

DATOS, MINERÍA E INNOVACIÓN: ¿QVO VADIS, EUROPA? ANÁLISIS SOBRE LAS NUEVAS EXCEPCIONES PARA LA MINERÍA DE TEXTOS Y DATOS

DATA, MINING AND INNOVATION: QVO VADIS, EUROPE? ANALYSIS ON THE NEW EXCEPTIONS FOR TEXT AND DATA MINING

VANESSA JIMÉNEZ SERRANÍA

*Profesora Asociada (Acreditada a Contratado Doctor)
Universidad de Salamanca*

ORCID ID:0000-0002-2078-5648

Recibido: 06.01.2020 / Aceptado: 16.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5188>

Resumen: La Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital ha implementado ciertas excepciones sobre la minería de textos y datos. Pese a que, a priori, podría parecer que se ofrece un impulso importante a este tipo de actividades sus efectos en la práctica quedan mitigados por el encostramiento de su formulación que, incluso, es susceptible de generar distorsiones competitivas. Este artículo pretende dar una visión sucinta y crítica sobre estas nuevas excepciones y plantear ciertas vías de mejora futura.

Palabras clave: Big Data, minería de textos y datos, Internet de las cosas, Inteligencia Artificial, Mercado Único Digital, Directiva 2019/790, excepciones al derecho de autor, “uso justo”, regla de los tres pasos, doctrina de las facilidades esenciales, competencia, innovación.

Abstract: Directive 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the digital single market has implemented certain exceptions on text and data mining. Although these exceptions might seem to provide a significant boost to this type of activities, their effects in practice are mitigated by the tightening of its wording, which is even likely to generate competitive distortions. This article aims to give a succinct and critical review of these new exceptions and to suggest some ways of improvement for the near future.

Keywords: Big Data, Text and Data Mining (TDM), IoT, AI, Single Digital Market, Directive 2019/790, copyright limitations, “fair use”, “three-steps doctrine”, essential facilities doctrine, competition, innovation.

Sumario: I. Introducción. 1. Consideraciones preliminares. 2. Aproximación a las características técnicas de la minería de textos y datos. II. La minería de textos y datos frente al derecho. 1. Panorama general. Especial referencia a Estados Unidos. 2. La nueva excepción contemplada en la Directiva 2019/790. III. Aspectos problemáticos y reflexiones generales. 1. Luces y sombras de la nueva regulación europea: la necesidad de la adopción de un derecho de autor más “flexible”. 2. La potencial consideración del acceso a los datos (y textos) como una facilidad esencial. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. Consideraciones Preliminares

1. Nos hallamos inmersos en la llamada “cuarta revolución industrial”, en la “era de los datos”¹. Si la primera revolución industrial fue impulsada por la extracción y utilización del carbón, esta cuarta revolución viene marcada también por la minería de otra “materia prima” (aunque esta no será extraída “*con pico y barrena*”, como cantaba Antonio Molina). Esta materia prima son los datos, entendidos en su definición semántica, esto es “*información dispuesta de manera adecuada para su tratamiento por una computadora*”². Los datos entendidos de manera general comprenden tanto los llamados datos personales³ (que, por su especificidad, no trataremos en este artículo) como aquellos que no revisten las características para integrar esta categoría⁴. Estos datos se generan en un volumen masivo diariamente y pueden estar estructurados o no. Estos datos, si bien contienen información muy valiosa, debido a su carácter ingente y a las dificultades de sistematización intrínsecas a la manera en la que son generados, no pueden ser estudiados o analizados directamente por el ser humano mediante métodos tradicionales. Es por esto, por lo que se han generado unas técnicas computacionales que permiten analizar estos datos conocidas bajo el nombre (no excesivamente preciso) de minería de textos y datos⁵.

2. Los usos de la minería de datos y textos son tan amplios como variados, abarcando desde ámbitos puramente científicos hasta persecución de delitos. Así encontramos aplicaciones de la misma, por ejemplo, en la mejora de la gestión de los sistemas de salud y en la medicina⁶, en la ingeniería, en el análisis de mercado⁷, en la atención al cliente⁸, en el ámbito financiero⁹, en la producción y emisión

¹ Vid, IDC Y OPEN EVIDENCE, SMART 2013/0063, “European Data Market, Final Report”, 1 de febrero de 2017. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-results-european-data-market-study-measuring-size-and-trends-eu-data-economy> A mayor abundamiento ver, Klaus Schwab, The Fourth Industrial Revolution. Ed. World Economic Forum. 2017.

² Vid. Diccionario de la Real Academia Española, tercera acepción. <https://dle.rae.es/dato>.

³ Recordemos, aunque sea ya archiconocido, que el artículo 4 del RGPD en su apartado 1 define como datos personales “*toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona*”. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DO L 119 de 4.5.2016, p. 1/88. ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

⁴ Vid. art. 3.1 del Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea. DO L 303 de 28.11.2018, p. 59/68. ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2018/1807/oj>.

⁵ Estamos con Trialle y de Meeûs d’Argenteuil, en que la denominación más correcta sería la de “análisis de datos” en lugar de a la “minería de datos”. Como afirman estos autores, , generalmente se admite que “minar” significa “extraer datos de textos qua recursos informativos , mientras que el análisis de datos está abarcando muchas más acciones que la mera extracción de datos (v. gr. rastrear, procesar, comparar, copiar, analizar, recuperar, interpretar, buscar, clasificar, analizar, eliminar, etc.) por lo que este término es mucho más coherente con la realidad de la minería de datos. J.-P. TRIAILLE Y J. DE MEEÛS D’ARGENTEUIL, *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, European Union, March 2014, p. 9.

⁶ En la actualidad se utiliza la minería para optimizar procesos, tratamientos, organización espacial y ahorrar costes hospitalarios y médicos. La minería de datos también puede ayudar a las aseguradoras de salud a detectar el fraude y el abuso.

⁷ Una de las aplicaciones más interesantes en este caso es el denominado como “análisis de la cesta de la compra”. Se trata de una técnica de modelización basada en la hipótesis de que si se compra un determinado grupo de artículos es más probable que se compre otro grupo de artículos. Esta técnica puede permitir al minorista comprender el comportamiento de compra de un comprador. Esta información puede ayudar al minorista a conocer las necesidades del comprador y a cambiar el diseño de la tienda en consecuencia. Utilizando el análisis diferencial se puede hacer una comparación de resultados entre diferentes tiendas y entre clientes de diferentes grupos demográficos.

⁸ La minería de datos en este ámbito se utiliza para elaborar estrategias de fidelización y de predicción de cambios de preferencias o necesidades en la clientela.

⁹ La minería de datos puede contribuir a resolver problemas empresariales en la banca y las finanzas al encontrar patrones, causalidades y correlaciones en la información empresarial y los precios de mercado que no son inmediatamente aparentes debido a que el volumen de datos es demasiado grande o se genera con demasiada rapidez como para que los expertos los examinen. Además la minería de datos facilita tanto la selección como la fidelización de clientes solventes y es ampliamente utilizada en los nuevos modelos Fintech.

de contenidos audiovisuales, en el ámbito educativo¹⁰, en el análisis científico, en la bio-informática¹¹, en la detección del fraude, la detección de fallos de seguridad (especialmente en accesos telemáticos) y hasta en la investigación criminal¹². Vemos que el espectro de su aplicación sectorial concreta no puede ser más vasto. Asimismo, la minería de textos y datos es fundamental para el desarrollo de la tecnología del momento: la inteligencia artificial¹³.

3. Teniendo en cuenta los usos anteriormente citados podemos establecer dos funciones básicas de la minería de textos y datos. Por un lado, la minería de textos y datos permite la optimización de recursos y, por otro, es esencial para el desarrollo de nuevas tecnologías y recursos. No obstante, para comprender realmente esta figura y los matices de su regulación hemos de comprender qué implica realmente esta técnica.

2. Aproximación a las características técnicas de la minería de textos y datos

4. Si bien la palabra minería posee un gran poder evocativo (connotando la explotación de unas determinadas fuentes de recursos mediante la extracción de fragmentos de estos recursos), en el contexto que estamos tratando, este sustantivo posee unos matices técnicos específicos y particulares que le alejan (como ya hemos mencionado en un momento anterior)¹⁴ de su concepción puramente semántica y que son esenciales para la comprensión de la actual regulación de esta figura.

5. Encontramos una definición de la minería de datos y textos en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (de aquí en adelante, “**DDAMUD**”), donde se establece que se entiende como 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*”.

6. De esta definición podemos extraer una serie de características que nos dan ciertas pautas para comprender este concepto. En primer lugar, para estar comprendida en el concepto de minería de datos y textos la técnica utilizada ha de ser **analítica**, debe estar **automatizada** y ha de estar destinada a **generar (nueva) información**, que incluirá, entre otras pautas, tendencias o correlaciones. Por otro lado, esta técnica ha de aplicarse a **textos y a datos** que estén en formato digital.

7. En primer lugar, como decíamos, la minería de textos y datos debe utilizar **técnicas analíticas**. En la práctica, la minería supone la aplicación del análisis matemático para deducir patrones y tendencias que existen en un volumen considerable de datos.

¹⁰ En el ámbito educativo está en auge lo que se ha denominado como *Educational Data Mining* (EDM) que se preocupa por desarrollar métodos que descubran el conocimiento a partir de datos procedentes de entornos educativos. Los objetivos de la EDM son la predicción de la futura conducta de aprendizaje de los estudiantes, el estudio de los efectos del apoyo educativo y el avance del conocimiento científico sobre el aprendizaje. La minería de datos puede ser utilizada por una institución para tomar decisiones precisas sobre los planes educativos y también para predecir los resultados del estudiante.

¹¹ Las aplicaciones en este ámbito son múltiples y crecientes. Como ejemplos en esta área podemos citar la búsqueda de genes, la inferencia de la función de las proteínas, el diagnóstico de enfermedades, el pronóstico de enfermedades, la optimización del tratamiento de enfermedades, la reconstrucción de la red de interacción de proteínas y genes, la limpieza de datos y la predicción de la ubicación subcelular de las proteínas.

¹² Los métodos de minería de datos y textos son utilizados de manera preventiva así como en la investigación de actividades delictivas.

¹³ Las formas avanzadas de aprendizaje de la máquina, (*machine learning* y *deep learning*), necesitan retroalimentarse con datos. Por consiguiente, la minería de textos y datos es utilizada en implementaciones de IA como la visión por ordenador, el reconocimiento de voz o el análisis de texto sofisticado mediante el Procesamiento del Lenguaje Natural. A mayor abundamiento sobre esta cuestión, ver B. GONZÁLEZ OTERO, “Las excepciones de minería de textos y datos más allá de los derechos de autor: la ordenación privada contraataca” en R. EVANGELIO LLORCA Y C. SAIZ GARCÍA (Dir.) *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital Europeo*. Tirant-lo-Blanch, 2020, pp. 81-83.

¹⁴ Vid. nota 5.

8. En segundo lugar, debe estar **automatizada**, lo que supone que no hay una intervención humana directa en el proceso de minería, sino que el mismo se hace mediante técnicas de computación. Esto se logra mediante la programación del análisis de datos por medio de algoritmos en los que se establecen o predeterminan unos determinados parámetros¹⁵. En el proceso de la minería de datos y textos se comenzará por una identificación de los materiales que han de ser analizados (fuentes de los datos); estos datos y textos serán "pre-procesados" (lo que supone una selección de los elementos útiles para el estudio) para posteriormente poder ser explotados y transformados pudiendo establecerse una modelización de los mismos (esto es, los datos pueden, por ejemplo, ser clasificados, agrupados, asociados o secuenciados). Una vez los datos han sido transformados se determinará el reconocimiento de determinados patrones y se podrá proceder a la evaluación e interpretación de los mismos¹⁶.

9. En tercer lugar, la minería de datos y textos debe **generar nueva información**. Dicho de otra manera, la minería en este contexto no supone una mera extracción de datos, sino que se centra en la extrapolación de patrones y nuevos conocimientos de los datos (y, eventualmente, fragmentos de texto) que ya ha recogido. Es información nueva se genera mediante las diferentes técnicas de minería que van desde las más sencillas, como es el caso de la elaboración de patrones de seguimiento, a otras más complejas, como es el caso de las técnicas predictivas.

10. Por otro último, esta técnica se aplica sobre **textos y datos** digitalizados. Esta es la cuestión más controvertida en todo este proceso, ya que, si bien podemos encontrar, textos en dominio público y datos de libre uso, sobre muchos de estos elementos existirán derechos exclusivos. En el caso de los "textos" (así como de otros materiales que puedan tener la consideración de obras)¹⁷ es especialmente relevante ya que puede implicar un uso de los derechos exclusivos atribuidos al titular de derechos de autor.

II. La minería de textos y datos frente al derecho

1. Panorama general. Especial referencia a Estados Unidos

11. Los aspectos subrayados en los apartados anteriores permiten extraer dos características que nos servirán de guía para comprender las aristas de la regulación jurídica de esta figura. En primer lugar, haciéndonos eco de la expresión utilizada por *The Economist* de mayo de 2017, podemos afirmar que "los datos son el petróleo del futuro". En segundo lugar y derivado esta característica, el interés económico tanto sobre la protección frente a la minería de textos y datos como en el acceso a los mismos

¹⁵ Estos algoritmos pueden revestir distintas modalidades y tener funcionalidades diferentes, abarcando funciones tales como la extracción de información de textos; la "integración" de textos (esto es, la realización de resúmenes de los documentos de texto para obtener una breve visión general de un documento de texto grande o un conjunto de documentos sobre un tema, pudiendo realizarse de manera extractiva - cuando el resumen consiste en unidades de información extraídas del texto original - y abstracta -cuando el resumen puede contener unidades de información "sintetizadas" que no necesariamente se encuentran en los documentos de texto-); la reducción dimensional de textos o la transferencia de conocimiento. Existen también los llamados métodos de aprendizaje no supervisados a partir de datos de texto (siendo los más comúnmente utilizados los métodos de *clustering* y de *topic modeling*) los métodos de aprendizaje supervisado (*machine learning*), que permiten explotar datos clasificados así como los métodos que permiten la minería interlingüística y de plataformas interactivas (multimedia, *social media*). Vid. CH. C. AGGARWAL Y CH. ZHAI "An introduction to text mining" en CH.C. AGGARWAL Y CH. ZHAI (ed.), *Mining Text Data*, Springer, 2012, pp. 1-10.

¹⁶ A mayor abundamiento, vid, I. H. WITTEN, E. FRANK, M.A. HALL Y CH. J. PAL., *Data mining : practical machine learning tools and techniques*, Morgan Kaufmann series in data management systems, 4ª ed. Elsevier, 2016.

¹⁷ Hay que tener en cuenta que cuando hablamos de tipo de textos y datos ha de entenderse como tal todo tipo de información o documentación susceptible de ser "minada" (esto es, imágenes, videos, canciones). Coincidimos con TRIALLE Y DE MEEÛS D'ARGENTEUIL en la aseveración que realizan sobre el carácter restrictivo de la denominación de "minería texto". Como afirman estos autores, con esta denominación se da la falsa impresión de que las actividades de "minería" (análisis) se aplican exclusivamente a los textos cuando su ámbito de aplicación es bastante más amplio. Según estos autores habría sido más correcta la utilización del término "dato" por su carácter más genérico y porque ya había sido utilizado con este sentido integrador por el legislador europeo en la Directiva de 11 de marzo de 1996 sobre la protección legal de las bases de datos. J.-P. TRIALLE Y J. DE MEEÛS D'ARGENTEUIL, *ob.cit.*, p.8.

para el ejercicio de estas actividades de minería es máximo. Por un lado, el acceso a los datos (y a los textos) por los sistemas de minería de datos permite desarrollar nuevos productos, facilita la innovación y el desarrollo. Por otro lado, la protección de los datos (y textos) frente a la minería permite, entre otras cuestiones, otorgar a su titular una explotación económica de los mismos que será formalizada mediante los contratos (licencias) para la realización de estas actividades.

12. Respecto a esta última cuestión, vamos a encontrarnos con dos tipos de situaciones en las que los datos y textos van a estar protegidos. Por un lado, nos vamos a encontrar con la información que generada en torno a la actividad empresarial y de la que la empresa en cuestión será titular¹⁸. Esta información, por regla general, tendrá carácter confidencial y no será, por ende, divulgada. Esta información, independientemente de la protección que alguno de sus elementos pueda tener por los derechos de propiedad intelectual, será susceptible de estar protegida por el secreto empresarial. En todo caso, si esta información “*in house*” es divulgada por la empresa en internet (por ejemplo, divulgando ciertos datos o cifras), estará normalmente protegida por medidas tecnológicas de seguridad que impedirán su libre acceso. Por otro lado, encontramos otras fuentes de información que pese a ser divulgadas no puede ser libremente utilizadas ya que se encuentran protegidas por derechos de propiedad intelectual (v.gr. derechos de autor, derechos conexos o el derecho sui generis sobre las bases de datos¹⁹).

13. Como vemos la protección por determinadas herramientas de los datos (entendidos en sentido amplio) suponen barreras de acceso a los mismos que impiden o dificultan la actividad de minería de textos y datos, especialmente en el caso de la protección por la propiedad intelectual. No obstante, determinados países se han posicionado respecto a esta cuestión, considerando (directa o indirectamente) a la minería de textos y datos como una excepción a la protección general dada por la propiedad intelectual. Este es el caso de países como Japón²⁰, Israel, Reino Unido²¹, Francia²², Alemania²³ o Estados Unidos.

¹⁸ Esta información comprende desde los datos obtenidos de sus clientes o usuarios a los datos generados por y para la propia empresa o adquiridos por esta (por ejemplo, cifra de negocio, estimaciones futuras, estudios de mercado encargados, o datos - entendiéndose por tal no solo los meros datos sino documentos textuales, gráficos y audiovisuales - adquiridos de otras empresas). En el mismo sentido, vid. A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Propiedad intelectual, inteligencia artificial y libre circulación de datos” en R. EVANGELIO LLORCA, R. Y C. SAIZ GARCÍA (dir.), *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital Europeo*, Tirant-lo-Blanch, 2020, p. 115-124.

¹⁹ Tengamos en cuenta que las bases de datos serán protegidas como obras, si son originales, pero, aunque no lo sean son susceptibles de protección por el denominado derecho “sui generis”. Esta protección, reconocida a nivel europeo por la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DO L 77 de 27.3.1996, p. 20/28, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1996/9/oj>), se extiende “a las recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma”(art.1.2). Como se afirma en el texto del artículo 133.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (TRLPI), “(e)l derecho «sui generis» sobre una base de datos protege la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido”. Esto es, no se protege un conjunto de datos recopilados o creados sin más, sino la inversión realiza en la sistematización y accesibilidad de este conjunto de datos (vid, SSTJCE de 9 de noviembre de 2004 en los asuntos C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd y otros contra William Hill Organization Ltd.*, ECLI:EU:C:2004:695, C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd contra Oy Veikkaus Ab*, ECLI:EU:C:2004:694, C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd contra Svenska Spel AB*, ECLI:EU:C:2004:696 y C-444/02, *Fixtures Marketing Ltd contra Organismos prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP)*, ECLI:EU:C:2004:697 así como la STJUE de 1 de marzo de 2012, asunto C-604/10, *Football Dataco Ltd y otros contra Yahoo! UK Ltd y otros*, ECLI:EU:C:2012:115). Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que, el contenido de una base de datos puede ser susceptible, por sí mismo, de protección por el derecho de autor (si se trata de obras originales). A mayor abundamiento sobre el tema de las bases de datos, ver G. MINERO ALEJANDRE, “Artículos 133-137” en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, Tecnos, 4ª ed., 2017, pp. 1794-1817.

²⁰ Ley de Derecho de Autor, Sec.5, art.47-7 (donde se establece la excepción tanto para la investigación como para su uso no comercial).

²¹ Copyright and Right in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations, n°1.372, vigente desde el 1 de junio de 2014 (que añade un artículo 29A a la Copyright, Designs and Patents Act de 1988).

²² Loi n° 2016-1231, Loi pour une République numérique, de 7 de octubre de 2016 (por la que se introduce esta excepción en los artículos L.122-5,10 y L.342-3,5 del Code de la Propriété Intellectuelle).

²³ Art. 60d Urheberrechtsgesetz, en vigor desde el 1 de marzo de 2018.

14. El caso de Estados Unidos, merece ser mencionado de una manera más detallada ya que la aproximación jurídica realizada en este país suele referenciarse como ejemplo de idoneidad sobre la aproximación jurídica a esta cuestión. Curiosamente, en el caso de Estados Unidos no se aplica una excepción específica como en el resto de ordenamientos jurídicos mencionados, sino que se ha considerado a la minería de datos y textos como una práctica comprendida dentro del “uso justo” (“*fair use*”), por lo que no podrá suponer una infracción de los derechos del autor (siempre y cuando se respeten las condiciones que caracterizan a este “*fair use*”).

15. Explicaremos la afirmación realizada en el párrafo precedente partiendo de una definición sucinta del concepto de “*fair use*” en el ordenamiento estadounidense. El “*fair use*” aparece recogido en el artículo 107 de la Ley estadounidense de derecho de autor, en los siguientes términos: “*No obstante las disposiciones de las secciones 106 y 106A, el uso justo de una obra con derechos de autor, incluido el uso mediante la reproducción en copias o grabaciones fonográficas s o por cualquier otro medio especificado por esa sección, con fines tales como la crítica, el comentario, el reportaje de noticias, la enseñanza (incluidas las copias múltiples para uso en el aula), la educación o la investigación, no constituye una infracción de los derechos de autor. Para determinar si el uso que se hace de una obra en un caso particular es un uso justo, los factores a considerar incluirán: (1) el propósito y el carácter del uso, incluyendo si dicho uso es de naturaleza comercial o si es para fines educativos sin fines de lucro; (2) la naturaleza de la obra protegida por el derechos de autor; (3) la cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación con la obra protegida por derecho de autor en su conjunto; y (4) el efecto del uso en el mercado potencial o para el valor de la obra protegida (...)*”²⁴. En la práctica, la aplicación de las cuatro condiciones contenidas en este precepto tiene carácter casuístico, no siendo, además, estas condiciones cumulativas. Esto es, puede darse su aplicación incluso si no se cumplen todos los factores mencionados, siempre y cuando se considere por el juez suficientemente justificada su aplicación.

16. Este precepto, cuya naturaleza, como vemos, es bastante flexible, ha sido frecuentemente utilizado para facilitar la adaptación (o más bien la protección) de las nuevas tecnologías frente al derecho de autor, especialmente, en el caso de determinados usos de las obras protegidas no previstos originariamente. Tal es el caso de la minería de textos y datos, que ha sido integrada por los tribunales estadounidenses, en numerosas ocasiones, dentro de este concepto de “uso justo” respecto a las bases de datos²⁵.

²⁴ Traducción propia.

²⁵ Dentro de los casos más relevantes en los que ha sido considerado como aplicable el fair use por los tribunales estadounidenses podemos citar los siguientes: Perfect contra Amazon, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007, donde Google usó versiones “miniaturizadas” de imágenes con derechos de autor en su motor de búsqueda e incluyendo enlaces a las imágenes completas que dirigía al usuario a la imagen de tamaño completo en el sitio web del demandante. El Noveno Circuito encontró que el propósito como “herramienta de referencia electrónica” era altamente transformador); A.V. v. iParadigms, LLC (4th Cir. 2009, donde se dirimía la aplicación del “fair use” a la herramienta comercializada por iParadigms bajo el nombre de TurnItIn, que permite a los profesores comparar el trabajo de un estudiante presentado a través del sitio con el contenido disponible en Internet, así como los trabajos presentados previamente al servicio, a fin de determinar si el trabajo había sido plagiado. A pesar de la naturaleza comercial del servicio, el uso se consideró como “altamente transformador”); Fox v. TVEyes (S.D.N.Y. 2014, en este caso, TVEyes grabó todo el contenido de las emisiones de televisión y radio. Luego, utilizando subtítulos y tecnología de voz a texto, TVEyes creó una base de datos con capacidad de búsqueda de ese contenido. Los resultados de la búsqueda incluyeron porciones de las transcripciones de los programas; Authors Guild contra Google, 770 F.Supp.2d 666 (S.D.N.Y. 2011, en este caso, Google escaneó digitalmente los libros de las colecciones de las bibliotecas asociadas e incorporó las obras a una base de datos con capacidad de búsqueda que podía ser utilizada por académicos e investigadores. Los resultados de la búsqueda incluían “fragmentos” de texto sustanciales (un octavo de página). En este caso el tribunal del Distrito Sur de Nueva York aplicable el “fair use” porque Google “transformó el texto del libro en datos con el fin de realizar una investigación sustantiva, incluyendo la extracción de datos y la minería de textos en nuevas áreas, abriendo así nuevos campos de investigación”); White v. West (S.D.N.Y. 2014, en el que se dirimía la aplicación del fair use en la copia, por dos editores, de archivos legales, incluyendo mociones e informes en bases de datos, Westlaw y LexisNexis. Westlaw y LexisNexis agregaron metadatos a los documentos legales copiados que fueron recopilados en sus bases de datos. Estos editores crearon una herramienta de investigación legal interactiva. Los resultados de la búsqueda incluyeron el texto completo de los documentos jurídicos); Authors Guild v. HathiTrust, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014, en este caso HathiTrust digitalizó obras para incluirlas en una base de datos que permitió la extracción de datos y el análisis textual y facilitó la identificación y localización de fuentes de información).

Esta jurisprudencia además ha ido perfilando una serie de aspectos sobre la aplicación del “*fair use*” a la minería de textos y datos que nos parece interesante reseñar:

- En primer lugar, el elemento fundamental que va a ser retenido para aplicar la doctrina del “*fair use*” es el carácter transformador que va a revestir el resultado de la minería de textos y datos realizada. Esto es, el aspecto esencial es que el producto resultante de la aplicación de la técnica de minado en cuestión suponga un elemento completamente diferenciado (v.gr. en su propósito, expresión, carácter) de los datos y textos utilizados durante el proceso de minado.
- En segundo lugar, el carácter comercial del uso realizado no va a ser considerado como insuperable para la aplicación del “*fair use*” siempre y cuando la transformación de los datos y textos sea realmente relevante.
- En tercer lugar, se ha considerado que incluso la copia literal de toda la obra es razonable siempre que sea necesaria para realizar la actividad de minería de datos y textos (por ejemplo, en aquellos casos en que no sea suficiente con el acceso temporal a determinados extractos).
- Por último, parece otorgarse un peso importante al favorecimiento del usuario final. Se subraya que se obtienen nuevos productos y se desarrollan nuevos mercados, sin perjudicar el mercado de la obra original ya que se trata productos complemente distintos y, desde luego, no sustituibles.

2. La nueva excepción contemplada en la DDAMUD

17. Como ya vimos en el punto anterior, a nivel europeo, la implementación de una excepción relativa a la minería de textos y datos aparecía deslavazada, no pudiendo ser integrada, por otro lado, esta actividad (cuando afectaba a obras o prestaciones protegidas por derecho de autor o por el derecho sui generis sobre las bases de datos) dentro de las excepciones existentes²⁶.

18. Esta situación unida al hecho de que, contractualmente pueden existir cláusulas en las licencias otorgadas a investigadores que excluyen la minería de textos y datos (incluidos en contenidos accesibles a través de open *access*)²⁷ forjan la necesidad de crear una excepción adaptada a este supuesto²⁸. Es por esto que, después de un proceloso recorrido²⁹, se integran en el texto de la DDAMUD, no uno sino dos preceptos relativos a la excepción para la minería de textos y datos (arts. 3 y 4), ya que se

²⁶ Recordemos que pese a la existencia, con anterioridad a la promulgación de la DDAMUD, de determinados límites y excepciones que podrían cubrir estos actos (v.gr. actos temporales de reproducción, excepción para la investigación, copia para uso privado, uso normal de una base de datos, extracción de una parte no sustancial de una base de datos), los investigadores se encontraban con importantes dificultades y dudas sobre la aplicación real de los mismos. Vid. CH. GEIGER, G. FROSIO Y O. BULAYENKO, “Text and Data Mining: Articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU” en C.SAIZ GARCÍA, R. EVANGELIO LLORCA (dir.) *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 36-45. Encontramos este problema reflejado en el propio texto de la Directiva, donde en su considerando 5 se establece: “*En los ámbitos de la investigación, la innovación, la educación y la conservación del patrimonio cultural, las tecnologías digitales permiten nuevos tipos de usos que no están claramente enmarcados por las normas vigentes de la Unión sobre excepciones y limitaciones. Por otra parte, el carácter optativo de las excepciones y limitaciones establecidas en las Directivas 96/9/CE, 2001/29/CE, y 2009/24/CE en esos ámbitos pueden afectar negativamente al funcionamiento del mercado interior, especialmente en el caso de los usos transfronterizos, que ocupan un lugar cada vez más importante en el entorno digital. Por consiguiente, procede evaluar de nuevo en función de esos nuevos usos las excepciones y limitaciones vigentes establecidas por el Derecho de la Unión que sean pertinentes para la investigación científica, la innovación, la enseñanza y la conservación del patrimonio cultural. Es conveniente establecer excepciones o limitaciones obligatorias con respecto a los usos de tecnologías de minería de textos y datos, (...)*” así como en el considerando 10 (“*(e)l Derecho de la Unión establece determinadas excepciones y limitaciones con respecto a los usos con fines de investigación científica que pueden aplicarse a los actos de minería de textos y datos. Con todo, esas excepciones y limitaciones tienen carácter optativo y no están plenamente adaptadas al uso de las tecnologías en la investigación científica*”).

²⁷ Considerando 10 DDAMUD.

²⁸ Sobre la (im)pertinencia esta medida y las oportunidades perdidas volveremos más adelante (ver III.1).

²⁹ Sobre esta cuestión vid. CH. GEIGER, G. FROSIO Y O. BULAYENKO, ob.cit. pp. 54 y ss. , B. OTERO GONZÁLEZ, ob.cit. pp. 83-89.

contempla también, aunque de manera bastante limitada, la posibilidad de crear una excepción para la minería de datos realizada con fines comerciales (esto es no puramente investigadores).

19. Aunque ambos artículos contemplan la actividad de minería de textos y datos bajo un mismo presupuesto (el acceso lícito o legítimo) las condiciones concretas en las que se configura la excepción para cada uno de estos supuestos de ellos es muy distinta debido a dos condicionantes, por un lado, el conjunto de características subjetivas de la entidad que realiza la actividad de minería y, por otro, la finalidad por la que se realiza la actividad de minería de textos y datos.

20. En primer lugar, respecto al ámbito sustantivo de aplicación, el **artículo 3** se aplica exclusivamente a los **organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural** mientras que el **4** se aplica a **cualquier tipo de organización** (pública o privada) siempre que no quede comprendida ni sustantiva ni materialmente en el artículo 3. La propia DDAMUD determina que sujetos quedan comprendidos en las categorías establecidas en el artículo 3. Así por organismos de investigación hemos de entender: “*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 reinvertiendo 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*” (art. 2,1 DDAMUD). Por otro lado, como institución responsable del patrimonio cultural habría de entenderse “*una biblioteca o un museo accesibles al público, un archivo o una institución responsable del patrimonio cinematográfico o sonoro*” (art. 2,2 DDAMUD).

21. En segundo lugar, en lo concerniente al ámbito material de aplicación de una u otra excepción estaríamos a la finalidad de la actividad realizada por la entidad en cuestión, siendo de aplicación el artículo 3 solamente en el caso de que la actividad de la minería de textos y datos se realice con fines de investigación.³⁰

22. Teniendo en cuenta los aspectos anteriormente señalados, las características y el contenido de la excepción van a ser distintos. Así nos encontramos con que en el artículo 3 se establece la obligatoriedad del respeto a esta excepción mientras que en el caso del artículo 4, se prevé que la aplicación sea aplicable en aquellos casos en los que no haya una reserva expresa. Dicho de otro modo, el titular de derechos no puede impedir contractualmente³¹ la minería de datos (respecto a los derechos que veremos a continuación) si la misma se realiza por los sujetos contemplados en el artículo 3 para la actividad investigadora; no obstante, si puede establecer “barreras” contractuales de acceso en el caso de otros sujetos o incluso en el caso de estos mismos sujetos del artículo 3 si no realizan la minería con fines de investigación. Vemos pues que el margen de aplicación de la excepción no es excesivamente amplio. Junto con esto además hemos de reseñar que esta excepción, si bien se establece en ambos casos para los artículos 5, letra a), y 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE³², el artículo 2³³ de la Directiva 2001/29/CE, y el artículo 15³⁴, apartado 1, de la DDAMUD con respecto a las reproducciones y extracciones de obras

³⁰ Sobre esta cuestión ver infra. Por otro lado, habrían de tenerse en cuenta los posibles conflictos en caso de investigadores o investigaciones comprendidos en un art.83 LOU suscrito con una institución privada o empresa.

³¹ No obstante, si se pueden aplicar por el titular medidas técnicas de protección (ver infra).

³² Se permite, por tanto, respecto a las bases de datos, “*la reproducción temporal o permanente, total o parcial, por cualquier medio y de cualquier forma*” así como “*la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta*”.

³³ Recordemos que la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, versa sobre la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Mediante la nueva excepción se permite “*la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte*” de las obras o prestaciones para los fines de minería de textos y datos.

³⁴ Esto se, se consideran afectadas por la excepción las publicaciones de prensa accesibles on line.

y otras prestaciones accesibles, en el artículo 4 se prevé también para el caso del artículo 4, apartado 1, letras a) y b)³⁵, de la Directiva 2009/24/CE.

23. En tercer lugar, otra diferencia fundamental y ciertamente difusa en su contenido, es la determinación en ambos artículos de la duración de la conservación de las copias, reproducciones o extracciones³⁶. En el apartado 2 del artículo 3 se establece que estas “*se almacenarán con un nivel adecuado de seguridad y podrán conservarse con fines de investigación científica, en particular para la verificación de resultados de la investigación*” y en el apartado 2 del artículo 4 se habla de que “*podrán conservarse durante todo el tiempo que sea necesario para fines de minería de textos y datos*”.

24. Por último, ambas excepciones aparece “mitigadas” en ambos artículos. Por un lado, el artículo 3 en su apartado 3 determina que “*(l)os titulares de derechos estarán autorizados a aplicar medidas para garantizar la seguridad e integridad de las redes y bases de datos en que estén almacenadas las obras u otras prestaciones. Dichas medidas no irán más allá de lo necesario para lograr ese objetivo*”. Estamos con González Otero, en que, al permitir la aplicación de las medidas tecnológicas de protección se puede llegar “*a atentar contra los usos privilegiados de los usuarios*” y que habría sido preciso que la DDAMUD estableciera de forma estricta que estas medidas no podrían impedir el ejercicio de las nuevas excepciones planteadas³⁷. Por su parte, como ya mencionamos, el artículo 4 en su apartado 3 establece una especie de sistema de opt-out, afirmando que: “*(l)a excepción o limitación establecida en el apartado 1 se aplicará a condición de que el uso de las 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*”.

III. Aspectos problemáticos y reflexiones generales

1. Luces y sombras de la nueva regulación europea: la necesidad de la adopción de un derecho de autor más “flexible”

25. Numerosos han sido los comentarios y críticas que ha suscitado la introducción de la excepción para la minería de textos y datos desde el Borrador de la DDAMUD³⁸. Si bien es cierto que se suele reconocer con carácter general, el aspecto positivo del establecimiento de una mayor seguridad jurídica en la realización de la actividad de minería de textos y datos por los organismos de investigación públi-

³⁵ En esta Directiva se establece la “*protección jurídica sobre los programas de ordenador, afectando la excepción a la reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria*” y a la “*traducción, adaptación, arreglo y cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos*”.

³⁶ Aunque en el capítulo 3 solo se mencione las copias, se debería entender, en nuestra opinión, dado el contenido de la propia excepción, tanto las reproducciones como las extracciones realizadas durante esta actividad.

³⁷ Vid. González Otero, *ob.cit.*, p.98.

³⁸ Vid. i.a. R. HILTY Y H. RICHTER, “Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules Part B Exceptions and Limitations (Art. 3 – Text and Data Mining)” 14 de enero de 2017. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 17-02 (<https://ssrn.com/abstract=2900110> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2900110>, última visita 5 de enero de 2020); CH. GEIGER, G. FROSIO Y O. BULAYENKO “The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects” 2 marzo 2018). Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper No. 2018-02 (<https://ssrn.com/abstract=3160586> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3160586>, última visita 5 de enero de 2020); CH. GEIGER, G. FROSIO Y O. BULAYENKO, “Text and Data Mining: Articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU” en C.SAIZ GARCÍA, R. EVANGELIO LLORCA (dir.) *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant Lo Blanch, 2020, pp.27-71; CH. GEIGER, G. FROSIO Y O. BULAYENKO, “Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform: Making the EU Ready for an Age of Big Data?”. IIC 49, 814-844 (2018) doi:10.1007/s40319-018-0722-2; TH. MARGONI Y M. KRETSCHMER (2018), “The Text and Data Mining exception in the Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Why it is not what EU copyright law needs”(disponible en <https://www.create.ac.uk/blog/2018/04/25/why-tdm-exception-copyright-directive-digital-single-market-not-what-eu-copyright-needs/>, última visita 5 de enero de 2020).

cos y de patrimonio cultural, es también lugar común considerar esta nueva regulación como un intento demasiado rígido y conservador frente a una realidad mucho más flexible y dinámica.

26. Podría decirse que las “sombras” en esta regulación son bastante más “alargadas” que sus “luces”. En primer lugar, como puede deducirse fácilmente de la lectura de la sección anterior, el alcance real de la excepción es significativamente limitado.

Por otro lado, la posibilidad del establecimiento de medidas tecnológicas de protección así como la modulación contractual en el caso de la excepción contemplada en el artículo 4 abren la puerta a posibles conflictos y abusos.

Por añadidura, como apunta González Otero³⁹, estas diferencias en el acceso en función de la tipología de usuarios así como las medidas de protección que pueden implementarse, puede llegar a tener consecuencias negativas en el desarrollo de ciertas innovaciones, especialmente en el ámbito de la inteligencia artificial al preferirse potencialmente datos de fácil acceso, aunque sean de baja calidad, con el fin de evitar infracciones.

27. Por último (pero no por ello menos importante), la competitividad de las empresas europeas puede quedar también limitada debido a que en otros países se utilizan concepciones mucho más flexibles, como es el caso del “*fair use*” en Estados Unidos, para justificar la minería de textos y datos, incluso en aquellos casos donde dicha minería se utiliza con fines comerciales. Si bien es cierto que pese a la existencia del “*fair use*”, la minería de textos y datos podría quedar limitada contractualmente por el titular de los derechos en estos países, sería conveniente, al menos desde el punto de vista de política legislativa, realizar una revisión del sistema europeo para poder introducir una mayor flexibilidad.

28. La Unión Europea debe determinar claramente los principios que van a marcar su política regulación de la economía digital ya que estos afectan la innovación y a la competitividad europea tanto a nivel interno como internacional. Como ha sido lúcidamente apuntado por la doctrina, la UE se ha debatido entre el principio de libre circulación de los datos y el de libre flujo de los datos, pareciendo, especialmente después de la DDAMUD haber preferido el primero de ellos. Como explica López-Tarruella, las implicaciones de elegir entre uno y otro principio son significativamente importantes. Así, de haber optado por el principio de libre circulación de datos en general, debería evitarse cualquier medida que supiera un obstáculo a su libre flujo, lo cual implicaría una flexibilización del sistema de protección sobre los datos (y textos). No obstante, al preferir una libre circulación de los datos y no libre flujo, los obstáculos, siempre que sean proporcionados y justificados, generados a la libre circulación de estos datos, serían considerados como lícitos.⁴⁰ No obstante, en nuestra opinión, habría sido más pertinente, teniendo en cuenta los factores mencionados (impulso a la innovación, competitividad, internacionalización y naturaleza de la actividad) una regulación mucho más flexible que pudiera consagrar realmente el libre flujo de los datos.

29. Por otro lado, es realmente necesario, a nuestro entender, replantearse seriamente a nivel europeo el impulso del llamado “*flexible copyright*” en la aplicación de la regla de los tres pasos (*three-step rules*)⁴¹, especialmente en aras de permitir la actividad innovadora o transformativa. Como ya ha sido en numerosas ocasiones apuntado por la doctrina en los últimos años⁴², pese a la actual rigidez en la

³⁹ B. GONZÁLEZ OTERO, *ob.cit.*, p.100.

⁴⁰ A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *ob.cit.*, p. 112.

⁴¹ La prueba de los tres pasos fue promulgada por primera vez en la revisión del Convenio de Berna, en 1967, donde se dispone que se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de las obras **en determinados casos especiales**, con tal que esa reproducción **no atente a la explotación normal de la obra** ni cause un perjuicio injustificado a los **intereses legítimos del autor**. Este precepto aparece recogido en nuestra legislación interna en el artículo 40bis de la TRLPI, aunque de una manera ciertamente peculiar, ya que, como indica Ramón Casas, no incluye tres pasos sino solo dos y además se altera el orden habitual en las normas internacionales. A mayor abundamiento sobre esta cuestión y sobre la implementación internacional y nacional de la regla de los tres pasos, ver R. CASAS VALLÉS, “Artículo 40 bis”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (COORD.), *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*. Tecnos, 4ª ed., 201

⁴² Vid. i.a. H. COHEN JEHOAM, “Is there a hidden agenda behind the general non-implementation of the EU three-step test?”, en *European Intellectual Property Review – EIPR*, v. 31, nº 8, 2009, CH. GEIGER, J. GRIFFITHS, JONATHAN Y M. HILTY,

aplicación por los tribunales europeos de esta regla, esta fue concebida y puede ser utilizada como “*un instrumento de equilibrio flexible que ofrece a los responsables de la formulación de políticas nacionales un respiro para la creación de un sistema apropiado de excepciones y límites de derecho de autor a nivel nacional, incluida la opción de adoptar disposiciones abiertas y flexibles que regulen las excepciones y límites a nivel nacional*”⁴³. Nos parece oportuno, a la luz de la necesidad de equilibrar el derecho de autor con los intereses en conflicto, en particular el impulso a la innovación, que se implementaran interpretaciones más flexibles en el futuro.

2. La potencial consideración del acceso a los datos (y textos) como una facilidad esencial

30. Cómo decíamos al inicio de este artículo, los datos se han convertido en el petróleo de nuestra época. Estos datos, son necesarios, hasta el punto de poder ser considerados como un recurso esencial. Evidentemente, si los datos son de libre acceso y los textos (u otros materiales) se encuentran libres de derechos el acceso a estas fuentes necesarias para la minería no tendrán ningún tipo de limitación (al menos *a priori*, ya que, como hemos visto que pueden existir medidas técnicas sobre los mismo).

31. No obstante, la posible restricción contractual al acceso para el minado de datos y textos puede llegar a suponer un freno a esta innovación. Tengamos en cuenta que no sólo estamos hablando en este caso de materiales protegidos por derecho de autor, sino otro tipo de datos y documentos que pueden ser propiedad o titularidad de una empresa determinada, esto es, situaciones en la cuales se produce una exclusividad. Cabría, pues, plantearse la posibilidad de la aplicación de la doctrina de los recursos esenciales en aquellos casos en los que existe una negativa a contratar o, incluso, una contratación en términos que se pudieran considerar como abusivos (tarifas excesivas, inequitativas o discriminatorias).

32. Es pertinente recordar que la doctrina de las facilidades esenciales se aplica en casos específicos en los cuales existen una serie de elementos que podemos resumir de la siguiente manera: en primer lugar es necesaria la capacidad de la empresa titular del recurso indispensable para restringir la competencia en un mercado descendente por razón de la negativa, la ausencia de competencia por la falta de acceso al recurso en el mercado para el cual este es requerido como input, los efectos negativos para el bienestar del consumidor y la ausencia de una justificación objetiva.

33. Un ejemplo que podría considerarse pertinente por su similitud a la cuestión tratada sería el caso *Magill*⁴⁴. Recordemos que en este caso se dirimía la negativa por parte de una serie de cadenas de

“Towards a “Three-step Test” in Copyright Law”, en *European Intellectual Property Review – EIPR*, 2008, pp. 489-492, P.B. HUGENHOLTZ, AND M. SENFTLEBEN, “Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities” (14 de noviembre de 2011), (<https://ssrn.com/abstract=1959554> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1959554>, última visita, 5 enero 2020), R. VAN DER NOLL Y OTROS, *Flexible Copyright, The Law and Economics of Introducing an Open Norm in the Netherlands*, Amsterdam, 2012 (https://www.ivir.nl/publicaties/download/Flexible_Copyright.pdf, última visita, 5 de enero de 2020), J. GRIFFITHS, “The ‘Three-Step Test’” en *European Copyright Law - Problems and Solutions*, 2009 <http://ssrn.com/abstract=1476968>). R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La regulación legal de los límites en las legislaciones comunitaria y española”, en X. O’CALLAGHAN (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, 2011, p. 340; A.LUCAS Y P. CÁMARA ÁGUILA, “Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos, o por qué hay que evitar la imprecisión: un estudio sobre la “Declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en Derecho de autor”, en *Pe.i – Revista de propiedad intelectual*, nº 33, 2009, pp. 31-3, F. CARBAJO CASCÓN, *Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual*, Colex, 2002, p.138 a 145, R. XALABARDER, “Límites a los derechos de propiedad intelectual para fines educativos en Internet”, en *Pe.i – Revista de Propiedad Intelectual*, nº 29, 2008, pp. 83-85. En la amplia literatura sobre el tema se han desarrollado varios enfoques alternativos (v.gr. una comprensión del test de las tres etapas como un test de proporcionalidad refinado, el uso de sus criterios abstractos como factores a sopesar en un ejercicio de equilibrio global y una lectura inversa del test empezando por el último criterio que es el más flexible) y se han realizado propuestas de formalización como la realizada en el art.5.5 del European Copyright Code propuesto por The Wittem Project (<http://www.copyrightcode.eu/index.php?websiteid=3>, última visita 5 enero de 2020).

⁴³ CH. GEIGER, D. GERVAIS Y M. SENFTLEBEN, “The Three-Step-Test Revisited: How to Use the Testts Flexibility” in *National Copyright Law. American University International Law Review*, vol.29, Issue 3, 2014, p. 626 y 626.

⁴⁴ Este caso fue tratado, en primer lugar, por la Comisión Europea en su Decisión IV/31.851, *Magill TV Guide/ITP*, BBC y RTE; DO 1989, L 78, p. 43. Esta decisión fue recurrida ante el Tribunal de Primera Instancia y, posteriormente, ante el

televisión a conceder licencias a una revista sobre las listas de sus programas de televisión (esto es, las parrillas de programas que se iba a emitir, la cadena el día y la hora y el título de los programas). Esta revista pretendía agrupar, de forma exhaustiva, esta información y ofrecerla sistematizada y acompañada de comentarios e imágenes obtenidas de otros recurrentes en una guía sobre todas las cadenas de televisión. En este caso, se determinó el abuso de la posición dominante de estas cadenas considerando que esta negativa en el contratación perjudicaba intereses de los consumidores, eliminando del mercado un producto nuevo, y, por ende, obstaculizando la competencia efectiva en un mercado secundario. Además, en este caso, *“las recurrentes se reservaron mediante su comportamiento un mercado secundario,(...), puesto que las recurrentes negaban el acceso a la información básica, materia prima indispensable para la elaboración de dicha guía”*⁴⁵.

34. El problema existente en este caso, es el cumplimiento de todos los requisitos mencionados, especialmente, la prueba del carácter realmente indispensable de los datos en cuestión hasta el punto de causar una restricción de la competencia, y, por otro, el hecho de que no exista una justificación objetiva respecto a esta negativa, especialmente en el caso de tratarse de datos protegidos por secreto industrial.

35. Pese a que esta solución pueda aplicarse en determinados supuestos, vemos que la misma supone un “parche” a un problema que se podía haber solucionado desde la implementación de una política más flexible en este ámbito. En definitiva, se hace cada vez más necesaria la integración de ciertas nociones del llamado *“flexible copyright”* para poder seguir la cadencia de la evolución tecnológica y no generar ineficiencias en el mercado debido a la generación a causa de la legislación de ritmos desacompasados así como de la determinación de políticas facilitadoras del libre flujo de los datos.

Si me permiten el símil ecuestre, si la Unión Europea continua cinchando de esta manera tan rígida al potro salvaje de la minería de datos probablemente el jinete empresarial acabe por tierra y maltrecho. Es necesario buscar una montura más a la medida de este fenómeno para poder mantener ya no solo el trote sino el galope a nivel internacional. En nuestra opinión, teniendo en cuenta el panorama existente y en aras de la seguridad jurídica, tal vez habría sido deseable la adopción en el texto del artículo 4 DDAMUD de una fórmula similar a la ya propuesta por The Witten Group en el art. 5.4.(2) del European Copyright Code, donde se planteaba un derecho de mera remuneración para el uso de ciertas obras y prestaciones (entre ellas, las bases de datos) en aras de incentivar la competencia, siempre y cuando dicho uso fuera indispensable para competir en el mercado de productos derivados, existiera un rechazo por parte del titular a otorgar una licencia en términos razonables y que esta utilización no perjudicase los intereses legítimos del titular del derecho de autor sobre la obra⁴⁶.

Tribunal de Justicia quien dirimió finalmente este asunto en su Sentencia de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas, ECLI:EU:C:1995:98.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas, ECLI:EU:C:1995:98, párr. 56.

⁴⁶ Vid. <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2622/wittem-group-european-copyright-code.pdf> (última consulta 5 de enero de 2020).