infra* 3.1) y que las excepciones o limitaciones existentes hasta en el momento en el Derecho de la Unión eran insuficientes para dar cabida a la minería de textos y datos (*infra* 3.2) Por lo demás, la Directiva viene a unificar las divergencias existentes en la respuesta que habían dado a este problema distintos Estados miembros (*infra* 3.3).

1. El conflicto entre la minería de textos y datos y los derechos de propiedad intelectual

a) Partiendo —como ya se ha dicho— de que la minería puede realizarse sobre cualquier dato en sentido amplio, se comprende fácilmente que entre la información analizada se encuentran generalmente obras o prestaciones protegidas por propiedad intelectual (piénsese, por ejemplo, en artículos científicos, monografías, novelas, fotografías, composiciones musicales). Junto a ellos también se analizan meros datos que no tienen la consideración de obra protegida, pero que pueden estar incorporados a una base de datos que sí cuente con protección por medio de la propiedad intelectual (sea como obra en sí misma, sea por medio de un derecho *sui generis*)[12].

La relación entre la propiedad intelectual y la minería de textos y datos ha merecido una lectura contrapuesta. Para algunos el derecho a leer implica el derecho a hacer minería (*the right to read is the right to mine*). Se argumenta a este respecto que quien tiene acceso legítimo a una obra protegida o a una base de datos puede emplear medios técnicos para analizar su contenido, del mismo

[10] *Vid*., entre otros, Hilty. R. M., y Richter, H. (2017), págs. 25 y sigs. (28); Rosati, E. (2018), págs. 429 y sigs., o Geiger, C.; Frosio, G., y Bulayenko, O. (2018a), págs. 22 y sigs. = (2018c), págs. 814 y sigs.

[11] Con todo, hubo autores que no consideraban adecuado extender la excepción a entidades con finalidad lucrativa. Así, por ejemplo, Von Lewinski, S. (2018), págs. 127 y sigs. (140).

[12] Recuérdese que, conforme a la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (*DO* L 077 de 27 de marzo de 1996, págs. 20 y sigs.) y a la LPI, las bases de datos son objeto de propiedad intelectual cuando constituyan creaciones intelectuales por la selección o disposición de sus contenidos. Por otra parte, el derecho *sui generis* sobre una base de datos protege la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante —ya se trate de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza—, para la obtención, verificación o presentación de su contenido (*vid*. arts. 3 y 7 de la citada Directiva y arts. 12 y 133 de la LPI).

modo que esos sujetos pueden realizar el análisis de forma manual con sus propios ojos[13].

No obstante, una postura contraria es la que entiende que la copia o extracción de contenidos protegidos por propiedad intelectual, así como su transformación en un formato digital que pueda ser utilizado por los algoritmos, puede entrar en colisión con la propiedad intelectual, incluso aunque se haya tenido acceso legítimo a la obra, por lo que los derechos de autor y afines pueden ser una barrera legal a la minería de textos y datos[14].

b) En este debate sobre las relaciones entre la propiedad intelectual y la minería de textos y datos el legislador europeo asume la tesis de la existencia de un conflicto, ya que de lo contrario no tendría sentido la introducción de las excepciones o limitaciones que se realiza en los artículos 3 y 4 de la Directiva (UE) 2019/790[15].

Este es, sin duda, el planteamiento correcto, porque en el proceso de minería se realizan actos de reproducción que encajan en el ámbito del 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 de la obra (art. 2 de 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)[16]. Así sucede en el llamado proceso de normalización (que incluye la digitalización de obras analógicas o la conversión de los textos y documentos a un mismo formato para su posterior análisis) o al cargar las obras en formato digital en una plataforma de minería de textos y datos[17].

A su vez, la extracción de datos no protegidos por derecho de autor, pero que estén incluidos en bases de datos, también puede violar el derecho exclusivo de reproducción del que goza el titular de la base de datos como obra (art. 5) o el derecho a la extracción o reutilización del titular del derecho *sui generis* sobre dicha base (art. 7).

---

[13] Esta es la posición defendida, por ejemplo, en el seno de la *Open Knowledge Foundation*, creada en 2004 para promover la difusión en abierto de contenidos y datos. *Vid*. Murray-Rust; P., Molloy, J. C., y Cabell, D. (2012), págs. 57 y sigs. (62). Y esta es también la concepción que late en la Declaración de La Haya sobre el descubrimiento del conocimiento en la edad digital, *https://wayback.archive-it.org/12503/20190730165131/https://thehaguedeclaration.com/the-hague-declaration-on-knowledge-discovery-in-the-digital-age/*.

[14] Esta interpretación es abrumadoramente mayoritaria. Por citar solo algunos autores que expresaron su parecer con anterioridad a la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital» [COM(2016) 593 final]: Triaille, J. P.; Meeûs d'Argenteuil, J., y Francquen, A. (2014), págs. 28 y sigs. o Margoni, T., y Dore, G. (2016).

[15] Se explica, así, que en el considerando 8 de la Directiva se afirme que «en determinados casos, la minería de textos y datos puede comportar actos protegidos por derechos de autor, por el derecho *sui generis* sobre las bases de datos, o por ambos, en particular, la reproducción de obras u otras prestaciones, la extracción de contenidos de una base de datos, o ambos, lo que sucede, por ejemplo, cuando se normalizan los datos en el proceso de minería de textos y datos. Cuando no se aplica ninguna excepción o limitación, se requiere una autorización de los titulares de derechos para llevar a cabo tales actos».

[16] *DO* L 167, 22 de junio de 2001, págs. 10 y sigs.

[17] Y lo mismo cabe decir de los actos de extracción de contenidos ya digitalizados que tiene lugar durante el proceso de minería, incluso aunque se trate de pequeños fragmentos No en vano, el Tribunal de Justicia ha declarado en su Sentencia de 16 de julio de 2009, *Infopaq International,* C-5/08, EU:C:2009:465, apartado 51, que una actividad realizada en el contexto de un procedimiento de recopilación de datos, por la que se almacena en memoria e imprime un extracto de una obra protegida por el Derecho de propiedad intelectual formado por once palabras, constituye una reproducción parcial a los efectos del artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE, si el producto de dicho procedimiento expresa la creación intelectual del autor.

Por lo que respecta a los actos de comunicación de la información resultante del proceso de minería, lo habitual es que no entre en conflicto con los derechos de propiedad intelectual que protegen los textos y datos utilizados como fuente, pues tal información se presentará en forma de cuadros, diagramas o texto que no reproduce dichas obras o prestaciones[18]. Pero si se incluyese alguna reproducción, incluso reducida, también podría vulnerarse el derecho de reproducción. Y, además, en muchas ocasiones los textos y datos manejados son conservados a efectos de que la comunidad científica pueda comprobar cuáles son las fuentes manejadas y, así, contrastar los resultados obtenidos. Y esto puede entrar en conflicto con los derechos de comunicación pública y de distribución[19].

2. La insuficiencia de las excepciones o limitaciones recogidas en el Derecho de la Unión Europea anterior a la Directiva (UE) 2019/790

Constatado el conflicto entre la propiedad intelectual y la minería de textos y datos, la doctrina ha señalado la paradoja que esto supone[20]. Ello es así porque, de un lado, el tratamiento automatizado de los objetos protegidos por propiedad intelectual a efectos de la minería implica realizar actos de reproducción, lo que es un típico ejemplo de acto lesivo. Pero, por otro lado, el tratamiento automatizado se hace con la intención de obtener información o ideas (que no están protegidas por la propiedad intelectual).

Esto explica que se haya intentado encajar la minería de textos y datos en alguna de las excepciones o limitaciones legales, y en este punto la solución europea diverge de la ofrecida en otras jurisdicciones como la de los Estados Unidos de Norteamérica.

En dicho país la *Copyright Act* prevé en su sección 107, como excepción a la propiedad intelectual, los supuestos de *fair use*. Y la jurisprudencia ha considerado aplicable este precepto, incluso aunque implique la reproducción total de obras, cuando la finalidad de la copia no está relacionada con la de la obra original, porque es un uso transformativo que añade algo a la obra, alterando la expresión, sentido o mensaje inicial[21]. Y sobre esta base se entiende que la

[18] Ducato, R., y Strowel, A. (2019), págs. 649 y sigs. (657).

[19] Por supuesto, la propiedad intelectual no es el único obstáculo legal para la minería, pues existen otros, como la necesidad de respetar la legislación sobre protección de datos de carácter personal o las limitaciones contractuales aplicables a datos incluidos en bases que no estén protegidas por propiedad intelectual y cuya validez ha reconocido el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 15 de enero de 2015, *Ryanair*, C-30/14, EU:C:2015:10, apartado 45.

[20] Borghi, M., y Karapapa, S. (2013), pág. 51.

[21] Tribunal Supremo, 7 de marzo de 2014, *Campbell* vs. *Acuff-Rose Music* (92-1292), 510 U.S. 569 (1994). Así, por ejemplo, se ha considerado aplicable la excepción del *fair use* en supuestos en que se reproducen obras ajenas en una plataforma para detectar plagios de estudiantes [*United States Court of Appeals, Fourth Circuit*, 16 de abril de 2009, *Av et al* vs. *iParadigmsm LLC*, 562 Federal Reporter, 3d Series (2009) 630-647], cuando se reproducen fotografías como *thumbnails* [*United States Court of Appeals, Ninth Circuit* 16 de mayo de 2006, *Perfect 10, Inc*. vs. *Amazon.com, Inc*., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)] o cuando se reproducen íntegramente libros ajenos para permitir al público localizar información, partiendo de que no se comunican al público totalmente, sino solo las partes que contiene la información buscada: *United States Court of Appeals, Second Circuit* 10 de junio de 2014, *Authors Guild*, *Inc*. vs. *HathiTrust*,. 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014), *United States Court of Appeals, Seco Circuit* 16 de octubre de 2015, *Authors Guild Inc* vs. *Google Inc*., 05 Civ 8136 (DC).

minería de textos y datos es un ejemplo de *fair use* de las obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, pues solo se utilizan para la obtención de una información distinta al objeto protegido[22].

En la Unión Europea, como es sabido, las limitaciones o excepciones a los derechos de propiedad intelectual aparecen recogidas con carácter taxativo en distintas directivas[23]. Pero en ninguno de estos textos se prevé la excepción del *fair use,* pese a la fascinación que la figura ha generado en la doctrina europea[24].

Ante esta situación, se ha intentado encontrar acomodo a la minería de textos y datos en alguna de estas excepciones existentes, especialmente en las que se refieren a los actos de reproducción provisional y a las citas —contenidas en el artículo 5.3 de la Directiva 2001/29/CE—, y en las previstas en la Directiva de bases de datos. Sin embargo, la doctrina ha puesto de manifiesto múltiples dificultades para la aplicación de esas limitaciones a los procesos de minería de textos y datos[25].

En relación con la reproducción provisional son varios los obstáculos para aplicar la excepción[26], pues es muy discutible el cumplimiento del requisito de facilitar la transmisión en una red, la falta de transformación de la obra o la ausencia de significado económico independiente[27]. Además, la excepción solo cubre las copias que se borran automáticamente[28], lo cual dificulta su aplicación a los actos de minería, donde —como ya se ha dicho— las copias suelen conservarse para poder verificar y comprobar en el futuro la validez de las conclusiones alcanzadas con la minería[29]. En consecuencia, en el mejor de los casos esta excepción solo cubre un reducido tipo de actos de minería.

---

[22] *Vid*., por todos, Sag, M. (2019), págs. 291 y sigs., y Carroll, M. (2019), págs. 893 y sigs.

[23] Tal sucede en la Directiva 2001/29/CE (art. 5), en la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos (arts. 6 y 9), en la Directiva 2009/24/CE sobre la protección jurídica de programas de ordenador (art. 5) [*DO* L 111, 5 de mayo de 2009, págs. 16 y sigs.] en la Directiva 2006/115/CE sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (art. 10) [*DO* L 376, 27 de diciembre de 2006, págs. 28 y sigs.], en la Directiva de 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas (art. 6) [*DO* L 299, 27 de octubre de 2012, págs. 5 y sigs.] o en los textos que incorporan el Tratado de Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso [Directiva (UE) 2017/1564 y Reglamento (UE) 2017/1563] [*DO* L 242, 20 de septiembre de 2017, págs. 6 y sigs. y 1 y sigs., respectivamente].

[24] *Vid*. Jütte, B. J. (2017), págs. 315 y sigs.

[25] Puede verse, por todos, Triaille, J. P.; Meeûs d'Argenteuil, J., y Francquen, A. (2014), págs. 41 y sigs.; Geiger, C.; Frosio, G., y Bulayenko, O. (2018a), págs. 7 y sigs.

[26] Recuérdese que la exención solo cubre un acto de reproducción que cumpla, cumulativamente, los requisitos de ser provisional, transitorio, que forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario o una utilización lícita, y que no tenga una significación económica independiente. Y estos requisitos han de interpretarse de modo estricto, tal como ha establecido el Tribunal de Justicia: Sentencias de 16 de julio de 2009, *Infopaq International,* C-5/08, EU:C:2009:465, apartados 56 y 57, y de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League y otros*, C403/08 y C429/08, EU:C:2011:43, apartado 162. En la doctrina más reciente, analizando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los actos de reproducción provisional: Garrote Fernández-Díez, I. (2019), págs. 95 y sigs. (117 y sigs.).

[27] Para que se cumpla este requisito es necesario que «la realización de dichos actos no permita obtener un beneficio adicional, que vaya más allá del derivado de la utilización lícita de la obra protegida y que, por otro, los actos de reproducción provisionales no tengan como consecuencia una modificación de dicha obra» (Auto de 17 de enero de 2012, *Infopaq International*, C302/10, EU:C:2012:16, apartado 54).

[28] Sentencia de 16 de julio de 2009, *Infopaq International,* C-5/08, EU:C:2009:465, apartado 64.

[29] Raue, B. (2018), págs. 379 y sigs. (381).

Más difícil aún parece la aplicación del límite de la cita o el de la ilustración con fines educativos o de investigación científica (art. 5.3 de la Directiva 2001/29/CE)[30] y, si acaso, cabría aplicar la excepción del artículo 5.2 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[31]. Pero se trata de una excepción de uso muy limitado.

A su vez, también es muy discutible que la minería sea un acto necesario para la normal utilización de la base de datos por el propio usuario (art. 6.1 de la Directiva 96/9/CE) y que la extracción de una parte sustancial de la base de datos pueda ampararse en la limitación que permite las «extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica, siempre que indique la fuente y en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga» [art. 9.*b)* de la citada Directiva 96/9/CE].

En todo caso, en este contexto de debate sobre el alcance de las limitaciones o excepciones existentes, la aprobación de la Directiva (UE) 2019/790 implica el reconocimiento por parte de los órganos legislativos de la Unión Europea de que la normativa existente era insuficiente para dar cabida al fenómeno de la minería de textos y datos.

3. La armonización de las disposiciones sobre minería de textos y datos incluidas en las legislaciones nacionales sobre propiedad intelectual

Dado que la minería de textos y datos no encaja exactamente en las referidas excepciones, se exige autorización del titular de los derechos de explotación de las obras o bases de datos. Se explica, así, el desarrollo de distintas reuniones en el sector para fomentar la concesión de licencias, destacando el foro de debate organizado por la Comisión Europea en 2013, bajo el lema de «Licences for Europe»[32], donde varios grupos editoriales firmaron una declaración para permitir la concesión de licencias[33]. No obstante, aunque las editoriales empezaron a implantar políticas de concesión de licencias a terceros para la realización del *data mining*, las condiciones no siempre son las mismas, lo que incrementa los costes de transacción[34].

Esto generó el auge de posiciones defendiendo la introducción de modificaciones legislativas para que la propiedad intelectual no impida la minería de textos y datos, argumentando que el hecho de que los actos de *data mining* encajen en el ámbito de los derechos exclusivos de autor o afines es el efecto no deseado de una regulación que no preveía esta nueva realidad tecnológica en el momento de elaborarse[35].

---

[30] *Vid*., al respecto, Montagnani, M., y Aime, G. (2018), págs. 376 y sigs. (385 y sigs.).

[31] Así lo apuntan Borghi, M., y Karapapa, S. (2013), págs. 57 y 58.

[32] El foro se constituye como continuación de la Comunicación de la Comisión «Content in the Digital Single Market», de 18 de diciembre de 2012, *https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/licences-europe-stakeholder-dialogue*.

[33] «Text and data mining for non-commercial scientific research. A Statement of Commitment by STM publishers to a roadmap to enable text and data mining (TDM) for non commercial scientific research in the European Union», *http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=49203*.

[34] Las diferentes políticas de los grupos editoriales se constatan en Winterhalter, C. (2016), págs. 48 y sigs.

[35] Así, la declaración de 2013, *Statement on Text and Data Mining,* de la *International Federation of Library Associations and Institution*s o el informe de Hargreaves, I. (2011), pág. 47.

En este contexto varios Estados de la Unión Europea modificaron sus respectivas legislaciones de propiedad intelectual para aprobar normas específicas para admitir expresamente los actos de minería de textos y datos[36]. Tal sucedió en el Reino Unido[37], Estonia[38], Francia[39], Alemania[40] e, inmediatamente después de la Directiva 2019/790/UE y sin adaptarse plenamente a ella, en Irlanda[41].

Estas regulaciones nacionales presentan importantes diferencias entre sí a la hora de permitir la minería de textos y datos (en cuestiones como la necesidad de citar las obras o prestaciones que se emplean, la finalidad para la que se permite la minería o la posibilidad de conservar los materiales utilizados). Además, y dado que el elenco de excepciones y limitaciones establecido en las directivas sobre propiedad intelectual es tasado, la validez de la nueva excepción descansa en el entendimiento de que es una manifestación de las ya existentes, lo cual, como queda dicho, es discutible.

Por tanto, es muy positivo que la Directiva (UE) 2019/790 regule directamente la cuestión y lleve a cabo una armonización muy necesaria. En todo caso, el artículo 25 dispone que los Estados miembros podrán adoptar o mantener en vigor disposiciones más amplias, compatibles con las excepciones y limitaciones establecidas en las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, con respecto a los usos o ámbitos cubiertos por las excepciones o limitaciones establecidas en la Directiva (UE) 2019//790. De este modo, en este punto la armonización es de mínimos, lo que generará la existencia de situaciones normativas desiguales entre los distintos Estados miembros, algo que en mi opinión no es positivo[42].

IV. LA EXCEPCIÓN REFERIDA A LA MINERÍA REALIZADA POR DETERMINADOS ORGANISMOS DE INVESTIGACIÓN E INSTITUCIONES RESPONSABLES DEL PATRIMONIO CULTURAL (ART. 3)

1. Beneficiarios de la excepción

La excepción obligatoria del artículo 3 de la Directiva solo es aplicable a organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural, sujetos que son objeto de definición en el artículo 2 de la Directiva.

---

[36] Para un análisis comparado de algunas de estas legislaciones nacionales, *vid*., por todos, Jondet, N. (2018), págs. 25 y sigs. (28 y sigs.) y Geiger, C.; Frosio, G., y Bulayenko, O. (2018a), págs. 17 y sigs.

[37] *Section* 29A, rubricada «copies for text and data analysis for non-commercial research», añadida a la *Copyrights, Designs and Patents Act* por *The Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations* 2014, y en vigor desde el 1 de junio de 2014.

[38] Ley de 7 de julio de 2016, de modificación de la Ley de Derecho de autor, en vigor desde el 1 de enero de 2017. Se prevé la minería de textos y datos como excepción en su artículo 19.3.

[39] *Loi núm. 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique,* que modifica el *Code de la propriété intellectuelle* (art. L122-5, 10.° y art. L. 342-3) para permitir expresamente la minería de textos y datos.

[40] *Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz*, de 30 de junio de 2017, en vigor desde el 1 de marzo de 2018, que introduce en la Ley de Derecho de autor el § 60 d con una nueva excepción para la minería de textos y datos.

[41] *Section* 14 de la *Copyright and Other Intellectual Property Law Provisions Act 2019*, de 26 de junio.

[42] Esta disposición sobre el carácter de mínimos de la Directiva no figuraba en la Propuesta de Directiva, pero ya en el primer Informe del Parlamento Europeo se introduce una enmienda (la núm. 4) para recoger en los considerandos una referencia a la posibilidad de seguir estableciendo excepciones relativas a la minería de textos y datos de conformidad con el artículo 5, apartado 3, letra *a)*, de la Directiva 2001/29/CE. (Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos, de 29 de junio de 2018).

1.1. *Organismos de investigación*

De acuerdo con la definición de organismos de investigación [art. 2, letra *l)*][43], los beneficiarios tienen que tratarse de entidades y, por tanto, de personas jurídicas. Por tal razón, opino que la alusión a sus bibliotecas debe entenderse referida a aquellos casos en los que tengan personalidad jurídica propia, pues de lo contrario las bibliotecas serán una mera dependencia de la entidad.

Por lo demás, estas instituciones tienen que tener como fin principal la realización de investigación científica[44]. Ese fin puede ir acompañado también de finalidad docente, siempre que ambas finalidades estén al mismo nivel o la docente sea secundaria, porque si es la investigación la que tiene menos importancia que la docencia la entidad no podrá beneficiarse de la excepción. Así se deriva del considerando 12 de la Directiva, en el que se afirma que estos organismos «comprenden una amplia variedad de entidades cuyo principal objetivo es la investigación científica, combinada o no con la prestación de servicios educativos». Por tal razón es un poco contradictoria la alusión que se hace en el propio considerando 12 a «los hospitales que lleven a cabo investigaciones», pues parece claro que la finalidad principal de un hospital no es la investigación ni tampoco la docencia, afirmación que es válida incluso en relación con los hospitales universitarios.

Dado que los organismos de investigación han de ser entidades, no podrán acogerse a esta excepción los investigadores individuales, salvo que estén integrados en la institución (incluyendo, por ejemplo, a los estudiantes de doctorado matriculados en una universidad pública que tenga la condición de institución de investigación)[45].

Con todo, no bastará con que una entidad tenga por objetivo principal la actividad investigadora (sea en el ámbito de las ciencias naturales, sea en el de las ciencias humanas). Es preciso, además, que la entidad encaje en uno de los tres supuestos que identifica la Directiva: 1.º) La primera posibilidad es que la entidad realice investigaciones sin ánimo de lucro. Nótese que no se exige que la entidad carezca de fin lucrativo, sino que la investigación no lo tenga. Puede suceder, por tanto, que una entidad que tiene por fin principal la investigación, pero que también tiene un fin secundario, tenga ánimo de lucro en el desarrollo de esa otra actividad secundaria. 2.º) En segundo lugar, es posible que exista fin lucrativo en el desarrollo de la investigación, pero se reinviertan todos los beneficios en las investigaciones científicas. No basta, por tanto, con que se pretenda reinvertir todas las ganancias que se obtengan con la realización de minería de textos y datos, deben reinvertirse todas las ganancias de todas las investigaciones que realice el organismo. 3.º) Finalmente, también pueden valerse

[43] Se entenderá por tal [art. 2, letra *l)*], «una universidad, incluidas sus bibliotecas, un instituto de investigación o cualquier otra entidad cuyo principal objetivo sea realizar investigaciones científicas o llevar a cabo actividades educativas que también impliquen realizar investigaciones científicas: *a)* sin ánimo de lucro o reinvirtiendo todos los beneficios en sus investigaciones científicas o, *b)* conforme a una misión de interés público reconocida por un Estado miembro, de tal manera que una empresa que ejerza una influencia decisiva en dicho organismo no pueda gozar de acceso preferente a los resultados generados por tales investigaciones científicas».

[44] La exigencia de que la entidad se dedique a la investigación científica deja fuera a los organismos que tienen por objeto principal otro tipo de investigación no científica, como la periodística.

[45] En cambio, en Reino Unido se aplica la excepción de la *Section* 29A de la *Copyrights, Designs and Patents Act* a cualquier investigador con finalidad no comercial que haya tenido acceso legítimo a la obra.

de la excepción aquellas entidades que desarrollan su actividad de investigación «conforme a una misión de interés público reconocida por un Estado miembro». Es esta una hipótesis en la que pueden ampararse, cumpliendo esa condición, las entidades privadas con ánimo de lucro que realizan investigaciones en colaboración con organismos públicos[46]. Piénsese, por ejemplo, en un organismo que recibe fondos de una Administración Pública para el desarrollo de un proyecto de investigación en el marco del cual quiere realizar actividades de minería de textos y datos, o en un organismo que es contratado por la Administración Pública para la realización de un determinado estudio.

El elenco de requisitos que han de cumplir los organismos de investigación para ampararse en la excepción culmina con la exigencia de que «una empresa que ejerza una influencia decisiva en dicho organismo no pueda gozar de acceso preferente a los resultados generados por tales investigaciones científicas». En mi opinión, se trata de una exigencia general a todos los organismos y no solo a los que desarrollan investigación en el marco de la colaboración público-privada.

De acuerdo con esta disposición, no será posible, por ejemplo, que pueda valerse de la excepción una agrupación de interés económico, nacional o de la Unión Europea, constituida por sus socios para desarrollar actividades de investigación. Ciertamente, conforme a la normativa reguladora de estas entidades[47], la agrupación de interés económico carece de finalidad lucrativa, pero es evidente que los socios que las integran tendrán un acceso prioritario a los resultados de la investigación.

Más dudoso parece el caso de una sociedad mercantil cuyo objeto social sea el desarrollo de estudios o investigaciones, con fin de lucro, que recibe una subvención o es contratada por una administración pública. El hecho de que la sociedad tenga la condición de empresario mercantil no evita que sea un organismo dedicado a la investigación. Y si sus socios no son empresarios, no cabrá aplicar la salvedad de la Directiva que excluye a los organismos en los que una empresa goza de acceso preferente a los resultados generados por tales investigaciones científicas. En cambio, sí podría aplicarse si el socio mayoritario fuese un empresario. Aunque en la hipótesis en que la sociedad haya sido contratada por una Administración Pública, si la titularidad del estudio le corresponde a la Administración y no se pacta lo contrario, los socios de la sociedad no tienen un acceso preferente a los resultados de la investigación.

Por otra parte, la exigencia de que «una empresa que ejerza una influencia decisiva en dicho organismo no pueda gozar de acceso preferente a los resultados generados por tales investigaciones científicas» no impide que un organismo público de investigación sea contratado por un empresario para que realice una investigación que implique actos de minería de textos y datos (por ejemplo, una universidad pública por la vía del artículo 83 de la Ley Orgánica de Universidades)[48]. En estos casos, lo normal es que se pacte que el contratante se

[46] Geiger, C.; Frosio, G., y Bulayenko, O. (2018B), págs. 4 y sigs. (8-9); *Id*.. (2019), págs. 27 y sigs. (60).

[47] Reglamento (CEE) núm. 2137/85 del Consejo, de 25 de julio, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (art. 3) y Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico (art. 2).

[48] De hecho, en el considerando undécimo de la Directiva se afirma que, «en consonancia con la actual política de investigación de la Unión, que anima a las universidades y los institutos de investigación a colaborar

reserva la titularidad sobre los resultados de la investigación, lo que hace la empresa contratante tenga un acceso preferente a los resultados de la investigación contratada. Pero eso no hace que la empresa contratante «ejerza una influencia decisiva en dicho organismo» que le permita acceder a los resultados generados por todas las investigaciones del organismo (que es el supuesto al que se refiere la Directiva).

1.2. *Las instituciones responsables del patrimonio cultural*

La excepción obligatoria también se aplica a las instituciones responsables del patrimonio cultural, que son definidas en el artículo 2.3 de la Directiva como «una biblioteca o un museo accesibles al público, un archivo o una institución responsable del patrimonio cinematográfico o sonoro». En estos casos no se exige que las instituciones carezcan de ánimo de lucro ni se establece requisito alguno sobre la participación o gestión por parte de empresas. Se trata, pues, de una definición muy amplia, que en el caso de las bibliotecas y museos no está restringida por el tipo de obras o prestaciones de sus colecciones, a diferencia de lo que sucede con las instituciones del patrimonio cinematográfico o sonoro.

En todo caso, la definición de la Directiva suscita interrogantes en lo que se refiere al requisito de la accesibilidad al público, pues en algunas versiones lingüísticas solo se exige tal circunstancia en el caso de las bibliotecas (versión italiana y francesa) y en otras se hace tanto en relación con los museos como con las bibliotecas (versiones española, portuguesa e inglesa). Y para terminar de generar confusión, del considerando decimotercero parece deducirse que la exigencia de la accesibilidad al público no se aplicaría a las bibliotecas y archivos nacionales.

1.3. *Los organismos e instituciones de terceros Estados*

Es indudable que los organismos de investigación y las instituciones responsables del patrimonio cultural de la Unión Europea podrán ampararse en la excepción obligatoria. Pero ya no está tan claro que también puedan hacerlo los de terceros Estados cuando realizan la minería en la Unión Europea.

Es cierto que el considerando 12 de la Directiva se refiere a los organismos de investigación «de la Unión». Pero tal limitación no se incorpora en el texto del artículo 3, a diferencia de lo que sucede en el artículo 15 de la Directiva, en el que se reconoce el nuevo derecho afín sobre publicaciones a las editoriales de publicaciones de prensa «establecidas en un Estado miembro». Me inclino, por tanto, por entender aplicable la excepción también a los organismos e instituciones de terceros Estados.

1.4. *Sobre la posibilidad que los beneficiarios de la excepción subcontraten la realización de las actividades de minería de textos y datos*

Los beneficiarios de la excepción no solo podrán realizar la minería de textos y datos directamente, sino que también podrán subcontratar su realización por

con el sector privado, los organismos de investigación también han de poder acogerse a la excepción cuando sus actividades de investigación se lleven a cabo en el marco de asociaciones público-privadas».

parte de terceras personas. Además, no es necesario que estos terceros subcontratados cumplan los requisitos establecidos en la Directiva para beneficiarse de la excepción (porque realizan la minería por cuenta ajena), de modo que podrán ser también empresarios con ánimo de lucro. Así se recoge expresamente en el considerando 11 de la Directiva, en línea con lo que se venía defendiendo por la doctrina alemana al hilo de la *Urheberrechtsgesetz*[49].

2. Derechos a los que afecta la excepción

2.1. *Derechos de reproducción, derecho* sui generis *sobre base de datos y derecho sobre publicaciones de prensa*

La excepción del artículo 3 de la Directiva afecta a los derechos de reproducción sobre cualquier tipo de obra o prestación —recogidos en el art. 2 de la Directiva 2001/29/CE y en el art. 5.*a)* de la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos—, al derecho *sui generis* sobre una base de datos (art. 7.1 de la Directiva 96/9/CE), así como al nuevo derecho afín sobre publicaciones de prensa que establece el artículo 15.1 de la propia Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital[50].

Es llamativo, no obstante, que no se excepcionen los derechos de reproducción y de traducción, adaptación, arreglo y cualquier otra transformación de un programa de ordenador —recogidos en el art. 4, apartado 1, letras *a)* y *b),* de la Directiva 2009/24/CE, sobre la protección jurídica de programas— y que sí se excepcionan en el artículo 4 de la nueva Directiva. Ciertamente, no se alcanza a comprender por qué el legislador europeo limita en este punto la excepción obligatoria del artículo 3.

Por lo demás, la Directiva dispone que estos derechos se excepcionan para permitir reproducciones y extracciones con el fin de realizar «minería de textos y datos de obras u otras prestaciones». El uso del plural ha llevado a considerar que no se aplicaría la excepción cuando se reproduzca una sola obra o prestación[51]. No obstante, creo que tal interpretación no es correcta, porque la definición de minería de textos y datos incluye, como ya he expuesto, tal hipótesis.

La excepción cubre los actos de reproducción necesarios en el proceso de minería, pero la Directiva no aclara si también afecta a los actos de digitalización de una obra analógica para posteriormente someterla a un análisis automatizado. En mi opinión debe entenderse comprendida la digitalización previa. Es

---

[49] La excepción recogida en el § 60d de la ley alemana de Derecho de autor beneficia a cualquier persona, pero se establece la limitación de que el usuario no puede tener finalidad comercial, lo que implica que se puede contratar a una empresa, porque no sería el usuario final, que es el que no debe tener finalidad comercial. Así, por ejemplo, Dreier, en Dreier, T.; Schulze, G., y Specht, L. (2018), pág. 1146. En contra, Schack, H. (2017), págs. 802 y sigs. (806).

[50] La inclusión expresa de los derechos sobre las bases de datos hace innecesario establecer una ficción legal de que se trata de un uso normal de la base de datos como la que se recoge en la ley alemana, según la cual, los datos extraídos para minería se consideran que encajan en el concepto de utilización o explotación normal de la base de datos por el usuario.

[51] Así lo ha hecho la *Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. (GRUR)* en sus alegaciones al proyecto de ley de incorporación de la Directiva al Derecho nacional alemán: *Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht [DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789]*, pág. 6 (*http://www.grur.org/de/ueber-uns/stellungnahmen.html*).

cierto que, en rigor, la digitalización *per se* no encaja en la definición de minería de textos y datos como «toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones». Sin embargo, los actos de digitalización o escaneo son actos de reproducción «con el fin de realizar» actos de minería, por lo que encajan en la dicción literal del artículo 3[52].

2.2. *La conservación de las reproducciones o extracciones*

En el apartado segundo del artículo 3 de la Directiva se permite expresamente el almacenamiento de las copias de las obras y de las prestaciones, con la única condición de que se realice en un entorno con un nivel adecuado de seguridad. De este modo, la Directiva no sigue la solución alemana recogida en el § 60 de la *Urheberrechtgesezt*, en el que se preceptúa que las reproducciones deben ser borradas una vez que se concluye el trabajo de investigación, permitiéndose únicamente su transmisión a repositorios públicos (bibliotecas, archivos, museos y establecimientos educativos)[53].

La posibilidad de conservación parece acertada, porque posibilita acudir de nuevo a las copias si se desean realizar comprobaciones posteriores, y también permite volver a utilizar las copias en ulteriores investigaciones. Ahora bien, cabe preguntarse qué sucederá cuando haya caducado la suscripción con la correspondiente editorial o titular de los derechos. En tal caso es claro que ya no se tendrá acceso a los materiales de base, pero sí a las reproducciones realizadas con fines de minería y que se han conservado. En mi opinión, esas copias almacenadas podrán ser utilizadas de nuevo para otros análisis automatizados o para otros usos autorizados[54].

Por lo demás, en el decimoquinto considerando de la Directiva se establece que los Estados miembros podrán aprobar disposiciones específicas para la conservación de las copias, como, por ejemplo, la designación de organismos de confianza. Se trata con ello de atender a los temores manifestados por las

[52] La excepción también se aplica a los actos de reproducción de las obras huérfanas. A este respecto, téngase en cuenta que la Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas *(DO* L 299, 27 de octubre de 2012, págs. 5) permite en su artículo 6.1 *b)* a bibliotecas, centros de enseñanza y museos, accesibles al público, así como a archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión, establecidos en los Estados miembros, la «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» de las obras huérfanas que estén en sus colecciones. Pero esta limitación se establece (art. 6.2) «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». En consecuencia, la aplicación de esta excepción de la Directiva 2012/28/CE a las reproducciones de obras huérfanas con vistas a la minería de textos y datos requiere justificar que la minería se inserta en los fines de la misión de interés público de dichas entidades. [*Vid*. sobre esta excepción, KAULICH, R. (2017)].

[53] A favor de la regulación de la Directiva frente a la alemana: RAUE, B. (2019), págs. 684 y sigs. (688). En Francia la cuestión de la conservación se remitió a un desarrollo reglamentario que no tuvo lugar, si bien en relación con las extracciones de bases de datos se indica (art. L 342-3) que «*la conservation et la communication des copies techniques issues des traitements, au terme des activités de recherche pour lesquelles elles ont été produites, sont assurées par des organismes désignés par décret. Les autres copies ou reproductions sont détruites*».

[54] De hecho, en el considerando decimoquinto se indica que «el uso con fines de investigación científica distintos de la minería de textos y datos, como la revisión científica por homólogos y la investigación conjunta, deben seguir estando amparados, en su caso, por la excepción o limitación prevista en el artículo 5, apartado 3, letra *a),* de la Directiva 2001/29/CE».

editoriales de que se creen bibliotecas paralelas o en la sombra. Estas medidas nacionales se adoptarán «previa discusión con las partes interesadas correspondientes», y se añade también que, «con el fin de no limitar indebidamente la aplicación de la excepción, esas disposiciones han de ser proporcionadas y limitarse a lo necesario para conservar las copias de forma segura y evitar los usos no autorizados». Aunque son indicaciones razonables —y es de esperar que se sigan— hubiera sido conveniente incorporarlas al artículo para garantizar su cumplimiento por los Estados miembros.

Lo que sí se recoge expresamente en el artículo 3 (en su apdo. 4) es que los Estados miembros alentarán a los titulares de derechos y a los beneficiarios de la excepción a trabajar juntos para establecer las mejores prácticas comunes en relación con el almacenamiento y conservación de las copias.

2.3. *No aplicación al derecho de comunicación pública o de puesta a disposición de las obras o prestaciones*

La excepción no se aplica al derecho de comunicación pública o de puesta a disposición de las obras o prestaciones. En principio, esto se podría explicar por el hecho de que la información que se obtiene con la minería de textos y datos es distinta a la incluida en los materiales utilizados y, por tanto, su comunicación o puesta a disposición no implica comunicación o puesta a disposición de las obras o prestaciones iniciales. Es más, ni tan siquiera se trataría de una obra derivada[55].

En este mismo sentido, no es necesaria la cita, no solo porque el elevado volumen de obras analizadas lo haría imposible en la práctica, sino también porque en la mayoría de las ocasiones el resultado del proceso de minería no implica reproducción de ningún fragmento de las fuentes[56]. Es cierto que en algunas legislaciones nacionales anteriores a la Directiva se exige expresamente la cita de los autores de las obras utilizadas (es el caso de la legislación británica), pero en la Directiva no se considera necesario, lo que pone de manifiesto que se trata de una excepción distinta de la del derecho de cita.

Ahora bien, todo lo anterior no quita que haya supuestos en los que puede ser precisa la comunicación o puesta a disposición de terceros del *corpus* utilizado para la minería. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que los resultados de la investigación se quieren someter a un proceso de revisión por pares para una publicación científica y dichos expertos, a efectos de contrastar los resultados alcanzados, soliciten acceso a los materiales de base.

Este tipo de hipótesis está expresamente previsto en la legislación de algunos Estados miembros, como es el caso de Alemania, donde el § 60 de la *Urheberrechtsgesetz* establece la posibilidad, no solo de reproducir el material de origen para crear un *corpus* que pueda ser analizado, sino también el derecho

[55] En consecuencia, no es preciso contar con el consentimiento de los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre las obras o prestaciones utilizadas en la minería. Esto pone coto a la práctica de algunas editoriales de limitar en la licencia los lugares en los que se pueden publicar los resultados o la necesidad de publicarlos por medio de licencias *creative commons*, práctica de la cual dan cuenta Cocoru, D., y Boehm, M. (2016), pág. 12.

[56] En caso de que se hiciese, se debería indicar la fuente y el autor, pero no como consecuencia de la excepción de minería, sino en virtud del límite de la cita. Así, Triaille, J. P.; Meeûs d'Argenteuil, J., y Francquen, A. (2014), pág. 105.

a comunicar ese *corpus* a un círculo limitado de personas para la realización de investigaciones conjuntas o para permitir que terceras personas evalúen la calidad de la investigación científica.

Ante la ausencia de una disposición similar en la Directiva, lo primero que habrá que examinar en el caso concreto es si existe comunicación al público, porque esta solo se producirá cuando haya un acto dirigido a un número indeterminado de destinatarios potenciales, lo que implica un número considerable de personas[57]. Cuando se cumplan estas condiciones y haya acto de comunicación al público o de puesta a disposición, ante la imposibilidad de aplicar la nueva excepción del artículo 3 de la Directiva 2019/790/UE, podrá aplicarse la excepción de la ilustración con fines de investigación científica recogida en el artículo 5.3.*a)* de la Directiva 2001/29/CE[58].

3. Acceso lícito a la obra o prestación

Para que opere la excepción recogida en el artículo 3 de la Directiva es necesario, además, que la minería se realice sobre obras u otras prestaciones a las que las entidades u organismos beneficiarios tengan acceso lícito[59]. Esta es una condición que solo se exigía expresamente en algunas leyes nacionales anteriores a la Directiva (la británica y la francesa), aunque en los demás Estados con legislación específica sobre minería de textos y datos la doctrina sostiene que se trata de una exigencia implícita[60].

El acceso lícito se puede conseguir por distintos cauces, entre los cuales cabe mencionar, en primer lugar, la obtención de una autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Esa autorización puede concederse por medio de licencias públicas de acceso abierto del tipo *creative commons* o por medio de licencias contractuales. Piénsese, por ejemplo, en un organismo de investigación que suscribe el acceso a una base de artículos científicos de una editorial. En tal caso, es claro que tiene acceso legítimo a esos artículos y que podrá usarlos en los procesos de minería. Y ello sin necesidad de que haya habido una autorización expresa para que se realice la minería. Lo preciso es, tan solo, la autorización para acceder a las obras.

Durante el proceso de elaboración de la Directiva se puso de manifiesto que la exigencia de un acceso legítimo a las obras y prestaciones a las que solo es posible acceder previo contrato de licencia o suscripción con los titulares de los derechos de explotación generará desigualdades entre los organismos de investigación y entidades amparados por la excepción, perjudicando a los que no tienen presupuesto suficiente para las suscripciones. Y por eso se propuso la eliminación de esta exigencia para permitir el acceso a las obras y prestaciones con el único fin de la minería[61]. No obstante, la Directiva no sigue estos planteamientos, que perjudicarían a las editoriales. Y, en todo caso, la discriminación

---

[57] *Vid*. las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2012, *SCF*, C135/10, EU:C:2012:140, apartado 84, y *Phonographic Performance (Ireland)*, C162/10, EU:C:2012:141, apartado 33.

[58] Raue, B. (2019), pág. 688.

[59] Por supuesto, cuando una institución u organismo beneficiario de la excepción tiene acceso legítimo a una obra o prestación, también lo tiene el personal integrado en ella.

[60] Dreier, T.; Schulze, G., y Specht, L. (2018), pág. 1146.

[61] Hilty. R. M., y Richter, H. (2017), pág. 31.

entre centros también se observa en el acceso a los artículos, no con fines de minería, sino con fines generales de investigación.

Asimismo, y como se recuerda en el considerando 14 de la Directiva, «el acceso lícito también comprende el acceso a contenidos disponibles de forma gratuita en línea», lo cual incluye el contenido de sitios web, de plataformas de redes sociales, etc. Queda, no obstante, la duda de qué sucede con los contenidos que han sido puestos en línea de modo gratuito sin el consentimiento de sus titulares. Parece claro que quien lo haya realizado infringirá los derechos de propiedad intelectual. Pero la referida afirmación del considerando parece permitir usar esos contenidos para la minería, con carácter general, es decir, incluso aunque se tenga conocimiento de esa puesta a disposición inicial del público de modo ilícito.

Finalmente, debe entenderse que hay acceso lícito cuando se trata de obras o prestaciones a las que se accede sin consentimiento del titular de la propiedad intelectual, pero sobre la base de una excepción legal a dichos derechos, pues —como se recuerda en el considerando 33 de la Directiva 2001/29/CE— «la utilización se considerará lícita en caso de que la autorice el titular del derecho o de que no se encuentre restringida por la ley». Por tanto, también se podrán utilizar en el proceso de minería obras o prestaciones que hayan sido objeto de préstamo público y se puedan amparar en la excepción introducida en los ordenamientos nacionales en virtud del artículo 6 de la Directiva 2006/115/CE, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

4. La finalidad de la minería de textos y datos: la investigación científica

Como ya se ha explicado, cuando el beneficiario es un organismo de investigación tiene que tener por finalidad principal realizar actividades de investigación. Pero con eso no basta, pues, para que sea de aplicación la limitación, es necesario, además, que la minería se haga específicamente con esa finalidad. Y esa misma finalidad deben tener las instituciones responsables del patrimonio cultural para poder ampararse en la excepción[62].

Por lo demás, la Directiva no exige que la investigación carezca de finalidad comercial, a diferencia de lo que sucede en algunas leyes nacionales anteriores (como la alemana[63] o la francesa) y en contraste también con la finalidad no co-

[62] La Directiva no especifica qué haya de entenderse por investigación científica, más allá de la aclaración del octavo considerando, según la cual se incluye la investigación en ciencias naturales y en ciencias humanas (aclaración que reproduce la contenida en el considerando 36 de la Directiva 96/9/CE). La investigación científica también es un elemento exigido en otras excepciones [como las de los arts. 5.3 de la Directiva 2001/29/CE y 6.2.*b)* y 9.*b)* de la Directiva 96/9/CE, donde el legislador tampoco introduce mayores aclaraciones]. *Vid*. Martínez Martínez, N. (2018), *passim*. Por ello, la interpretación del concepto de investigación científica debe ser común a todos estos textos normativos. La aclaración de la OECD es un buen punto de apoyo: «*Research and experimental development (R&D) comprise creative work undertaken on a systematic basis in order to increase the stock of knowledge, including knowledge of man, culture and society, and the use of this stock of knowledge tod evise new applications*» [OECD (2002), *Proposed Standard Practice for Surveys on Research and Experimental Development*, Paris, pág. 30]. *Vid*. Bottis, M.; Papadopoulos, M.; Zampakolas, C., y Ganatsiou, P. (2019). págs. 369 y sigs. (390).

[63] Criticando esa exigencia en la doctrina alemana: Schack, H. (2017), pág. 806. No obstante, tal previsión en la ley alemana obedece al hecho de que la excepción se fundamenta en el artículo 5.3.*a)* de la Directiva 2001/29/CE, tal como destaca Hagemeier, S., en Möhring, N. (2018), pág. 770.

mercial que se exige en el artículo 5 de la Directiva a propósito de la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas. Por tanto, tendrán cabida en la excepción actos de minería realizados en el marco de una investigación científica cuyos resultados se pretendan comercializar con ánimo de lucro[64].

5. Ausencia de compensación equitativa

Como es sabido, en determinadas ocasiones cuando la legislación de propiedad intelectual introduce limitaciones o excepciones a los derechos de autor o derechos afines se establece el derecho de los titulares a recibir una remuneración equitativa, como forma de compensar la pérdida de ingresos derivada de la limitación o excepción[65].

En relación con la excepción ahora examinada, el texto del artículo 3 de la Directiva (UE) 2019/790 no alude al problema de la eventual compensación equitativa a los titulares de derechos por los actos de minería. Sin embargo, en el considerando 17 de la Directiva se afirma que «habida cuenta de la naturaleza y el ámbito de aplicación de la excepción, limitados a las entidades que realizan actividades de investigación científica, el posible perjuicio para los titulares de derechos que pueda derivarse de esta excepción sería mínimo». Es por ello que en dicho considerando se concluye que «los Estados miembros no deben prever una indemnización para los titulares de derechos por los usos al amparo de las excepciones aplicables a la minería de textos y datos».

El hecho de que esta conclusión no se haya llevado al texto del artículo 3 ha generado algún debate sobre la posibilidad de que los Estados miembros puedan introducir la obligación de pagar una compensación equitativa por parte de los organismos y entidades que se amparen en la excepción. Esto es importante porque ya existen legislaciones nacionales que prevén tal remuneración[66] y, en consecuencia, se trata de determinar si se ajustan o no a la nueva Directiva.

Para algunos, la Directiva contiene una simple recomendación para que no se introduzca la exigencia de una compensación equitativa[67]. Sin embargo, comparto la tesis de que no cabe que los Estados miembros introduzcan una compensación equitativa[68]. Creo que al no haberse incluido en el texto del artículo la posibilidad de exigir la compensación equitativa, no es posible hacerlo, ya que supondría una restricción del ámbito de la excepción, tal como se ha configurado en el artículo 3 de la Directiva.

---

[64] Piénsese, por ejemplo, en un organismo de investigación con fines lucrativos que es beneficiario de la excepción porque reinvierte todos sus beneficios en la actividad investigadora. Amparándose en la excepción, puede llevar a cabo una investigación con fines comerciales.

[65] Es el caso, por ejemplo, del artículo 5.2.*b)* de la Directiva 2001/29/CE, a propósito de las reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales.

[66] No sin críticas: Pflüger, T., y Hinte, O. (2018), págs. 153 y sigs. (160).

[67] Esta es la posición de la *Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. (GRUR)* (2019), pág. 10.

[68] Plaza Penadés, J. (2019) entiende que esta excepción «debe aplicarse sin ningún tipo de compensación equitativa».

6. La imposibilidad de pacto en contrario y las medidas para garantizar la seguridad e integridad de las redes y bases de datos

Por disposición del artículo 7.1, esta excepción no permite pacto en contrario, tal como sucede con otras excepciones reguladas en el artículo 5 (utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas) y en el artículo 6 (conservación del patrimonio cultural). Se trata de una medida —ya incluida en la legislación británica— con la que se quiere evitar que los titulares de derechos, al conceder el acceso a las obras, introduzcan limitaciones que dejen la excepción en papel mojado.

Ahora bien, lo que sí que se permite es que se adopten medidas para garantizar la seguridad y la integridad de las redes y bases de datos, medidas con las que los titulares de los derechos pretenden evitar que, con la excusa de la minería de textos y datos, se proceda a un vaciado de sus bases de datos o a un uso indebido de las obras o prestaciones[69]. Lo que sucede es que este tipo de medidas choca en muchas ocasiones con los intereses de los investigadores, porque ralentizan el proceso o les obliga a revelar datos de la investigación. Es por eso que la Directiva dispone que «dichas medidas no irán más allá de lo necesario para lograr ese objetivo»[70].

Por lo demás, junto a la disposición del artículo 3.3 de la Directiva sobre las medidas tendentes a garantizar la integridad y seguridad de las redes y bases de datos, el artículo 7.2 de la Directiva preceptúa que serán aplicables determinadas disposiciones sobre las medidas tecnológicas de protección recogidas en el artículo 6.4 de la Directiva 2001/29/CE. En consecuencia, aunque las medidas tecnológicas están protegidas contra actos de elusión cometidos por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persiguen ese objetivo, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten los medios para que los beneficiarios puedan disfrutar la excepción.

Si las medidas tecnológicas adoptadas por los titulares de derechos impiden emplear las obras o prestaciones para fines de minería, los beneficiarios de la excepción podrán exigirles que las levanten, pero en modo alguno supondrá un motivo justificado para vulnerar dichas medidas tecnológicas. Y menos aún se podrá considerar que, como consecuencia de la elusión de las medidas, se tiene un acceso legítimo a la obra o prestación, a los efectos de aplicación de la excepción[71].

En todo caso, la regulación de la Directiva en este punto se cierra con una invocación a la negociación entre las distintos actores implicados, disponiendo

---

[69] En el considerando 16 de la Directiva se alude a medidas como «la validación de la dirección IP o la autentificación de los usuarios». Pero caben otras como la validación por medio de tecnología *captcha* cuando se alcanza un determinado número de descargas de documentos, o la exigencia de hacer la minería desde una plataforma propia de los titulares de derechos, con la que se evita que las obras o prestaciones se empleen para otros fines

[70] En este sentido puede resultar de gran utilidad el recurso a terceros intermediarios en los que confían los editores o titulares de derechos y que gestionan plataformas de minería a las que pueden acudir los investigadores.

[71] No comparto las dudas que se le presentan a Ordelín Font, J. L. (2019), págs. 209 y sigs. (216).

el apartado 4 del artículo 3 que los Estados miembros alentarán a los titulares de derechos, organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural, a trabajar juntos para establecer las mejores prácticas comunes para la aplicación de la obligación y de las medidas para garantizar la seguridad e integridad de las redes y bases de datos en que estén almacenadas las obras u otras prestaciones.

V. LA EXCEPCIÓN O LIMITACIÓN DE APLICACIÓN GENERAL (ART. 4)

La excepción o limitación prevista en el artículo 4 de la Directiva presenta varias peculiaridades y diferencias en comparación con la del artículo 3.

1. Beneficiarios, derechos a los que afecta y finalidad de la minería de textos y datos

En este caso la limitación o excepción beneficia a cualquier persona (física o jurídica, pública o privada) sin limitación, por lo que puede ser un organismo de investigación que no cumpla los requisitos para ampararse en la anterior excepción, un empresario, sea cual sea su actividad, un particular, etcétera.

Los derechos de autor o afines a los que afecta esta limitación son los mismos que en el caso de la excepción del artículo 3, con el añadido expreso de los recogidos en el artículo 4.1, letras *a)* y *b)*, de la Directiva 2009/24/CE (derecho de reproducción y de traducción, adaptación, arreglo y cualquier otra transformación de un programa de ordenador).

Estos derechos excepcionados no serán un obstáculo para que los beneficiarios realicen actos de minería, sea cual sea la finalidad perseguida, de modo que puede ser o no la investigación científica (incluyendo, por tanto, los supuestos en los que se pretende obtener información para utilizar en el ámbito empresarial o periodístico)[72].

2. La reserva de derechos por parte de los titulares de la propiedad intelectual y la aplicación de medidas tecnológicas

La posibilidad de ampararse en esta limitación o excepción también requiere contar con un acceso legítimo a la obra o prestación. Pero, a diferencia de lo que sucede en el supuesto del artículo 3 de la Directiva, en este caso los titulares pueden impedir la aplicación de la excepción o limitación, realizando una reserva expresa de su derecho. Así se prevé en el artículo 4.3 y, de forma paralela, el artículo 7.1 no la incluye en listado de excepciones que no admiten disposición contractual en contrario.

La Directiva explicita cómo se puede realizar la reserva de derechos en relación con el contenido puesto a disposición del público en línea, disponiendo que la excepción o limitación «se aplicará a condición de que el uso de las

[72] El considerando 18 menciona expresamente entre los fines posibles, aunque sin carácter limitativo, la prestación de servicios gubernamentales, la adopción de decisiones empresariales complejas o el desarrollo de nuevas aplicaciones o tecnologías.

obras y otras prestaciones a que se refiere dicho apartado no esté reservado expresamente por los titulares de derechos de manera adecuada, como medios de lectura mecánica en el caso del contenido puesto a la disposición del público en línea». Piénsese, por ejemplo, en la utilización de metadatos del tipo *robot.txt* que impiden a los *bots* rastrear el contenido de un sitio web.

Aunque la declaración del considerando 18 podría dar a entender que ese es el único medio posible, y que en los demás casos «puede ser oportuno reservar los derechos por otros medios, como acuerdos contractuales o una declaración unilateral», estimo que también en el caso de los contenidos en línea son válidas las reservas por medio de *disclaimers* o en las condiciones generales de uso del sitio web. De hecho, así viene sucediendo en la práctica, por ejemplo en las condiciones de las redes sociales que deben aceptar sus usuarios[73].

Por supuesto, en caso de que los titulares hayan realizado la reserva de derechos están autorizados para implantar medidas técnicas que garanticen su respeto, aunque siempre debe ser posible la minería de textos y datos que encaje en la excepción del artículo 3 de la Directiva[74] o en alguna de las excepciones y limitaciones establecidas en otras directivas[75]. Si no es de aplicación ninguna de ellas, será imprescindible contar con la autorización de los titulares de derechos y concertar con ellos la correspondiente licencia. Y solo en casos muy concretos podrá entenderse que la negativa a conceder tal licencia o a hacerlo en términos abusivos puede suponer una restricción de acceso a una facilidad esencial que dé lugar a la aplicación de la normativa *antitrust*[76].

3. Conservación de las reproducciones y extracciones, y pago

El artículo 4.2 dispone que las reproducciones y extracciones realizadas al amparo de esta limitación o excepción «podrán conservarse durante todo el tiempo que sea necesario para fines de minería de textos y datos». Se introduce, por tanto, una restricción, pues no es posible la conservación indefinida —como sucede en el caso de la excepción que se aplica a los organismos de investigación y a las instituciones responsables del patrimonio cultural—, sino solo mientras sea necesario para realizar la minería de textos y datos (que es un periodo indeterminado que dependerá del caso concreto).

Por lo que se refiere a la cuestión del pago o compensación a los titulares de derechos por parte de quien se ampare en esta excepción, nada dispone el artículo 4 de la Directiva, pero el hecho de que el considerando 17, al indicar que los Estados no deben prever una indemnización, se refiera únicamente a la excepción del artículo 3, ha generado un debate al respecto.

De acuerdo con una primera lectura, solo está justificada la ausencia de compensación equitativa en el caso de las instituciones de investigación y entidades de conservación del patrimonio, dado que no existe un ánimo de lucro o este se reinvierte íntegramente en el proceso investigador. Pero en el caso de que la minería se realice por otros sujetos y, eventualmente, con claros

[73] *Vid*. González Otero, B. (2019), págs. 73 y sigs. (93 y 94).

[74] Expresamente dispone el artículo 4.4 que no se afectará a la aplicación de la excepción prevista en el artículo 3 de la Directiva.

[75] El considerando 18 se refiere a las limitaciones establecidas en la Directiva 2001/29/CE.

[76] Así lo destaca la profesora Jiménez Serranía, V. (2020), págs. 247 y sigs. (257-258).

fines comerciales, no habría motivo para impedir que los Estados exijan una compensación[77].

Frente a esta interpretación se ha insistido en que la minería —incluso la realizada con fines comerciales y lucrativos— causa un escaso perjuicio a los titulares de derechos de autor y derechos afines, en la medida en que no afecta a la explotación de las obras y prestaciones y solo busca extraer información que no está amparada por la propiedad intelectual[78]. Adicionalmente, y del mismo modo que sucede en relación con el artículo 3, opino que un argumento en contra de la posibilidad de introducir la obligación de pagar una compensación equitativa es el hecho de que no haya una previsión expresa en la Directiva. Por ello, la exigencia de tal compensación implicaría una restricción del ámbito de la excepción.

Además, si se aplica está limitación o excepción es porque los titulares no se han opuesto previamente a ello. Por eso, en mi opinión, no parece imprescindible prever legalmente una compensación o indemnización por la utilización de las obras o prestaciones para fines de minería, porque si la consideran precisa siempre pueden reservarse los derechos, en los términos que se han explicado.

VI. CONCLUSIONES

El hecho de que la UE regule la minería de textos y datos desde la perspectiva de los derechos de propiedad intelectual es algo positivo, y es una manifestación de tendencias actuales que fomentan el libre acceso a los datos[79]. Pero —como se ha puesto de manifiesto en el trabajo— la regulación introducida presenta deficiencias técnicas y genera no pocas dudas interpretativas. Además, no es lo suficientemente ambiciosa, ante todo porque, salvo la minería realizada por determinados organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural, en los demás casos la excepción es disponible, lo que sin duda fomentará el mercado de licencias. Pero también es criticable que en el ámbito de la excepción realizada por organismos de investigación se haya dejado fuera a los investigadores individuales que no estén adscritos a ningún centro (pues choca con el fomento de la llamada «ciencia ciudadana» que pretenden las instituciones de la Unión Europea)[80].

Así las cosas, aunque la Directiva levanta alguna de las barreras que la propiedad intelectual coloca a la minería de textos y datos, no las suprime todas. El legislador ha realizado una ponderación de los distintos intereses en juego, de modo que no se afecten indebidamente los intereses de los titulares de la propiedad intelectual (a lo cual no es ajena tampoco la circunstancia de que en el

[77] Esta es la posición de la *Deutschen Journalisten-Verbandes e.V* manifestada con ocasión de la transposición de la Directiva al Derecho alemán: *https://urheber.info/sites/default/files/story/files/stn-djv-umsetzung-eu-rili-2019-790.pdf*. Por su parte, en la doctrina patria se ha indicado que el artículo 4 admite que los Estados miembros establezcan tanto una excepción como una limitación, «siendo así que este segundo término se asocia a la posibilidad de prever una compensación equitativa por el uso legalmente permitido»: Sánchez Aristi, R., y Oyarzabal Oyonarte, N. (2019), pág. 17.

[78] Así, en Alemania, la *Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie* (2019).

[79] *Vid*., al respecto, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Una Estrategia Europea de Datos», COM/2020/66 final.

[80] Caso, R. (2020), pág. 19.

artículo 7.2 de la Directiva se declare expresamente aplicable la regla de los tres pasos contenida en el artículo 5.5 de la Directiva 2001/29/CE)[81]. No obstante, el resultado final coloca a la UE en peor posición que otros actores globales, como son los Estados Unidos, donde —como ya se ha dicho— se establecen menos restricciones al uso de obras ajenas en procesos de minería.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BIGG, P. *et al*. (2012), «Emerging Issues for our Hyperconnected World», en SOUMITRA DUTTA, S., y BILBAO-OSORIO, B. (eds.), *Global Information Technology Report: living in a hyper-connected world. Living in a Hyperconnected World*, World Economic Forum, Geneva.

BORGHI, M., y KARAPAPA, S. (2013), *Copyright and Mass Digitization*, Oxford University Press, Oxford.

BOTTIS, M.; PAPADOPOULOS, M.; ZAMPAKOLAS, C., y GANATSIOU, P. (2019), «Text and Data Mining in Directive 2019/790/EU Enhancing Web- Harvesting and Web-Archiving in Libraries and Archives», *Open Journal of Philosophy*, 9.

CARROLL, M. (2019), «Copyright and the Progress of Science: Why Text and Data Mining Is Lawful», *UC Davis Law Review,* 53.

CASO, R. (2020), «Il conflitto tra diritto d'autore e ricerca scientifica nella disciplina del text and data mining della direttiva sul mercato único digitale», *Trento Law and Technology Research Group*, Research Paper núm. 38, Febbraio.

COCORU, D., y BOEHM, M. (2016), *An analytical review of text and data mining practices and approaches in Europe. Policy recommendations in view of the upcoming copyright legislative proposal*, Openforum.

DREIER, T.; SCHULZE, G., y SPECHT, L. (2018), *Urheberrechtsgesetz. Verwertungsgesellschaftengesetz. Kunsturhebergesezt. Kommentar.* 6. Auflage, C. H. Beck, München.

DUCATO, R., y STROWEL, A. (2019), «Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to "Machine Legibility"», *IIC* 50.

EUROPEAN COMMISSION (2016), *Commission Staff Working Document - Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules*, SWD(2016) 301 final, *https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/impact-assessment-modernisation-eu-copyright-rules*.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2019), «El concepto autónomo de "reproducción" en la Directiva 2001/29», en CÁMARA AGUILA, M. P., y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (coords.), *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 95 y sigs.

GEIGER, C.; FROSIO, G., y BULAYENKO, O. (2018a), *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market-Legal Aspects*, European Parliament, 2018.

— (2018b), «The EU Commission's Proposal to Reform Copyright Limitations: A Good but Far Too Timid Step in the Right Direction», *EIPR* 40 (1).

— (2018c), «Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform: Making the EU Ready for an Age of *big data*? Legal Analysis and Policy Recommendations», *IIC* 49.

— (2019), «Text and data mining: articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU», SAIZ GARCÍA, C., y EVANGELIO LLORCA, R. (eds.) (2019), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GONZÁLEZ OTERO, B. (2019), «Las excepciones de minería de textos y datos más allá de los derechos de autor: la ordenación privada contraataca», en SAIZ GARCÍA, C., y EVANGELIO LLORCA, R. (eds.), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

[81] Sobre esta regla: LÓPEZ MAZA, S. (2019), págs. 541 y sigs.

HARGREAVES, I. (2011), *Digital Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth*, (*https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf*).

HILTY. R. M., y RICHTER, H. (2017), «Text and Data Mining [Article 3 COM(2016) 593 final]», en HILTY, R. M., y MOSCON, V. (eds.), *Modernisation of the EU Copyright Rules. Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, München.

JIMÉNEZ SERRANÍA, V. (2020), «Datos, minería e innovación: *¿quo vadis*, Europa? Análisis sobre las nuevas excepciones para la minería de textos y datos», *CDT* 12, 1 (marzo).

JONDET, N. (2018), «L'exception pour le data mining dans le projet de directive sur le droit d'auteur : Pourquoi l'Union européenne doit aller plus loin que les législations des États membres», *Propriétés Intellectuelles,* 67.

JOSE, D. (2010), «Three Real-World Applications of Text Mining to Solve Specific Business Problems», February 22, 2010, *http://www.b-eye-network.com/view/12783*.

JÜTTE, B. J. (2017), *Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market. Between Old Paradigms and Digital Challenges,* Nomos, Baden-Baden.

KAULICH, R. (2017), *Die Digitalisierung und Verbreitung verwaister und vergriffener Werke,* Logos Verlag, Berlin.

LÓPEZ MAZA, S. (2019), «La aplicación por el TJUE de la "regla de los tres pasos" del artículo 5.5 de la Directiva 2001/29», en CÁMARA AGUILA, M. P., y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (coords.), *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MARGONI, T., y DORE, G. (2016), «Why We Need a Text and Data Mining Exception (But it is Not Enough)», 1 April, *https://zenodo.org/record/248048#.WXdf2oiGNE*.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N. (2018), *Los fines educativos y de investigación como límite al derecho de autor*, Dykinson, Madrid.

MÖHRING, N. (2018), *Urheberrecht. Kommentar*, 4 Auflage, C. H. Beck, München.

MONTAGNANI, M., y AIME, G.(2018),«Il text and data mining e il diritto d'autore», *AIDA* XXVI.

MURRAY-RUST, P.; MOLLOY, J. C., y CABELL, D. (2012), «Open Content Mining», en COUGHAN, S. (ed.), *First Openforum Academy Conference Proceedings*, Open Forum Europe.

OECD (2002), *Proposed Standard Practice for Surveys on Research and Experimental Development*, Paris.

ORDELÍN FONT, J. L. (2019), «El uso de la inteligencia artificial en la minería de datos y textos: un análisis desde el derecho de autor», *ADI* 39 (2018-2019).

PFLÜGER, T., y HINTE, O. (2018), «Das Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz aus Sicht von Hochschulen und Bibliotheken», *ZUM* 62.

PLAZA PENADÉS, J. (2019), «La Directiva de derechos de autor y su incidencia en el "*big data*" en favor de universidades y otros organismos de investigación», *RdNT* 50 (Westlaw Aranzadi: BIB 2019\6997).

QUINTAIS, J. P. (2020), «The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look», *EIPR* 42, 1.

RAUE, B. (2018), «Free Flow of Data? The Friction Between the Commission's European Data Economy Initiative and the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market», *IIC* 49.

— (2019), «Rechtssicherheit für datengestützte Forschung. Die Text-und-Data-Mining-Schranken in art. 3 und 4 DSM-Richtlinie», *ZUM* 63 (8-9).

ROSATI, E. (2018), «An EU text and data mining exception for the few: would it make sense?», *JIPLP* 13, 6.

SAG, M. (2019), «The New Legal Landscape for Text Mining and Machine Learning», *Journal of the Copyright Society of the USA* 66.

SÁNCHEZ ARISTI, R., y OYARZABAL OYONARTE, N. (2019), «La Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital», *La Ley mercantil* 60 (julio-agosto).

SCHACK, H. (2017), «Das neue UrhWissG - Schranken für Unterricht, Wissenschaft und lnstitutionen», *ZUM* 61 (11).

SINGHAL A.; SIMMONS M., y LU, Z. (2016), «Text Mining Genotype-Phenotype Relationships from Biomedical Literature for Database Curation and Precision Medicine», *PLOS Computational Biology* 12(11), *https://doi.org/10.1371/journal.pcbi.1005017*.

Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (*http://www.grur.org/de/ueber-uns/stellungnahmen.html*).

Stellungnahme des Deutschen Journalisten-Verbandes e.V. zur Umsetzung EU-Richtlinie 2019/790 (https://urheber.info/sites/default/files/story/files/stn-djv-umsetzung-eu-rili-2019-790.pdf).

TRIAILLE, J. P.; MEEÛS D'ARGENTEUIL, J., y FRANCQUEN, A. (2014), *Study on the legal framework of text and data mining (TDM),* European Commission.

UK INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE (2011), «Supporting Document T. *Text Mining and Data Analytics in Call for Evidence Responses. UK Government»,* (*https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140603125140/http://www.ipo.gov.uk/ipreview-doc-t.pdf*).

VON LEWINSKI, S. (2018), «Les exceptions au droit d'auteur», en BENSAMOUN, A. (dir.), *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, Mare & Martin.

WINTERHALTER, C. (2016) «Licence to Mine? Ein Überblick über Rahmenbedingungen von Text and Data Mining und den aktuellen Stand der Diskussion», *Zeitschrift für Bibliothekskultur* 4(2).

Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie (Stellungnahme Umsetzung-der EU-Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt), https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/090619_Stellungnahme_ZVEI_EU-Richtlinien_Urheberrecht.pdf;jsessionid=BB91430BAD0E956EA0307EAC9C971F20.2_cid324?__blob=publicationFile&v=3.