

# SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DEL AUTOR Y DEL EMPRESARIO EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL

## Régimen del empresario en el ámbito de la propiedad intelectual

<b>CAPÍTULO I: LAS INDUSTRIAS CULTURALES Y CREATIVAS Y EL CAMBIO.....</b>	<b>5</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
A. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO .....	5
B. OBJETIVO DEL ESTUDIO.....	10
C. METODOLOGÍA.....	12
D. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS .....	14
<b>II. EL CONCEPTO DE DIGITALIZACIÓN .....</b>	<b>16</b>
A. EL SISTEMA DIGITAL Y SUS CARACTERÍSTICAS .....	17
B. FACTORES DE LA POPULARIZACIÓN DEL SISTEMA DIGITAL: ELECTRÓNICA DE CONSUMO Y TELECOMUNICACIONES ...	18
1. <i>Electrónica de consumo</i> .....	19
2. <i>Telecomunicaciones y servicios de red</i> .....	19
C. CONCEPTO DE DIGITALIZACIÓN.....	23
<b>III. SITUACIÓN TECNOLÓGICA DE LOS USUARIOS ESPAÑOLES Y CAMBIO EN LOS HÁBITOS DE CONSUMO EN LAS INDUSTRIAS CULTURALES Y CREATIVAS .....</b>	<b>23</b>
A. EQUIPOS DE ELECTRÓNICA DE CONSUMO DE LOS HOGARES ESPAÑOLES.....	24
1. <i>Dotación actual de equipos digitales</i> .....	24
2. <i>Caso particular: televisión y radio digital</i> .....	26
3. <i>Conclusiones respecto a la dotación de equipos</i> .....	27
B. ACCESO A REDES DE LOS CONSUMIDORES ESPAÑOLES .....	29
1. <i>Definición y tipologías de red</i> .....	29
2. <i>Situación del acceso a redes de telecomunicaciones por parte de los usuarios en España</i> .....	32
3. <i>Conclusiones respecto del acceso a redes de telecomunicaciones</i> .....	34
C. USO DE LA TECNOLOGÍA Y HÁBITOS DE CONSUMO CULTURAL.....	34
<b>IV. LOS INTERESES Y SU PROTECCIÓN .....</b>	<b>36</b>
A. INTERESES EN JUEGO, POLÍTICA LEGISLATIVA Y PROPIEDAD INTELECTUAL .....	37
B. ¿NECESIDAD DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL PARA FOMENTAR LA CREATIVIDAD? .....	41
C. LA ESTRUCTURA DE LA PROTECCIÓN .....	43
1. <i>El eje del sistema: el derecho de exclusiva</i> .....	43
2. <i>Agentes objeto de protección</i> .....	43
<b>V. CONCLUSIONES .....</b>	<b>45</b>
<b>CAPÍTULO II: LA INDUSTRIA EDITORIAL.....</b>	<b>47</b>
PRIMERA PARTE: EL MERCADO EDITORIAL .....	47
<b>I. DESCRIPCIÓN DEL MERCADO EDITORIAL TRADICIONAL .....</b>	<b>47</b>
A. PERIÓDICOS .....	47
B. REVISTAS.....	49
C. LIBROS .....	50
1. <i>El ciclo editorial</i> .....	51
2. <i>La cadena editorial</i> .....	53
<b>II. EL MERCADO Y CAMBIOS EN LOS MODELOS DE NEGOCIO .....</b>	<b>55</b>
A. PERIÓDICOS .....	55
B. REVISTAS.....	60
C. LIBROS .....	60

\*\*\*

SEGUNDA PARTE: LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE EL AUTOR Y EL EMPRESARIO EN EL MERCADO

EDITORIAL.....	70
<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>70</b>
<b>II. LAS FIGURAS DEL EDITOR, EL IMPRESOR, EL DISTRIBUIDOR Y EL AUTOR.....</b>	<b>71</b>
A. EL EDITOR.....	72
B. EL DISTRIBUIDOR Y EL IMPRESOR.....	75
1. <i>Distribuidor</i> .....	75
2. <i>Impresor</i> .....	76
3. <i>Conclusiones sobre la figura del distribuidor e impresor</i> .....	77
C. EL AUTOR.....	78
<b>III. LA RELACIÓN PRINCIPAL ENTRE AUTOR Y EDITOR: EL CONTRATO DE EDICIÓN .....</b>	<b>82</b>
A. INTERESES, RIESGOS Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN LA RELACIÓN EDITOR-AUTOR: RÉGIMEN GENERAL.....	82
1. <i>Medidas de protección de los intereses del autor</i> .....	84
2. <i>Medidas de protección de los intereses del editor</i> .....	119
3. <i>Medidas de equilibrio entre los intereses del autor y del editor</i> .....	141
4. <i>Omisiones del sistema de protección de intereses: la duración</i> .....	157
B. EL CASO PARTICULAR DE LA EDICIÓN EN FORMA DE LIBRO .....	159
1. <i>Lengua</i> .....	160
2. <i>Anticipo</i> .....	162
3. <i>Modalidad</i> .....	163
4. <i>Colecciones</i> .....	163
C. EL CASO PARTICULAR DE LAS PUBLICACIONES PERIÓDICAS .....	165
1. <i>Regulación de las publicaciones periódicas en la LPI</i> .....	166
2. <i>La regulación de las publicaciones periódicas en el entorno digital</i> .....	169
<b>IV. OTRAS RELACIONES QUE AFECTAN AL AUTOR Y AL EDITOR .....</b>	<b>191</b>
A. CONTRATO DE ENCARGO DE OBRA .....	192
B. PLURALIDAD DE CONTRIBUCIONES Y SUS RELACIONES CONTRACTUALES .....	195
1. <i>La obra en colaboración</i> .....	195
2. <i>La obra colectiva</i> .....	196
3. <i>La obra compuesta</i> .....	197
C. PLURALIDAD DE EDITORES Y SUS RELACIONES CONTRACTUALES .....	197
1. <i>El contrato de coedición</i> .....	198
D. CONTRATOS EN FUNCIÓN DE LA ASUNCIÓN DEL RIESGO .....	201
1. <i>Contrato de sello editorial</i> .....	202
2. <i>Contrato a cuenta del autor</i> .....	203
3. <i>Contrato de cuentas a medias</i> .....	204
E. CONTRATO DE IMPRESIÓN Y CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN .....	205
1. <i>Contrato de impresión</i> .....	206
2. <i>Contrato de distribución</i> .....	207
F. CONTRATOS GRATUITOS .....	208

**CAPÍTULO III: LA INDUSTRIA MUSICAL ..... 212**

PRIMERA PARTE: EL MERCADO MUSICAL ..... 212

<b>I. DESCRIPCIÓN DEL MERCADO MUSICAL TRADICIONAL .....</b>	<b>212</b>
<b>II. EL MERCADO Y CAMBIOS EN LOS MODELOS DE NEGOCIO .....</b>	<b>215</b>

SEGUNDA PARTE: LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE EL AUTOR Y EL EMPRESARIO EN EL MERCADO

MUSICAL..... 222

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>222</b>
<b>II. LA RELACIÓN ENTRE EL AUTOR Y EL EMPRESARIO: EL CONTRATO DE EDICIÓN MUSICAL.....</b>	<b>223</b>
A. LAS FIGURAS DEL AUTOR, EL EDITOR, EL ARTISTA INTÉRPRETE O EJECUTANTE Y EL PRODUCTOR FONOGRAFICO ....	223
1. <i>El autor</i> .....	224
2. <i>El editor musical</i> .....	232
3. <i>El productor</i> .....	233

4.	<i>El artista intérprete o ejecutante</i> .....	237
B.	LA RELACIÓN DEL AUTOR Y EL EMPRESARIO: EL CONTRATO DE EDICIÓN MUSICAL .....	241
1.	<i>Intereses, riesgos y medidas de protección en la relación editor-autor</i> .....	241
C.	EL CASO PARTICULAR DE LA EDICIÓN DE PARTITURAS.....	250
<b>III.</b>	<b>LA RELACIÓN ENTRE EL AUTOR Y EL EMPRESARIO ESCÉNICO: EL CONTRATO DE REPRESENTACIÓN TEATRAL Y EJECUCIÓN MUSICAL.....</b>	<b>251</b>
1.	<i>Las figuras del autor y el empresario teatral</i> .....	253
2.	<i>Relación del autor y el empresario: el contrato de representación teatral y ejecución musical</i> .....	267

## **CAPÍTULO IV: LA INDUSTRIA AUDIOVISUAL..... 344**

	PARTE PRIMERA: EL MERCADO AUDIOVISUAL.....	344
<b>I.</b>	<b>DESCRIPCIÓN DEL MERCADO AUDIOVISUAL TRADICIONAL.....</b>	<b>344</b>
<b>II.</b>	<b>EL MERCADO Y CAMBIOS EN LOS MODELOS DE NEGOCIO .....</b>	<b>347</b>
A.	SALAS DE EXHIBICIÓN .....	347
B.	ACCESO CONDICIONAL.....	350
C.	VENTA Y ALQUILER DE PELÍCULAS: VIDEOCLUBES .....	351
D.	TELEVISIÓN .....	352
1.	<i>El impacto de la modalidad bajo demanda en la televisión</i> .....	354
2.	<i>El impacto en el concepto de televisión</i> .....	356

### SEGUNDA PARTE: LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE EL AUTOR Y EL EMPRESARIO EN EL MERCADO AUDIOVISUAL..... 358

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>358</b>
<b>II.</b>	<b>LAS FIGURAS DEL AUTOR, PRODUCTOR Y ARTISTA INTÉRPRETE O EJECUTANTE .....</b>	<b>358</b>
A.	EL AUTOR DE LA OBRA AUDIOVISUAL .....	358
1.	<i>Director-realizador</i> .....	360
2.	<i>Guionista</i> .....	361
3.	<i>Compositor</i> .....	362
4.	<i>Otros intervinientes: ¿pueden tener la consideración de autores?</i> .....	363
B.	ARTISTAS INTÉRPRETES Y EJECUTANTES: EL ACTOR.....	366
C.	EL PRODUCTOR .....	372
1.	<i>La obra audiovisual</i> .....	373
2.	<i>La mera grabación</i> .....	384
<b>III.</b>	<b>REGULACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE EL AUTOR Y EL PRODUCTOR: CONTRATO DE PRODUCCIÓN AUDIOVISUAL.....</b>	<b>390</b>
A.	MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DEL PRODUCTOR.....	392
1.	<i>Presunción de cesión de los derechos a favor del productor</i> .....	392
2.	<i>Presunción de cesión de los derechos del autor de la obra preexistente</i> .....	402
3.	<i>Establecimiento de un derecho conexo a favor del productor</i> .....	404
4.	<i>Aportación incompleta de un autor</i> .....	406
5.	<i>Establecimiento de la versión definitiva</i> .....	410
6.	<i>Modificación de la obra</i> .....	413
B.	MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LOS AUTORES.....	420
1.	<i>Explotación de las aportaciones individuales</i> .....	420
2.	<i>Remuneración</i> .....	422
3.	<i>Otras ventanas de explotación para el autor: el derecho de transformación</i> .....	440
4.	<i>El derecho moral: destrucción del soporte original</i> .....	441
C.	MEDIDAS DE EQUILIBRIO DE LOS INTERESES DEL AUTOR Y DEL EMPRESARIO .....	444

## **CAPÍTULO V: EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE AUTORES Y EMPRESARIOS..... 445**

I.	<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>445</b>
II.	<b>¿ES NECESARIO UN SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DEL AUTOR Y DEL EMPRESARIO?</b> .....	<b>446</b>
III.	<b>EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: INTERESES DEL AUTOR, DEL EMPRESARIO Y DEL PÚBLICO</b> .....	<b>450</b>
A.	EL INTERÉS DEL PÚBLICO: EL ACCESO A LA CULTURA .....	450
1.	<i>¿Por qué es importante el acceso a la cultura?</i> .....	450
2.	<i>Movimientos en defensa del acceso a la cultura: el dominio público y la cultura libre</i> .....	453
3.	<i>Los límites: una alternativa</i> .....	462
4.	<i>El interés del público y las tendencias legislativas</i> .....	464
5.	<i>El interés público en los nuevos modelos de negocio</i> .....	470
IV.	<b>EL EQUILIBRIO EN LA PROTECCIÓN CON LOS NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO</b> .....	<b>476</b>
A.	LA CREACIÓN: EL CONCEPTO DE AUTOR .....	477
1.	<i>Cambios en las formas de creación</i> .....	477
2.	<i>Un solo enfoque legislativo para muchos perfiles de autor</i> .....	478
3.	<i>Los tipos de autor y la creatividad</i> .....	482
B.	LA PRODUCCIÓN Y LA DISTRIBUCIÓN: CAMBIOS EN LA GESTIÓN .....	485
C.	DOS DESEQUILIBRIOS RELEVANTES EN LA CADENA DE VALOR A FAVOR DE LOS DERECHOS DE EXCLUSIVA .....	489
1.	<i>La autonomía de la voluntad frente a los derechos de remuneración irrenunciable y de gestión colectiva</i> .....	490
2.	<i>La excesiva duración de los derechos</i> .....	492
	 <b>CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES</b> .....	 <b>496</b>
1.	<i>Un entorno de cambio</i> .....	496
2.	<i>La industria editorial</i> .....	497
3.	<i>La industria musical</i> .....	512
4.	<i>La industria audiovisual</i> .....	522
5.	<i>El sistema de protección de los intereses de los autores y empresarios</i> .....	530
	 <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	 <b>535</b>

# CAPÍTULO I: LAS INDUSTRIAS CULTURALES Y CREATIVAS Y EL CAMBIO

## I. INTRODUCCIÓN

### A. Justificación del trabajo

Durante las últimas décadas hemos asistido a una serie de cambios sociales, económicos y tecnológicos difíciles de calibrar con tan poca perspectiva histórica. Seguramente la tecnología ha sido el factor más determinante en esos cambios. Los avances tecnológicos desarrollados durante este periodo han influido en casi todos los aspectos de la vida social y económica, tanto en el ámbito privado como en el público, cambiando desde la manera de relacionarnos hasta la manera de comerciar. Muestra de la envergadura de estos cambios es que hay quien sostiene (entre otros la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información auspiciada por las Naciones Unidas) la idea de que hemos asistido a una «Revolución Digital»<sup>1</sup>, definida en contraposición a la «Revolución Industrial».

Desde un punto de vista sociológico, la citada Revolución Digital y los cambios provocados por ésta llevan a los sociólogos a considerar que hemos entrado en una nueva «era» o «sociedad». Esta nueva sociedad ha recibido múltiples denominaciones, siendo la más extendida la de «Sociedad de la Información»<sup>2</sup> (por contraposición a la Sociedad Industrial<sup>3</sup>).

---

<sup>1</sup> La Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información responde a la pregunta «¿Qué es la Revolución Digital?» de la siguiente manera: «El rápido desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones y la innovación de los sistemas digitales representan una revolución, que ha cambiado fundamentalmente la manera en que la gente piensa, actúa, comunica, trabaja y gana su sustento. La llamada revolución digital ha forjado nuevas modalidades de crear conocimientos, educar a la población y transmitir información. Ha reestructurado la forma en que los países hacen negocios y rigen su economía, se gobiernan y comprometen políticamente. Ha proporcionado la entrega rápida de ayuda humanitaria y asistencia sanitaria, y una nueva visión de protección del medio ambiente. Y hasta ha creado nuevas formas de entretenimiento y ocio» (sitio oficial de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información: [https://www.itu.int/net/wsis/basic/faqs\\_answer.asp?lang=es&faq\\_id=42](https://www.itu.int/net/wsis/basic/faqs_answer.asp?lang=es&faq_id=42)).

<sup>2</sup> El concepto de «Sociedad de la Información» se empieza a acuñar en los años cincuenta por aquellos que empezaban a entender el papel central de la información tanto como factor de producción como producto. En el informe *La sociedad de la información en España* de Telefónica se nos presentan, de manera concisa y exacta, los hitos más relevantes en el proceso de formación del concepto (FUNDACIÓN TELEFÓNICA, *La sociedad de la información en España. Presente y perspectivas 2000*, pp. 17-18). No obstante, existe consenso en admitir que la generalización del concepto «Sociedad de la Información» se la debemos a la obra de Yoneji MASUDA, publicada en 1980, *La sociedad informatizada como sociedad post-industrial*.

Como suele suceder con este tipo de conceptos, sería difícil encontrar una definición que agradase a todo el mundo. El citado informe de Telefónica recoge siete definiciones de lo que se entiende por «Sociedad de la Información», al margen de la definición que ellos mismos aportan. De las siete definiciones me parece que debemos destacar dos para podernos hacer una correcta idea de lo que

No es objeto del presente trabajo entrar en cuestiones sociológicas, pero entiendo que es necesaria, a efectos de encuadrar el análisis jurídico que se va a realizar, la asunción de la opinión generalmente aceptada entre los sociólogos de que estamos viviendo en una sociedad que ha experimentado unos cambios sociales y económicos que han transformado nuestra forma de comportamiento colectivo<sup>4</sup>. Tal y como dice el profesor CASTELLS, «al final del siglo xx, hemos vivido uno de esos raros intervalos de la historia. Un intervalo caracterizado por la transformación de nuestra "cultura material" por obra de un nuevo paradigma tecnológico organizado en torno a las tecnologías de la información»<sup>5</sup>.

Se ha destacado el papel central de la tecnología en este cambio sociológico. Sin entrar en excesivo detalle, no me gustaría caer en el reduccionismo de atribuir todos los cambios sociales producidos en la última década a los cambios tecnológicos. Existe consenso en que los cambios políticos e ideológicos<sup>6</sup> también han influido decisivamente en la transformación de la sociedad, junto a la tecnología. No estamos ante realidades independientes sin conexión, sino que unas influyen en las otras y viceversa. Creo que no se entendería el profundo cambio social ciñéndonos únicamente a las novedades tecnológicas.

Los cambios expuestos también se han traducido en un impacto directo en los procesos y formas de producción de muchos bienes y

---

pretendemos definir con Sociedad de la Información (FUNDACIÓN TELEFÓNICA, *La sociedad de la información en España. Presente y perspectivas 2000*, pp. 18-20).

En primer lugar, se hace imprescindible reproducir la definición que tiene en su haber la divulgación del concepto del que hablamos. MASUDA define la Sociedad de la Información como la «que crece y se desarrolla alrededor de la información y aporta un florecimiento general de la creatividad intelectual humana, en lugar de un aumento material».

La segunda definición, más descriptiva, la encontramos en el *Libro Verde sobre la Sociedad de la Información en Portugal* (1997), de donde extraemos que se trata de «una forma de desarrollo económico y social en el que la adquisición, almacenamiento, procesamiento, evaluación, transmisión, distribución y diseminación de la información con vistas a la creación de conocimiento y a la satisfacción de las necesidades de las personas y de las organizaciones juega un papel central en la actividad económica, en la creación de riqueza y en la definición de la calidad de vida y las prácticas culturales de los ciudadanos». Sin entrar en un análisis pormenorizado de la definición, entiendo que es muy ilustrativa respecto de qué ha provocado el cambio, por qué se ha producido y a qué afecta (no olvidemos que el impacto de la Sociedad de la Información va más allá del terreno económico).

También es interesante la argumentación del profesor CASTELLS en la que sintetiza todos los indicios que nos demuestran que estamos ante una nueva cultura (M. CASTELLS, *La era de la información. Fin del milenio*, vol. 3, pp. 410-421).

<sup>3</sup> Como dice MASUDA: «Será la producción de valores de información, y no la de valores materiales, la fuerza conductora motriz que está detrás de la formación y desarrollo de la sociedad» (Y. MASUDA, *La sociedad informatizada como sociedad post-industrial*, p. 46).

<sup>4</sup> Debemos apuntar que no se trata de una transformación local o que afecte únicamente al mundo occidental. Estamos hablando de una transformación a nivel global. No obstante, debemos resaltar que la población del mundo subdesarrollado no tiene la misma accesibilidad a la «Revolución Digital», por lo que hablamos de la existencia de una «Brecha Digital» que se intenta reducir. No obstante, la citada brecha no es una cuestión que no afecte a los países desarrollados, pues dentro de las fronteras de éstos también existe una brecha digital entre la población que tiene acceso a la digitalización y la que no.

<sup>5</sup> M. CASTELLS, *La era de la información. La Sociedad Red*, vol. 1, p.p. 60.

<sup>6</sup> Los cambios ideológicos y políticos son múltiples aunque quizá el mayor haya sido la desaparición del comunismo como sistema político.

servicios, en especial de aquellos cuyo objeto son los denominados bienes inmateriales<sup>7</sup> o intangibles<sup>8</sup>. Estos cambios no sólo han modificado la forma de producción sino que en muchas ocasiones también han alterado los hábitos de consumo. Se han acuñado términos y teorías para referirse a esta nueva forma de organización de la producción basada en las tecnologías de la información y las telecomunicaciones (economía digital<sup>9</sup>, economía del conocimiento<sup>10</sup>, capitalismo del conocimiento, etc.).

De entre todas las industrias que se han visto afectadas por los cambios aquí descritos, este trabajo quiere centrarse en las denominadas industrias culturales y creativas.

El concepto de industria cultural (o industrias culturales) se lo debemos a ADORNO y HORKHEIMER, quienes lo acuñaron en un famoso artículo de finales de los años cuarenta denominado «La industria cultural. Ilustración como engaño de masas»<sup>11</sup>. Posteriormente, en 1967, el propio ADORNO volvería a reflexionar sobre el concepto de industria cultural para reafirmarse en el mismo, con la misma visión pesimista<sup>12</sup> que la primera vez. Independientemente de la ideología subyacente y de las revisiones que ha tenido por parte de múltiples autores, el término se ha consolidado con éxito para referirse a los sectores de la economía dedicados a la creación de bienes y/o a la prestación de servicios culturales (incluyendo el entretenimiento, el arte, el diseño o la gastronomía, entre otros).

---

<sup>7</sup> Siguiendo a ASCARELLI, los bienes inmateriales «son creaciones intelectuales a las que se refieren derechos absolutos» (T. ASCARELLI, *Teoría de la competencia y de los bienes inmateriales*, p. 40).

<sup>8</sup> La importancia de este tipo de bienes ha sido incluso reconocida por la normativa contable que permite su activación (Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad).

<sup>9</sup> Término adoptado por el U. S. Department of Commerce y acuñado por TAPSCOTT en 1995 en un libro dedicado a dicho concepto (D. TAPSCOTT, *The Digital Economy: Rethinking Promise and Peril In The Age of Networked Intelligence*, p. 15).

<sup>10</sup> Término que se deriva de la Sociedad del Conocimiento que se atribuye a DRUCKER en su obra de 1969 *The Age of Discontinuity: Guidelines to our Changing Society* (p. 263) . El concepto de Sociedad del Conocimiento, que se contrapone al ya visto de Sociedad de la Información, es preferido por algunas instituciones como UNESCO (*Etapas hacia las Sociedades del Conocimiento*, p. 18). La diferencia es que los partidarios de la Sociedad del Conocimiento consideran que el acceso a la información, *per se*, no implica la incorporación de conocimientos ya que éstos se elaboran a partir de la información.

<sup>11</sup> T. ADORNO y M. HORKHEIMER, «La industria cultural. Ilustración como engaño de masas», en *Dialéctica de la Ilustración*, p. 165.

<sup>12</sup> «La industria cultural es la integración deliberada de los consumidores, en su más alto nivel. Integra por la fuerza incluso aquellos dominios separados desde hace milenios del arte superior y el arte inferior. Perjudicando a los dos. El arte superior se ve frustrado en su seriedad por la especulación sobre el efecto; al arte inferior se le quita con su domesticación civilizadora el elemento de naturaleza resistente y ruda que le era inherente, desde que no estaba controlado enteramente por el superior. La industria cultural tiene en cuenta sin duda el estado de conciencia e inconciencia de los millones de personas a las que se dirige, pero las masas no son el factor primordial sino un elemento secundario, un elemento de cálculo; un accesorio de la maquinaria. El consumidor no es rey, como querría la industria; no es el sujeto, sino el objeto. El término *mass media* que se le ha impuesto a la industria cultural, no hace sino minimizar el fenómeno. Sin embargo, no se trata en primer lugar de las masas, ni de las técnicas de comunicación como tales, sino del espíritu que les es insuflado a través de la voz de su conductor» (T. ADORNO, «La industria cultural», en *La industria cultural*, p. 7).

Junto al concepto de industria cultural (o como *reacción a*, según se quiera ver) nace el concepto de industria creativa, cuyo antecedente se sitúa en la política iniciada por el gobierno laborista australiano de Paul Keating, reflejada en el documento «Creative Nation: Commonwealth Cultural Policy»<sup>13</sup>. Sin embargo, es el primer gobierno británico de Tony Blair en 1997 el que institucionaliza este concepto al constituir la *Creative Industries Task Force* en el seno del Department of Culture, Media and Sport. El citado departamento elabora un informe en el año 1998 («Creative Industries Mapping Document») destinado a identificar la actividad en el sector creativo, entendiendo que está conformado por aquellas industrias dedicadas a la generación y explotación de la propiedad intelectual<sup>14</sup>. Dicho concepto es adoptado por la Unión Europea y la UNESCO, entre otros, aunque sin compartir una definición exacta sobre el contenido de dichas industrias.

Es habitual encontrar ambos conceptos fundidos en una misma fórmula, «industrias culturales y creativas», que hace referencia a dos realidades difíciles de separar en ocasiones. Aunque ya he afirmado que no existe una definición de consenso de las mismas, me parece oportuno adoptar la que expresó la Comisión Europea en el Libro Verde *Liberar el potencial de las industrias culturales y creativas*:

«Las “industrias culturales” son las que producen y distribuyen bienes o servicios que, en el momento en el que se están creando, se considera que tienen un atributo, uso o fin específico que incorpora o transmite expresiones culturales, con independencia del valor comercial que puedan tener. Además de los tradicionales sectores artísticos (artes escénicas y visuales, o patrimonio cultural, incluido el sector público), también abarcan el cine, el sector del DVD y el vídeo, la televisión y la radio, los juegos de vídeo, los nuevos medios de comunicación, la música, los libros y la prensa. Este concepto se define en relación con las expresiones culturales en el contexto de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la

---

<sup>13</sup> GOVERNMENT OF AUSTRALIA, *Creative Nation: Commonwealth Cultural Policy*, October, 1994. Disponible en: <http://pandora.nla.gov.au/pan/21336/20031011-0000/www.nla.gov.au/creative.nation/contents.html>.

<sup>14</sup> En el informe de 2001 se ofrece el concepto de industria cultural (DEPARTMENT FOR CULTURE, MEDIA & SPORT, *Creative Industries Mapping Document 2001*, p. 5):

«In revisiting the Creative Industries Mapping Document we have retained the original definition of the creative industries as “those industries which have their origin in individual creativity, skill and talent and which have a potential for wealth and job creation through the generation and exploitation of intellectual property”.

Similarly, we retain the same coverage, taking the creative industries to include advertising, architecture, the art and antiques market, crafts, design, designer fashion, film and video, interactive leisure software, music, the performing arts, publishing, software and computer services, television and radio.

We also recognise the close economic relationships with other sectors such as tourism, hospitality, museums and galleries, heritage and sport».



protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales.

Las "industrias creativas" son aquéllas que utilizan la cultura como material y tienen una dimensión cultural, aunque su producción sea principalmente funcional. Entre ellas se incluyen la arquitectura y el diseño, que integran elementos creativos en procesos más amplios, así como subsectores tales como el diseño gráfico, el diseño de moda o la publicidad.»<sup>15</sup>

Como apuntábamos, los cambios tecnológicos, sociales y económicos generales que se exponen al principio de este apartado afectan de manera especialmente intensa a las que hemos definido como industrias culturales y creativas. Tanto es así que el citado Libro Verde ya apuntaba:

«este nuevo entorno cambia sustancialmente los modelos tradicionales de producción y consumo, lo que representa un desafío al sistema a través del cual la comunidad de creadores ha conseguido hasta ahora sacar valor del contenido. La repercusión varía ampliamente según la empresa y está influida por el lugar que ocupa una empresa concreta en la cadena de valor. El valor económico se está desplazando hacia el final de la cadena, lo cual, en determinados sectores, afecta a la retribución efectiva de la creación. Además, partes de las industrias de contenido, en especial las que crean contenido grabado, se han visto muy afectadas por la piratería y las pérdidas en las ventas de soportes físicos (p. ej., CD y DVD), que han dañado su desarrollo, reducido su base de ingresos y, por consiguiente, limitado su potencial para generar empleo e inversión. Por este motivo, la industria también debe desarrollar modelos empresariales nuevos e innovadores.»

Esta preocupación sigue latente en las instituciones europeas que han aprobado la Agenda Digital con vistas a crear un mercado único digital<sup>16</sup>.

De lo dicho se deduce que estamos asistiendo a un cambio estructural en las industrias culturales y creativas que merece atención. Como ya se ha apuntado al definir las industrias creativas, la generación y explotación de propiedad intelectual está en el núcleo mismo de estas industrias, por lo que la regulación de la misma va a tener un impacto decisivo en la dirección en la que se desarrollen los

---

<sup>15</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde. Liberar el potencial de las industrias culturales y creativas*, p. 6.

<sup>16</sup> Comunicación, de 19 de mayo de 2010, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Agenda digital para Europa» [COM(2010) 245 final]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010DC0245&from=ES>.

modelos de negocio de las diferentes empresas que participan en el sector.

Dado que es, lógicamente, inabarcable un estudio de todos los aspectos de la propiedad intelectual que afectan a estas industrias, ha sido necesario acotar el objeto de este trabajo. En primer lugar, se aborda únicamente la regulación de la propiedad intelectual que afecta a los sectores editorial, musical y audiovisual por entender que son aquellos que se ven más bruscamente afectados por los cambios. En segundo lugar, mi interés se centra en las relaciones entre los creadores y los empresarios a través de los contratos previstos para cada sector en el 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.

Creo que el ámbito de análisis del trabajo permite tener una visión suficientemente amplia de las modificaciones estructurales que se están produciendo en tres sectores relevantes, tanto para la economía como para la cultura, a la vez que es lo suficientemente concreto como para permitir entrar a examinar las cuestiones concretas de Derecho positivo que les afectan y poder, en su caso, realizar propuestas orientadas por esa visión global y estructural de la industria. El hecho de centrarme en la relación entre los autores y los empresarios parte de que en el mercado unos sujetos tienen encomendada la labor de crear (los autores), y otros la labor de gestionar las creaciones para que éstas lleguen al mercado y sean accesibles al público (los empresarios). Para que este binomio funcione y fluya la cultura hacia la sociedad, debe existir un equilibrio de la protección de los intereses de ambos. Creo que ese equilibrio es la piedra angular del buen funcionamiento del sistema.

## **B. Objetivo del estudio**

Partiendo de la base de que existe un proceso de transformación de las industrias culturales y creativas (y en particular del sector editorial, musical y editorial) que merecen un análisis desde el punto de vista del Derecho, es mi objetivo intentar dilucidar si el actual sistema de protección de los intereses de los autores y empresarios contemplado en los contratos regulados en el 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, se adecúa a los nuevos modelos de negocio nacidos de la revolución que viven estas industrias.

El objetivo enunciado en el párrafo anterior busca analizar si las posibilidades que brindan las nuevas formas de producción cultural son viables bajo el punto de vista de nuestra Ley de Propiedad Intelectual. Como es lógico, la vigente normativa responde a los modelos de negocio que existían en el momento de su creación (a la que se han sumado multitud de modificaciones legislativas para procurar adaptar el texto a las nuevas realidades). Mi objetivo consiste en analizar si la actual redacción de esta Ley se adapta bien a las actuales y a las posibles futuras relaciones entre la parte creativa y la empresarial en las tres industrias citadas. En concreto, el objeto del análisis serán las relaciones entre el autor y el empresario que se producen i) en el sector editorial (escritor–editor), ii) en el sector musical (compositor–editor–productor/empresario teatral) y iii) en el sector audiovisual (autor de obra audiovisual–productor). Dejaré al margen el sector de las bases de datos y de los programas de ordenador, así como el de las artes aplicadas.

Dentro de cada sector me centraré en las relaciones contractuales establecidas por el legislador para canalizar la relación entre el creador y el empresario. En el sector editorial analizaré el contrato de edición, aunque será necesario hacer referencias a otros contratos para entender los límites de este primero. En el sector musical me centraré en el contrato de edición musical y en el contrato de representación teatral y ejecución musical. Aunque se hará alguna referencia, no analizaré el contrato de producción musical puesto que la relación principal, a ojos de la Ley, se debe realizar a través del contrato de edición musical y el de producción no está regulado. Por último, analizaré el contrato de producción audiovisual, que es el único contrato que prevé el legislador para la relación entre autor y empresario en esta industria, pese a que no lo regula de manera expresa.

Tanto puede ser que la legislación actual se adapte a la realidad del mercado y que los intereses del creador y del empresario estén suficientemente protegidos, sin necesidad de modificación alguna (o necesitados de pequeñas modificaciones), como que se detecte que los cambios en los modelos de negocio han dejado obsoleta la protección de las partes, por lo que los intereses del autor o del empresario se ven desprotegidos en la nueva dinámica de mercado. En este segundo caso se pretende ofrecer propuestas de modificación para su adaptación a las nuevas realidades.

Es importante manifestar que no pretendo adivinar el futuro desde un punto de vista de mercado sino tan sólo basarme en las tendencias (presentes o futuras) que apuntan los expertos en estos campos para intentar dilucidar si la legislación está preparada para que los nuevos modelos sean desarrollados. Dependiendo del contenido concreto de la regulación de la propiedad intelectual, se estará permitiendo o

prohibiendo, incentivando o desincentivando un modelo u otro, lo que tiene un impacto directo sobre la libertad de empresa. Esto llevará a un estudio de múltiples aspectos cuyo resultado será una suma de propuestas, siendo difícil su síntesis.

### C. Metodología

Como dice el profesor LATORRE, «el Derecho no existe para ser objeto de reflexiones y elaboraciones académicas, sino para ser aplicado»<sup>17</sup>. En coherencia con este planteamiento, considero que es necesario establecer dos premisas para la elaboración de este trabajo.

La primera premisa es conocer la realidad que se pretende regular. Por esa razón, se intentará exponer y comprender i) tanto la nueva realidad tecnológica a la que se enfrentan las industrias culturales y creativas, ii) como la realidad de cada una de las industrias a las que afecta (editorial, musical y audiovisual).

La segunda premisa es determinar con claridad cuáles son los intereses del autor y del empresario que se pretenden proteger a través de la normativa, así como si la misma es idónea o no. En otras palabras, utilizar la realidad para identificar los conflictos, analizar las soluciones propuestas por el legislador y procurar enjuiciarlas. Seguramente la elección de cada conflicto no será neutra y existirán múltiples soluciones<sup>18</sup>.

Como escribe BAYLOS CORROZA, «la realización de esa doble función cognoscitiva y normativa que ha de atribuirse a la categorización de la realidad jurídica dependerá, pues, por una parte de la atención que se dispense a la observación y comprensión de la realidad, y, por otra, del hecho de que la operación en sí misma represente ya una justa solución a los intereses en juego, es decir, que sea algo más que el resultado de una comparación desarrollada en el terreno puro de la lógica»<sup>19</sup>.

En cuanto a la estructura del trabajo, el mismo se compone de seis capítulos. En el presente capítulo analizaremos en qué consisten los cambios tecnológicos que afectan a las industrias culturales y

---

<sup>17</sup> Á. LATORRE, *Introducción al Derecho*, p. 70.

<sup>18</sup> A través del estudio de la política legislativa pretendemos evitar el error de iniciar el estudio de los problemas individuales que se nos plantean sin realizar una reflexión previa sobre cuál es la función del Derecho en este campo. Como dice BAYLOS CORROZA, «el derecho es un instrumento al servicio de la vida humana y que su justificación se encuentra en habilitar soluciones que posibiliten al hombre la realización de sus fines individuales y sociales» (H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, 2.ª ed., p. 374). Por tanto, no sería lógico iniciar un análisis sin conocer cuáles son esos fines individuales y sociales.

<sup>19</sup> H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, 2.ª ed., p. 374.

creativas en general. También se analizará si estos cambios tienen el potencial para afectar a la realidad española. Dado que estamos ante un análisis que afecta por igual a todas las industrias culturales y creativas me ha parecido adecuado situarla en este primer capítulo del que parten los restantes.

Los capítulos segundo, tercero y cuarto se dedicarán al estudio de los sectores editorial, musical y audiovisual. Cada uno de estos capítulos cuenta con una primera parte en la que se trazan las líneas generales de cada sector desde un punto de vista económico o de mercado. Con esta descripción de las tendencias de mercado no se pretende realizar un análisis económico, lo que sería imprudente por mi parte, sino únicamente exponer los principales cambios que han constatado los expertos en estos sectores con la única finalidad de establecer las bases sobre las que deberá apoyarse la reflexión jurídica. La segunda parte de cada capítulo se dedicará al análisis de los intereses de autor y empresario, así como a la regulación que afecta a cada uno de éstos. El motivo de que la realidad específica de cada industria se exponga antes del análisis de los preceptos jurídicos que la afectan es reforzar la idea de que el Derecho tiene que estar al servicio de la realidad y no al revés.

El análisis de los preceptos de la Ley no se realizará en forma de comentario de cada uno de los artículos por el orden en el que aparecen en el texto legal, sino que se organizará la exposición en función de lo que he denominado «medidas» para la defensa de un interés digno de protección, es decir, el conjunto de previsiones legales que pueden agruparse por tener en común la protección del mismo interés. Me parece un sistema expositivo más adecuado al objetivo de este trabajo que el del comentario de cada artículo.

Aunque habrá oportunidad de profundizar en este aspecto, adelanto que muchas medidas no son «puras» en el sentido de que, en ocasiones, una misma medida protege más de un interés, aunque con diferente intensidad. Por tanto, la clasificación de la medida en función del interés que protege (del autor, del empresario o el acceso a la cultura) la realizaré en función del interés principal al que creo que atiende.

En el capítulo quinto se realizará una breve reflexión sobre la necesidad del equilibrio entre la protección de los intereses del autor y del empresario a la luz de lo analizado en los capítulos precedentes y de su inevitable relación con la generación de conocimiento y acceso a la cultura por parte de la sociedad.

El capítulo sexto y último contendrá las conclusiones derivadas de los cinco primeros capítulos.

Soy consciente de que existe cierta desproporción entre la longitud de los capítulos segundo, tercero y cuarto, dedicados a las industrias editorial, musical y audiovisual, respectivamente, y los capítulos primero y quinto. La razón de la mayor extensión de los capítulos dedicados a las industrias se debe a que el análisis de cada una de ellas y de la regulación que las afecta requiere de un mayor comentario que el necesario para las reflexiones de los capítulos primero y quinto. No me ha parecido adecuado, desde un punto de vista expositivo, dividir los capítulos en los que se analiza cada industria puesto que la sistemática adoptada (la agrupación en medidas, que en ocasiones afectan a más de un interés digno de protección) hace necesario la unidad del capítulo.

Finalmente, se debe señalar que me limitaré al estudio del Derecho español, sin entrar en cuestiones de Derecho comparado, salvo en casos muy puntuales. Tampoco se abordará la problemática de Derecho internacional consistente en las dificultades de aplicación de la Ley por la diversidad de jurisdicciones.

#### **D. Cuestiones terminológicas**

Antes de abordar la problemática propia del presente trabajo, parece obligado detenerse en el apartado terminológico para aclarar determinadas cuestiones y evitar posibles confusiones en la comprensión de este estudio.

En primer lugar, al objeto de este trabajo, nos centraremos, como se ha dicho, en la industria<sup>20</sup> y no tanto en el mercado<sup>21</sup>, pese a que se puedan realizar referencias al mismo cuando incluyamos a los usuarios en el análisis. Utilizaré el término «sector» como sinónimo de industria y haré referencia a las industrias (o sectores) editorial, musical y audiovisual como realidad incluida en el concepto más amplio de industria cultural y creativa.

En segundo lugar, se puede constatar que en el terreno en el que nos movemos resulta difícil encontrar una terminología universalmente aceptada para designar los conceptos al uso, empezando por la denominación de la propia disciplina. Solemos utilizar los términos «derecho de autor», «propiedad intelectual» o «copyright», entre otros, para referirnos a una misma realidad.

---

<sup>20</sup> Los conceptos mercado e industria, pese a que los utilizamos prácticamente como sinónimos, se diferencian en que el mercado hace referencia tanto a los compradores como a los vendedores, mientras que la industria únicamente se refiere a los vendedores de un determinado mercado (A. B. ALBARRAN, *Media Economics: understanding markets, industries and concepts*, p. 26).

<sup>21</sup> Definimos mercado como «cualquier conjunto de mecanismos mediante los cuales los compradores y los vendedores de un bien entran en contacto para comercialarlo» (S. FISCHER, R. DORNBUSCH y R. SCHMALENSEE, *Economía*, p. 53).

Tal y como explica BAYLOS CORROZA, las razones por las que se defiende una u otra terminología nacen tanto de las concepciones de los distintos sistemas de propiedad intelectual como de las circunstancias históricas en las que los mismos surgen<sup>22</sup>. Esto nos lleva a afirmar que la terminología que cada cual utiliza es un reflejo de su propia concepción sobre la institución de los derechos de autor.

Pese a que la rúbrica de este apartado sea «cuestiones terminológicas», es evidente que no estamos ante una mera cuestión terminológica ya que la elección de uno u otro término no es neutra, dado que tiene implicaciones conceptuales<sup>23</sup>. Puesto que discutir sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor escapa al objeto del presente trabajo, nos interesa resaltar que la terminología empleada no implica la adscripción a ninguna teoría sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor. En otras palabras, la terminología adoptada en la presente obra pretende ser ideológicamente neutra.

Atendiendo a la tradición legislativa española<sup>24</sup> optaremos por la utilización del término «propiedad intelectual»<sup>25</sup> para referirnos tanto a los derechos del autor como a los derechos denominados conexos, vecinos o afines<sup>26</sup>. También utilizaremos dicho término, en ocasiones, para referirnos al sistema de protección de los intereses de autores y empresarios.

Para referirnos a las obras objeto de protección, también utilizaremos los términos bienes inmateriales o intangibles.

---

<sup>22</sup> El profesor BAYLOS mantiene que el término «propiedad intelectual» tiene su fundamento en los iusnaturalistas revolucionarios del siglo XVIII que consideraban «el derecho de autor como una de las propiedades más legítimas y naturales» (H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, 1.ª ed., p. 81). También nos explica que la doctrina alemana prefiere el término «derecho de autor» (*Urheberrecht*) puesto que no consideran que nos encontremos ante una verdadera propiedad, aparte de considerar que el derecho de autor no tiene un carácter meramente patrimonialista. Por su parte, el sistema anglosajón adopta el término «copyright», que designa un contenido bastante inferior al que concedemos a la propiedad intelectual en el Derecho continental.

<sup>23</sup> J. PLAZA PENADÉS, *propiedad intelectual y Sociedad de la Información*, p. 31. Si, por ejemplo, se adopta la terminología «propiedad intelectual», puede darse a entender que nos encontramos ante una propiedad especial o *sui generis*. No obstante, si utilizamos la denominación «derecho sobre bienes inmateriales» podemos dar a entender todo lo contrario.

<sup>24</sup> J. PLAZA PENADÉS, *propiedad intelectual y Sociedad de la Información*, p. 54.

<sup>25</sup> Existe cierta unanimidad en utilizar el término *copyright* para designar la propiedad intelectual de tradición anglosajona. Los términos propiedad intelectual y derecho de autor, los utilizados tradicionalmente en Derecho continental, se emplean casi como sinónimos. Como dice ROGEL VIDE, «cuando se habla de derecho de autor se pone el acento en el titular del derecho; cuando se habla, por el contrario, de propiedad intelectual, se está identificando el derecho mismo» (C. ROGEL VIDE, «La enseñanza del Derecho de Autor en España y el Derecho Civil como marco teórico de la misma», en *Estudios Completos de propiedad intelectual*, p. 14). Es interesante también la diferente concepción, desde el punto de vista norteamericano que expresa BALDWIN, para quien el *copyright* ve la cultura como una mercancía. Sus productos pueden ser vendidos, intercambiados, igual que cualquier otro tipo de propiedad. En cambio, el derecho de autor continental va contra el mercado, especialmente por sus derechos morales (P. BALDWIN, *The copyright wars. Three Centuries of Trans-Atlantic battle*, p. 15).

<sup>26</sup> P. PLAZA PENADÉS, *propiedad intelectual y Sociedad de la Información*, p. 34.

## II. EL CONCEPTO DE DIGITALIZACIÓN

Como ya he afirmado, creo que reducir los cambios que se están produciendo en la industria cultural y creativa únicamente a la tecnología sería un reduccionismo, ya que confluyen muchos más elementos sociológicos y políticos. Sin embargo, la tecnología juega un papel importante en ese cambio. Además, el cambio tecnológico también tiene consecuencias jurídicas. Como explica el profesor DÍEZ-PICAZO, «desde el punto de vista jurídico, el problema más importante que plantea lo que hemos llamado el cambio tecnológico o técnico-científico, consiste en la aparición de una serie de actividades y de instrumentos de la actividad humana que constituyen una transformación general de la vida. Lo que se ha llamado un mundo tecnificado es, por una parte, un mundo sometido a un proceso de racionalización, pero es también un mundo en el que se han ampliado las posibilidades de la libertad humana. Aparecen así una serie de fenómenos que, en cuanto supuestos de hechos de normas jurídicas son enteramente inéditos. De una manera radical, el problema jurídico consiste en que los comportamientos y las actividades desplegadas con o en virtud de la tecnificación no se encuentran previstos por la legislación anterior y constituyen de este modo auténticas lagunas en los textos legales».<sup>27</sup>

Por todo ello, creo conveniente para la exposición de los siguientes capítulos, realizar una breve explicación sobre el hecho técnico que ha tenido más influencia en el cambio: la adopción del sistema digital por la tecnología. Tradicionalmente, muchos estudios sobre propiedad intelectual en la Sociedad de la Información toman como eje central del cambio la creación de Internet. Entiendo que Internet forma una parte exageradamente importante en la transformación, quizá la más importante, sin embargo, existen muchas actividades al margen de Internet que también afectan al cambio, por lo que entiendo que la raíz de la revolución no está sólo en la Red de Redes sino en la tecnología digital (que también utiliza Internet).

Desde el punto de vista de la propiedad intelectual, la digitalización permite la conversión de las obras analógicas a formato digital, o la creación directamente en ese formato, con lo que veremos que conlleva. Este fenómeno provoca que exista una ruptura entre la obra y el soporte material de la misma, en otras palabras, el *corpus mechanicum* se convierte en intangible. Esa ruptura provoca que las

---

<sup>27</sup> L. DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, p. 305. El profesor DÍEZ-PICAZO continúa explicando que «Una laguna de la ley existe no sólo cuando falta un texto legal aplicable al hecho discutido, sino también en aquellos casos en que, aun pudiendo ser encajado el hecho nuevo en un marco textual por permitirlo la amplitud de éste, falta el ajuste entre el conjunto de condicionamientos exteriores que fueron implícitamente tenidos en cuenta por el legislador y aquellos que se producen en la nueva situación. Por ello, un cambio tecnológico origina siempre una laguna legal. El problema no es hacer entrar o salir como en fórceps el hecho nuevo en un texto anacrónico, sino integrar la laguna legal de acuerdo a los sistemas generales de integración» (L. DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, p. 306).



obras sean más fáciles de copiar y de difundirse (con la ayuda de Internet, la convergencia tecnológica y el avance de la informática de consumo). En palabras del profesor CASTELLS, «el proceso actual de transformación tecnológica se expande de forma exponencial por su capacidad para crear una interfaz entre los campos tecnológicos mediante un lenguaje digital común en el que la información se genera, se almacena, se recobra, se procesa y se transmite. Vivimos en un mundo que, en expresión de Nicholas Negroponte, se ha vuelto digital»<sup>28</sup>.

## A. El sistema digital y sus características

La adopción del sistema digital por parte de la tecnología es el elemento que ha revolucionado nuestra sociedad con especial incidencia en el mundo de la propiedad intelectual. Corresponde ahora explicar qué es un sistema digital para entender la revolución que ha supuesto.

Un sistema digital es «cualquier dispositivo destinado a la generación, transmisión, procesamiento o almacenamiento de señales digitales»<sup>29</sup>, siendo las señales digitales aquellas que representan unos determinados datos (p. ej., un libro o una fotografía) en código binario, es decir, como combinaciones de los números 1 y 0.

El sistema digital se define también por contraposición al sistema analógico, que es el sistema empleado tradicionalmente por la tecnología. El sistema analógico convierte los datos a señales analógicas, es decir, aquellas que expresan los datos a través de impulsos eléctricos. Actualmente conviven los dos sistemas, existiendo un progresivo abandono del sistema analógico a favor del sistema digital.

Puede que la mera descripción de ambos sistemas no nos revele la importancia del abandono de uno en favor del otro. Sin embargo, si comparamos como usuarios las prestaciones de los equipos analógicos de uso no tan lejano (por ejemplo, el videocasete, el radiocasete, o la cámara fotográfica) con sus equivalentes digitales (equipos y plataformas digitales de música o televisión, *smartphones*, cámaras digitales, etc.) se comprende fácilmente el significado de esta evolución.

---

<sup>28</sup> M. CASTELLS, *La era de la información. La Sociedad Red*, vol. 1, p. 60.

<sup>29</sup> WIKIPEDIA, [http://es.wikipedia.org/wiki/Sistema\\_digital](http://es.wikipedia.org/wiki/Sistema_digital).

En palabras del profesor Paul GOLDSTEIN: «Tres características contribuyen a que la forma digital sea casi irresistible: la fidelidad, la compresión y la maleabilidad»<sup>30</sup>.

Las tres características son de fácil comprobación práctica. En primer lugar, la calidad de una canción en formato digital es muy superior a la de una canción en soporte analógico. Además, la realización de copias de una canción en formato digital no degrada la calidad de sonido de las copias, ocurriendo lo contrario con la canción en formato analógico.

En cuanto a la compresión, es evidente que los soportes digitales, día a día, aumentan su capacidad de almacenar y de procesar información. Fijémonos, por ejemplo, en la evolución de capacidad de memoria de un teléfono móvil. Una característica asociada a la compresión es la de durabilidad. Las obras almacenadas en formato digital, al ser una expresión de ceros y unos, tienen una duración ilimitada. Por el contrario, cuando almacenamos la misma canción en un formato analógico (por ejemplo, un disco de vinilo) la obra tendrá la misma «vida» que su soporte físico.

El tercer gran atractivo del formato digital es la capacidad que tiene cualquier usuario, sin necesidad de ser un profesional del sonido y la imagen, de manipular las obras digitales. Pensemos lo fácil que es hoy en día retocar una fotografía o realizar una copia de la misma utilizando únicamente el ordenador y un sencillo programa. De la misma forma, se puede descomponer y recomponer cualquier obra en formato digital lo que, como veremos, facilita su transmisión.

Todas las características enumeradas provocan que exista una gran profusión en el uso del formato digital en todos los sectores de nuestra actividad, desde la banca hasta hospitales, donde cada vez se utilizan más estas tecnologías, ya sea para ofrecer servicios a sus clientes a través de sus webs y móviles o para almacenar historias clínicas, incluyendo radiografías, con un considerable ahorro de costes.

## **B. Factores de la popularización del sistema digital: electrónica de consumo y telecomunicaciones**

En el caso concreto del mundo de la industria cultural y creativa la expansión de la tecnología digital ha sido paradigmática. Desde el

---

<sup>30</sup> P. GOLDSTEIN, *Copyright's highway*, p. 163. STOKES en una enumeración más desarrollada lista hasta siete: i) facilidad de copia; ii) facilidad de transmisión y uso múltiple; iii) facilidad de modificación; iv) igual calidad de la copia y del original; v) capacidad de compresión; vi) nuevas capacidades de búsqueda y enlace y vii) ausencia de autor, en ocasiones (S. STOKES, *Digital copyright. Law and Practice*, pp. 11 y 12).

momento en el que la tecnología nos ha permitido expresar cualquier obra en formato digital (ya sea porque la creamos en digital o porque la convertimos desde un formato original analógico) hemos abierto la «caja de Pandora» de la revolución digital en este campo. Si pensamos en todas las características enumeradas en este apartado entenderemos por qué muchos usuarios prefieren el formato digital al analógico<sup>31</sup>.

Aparte de la viabilidad técnica de expresar obras en formato digital han existido dos factores sin los cuales este sistema no se hubiese popularizado entre los usuarios. Estos dos factores son, por un lado el desarrollo del sector de la electrónica de consumo, y por otro el avance del sector de las telecomunicaciones.

## 1. Electrónica de consumo

La electrónica de consumo ha conseguido crear equipos digitales con grandes prestaciones y a precios asequibles, facilitando a los usuarios su adquisición y utilización. Como es lógico, esto ha provocado una rápida implantación del sistema digital.

Otra característica de estos equipos es que la mayoría de ellos (ordenadores, teléfonos, cámaras, reproductores de mp3, etc.) son compatibles entre sí, de lo que se derivan dos consecuencias importantes que hacen que los usuarios prefieran este sistema: la primera es que una obra en formato digital es susceptible de utilización por prácticamente cualquier equipo digital (sin perjuicio de la existencia de formatos distintos). La segunda es la alta capacidad de transmisión que permite la digitalización. Todo ello se traduce en que un usuario puede pasar información de un equipo digital a otro sin ningún problema y de forma instantánea (p. ej. de una cámara digital a un ordenador o a la nube).

Al utilizar el término «transmitir», realmente deberíamos decir «copiar». Una transmisión digital no es otra cosa que realizar una copia de los datos que pretendemos transmitir en otro equipo (por ejemplo cuando transmitimos un vídeo de un ordenador a otro).

## 2. Telecomunicaciones y servicios de red

### **1. Las telecomunicaciones como negocio**

---

<sup>31</sup> Debemos expresar una cautela sobre este aspecto puesto que en el sector del libro, tal y como analizaremos, existen dudas sobre la preferencia de los usuarios entre el formato papel y el digital.

El segundo factor que ha conseguido que la tecnología digital haya sido adoptada en masa por los usuarios es el avance de las telecomunicaciones. Al poderse transmitir cualquier dato de un equipo digital a otro cualquier usuario puede pasar, por ejemplo, una fotografía de su cámara digital a su ordenador con un simple cable que conecte ambos equipos y un protocolo para que ambos equipos se entiendan<sup>32</sup>. Pero ¿qué pasa si se quiere transmitir esa fotografía a un amigo que reside en otro lugar? Aquí es donde entran en juego las telecomunicaciones.

Mucho se ha escrito sobre la historia de Internet y no interesa aquí reproducirlo. Únicamente nos interesan dos aspectos: su popularización y su funcionamiento.

La popularización de Internet es un hecho notorio que no necesita de excesiva demostración. Poco queda de esa red creada en los años sesenta utilizada de manera minoritaria y rodeada de un halo de romanticismo. Hoy en día esa misma red se ha convertido en una «Red de Redes» a la que millones de personas tienen acceso (un 42 % de la población mundial)<sup>33</sup>. Esta transformación conllevó un cambio en el dominio sobre la Red. Si en un principio eran los informáticos quienes gobernaban Internet, el dominio pasó a las grandes compañías de telecomunicaciones, quienes tienen el poder de disposición sobre ésta, puesto que son propietarios de los cables y los equipos necesarios para que la red funcione. En definitiva, la transmisión de datos se convirtió en un negocio.

Sin embargo, la aparición en escena de las compañías de telecomunicaciones (también denominados «operadores») y el reenfoque de Internet como un negocio empezó a provocar que se adecuaran las redes existentes (normalmente telefónicas) o se crearan redes nuevas para que los usuarios pudieran acceder a Internet. Por otra parte, se invirtieron (y se siguen invirtiendo) importantes cantidades de dinero en equipos que permitan nuevos servicios y mayor capacidad de transmisión.

El resultado de esto ha venido siendo la posibilidad, para los usuarios, de poder acceder a Internet a precios razonables.

Otro factor que ha influido en el uso intensivo de las redes ha sido la aparición de nuevos agentes que prestan servicios a través de las redes de telecomunicaciones. Estos proveedores de servicios, tales como los servicios de búsqueda, de almacenamiento en la nube o de redes sociales entre otros han ayudado a la popularización de la red y, de hecho, amenazan la posición de

---

<sup>32</sup> También podríamos utilizar una conexión inalámbrica para ambos equipos, aunque deberían estar muy cerca el uno del otro.

<sup>33</sup> En 2014 3.035.749.340 usuarios según datos de Wikipedia (<http://es.wikipedia.org/wiki/Internet>).

dominio de los operadores de telecomunicaciones. Además, la incorporación al mercado de dispositivos móviles y aplicaciones que facilitan la comunicación y el acceso a contenidos y servicios han supuesto la eclosión de la utilización de las redes.

Tanto los operadores como los prestadores de servicios han hecho posible una alta penetración del fenómeno digital. Hoy en día, ambos sujetos mantienen una seria disputa puesto que los primeros, que son quienes construyen y mantienen la red, denuncian que los segundos están obteniendo beneficios de la utilización de la misma sin inversión alguna.

## 2. El transporte de información

Veamos ahora cómo funciona. Internet no es más que la suma de todas las redes de los distintos operadores de telecomunicaciones, las cuales se encuentran interconectadas entre sí, permitiendo al usuario navegar a través de todas las que no tengan un acceso restringido. Cada una de estas redes está compuesta por unos equipos que denominamos nodos y que almacenan información y hacen posible la transmisión. Por tanto, cuando contratamos con una compañía de telecomunicaciones el servicio de acceso a Internet, lo que estamos es solicitando a la compañía que conecte nuestro ordenador personal (o el equipo que utilicemos) a un nodo que nos permita acceder a la Red, es decir, que nos «abra la puerta» a ese conjunto de redes que denominamos Internet.

Una vez la compañía nos ha «abierto la puerta», lo único que se realiza desde un punto de vista técnico es la transmisión de información de nuestro ordenador hacia la red y viceversa. Cuando descargamos una canción o accedemos una página web lo único que estamos haciendo es transferir información de una máquina a otra.

La comunicación entre máquinas es posible gracias a que existen un conjunto de normas que establecen cómo deben de entenderse las distintas máquinas conectadas. A este conjunto de normas lo designamos con el nombre de «protocolo». En el caso de Internet, el conjunto de protocolos utilizado se designa como protocolo TCP/IP<sup>34</sup>. Este último protocolo funciona por capas o niveles. El protocolo TCP/IP se suele estructurar en cuatro capas: físico y red, Internet, transporte y aplicación<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> TCP significa *Transmission Control Protocol* e IP significa *Interconnection Protocol*.

<sup>35</sup> La primera capa corresponde a la red física. La capa de Internet, la segunda, es aquella cuya función es la de direccionar los paquetes de información a sus destinos (predomina el protocolo IP). La capa de transporte es aquella que controla la forma en la que se realiza el intercambio de la información entre las máquinas y garantiza la fiabilidad del envío (predomina el protocolo TCP). Por último, la capa de aplicación es aquella que regula cómo deben entenderse las dos máquinas para la transmisión de un

El profesor LESSIG lo expresa gráficamente: «Los protocolos, en su conjunto, funcionan como una especie de empresa de mensajería urgente bastante particular. Así, los datos pasan de la capa de aplicación a la capa de transporte. Allí son introducidos en una especie de caja (virtual) a la que se le pega una etiqueta (también virtual). Esta etiqueta vincula los contenidos de la caja a procesos concretos [...]. Posteriormente, la caja pasa a la capa de red<sup>36</sup>, donde el protocolo IP la introduce en otro paquete que, a su vez, lleva su propia etiqueta en la que figuran las direcciones de origen y de destino. El paquete resultante puede envolverse de nuevo en la capa de enlace de datos<sup>37</sup>, dependiendo de las especificaciones de la red local.

El proceso en su conjunto es como un bizarro juego de empaquetado: en cada capa se añade una nueva caja que lleva adherida una etiqueta en cuya capa se describe el proceso. Al otro lado, cuando se recibe el paquete, el proceso se invierte: al igual que una muñeca rusa, cada uno de los paquetes se abre en su capa correspondiente hasta que, al final, la máquina recupera los datos iniciales a la aplicación».<sup>38</sup>

En definitiva, cuando un usuario transmite una obra a través de Internet a otro usuario, lo que se está produciendo es una sucesión de copias desde el ordenador que tiene almacenada la obra en origen hasta el ordenador de destino, pasando por una red de ordenadores (servidores) que enlazan el ordenador de origen con el de destino y realizando copias en todos ellos y utilizando una serie de normas que denominamos protocolos. Una característica importante de este procedimiento de copiado es que cada copia va dejando una «marca» en cada equipo por el que pasa, por lo que podemos seguirle el rastro.

Otro factor importante en la transmisión es que las redes cada vez son capaces de transmitir mayor cantidad de información en menor tiempo, lo que conlleva que los usuarios puedan ampliar el número de servicios de los que disfrutar, en especial cuando se trata de acceso a contenidos que hasta hace no muchos años era

---

determinado tipo de datos. En esta capa es donde situaremos las aplicaciones (como navegadores o servidores de correo) que utilizamos según el tipo de datos que queramos transmitir (predominan protocolos como el HTTP o el FTP). Parte de la información utilizada para elaborar este punto ha sido obtenida de la enciclopedia Wikipedia.

<sup>36</sup> Lo que LESSIG denomina capa de red es lo que hemos definido como capa de Internet. LESSIG utiliza la terminología del modelo OSI (*Open Systems Interconnection*), que se divide en siete capas, y no en cuatro, debido a que el citado modelo considera como tres capas lo que nosotros hemos denominado capa de aplicación. No obstante, para una exposición más clara, he optado por utilizar un modelo más simple.

<sup>37</sup> Donde dice capa de enlace de datos hemos de entender «capa físico y red», por las razones apuntadas en la anterior nota.

<sup>38</sup> L. LESSIG, *El Código y otras leyes del ciberespacio*, p. 191.

inviabile transmitir por su tamaño (periódicos, música, películas, etc.).

El conocimiento de cómo funciona técnicamente Internet, aunque sea a grandes rasgos, nos será muy útil en los próximos tres capítulos para poder entender las discusiones en torno a los derechos de explotación.

### **C. Concepto de digitalización**

En conclusión, la capacidad para «traducir» (o crear) cualquier dato (obra) a formato digital es lo que ha marcado la diferencia cualitativa respecto del pasado en las industrias culturales y creativas, puesto que es gracias a esta tecnología que podemos modificar las obras y, en especial, copiarlas y transmitir<sup>39</sup>. La diferencia cuantitativa viene dada porque los fabricantes de equipos de electrónica de consumo han puesto al alcance de casi toda la población los equipos necesarios para disfrutar de las obras digitales; las compañías de telecomunicaciones han hecho posible que conectemos estos equipos a Internet, facilitando la transmisión de las mismas a nivel mundial y los prestadores de servicios cada día ofrecen más posibilidades y desde más dispositivos.

Por tanto, podemos definir la digitalización como el proceso de adopción del sistema digital por parte de todos los agentes que componen el mercado.

## **III. SITUACIÓN TECNOLÓGICA DE LOS USUARIOS ESPAÑOLES Y CAMBIO EN LOS HÁBITOS DE CONSUMO EN LAS INDUSTRIAS CULTURALES Y CREATIVAS**

Hasta ahora hemos afirmado que ha existido un cambio tecnológico, que hemos denominado «digitalización», pero es necesario constatar la magnitud del mismo, en especial en el mercado español. Sólo de esta manera nos daremos cuenta de si las afirmaciones realizadas en los apartados precedentes están justificadas en nuestro país.

Para medir ese cambio, o mejor dicho, su potencialidad para la industria, parece razonable constatar la penetración de las tecnologías digitales en España. Se puede deducir que si los usuarios están dotados de equipos y redes digitales, estarán en disposición de

---

<sup>39</sup> Como dice NEGROPONTE: «Para poder apreciar las ventajas de "ser digital" lo mejor es reflexionar sobre la diferencia entre bits y átomos» (N. NEGROPONTE, *El Mundo Digital. El futuro que ha llegado*, p. 29). Ambas medidas, las más pequeñas en el mundo informático y físico respectivamente, ejemplifican de manera muy gráfica las diferencias entre ambos mundos, es decir, la diferencia entre comprar un libro y descargarlo de la red.

utilizarlas y serán un mercado potencial para las industrias culturales y creativas (en nuestro caso: editorial, musical y audiovisual). Considero que éste es un elemento estructural del cambio. Adicionalmente, se aportarán algunos datos de consumo cultural que ayudarán a constatar si se ha producido o se está produciendo un cambio real.

En otras palabras, en este apartado vamos a intentar describir la situación, en cuanto a lo que a dotación tecnológica se refiere, del potencial consumidor español de bienes y servicios culturales. Esto nos indicará el grado de digitalización social, de lo que se podrá deducir el campo potencial o real del cambio, así como la tendencia a la alza o a la baja de ese cambio.

Para nuestro análisis nos centraremos en dos extremos, por un lado, el equipamiento digital de los usuarios, y por otro, el acceso de éstos a redes de comunicación.

## **A. Equipos de electrónica de consumo de los hogares españoles**

### **1. Dotación actual de equipos digitales**

Según el Instituto Nacional de Estadística, existen en España 39.391.751 habitantes mayores de 14 años, los cuales se distribuyen en 18.303.100 hogares.<sup>40</sup> Interesa ahora indicar qué porcentaje de los hogares dispone de equipos con sistema digital.

De la clasificación realizada por el Instituto Nacional de Estadística, podemos destacar tres equipos digitales que tienen una amplia presencia en los hogares españoles: el teléfono móvil (con un 96,4% de penetración<sup>41</sup>), el ordenador (con un 74,8 % de penetración) y el DVD (con un 70,3 % de penetración)<sup>42</sup>. Es interesante observar que la televisión se encuentra presente en el

---

<sup>40</sup> INE. Datos extraídos de INEbase para el 1 de enero de 2015. (Disponible en: [http://www.ine.es/inebaseDYN/cp30321/cp\\_resultados.htm](http://www.ine.es/inebaseDYN/cp30321/cp_resultados.htm)). Los datos reflejados por el INE son similares a los que ofrece el «Marco general de los medios en España» de la Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación respecto de la población, no así respecto de los hogares. Según este estudio la población mayor de 14 años es de 39.680.191, siendo el número de hogares 17.414.809. La comparación de las dos fuentes nos da una idea de las magnitudes con las que debemos trabajar, puesto que las cifras que arrojan uno y otro estudio son muy similares.

<sup>41</sup> El número de líneas de telefonía móvil minorista en España fue de 50,2 millones, es decir, mayor que el número de residentes (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; Informe Económico de las Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual 2014, p. 93. Disponible en: <http://www.cnmec.es/Portals/0/Ficheros/Telecomunicaciones/Informes/Informes%20Anuales/2014/Informe%20Telecomunicaciones%20CNMC%202014.pdf>).

<sup>42</sup> INE, *Encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de información y comunicación en los hogares 2014*. (Datos de 2014. Disponible en: [http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t25/p450/base\\_2011/a2014/&file=pcaxis](http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t25/p450/base_2011/a2014/&file=pcaxis)). Se toman como referencia los hogares puesto que entiendo que los equipos digitales utilizados en el trabajo no son (o no deberían ser) los habituales para el disfrute de obras de propiedad intelectual, salvo por algún tipo de obra literaria.



99,4 % de los hogares. Si bien la encuesta no diferencia entre televisiones digitales y no digitales, es un hecho que la emisión por ondas es digital. Cuestión distinta es si las televisiones disponen de un adaptador y siguen siendo analógicas. Lo que interesa destacar aquí es que los altos índices de penetración hacen presuponer que se irán sustituyendo los televisores analógicos por digitales, disponiendo los hogares de otro equipo apto para el consumo digital.

De estas tipologías de equipo, excepto el DVD, las otras permiten un uso bastante flexible de los bienes inmateriales e incluso su modificación y transmisión, lo que tendrá una incidencia evidente sobre la legislación de propiedad intelectual.

El teléfono móvil es el equipo que mayor penetración tiene, disponiendo la mayoría de estos aparatos de conexión a Internet. Las posibilidades de los teléfonos móviles inteligentes (*smartphones*) son inmensas, ofreciendo múltiples servicios digitales, principalmente, a través de las denominadas *apps*. Esto abre ventanas enormes de consumo de bienes digitales, en especial para el consumo de música y vídeos (normalmente de corta duración por la incomodidad de la pequeña pantalla para visualizarlos) o leer libros (pese a que van existiendo modelos con pantallas mayores). Si hablamos de dispositivos digitales en general, incluyendo tabletas y otros equipos, el consumo de libros, periódicos o vídeos no presenta ningún problema para el usuario. Quizá un móvil, como un ordenador, es un dispositivo más asociado a funciones profesionales, cuyo uso requiere una actitud más activa del usuario que las tabletas, por ejemplo, que puede vincularse a un consumo más pasivo y de ocio. Los dispositivos móviles se usan en un 81,7 % para conectarse a Internet, siendo el dispositivo más utilizado para dicho fin<sup>43</sup>.

Me gustaría hacer una referencia al libro electrónico. De entre todos los equipos analizados es el que menor penetración tiene y está disponible únicamente en un 20 % de los hogares. Sin embargo, es el único que crece de manera considerable (5,6 puntos de 2013 a 2014). Es imposible prever la evolución de este tipo de dispositivos (lo que tampoco es el objeto de este trabajo), pero este dato nos da un indicio de que puede existir un cierto sector nada desdeñable de la población (ya veremos si reducido o numeroso) que opte por la lectura en soporte digital, pese a las dudas que existen en el sector editorial. Esto nos obliga a no perder de vista este indicio en el posterior análisis de la industria editorial.

---

<sup>43</sup> INE, *Encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de información y comunicación en los hogares 2014*. (Datos de 2014. Disponible en: [http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t25/p450/base\\_2011/a2014/&file=pcaxis](http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t25/p450/base_2011/a2014/&file=pcaxis)).

Por último, se ha especulado mucho sobre la denominada convergencia tecnológica, entendiendo por tal la posibilidad de recibir en un único equipo múltiples servicios o contenidos que tradicionalmente se recibían en equipos específicos para cada servicio o contenido. Es un hecho que la frontera entre equipos se va difuminando y que, por ejemplo, un teléfono móvil ha pasado a ser un dispositivo desde el que, además de la comunicación por voz entre usuarios, se recibe, entre otros, texto, imágenes o vídeo. Especular con qué dispositivos existirán el día de mañana sería demasiado atrevido por mi parte y escapa al análisis de este estudio. La incertidumbre sobre la evolución tecnológica es, sin duda, un aspecto a tener en cuenta para nuestro análisis en el sentido de no perjudicarlo con la regulación.

La finalidad de esta breve ejercicio es la de demostrar que la tecnología digital está presente cada vez más en los hogares de los usuarios y en múltiples formas de dispositivos. Posteriormente analizaremos el uso de los mismos, pero ya tenemos una primera conclusión conforme los usuarios están, como mínimo, en disposición de consumir bienes culturales y creativos de manera masiva.

## 2. Caso particular: televisión y radio digital

La televisión presenta un campo de desarrollo importante en cuanto al consumo de bienes culturales. Ya se ha finalizado en España el proceso de migración de tecnología analógica a tecnología digital en los sectores de la televisión y de la radio que se regulaba en el Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal. El cambio de tecnología tiene múltiples ventajas, desde poder transmitir una mayor cantidad de información hasta el desarrollo de nuevos servicios<sup>44</sup> y mayor número de canales.

Para poder recibir la señal digital el usuario debe haber cambiado el equipo de televisión (o utilizar un decodificador de señal que reciba la señal digital y la convierta en analógica para que la pueda ver desde su televisión de tecnología analógica). Los televisores analógicos, si bien pueden llegar a mostrar los programas emitidos por las diferentes cadenas, no pueden disfrutar de muchos de los

---

<sup>44</sup> Como ventajas del sistema digital en la televisión es significativa la Exposición de Motivos de la norma. El Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, establece que «A la digitalización de la televisión por satélite y por cable, se añade, ahora, la de la televisión terrenal. Las experiencias habidas en los últimos años, permiten concluir que la tecnología digital se encuentra suficientemente desarrollada para su implantación a gran escala. La introducción de la televisión digital terrenal supondrá la multiplicación de la oferta televisiva actual. Conllevará una mejora en la calidad de las imágenes y facilitará, al mismo tiempo, un mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico disponible».

beneficios que incorpora la televisión digital. Sí pueden hacerlo quienes dispongan de las denominadas *Smart Tv* que, además de conexión a Internet, ofrecen múltiples aplicaciones y servicios que pueden modificar sustancialmente el consumo de bienes culturales.

No sucede lo mismo con la radio. La migración al sistema digital (la denominada radiodifusión sonora digital, DAB en sus siglas en inglés), regulada en el Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Radiodifusión Sonora Digital Terrenal no se ha producido y no hay un horizonte claro. Si bien el legislador parece convencido de la bondad del cambio<sup>45</sup>, éste no acaba de producirse y la tecnología digital en el ámbito de la radio es un fenómeno minoritario. Seguramente la necesidad de cambiar todos los receptores de radio unido a la aparición de la radio a través de Internet (el 82,7 % de internautas mayores de 18 años la escucha, principalmente con un PC y, en segundo lugar, con *smartphone*<sup>46</sup>) hace que pierda atractivo la inversión necesaria para el cambio.

Como se ha anticipado, teniendo en cuenta que la televisión tiene actualmente una penetración en los hogares del 99,4 %, parece razonable que a medida que se vaya produciendo la renovación del parque televisivo del analógico al digital (en especial a las *Smart Tv*) éste pasará a ser un equipo relevante para el consumo digital. Además, la incorporación de nuevas funciones fruto de la convergencia tecnológica puede que lo convierta en un equipo central del consumo de contenidos y servicios digitales. Por otra parte, la radio, con una alta penetración entre la población española<sup>47</sup>, como hemos visto, no parece que vaya a seguir, a corto plazo, el mismo camino que la televisión.

### 3. Conclusiones respecto a la dotación de equipos

---

<sup>45</sup> En el caso del Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio, se dice que «Los recientes avances tecnológicos en este campo, especialmente impulsados por la Unión Europea de Radiodifusión (UER), han permitido la aparición y el desarrollo de la radiodifusión sonora digital (DAB), cuya introducción supondrá un cambio trascendental en la radiodifusión sonora, tanto por la calidad del sonido, equivalente a la de un disco compacto, como por las posibilidades de oferta de un gran número de servicios adicionales, permitiendo configurar fácilmente coberturas de programas en los diferentes ámbitos, nacional, autonómico y local. Desde un punto de vista estrictamente técnico, es de destacar que este nuevo sistema simplifica la gestión de las frecuencias, permite una mayor eficacia en su utilización y ofrece una recepción de la señal prácticamente inmune a las interferencias».

<sup>46</sup> El primer estudio realizado sobre la materia considera como «radio *online*»: i) las versiones *online* de emisoras terrestres (*offline*); ii) las plataformas puramente *online* (como, p. ej., *rockola.com*); iii) los servicios automatizados *on demand* (como, p. ej., Spotify) y iv) la ambientación musical con mensajes publicitarios en establecimientos comerciales (IAB SPAIN RESEARCH, *I Estudio de radio online*, 2014).

<sup>47</sup> La radio tiene una penetración del 60,4 % según el Estudio General de Medios de abril de 2014 a marzo de 2015.

De todos los datos que acabamos de exponer, entiendo que podemos extraer varias conclusiones respecto de la dotación de equipos digitales en los hogares españoles.

La primera es que estamos ante un equipamiento que pone en disposición de realizar un uso de tecnologías digitales a la mayor parte de la población española, siendo el principal el dispositivo móvil (96,4 %). Parece previsible que la televisión se convierta en un futuro en uno de esos dispositivos digitales con presencia en prácticamente todos los hogares, no así la radio digital. Por tanto, parece que no estamos ante un fenómeno que afecte a una minoría sino que, *a priori*, afecta a la sociedad en general.

La segunda conclusión es que, dada la diversidad de dispositivos existentes (televisión, radio, ordenador, dispositivos móviles, etc.) el consumo de contenidos digitales podrá ser multidispositivo. Si eso es así, los proveedores de contenidos deberán desarrollar o adaptar los contenidos para cada tipo de dispositivo. El multidispositivo también implica el uso de dichos equipos en circunstancias muy diversas: desde ámbitos profesionales hasta ocio, de manera activa o pasiva, en itinerancia o en un lugar determinado, etc.

Una tercera conclusión que se deriva de estos datos es que los equipos digitales de los que disponen los hogares son idóneos para el consumo de bienes culturales y creativos ya que éstos son transformados o creados fácilmente en formato digital. Muchos de éstos están específicamente pensados para el consumo de obras audiovisuales, musicales y editoriales. Por tanto, la necesidad de desarrollo de contenidos adaptados a estos equipos será especialmente intensa para las industrias culturales y creativas.

Por último, también podemos concluir, relacionado con lo anterior, que la presencia de nuevos dispositivos (televisores digitales, libros electrónicos, dispositivos móviles, etc.) nos hace intuir que en muchos casos no estamos ante mercados maduros. Además, la convergencia tecnológica puede hacer que vayan apareciendo nuevos equipos o que se perfeccionen los existentes con más funciones. Si los mercados de equipos no son maduros, menos lo serán los mercados que ofrecen contenidos para estos dispositivos. Es importante, en el momento de analizar la legislación, tener en cuenta que muchos de los modelos de negocio están todavía formándose y que la legislación no debería ser una cortapisa para su desarrollo, salvo que existiesen razones de interés público que desaconsejasen dichos modelos de negocio.

Una vez analizada la descripción de la dotación de equipos de la que disponen los hogares españoles, el siguiente paso lógico en el

análisis que estamos realizando es detenernos en la conexión de los citados equipos a las distintas redes y la tipología de las mismas. Digo que es lógico puesto que la complementariedad de ambos mundos, la electrónica de consumo y las telecomunicaciones<sup>48</sup> es evidente. Ambas se necesitan para subsistir. Como ya se ha dicho, esta dependencia no supone que para adquirir o disfrutar de una obra de propiedad intelectual sea imprescindible conectar los equipos a una red, aunque no es menos cierto que gran parte de las obras se adquieren (o disfrutan) a través de redes y que la conexión a las mismas ha supuesto la principal revolución y un cambio de hábitos en los consumidores de este mercado.

## B. Acceso a redes de los consumidores españoles

### 1. Definición y tipologías de red

En el sector de las telecomunicaciones, la infraestructura básica a través de la cual se transmiten y reciben los datos son las redes. La definición de red, aunque pueda parecer sencilla, no lo es dado que tiene múltiples acepciones y su significado variará según el aspecto que queramos destacar de la red<sup>49</sup>.

Siguiendo las reflexiones que realiza el Grupo de Regulación de las Telecomunicaciones, estableceremos tres grandes grupos de concepto para el término «red»: «las que identifican red con infraestructura, que posiblemente sean las más extendidas, las que confunden red con servicio y, finalmente, las que estiman que la red es un concepto que implica un diseño o una organización, en el que se combinan infraestructuras físicas y equipos con

---

<sup>48</sup> Entendemos por telecomunicaciones «toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos» (Anexo II, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones). Desde un punto de vista económico, viene definido por el Observatorio Europeo de las Tecnologías de la Información como «el sector de la actividad económica de equipos y servicios de telecomunicaciones». Es interesante diferenciar el concepto «telecomunicaciones» con el concepto «tecnologías de la información», que según el citado Observatorio significa «el sector de actividad económica de *hardware*, *software* y servicios de informática». GRETEL 2000, *Convergencia, competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, el audiovisual e Internet*, vol. 1, p. 35.

<sup>49</sup> «Los significados con que se utiliza este término abarcan aspectos de las propias infraestructuras físicas (red de fibra óptica), de los tramos o segmentos de dichas infraestructuras (red de acceso), de las características técnicas de los servicios (red de banda ancha), de los protocolos utilizados en las telecomunicaciones (red ATM), de la titularidad de la red (red privada), de las características de los servicios prestados (red digital de servicios integrados), del diseño topológico de la propia red (red de anillo), de la función general prestada (red de telecomunicaciones), del control de la red (red inteligente), y de otras tantas combinaciones empleadas en el sector técnico» (GRETEL 2000, *Convergencia, competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, el audiovisual e Internet*, vol. 1, p. 168).

medios inmateriales como un *software* específico, para obtener un sistema de telecomunicación»<sup>50</sup>.

De entre estas opciones creo que debemos descartar aquella que confunde red con servicio. Históricamente los servicios y las redes han sido objeto de explotación conjunta por las mismas compañías (en el caso español, Telefónica), lo que hacía difícil separar los dos conceptos. No obstante, gracias a las progresivas liberalizaciones que han tenido lugar en las últimas décadas del siglo xx (en especial en Europa), hoy es posible diferenciar claramente entre lo que son servicios (por ejemplo, el servicio telefónico, el servicio de descarga de canciones...) y las redes<sup>51</sup> por las que se prestan esos servicios<sup>52</sup>. En la actualidad, esta separación entre redes y servicios ha suscitado una nueva polémica entre propietarios de las redes y quienes prestan sus servicios a través de las mismas. Los operadores, propietarios de las redes, alegan que deben realizar multimillonarias inversiones para mantener y extender sus redes pero que son terceros quienes las utilizan intensivamente (por ejemplo Google, Facebook o Netflix, entre otros), ganando fortunas y sin pagar ningún tipo de precio por el uso de las mismas a sus propietarios. Esto conlleva que no exista un adecuado retorno de su inversión y desincentiva la inversión en las redes. Estos operadores han llegado a proponer que quienes usen sus redes para la prestación de servicios deban realizar un pago por su uso. Quienes se oponen a esta postura entienden que discriminar entre proveedores de servicios en función de si éstos

---

<sup>50</sup> GRETEL 2000, *Convergencia, competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet*, vol. 1, p. 168.

<sup>51</sup> Hasta tal punto se ha llegado en la distinción entre redes y servicios que la Directiva 2002/77/CE de la Comisión de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, sustituye el término «telecomunicaciones» (empleado por la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta) por el de «comunicaciones» bajo el siguiente razonamiento (Cdo. 7): «En la presente Directiva se habla de "servicios de comunicaciones electrónicas" y "redes de comunicaciones electrónicas" en vez de "servicios de telecomunicaciones" y "redes de telecomunicaciones", que eran los términos previamente utilizados. Estas definiciones nuevas son indispensables para tener en cuenta el citado fenómeno de convergencia, agrupando en una sola definición todos los servicios y redes de comunicaciones electrónicas relacionados con el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos (esto es: redes fijas, inalámbricas, de televisión por cable y por satélite). Así pues, la transmisión y radiodifusión de programas de radio y de televisión deben considerarse un servicio de comunicación electrónica, de la misma manera que las redes utilizadas para tal transmisión y radiodifusión deben considerarse comunicaciones electrónicas. Asimismo, debe quedar claro que la nueva definición de redes de comunicaciones electrónicas también incluye las redes de fibra que permiten a terceros transmitir señales con sus propios equipos de conmutación o conducción».

<sup>52</sup> Para diferenciar con un ejemplo lo que es un servicio de lo que es la red, pensemos en un servicio común como es el de telefonía fija. En el caso español existía una única red con cobertura nacional que es propiedad de Telefónica (quien tiene la doble condición de prestador de servicios de telefonía fija y propietario de la red). Los operadores alternativos a Telefónica utilizan la red de esta última para prestar los servicios de telefonía fija, sin ser propietarios de la red. Esto sucede con casi todos los servicios en los que existe un prestador de servicios y un explotador de la red (independientemente de que también preste los servicios). Otro ejemplo esclarecedor es el de la televisión por ondas en la que existen prestadores del servicio de televisión (TVE, Antena 3...) y empresas que se dedican a transportar la señal de estos últimos a través de sus redes, desde los estudios hasta casa de los televidentes (Retevisión, Tradia...).

pagan o no, afectará a las libertades de los usuarios. Es la discusión sobre la «neutralidad de la red».

Las otras dos definiciones son bastante coincidentes, puesto que ambas vienen a identificar red con infraestructura. La cuestión está en determinar qué engloba la infraestructura, si simplemente la instalación física (definición restrictiva) o si para considerar que estamos ante una red debe existir también un diseño de la misma y un *software* (definición expansiva). Realmente, determinar qué elementos quedan dentro del concepto de red y qué elementos deben ser excluidos es algo que excede del objeto de este trabajo, no obstante, de ambas definiciones podemos extraer que una red es una infraestructura que permite la transmisión y recepción de datos, independientemente de dónde queramos establecer los límites de qué elementos son red y qué elementos no lo son.

Nuestra legislación, siguiendo la definición de la Directiva 22/77/CE, define red como «los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos, incluidos los elementos que no son activos que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos con inclusión de las redes de satélites, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes, incluida Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada»<sup>53</sup>.

Como vemos, nuestra legislación también opta por separar redes y servicios, estableciendo acertadamente, en mi opinión, como núcleo de la definición la infraestructura del transporte de señales, sin perderse en la poco práctica enumeración de los elementos que conforman una red («y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos, incluidos los elementos que no son activos que permitan el transporte de señales»).

La Ley establece una primera clasificación de red según la tecnología al hablar de la transmisión de señales por «cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos», haciendo referencia a las cuatro posibilidades técnicas de transporte de señales. A continuación concreta los siete tipos de redes existentes en la actualidad que utilizan dichas

---

<sup>53</sup> Anexo II, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. La definición de la Ley 11/1998 de 24 de abril, General de Telecomunicaciones definía la red como «los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación y demás recursos que permitan la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cable, o medios ópticos o de otra índole».

tecnologías: redes de satélites, redes terrestres fijas, redes de terminales móviles, redes eléctricas, redes de radiodifusión sonora, redes de difusión televisiva y redes de televisión por cable.

Una vez definido qué entendemos por red, pasaremos a exponer cuál es la posibilidad de acceso real por parte de los usuarios a dichas redes de comunicación. Muchas de estas redes se utilizan para ofrecer servicios diversos (podemos hablar también de una convergencia en redes), por lo que utilizaremos la clasificación que realiza la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su Informe Anual diferenciando entre i) redes fijas y ii) redes móviles, según si el terminal desde el que se accede es fijo o móvil. También expondremos la situación de las redes utilizadas en el sector audiovisual y haremos una pequeña referencia al transporte de la señal por redes eléctricas.

## 2. Situación del acceso a redes de telecomunicaciones por parte de los usuarios en España

### **1. Redes móviles**

En relación con las redes de telefonía móvil, el número de líneas se situó en los 50,8 millones de líneas en España, de las cuales 36,3 millones son de banda ancha<sup>54</sup>.

La banda ancha es la que posibilita que los usuarios puedan consumir contenidos digitales, en especial texto, música y vídeo, sin largas esperas y con una calidad aceptable.

### **2. Redes fijas**

En el caso de las redes fijas, es un hecho notorio que en España existen redes de este tipo que llegan a la práctica totalidad de los hogares<sup>55</sup>. Las líneas de banda ancha se situaron en 12,8 millones, lo que da una proporción de 27,6 líneas cada 100 habitantes. El 82,2 % de esas líneas tiene una velocidad de 10 Mbps o superior, existiendo una considerable evolución al alza. Además, el 23,4 % de esas líneas ya supera la velocidad de 30 Mbps.

---

<sup>54</sup> Se distinguen dos tipos de conexiones a Internet, las de banda estrecha y las de banda ancha. Se entiende por banda ancha aquella que permite una conexión de datos permanente y de capacidad de transmisión elevada. La Federal Communications Commission acaba de determinar que la velocidad de la banda ancha debe alcanzar un mínimo de 25 Mbps para descarga y un mínimo de 3 Mbps para subida de datos, aunque en España suele considerarse banda ancha los 10 Mbps de descarga.

<sup>55</sup> Existen en España 19 millones de líneas telefonía fija de las cuales 13,2 corresponden a hogares. Esto supone que de cada 100 habitantes disponen de línea fija 41 (Fte.: CNMC, *Estadística trimestral IV. Trimestre 2014*. Disponible en: [http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/inf\\_trim.jsp](http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/inf_trim.jsp)).



### 3. Redes audiovisuales

La televisión y la radio pueden llegar por distintas redes a los hogares. La cobertura de la televisión y la radio por redes de difusión televisiva y radiodifusión sonora, es decir, por ondas, así como a través de satélite es accesible prácticamente para la totalidad del territorio. Sucede lo mismo, como hemos visto, con las redes móviles. No pasa lo mismo con el acceso a televisión a través de redes fijas (especialmente cable y ADSL). Los operadores de redes fijas han paquetizado sus servicios de telefonía, internet y televisión ofreciendo a los usuarios tres servicios a través de la misma red.

A efectos del presente trabajo y para conocer la potencialidad de acceso a contenidos, creo que es más significativo diferenciar entre televisión en abierto (que, por lo que hemos explicado, no merece mayor comentario ya que es un hecho notorio que prácticamente toda la población tiene acceso) y televisión de pago.

El número de abonados a televisión de pago en España se sitúa en 5.102.896, correspondiendo 1.990.972 (39,01 %) a abonados a través de IP, seguidos de 1.553.010 abonados por satélite (30,4%), 1.141.008 por cable (22,3%), 231.406 por TDT (4,5 %) y 42.925 por móvil (0,8 %) <sup>56</sup>. Existen 143.555 (2,8 %) que están abonados a través de otros sistemas, incluyendo el denominado *Over The Top* (OTT), es decir, aquellos que utilizan las redes de los operadores para ofrecer sus propios servicios de televisión, como Netflix, que están creciendo de forma rápida entre los consumidores.

En relación con la radio, ya hemos comentado al analizar el apartado sobre equipos que el consumo se realiza principalmente en analógico o a través de Internet (el 87 % de los internautas hace uso de la radio en este medio).

### 4. Redes eléctricas

Por último, de manera simbólica, debe mencionarse el empleo de las redes eléctricas como redes de telecomunicaciones, las llamadas «*Power Line Communications*» (PLC). Dado que el cable eléctrico está compuesto por el mismo material que las redes de telecomunicaciones (cobre) se está intentando comercializar la

---

<sup>56</sup> Fte.: CNMC, Estadística trimestral IV. Trimestre 2014. Disponible en: [http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/inf\\_trim.jsp](http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/inf_trim.jsp).

utilización de las mismas para telecomunicaciones. No obstante, parece que las experiencias comerciales no están siendo exitosas y no tiene prácticamente implantación, por lo que nos limitaremos a realizar esta simple referencia a dichas redes.

### 3. Conclusiones respecto del acceso a redes de telecomunicaciones

Un simple vistazo a estos datos basta para constatar que los hogares españoles están en disposición de usar un amplio abanico de redes, teniendo normalmente a su disposición más de una red para poder conectar sus equipos. Dichas redes dan acceso a la navegación a Internet de banda ancha en una proporción significativa (36,3 millones de líneas móviles y 12,8 millones de líneas fijas), lo que se traduce en que sean aptas para transmitir a velocidad razonable y con calidad aceptable música y vídeo (texto por descontado).

Esta infraestructura de redes al alcance de la mayor parte de la población, junto a la existencia de múltiples equipos que permiten el tratamiento de información digital y la conexión a redes, nos da una idea del cambio al que se enfrentan las industrias culturales y creativas.

#### **C. Uso de la tecnología y hábitos de consumo cultural**

Por tanto, se ha demostrado que los consumidores españoles tienen i) la dotación de equipos digitales y ii) la disponibilidad de las suficientes redes como para cambiar sus hábitos de consumo respecto de las obras de propiedad intelectual. La pregunta es ¿lo han hecho? ¿Han cambiado sus hábitos? La respuesta es sí. La mera proliferación de este conjunto de equipos y redes ya es señal de un cambio en los hábitos de los consumidores.

Según los datos del Consumer Barometer 2014 de Google, España es uno de los países líderes en el consumo digital multipantalla<sup>57</sup>. Según el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, el 66,9 % de la población utiliza Internet por ocio. Si analizamos específicamente lo que corresponde al sector de la cultura podemos aportar algunos datos que son significativos: del 62,2 % de personas que leen, como mínimo, un libro al año, el 17,7 % consume libros en formato digital; En cuanto a la música, consumida intensamente por la población española (el 64,4 % escucha música diariamente), el 78,2 % lo hace a través de la radio, seguido de soportes físicos digitales como CD y DVD (36,4 %) y soportes digitales no físicos (32,9 %). El 30 %

---

<sup>57</sup> GOOGLE, *Consumer Barometer 2014*. (Disponible en: <https://www.consumerbarometer.com/en/insights/?countryCode=ES>).

escucha música desde el móvil; el 55 % de la población ve vídeos al menos una vez al año (el 42 % lo hace una vez al mes) y utiliza soportes físicos digitales (75 %) o soportes digitales no físicos (29,5%). De estos usuarios el 37,6 % lo hace a través del ordenador y el 25 % de estos en *streaming*; la televisión la ve el 95,7 % de la población, haciéndolo el 7,4 % mediante el ordenador y un 8,9 % directamente a través de Internet<sup>58</sup>.

Otros datos de consumo interesantes son el hecho de que en el último trimestre de 2014 se hayan realizado más de 1,7 millones de compras de contenidos bajo demanda<sup>59</sup> o de que las ventas de música en formato digital (38 millones) hayan superado las ventas en soporte físico (32,5 millones) por primera vez en España<sup>60</sup>, siguiendo la tendencia mundial.

Todos estos datos reflejan que ya se está produciendo un cambio de consumo cultural y que el mercado se está transformando. Además, no creo que nos encontremos ante un fenómeno coyuntural ya que la tendencia de los datos nos lleva a pensar lo contrario.

«Globalización, acceso a más información, posibilidad de digitalizar productos [...], menores barreras de entrada, reducción de costes de transacción, costes de etiquetado o listado de precios cercano a cero, etc.»<sup>61</sup>. Estas características de la tecnología digital, idóneas para el consumo de bienes culturales, hacen que se refuerce la idea de que no estamos ante un cambio coyuntural o pasajero.

Como ejemplo de esta idoneidad, el estudio «Un análisis empírico de la eficiencia de precios del mercado electrónico frente al convencional: ¿resulta más barato comprar por Internet?» nos revela que la eficiencia de la compra por Internet depende de los costes de transporte (si bien no tiene en cuenta el factor tiempo, que entiendo que también es determinante a efectos de demanda). Dado que dicho estudio tiene como objeto la adquisición de bienes físicos (libros y CD), la deducción lógica que podemos extraer del mismo es que si en este trabajo tratamos de bienes inmateriales que no implican costes de transporte<sup>62</sup>, el consumo digital debe de ser forzosamente más eficiente.

---

<sup>58</sup> Datos extraídos de MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, *Encuesta de hábitos y prácticas culturales en España 2014-2015*, pp. 10, 16, 18, 19 y 20. Disponible en: [http://www.mecd.gob.es/mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/cultura/mc/ehc/2014-2015/Encuesta\\_de\\_Habitos\\_y\\_Practicas\\_Culturales\\_2014-2015\\_Sintesis\\_de\\_resultados.pdf](http://www.mecd.gob.es/mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/cultura/mc/ehc/2014-2015/Encuesta_de_Habitos_y_Practicas_Culturales_2014-2015_Sintesis_de_resultados.pdf).

<sup>59</sup> Fte.: CNMC, *Estadística trimestral IV. Trimestre 2014*. Disponible en: [http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/inf\\_trim.jsp](http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/inf_trim.jsp).

<sup>60</sup> PROMUSICAE, *Mercado de la música primer semestre 2015*. Disponible en: <http://www.promusicae.es/estaticos/view/4-informes-promusicae>

<sup>61</sup> L. NÚÑEZ, L. LISBONA y E. DANS, *Un análisis empírico de la eficiencia en precios del mercado electrónico frente al convencional: ¿resulta más barato comprar por Internet?*, p. 4.

<sup>62</sup> Entendemos que el resto de costes se mantiene constante, aunque en la realidad los costes de distribución digital son inferiores a los costes tradicionales de fabricación y distribución.

Este cambio estructural es especialmente visible en las industrias que van a ser objeto de estudio: la editorial, la musical y la audiovisual. Como ejemplo, se puede citar la opinión de la CNMC en su Informe Anual de 2014 sobre el sector, en relación con el audiovisual:

«Finalmente, y en perspectiva de futuro, los operadores de televisión tradicionales se enfrentan al auge de nuevas formas de consumir contenidos audiovisuales con la emergencia de Internet como canal de distribución y la aparición de nuevos agentes, como los *over-the-top*, con nuevos modelos de negocio. Los cambios y mejoras tecnológicas permiten el consumo de contenidos en movilidad, con alta definición y en el momento en que el usuario elige. Los patrones de consumo cambian, sobre todo en las generaciones más jóvenes que son los telespectadores del futuro. Todos los operadores principales de televisión en abierto y de pago han lanzado ofertas de contenidos por Internet, resaltando la corporación de RTVE por su amplitud e integración de los servicios de televisión y radio al mismo tiempo con una oferta que incluye archivos históricos».<sup>63</sup>

Por tanto, toda esta información nos invita a pensar que se ha iniciado un cambio, todavía en curso, que hace conveniente revisar el Derecho para que sea capaz, si es necesario, de dar nuevas respuestas a estos cambios y permitir el desarrollo de nuevos modelos de negocio que supongan el fomento de la creatividad.

#### **IV. LOS INTERESES Y SU PROTECCIÓN**

De lo observado en este capítulo parece una realidad que las innovaciones tecnológicas han provocado un cambio social que está teniendo consecuencias en las industrias culturales y creativas. El entorno digital y las capacidades de comunicación (las denominadas tecnologías de la información y la comunicación) hacen presumible un cambio tanto en la producción de contenidos culturales como en su consumo.

Toca en los siguientes capítulos analizar cómo se traduce este cambio en cada una de las industrias escogidas (editorial, musical y audiovisual) y analizar si es consistente la regulación prevista en nuestra normativa de propiedad intelectual por lo que al vínculo entre el autor y el empresario se refiere y los intereses de cada parte.

De cara al análisis que se va a emprender, es importante resaltar que la realidad introducida por la digitalización no implica la desaparición

---

<sup>63</sup> CNMC, *Informe económico de las telecomunicaciones y del sector audiovisual 2014*, p. 116.

de las actividades «no-digitales», pese a que puede que reduzcan el peso que hoy día tienen en el mercado. Es importante esta premisa puesto que puede que convivan dos realidades o dos modelos de negocio (analógico y digital) a los que la regulación debe dar protección y soluciones, sin eliminar ninguno.

Antes de abordar el estudio de cada industria, conviene realizar algunas consideraciones generales, comunes a todas las industrias, sobre la actual regulación de la propiedad intelectual en España.

## **A. Intereses en juego, política legislativa y propiedad intelectual**

Si acudimos al Derecho positivo para saber cómo ha querido ordenar el legislador el mundo de la propiedad intelectual y cuál es el principio rector al que ha dado prioridad (en definitiva, cuál es su política legislativa), nos encontraremos con serias dificultades. Observemos algunas de las disposiciones más significativas al respecto.

Analicemos, en primer lugar, cuál es el contenido de nuestra Ley al respecto. Independientemente de lo que acertadamente pueda comentar la doctrina, el análisis aislado del Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual no nos aporta mucha luz. Si procuramos encontrar en la letra de la norma la finalidad con la que se ha elaborado, no encontraremos una exposición clara de cuál es el principio rector de la Ley y qué se protege. Encontraremos un conjunto de enumeraciones sobre sujetos, derechos y objetos que nos obligarán a utilizar un método inductivo para poder intuir la política adoptada en la Ley. No se dice explícitamente qué intereses dignos de protección están en juego o qué justifica su protección.

En el caso de que acudamos a los convenios internacionales en la materia nos encontraremos con conceptos genéricos de lo que se pretende. El artículo 3 del Convenio por el que se crea la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual<sup>64</sup> nos dice que uno de sus fines es el de «fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo mediante la cooperación de los Estados». La Convención Universal sobre Derecho de Autor, revisada en París el 24 de julio de 1974, nos aporta algo más de luz cuando establece que «Convencidos de que un régimen de protección de los derechos de autor adecuado [...] contribuirá a asegurar el respeto de los derechos de la personalidad humana y a favorecer el desarrollo de las letras, las ciencias y las artes; persuadidos de que tal régimen universal de protección de los derechos de los autores facilitará la

---

<sup>64</sup> Convenio de 14 de julio de 1967 que establece la Organización Mundial de la propiedad intelectual.

difusión de las obras del espíritu y una mejor comprensión internacional».

El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor<sup>65</sup> añade un nuevo matiz a lo dicho hasta ahora. En su Preámbulo leemos: «Reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información».

Si atendemos al Acuerdo de Marrakech de la Organización Mundial del Comercio<sup>66</sup> vemos que al objetivo de procurar una eficaz protección de los derechos se añade el de que los mismos no sean un obstáculo al libre comercio.

En el caso de las directivas comunitarias encontramos la doble justificación que hemos expuesto hasta ahora: la eficaz protección de los derechos de autor y la libre circulación de bienes en el mercado común europeo que se traducirá en un fomento del comercio.

La nota discordante a esta línea de poca concreción la aporta el caso de los Estados Unidos ya que el artículo I, sección 8 de su constitución establece, de manera clara, que el Congreso tiene el poder para «promover el progreso de la ciencia y las artes, garantizando por tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos e inventos», por lo que la justificación está bien definida en este caso.

Es evidente que, como todo texto legal, las disposiciones referenciadas deben ser estudiadas conjuntamente con sus documentos preparatorios (y en el caso de la Unión Europea, los correspondientes libros verdes). No obstante, creo que es representativo constatar que los textos no comparten un único motivo que justifique la existencia de un sistema de propiedad intelectual.

A la vista de los textos citados, podemos decir que (salvo por la constitución estadounidense) parece que la existencia de un derecho de exclusiva para el autor se justifica por dos motivos tal y como expresa la Convención Universal sobre Derecho de Autor: i) el respeto a los derechos de la personalidad y ii) favorecer el desarrollo de las ciencias y las artes para difundir las obras del espíritu.

---

<sup>65</sup> Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos (Ginebra, 2 a 20 de diciembre de 1996).

<sup>66</sup> Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y Acuerdos Anejos, entendimiento relativo a los compromisos en materia de servicios financieros y acuerdo sobre contratación pública hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994 (Anexo 1 C: Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio).

Creo que estos dos motivos son reflejo de los dos tipos de argumentación que tradicionalmente sostienen la justificación de la propiedad intelectual y que, siguiendo a STROWEL<sup>67</sup>, son: i) la justicia y ii) la utilidad. Quienes justifican la propiedad intelectual apelando a la justicia se encuadrarían en lo que se pueden denominar las «teorías deontológicas» (entre las que situaríamos la teoría lockeana de la propiedad intelectual como fruto del trabajo). Quienes apelan a la utilidad para justificar la existencia de dicha propiedad se encuadrarían en las «teorías utilitaristas» (entre las que se situarían las teorías del análisis económico del Derecho). Las primeras ponen el acento en el pasado, en el origen del derecho y comparten con una perspectiva *ex ante*. Las segundas miran al futuro, al efecto de la ley y lo hacen con una perspectiva *ex post*. Podríamos decir que las teorías deontológicas tienen una aproximación a la propiedad intelectual más alejada de la dinámica del mercado mientras que las utilitaristas, que son más sensibles al mercado y a su funcionamiento.

Entre quienes defienden la justificación de la propiedad intelectual en base a la justicia existen dos variantes en la argumentación por la que la protección debe otorgarse: i) para proteger la impronta personal que el autor imprime a su obra y ii) para proteger el esfuerzo que el autor realiza para producir su obra<sup>68</sup>. Entre quienes se basan en la utilidad, también existen dos argumentos para la protección: i) el efecto del monopolio sobre la sociedad, por lo que lo importante es centrarse en el equilibrio entre el coste social del derecho de exclusiva y el beneficio para la colectividad del mismo, entendiendo que debería existir un desequilibrio en favor de la colectividad, (denominada teoría de la utilidad social) y ii) el efecto incentivador que puede tener un derecho de exclusiva sobre la creación (denominada teoría del incentivo privado a producir)<sup>69</sup>.

La defensa de la propiedad intelectual desde la perspectiva de la justicia encaja más en la tradición del derecho europeo continental, que considera en sus orígenes iusnaturalistas, hoy en cierto modo superados<sup>70</sup>, que el derecho de autor es un derecho previo a la legislación positiva que nacería de la naturaleza de las cosas y cuyo fundamento se encontraría en la íntima relación del autor con su creación, una relación que sería tan “natural como aquella entre un padre y su hijo”<sup>71</sup>. Las justificaciones basadas en la utilidad son más propias del derecho anglosajón, como claramente se puede constatar en la constitución de Estados Unidos. Sin embargo, estos dos grandes modelos de justificación, como dice el propio STROWEL, no se encuentran «nunca en estado puro»<sup>72</sup>: tanto en el modelo europeo

---

<sup>67</sup> A. STROWELL, *Droit d'auteur et copyright*, pp. 235-236.

<sup>68</sup> A. STROWELL, *Droit d'auteur et copyright*, p. 239.

<sup>69</sup> A. STROWELL, *Droit d'auteur et copyright*, pp. 240-241.

<sup>70</sup> T. ASCARELLI, *Teoría de la competencia y de los bienes inmateriales*, p. 626.

<sup>71</sup> A. STROWELL, *Droit d'auteur et copyright*, pp. 136-137.

<sup>72</sup> A. STROWELL, *Droit d'auteur et copyright*, p. 238.

continental como en el de *copyright* encontramos ambas justificaciones con mayor o menor intensidad. La convergencia de la normativa a nivel internacional también hace que ambos sistemas se asemejen cada día más y, seguramente, es la razón por la que ninguna de las normas analizadas (salvo la estadounidense) apueste claramente por una u otra justificación.

En el caso español, nuestro sistema de protección se incardina en aquellos surgidos de la corriente nacida en la revolución francesa, que «declaraba la cualidad de derecho natural que se atribuía al derecho de propiedad del autor y que era puesto en relación (como la propiedad más “sagrada”, más “personal”) con valores intrínsecos de la personalidad de éste»<sup>73</sup>. Y la doctrina española es prácticamente unánime al considerar que se debe abordar nuestra legislación desde esa perspectiva, entendiendo que la protección del autor nace con la creación de la obra, como un derecho inherente al mismo y, en consecuencia, como una cuestión de justicia más que de utilidad. En palabras de DELGADO PORRAS «en el área del Derecho de Autor, la consideración del mercado es importante, pero la protección de las obras y de las inversiones realizadas en su creación y difusión pasa antes por el reconocimiento a su creador de un derecho de “propiedad” (concebido en los comienzos históricos del sistema como un derecho natural y preexistente a todo “acto de reconocimiento estatal”), construido sobre el modelo de la relación (de goce y de disfrute -¿de explotación?- de cualquier aprovechamiento de que sean susceptibles) “directa” del propietario sobre sus cosas, oponible a todos y exclusivo (en el sentido que excluye toda intromisión de terceros en su ejercicio), aunque limitado en el tiempo y sometido a las excepciones y restricciones que el legislador determine en consonancia con los fines de la institución»<sup>74</sup>.

Sirva de ejemplo de lo dicho, también desde un punto de vista de política legislativa, las palabras de la ex Ministra de Cultura, Carmen Calvo: «La eficaz protección de los derechos de los creadores es una de las claves, si no el elemento básico, que permite estimular a las personas que trabajan aportando a la sociedad el fruto de su creación, mediante una compensación justa y merecida por su esfuerzo. En suma, si se protege la creación, se protege el germen para que la cultura plural y diversa que todos deseamos sea posible. [...] Por tanto, las leyes de propiedad intelectual ni son ni tienen por qué ser neutrales sino que, antes al contrario, toman y deben tomar

---

<sup>73</sup> A. DELGADO PORRAS, «Contraposición entre los sistemas de protección del Derecho de Autor y del *Copyright*», en *Derecho de Autor y derechos afines al de autor*, p. 358.

<sup>74</sup> A. DELGADO PORRAS, «Contraposición entre los sistemas de protección del Derecho de Autor y del *Copyright*», en *Derecho de Autor y derechos afines al de autor*, p. 356. En el mismo sentido LACRUZ VERDEJO [J.L. LACRUZ VERDEJO, «Comentario al artículo 2 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 28]; BARBERÁN MOLINA también parece que se aparta de la aproximación de mercado, que entiende propia del sistema del *copyright* pero que “no es de aplicación en España” (P. BARBERÁN MOLINA, *Manual práctico de propiedad intelectual*, pp. 15-16).



partido por los creadores». <sup>75</sup> Estas palabras, que llevan cierta carga ideológica, también sirven para advertir que estamos ante una materia con alto contenido ideológico, en uno u otro sentido, y que este contenido puede verse reflejado en la legislación. Seguramente, optar por una u otra solución ante un conflicto reflejará una determinada concepción de la propiedad intelectual.

El objetivo de este apartado no es otro que, sin entrar en la naturaleza del derecho de autor, poner de manifiesto que es posible justificar la existencia de un sistema de protección del creador desde varios puntos de vista, pudiendo convivir todos ellos bajo una misma regulación (aunque con distinta intensidad), como es el caso de nuestra Ley. Adoptar una u otra justificación puede tener cierta transcendencia en el momento de intentar interpretar la actual legislación ante un conflicto entre el creador y el empresario, en especial, si atendemos al criterio de interpretación teleológica. A lo largo de este trabajo se procurará no perder de vista, para la interpretación de la norma ante los problemas que vayan surgiendo, que la Ley española también admite las justificaciones utilitaristas.

## **B. ¿Necesidad de protección de la propiedad intelectual para fomentar la creatividad?**

En el apartado precedente se ha establecido que una de las justificaciones que se da para la existencia de un sistema de protección de la propiedad intelectual es el fomento de la creatividad. Esta afirmación creo que requiere de un breve comentario en este epígrafe en forma de respuesta a la siguiente pregunta: ¿por qué una adecuada protección de los derechos de propiedad intelectual fomenta la actividad creativa?

Si se atiende al actual sistema de protección (sin tener en cuenta la digitalización), quienes defienden esta postura parten de la base de que es evidente que realizar un trabajo creativo tiene determinados costes. Según LANDES y POSNER <sup>76</sup> estos costes se pueden clasificar en dos: los «costes de expresión» y los costes de producción de copias (en adelante, costes de producción).

Los costes de expresión (p. ej., de un libro) son los correspondientes al tiempo y esfuerzo del autor (lo que denominaremos costes creativos) <sup>77</sup>, así como los que incurre el editor desde que recibe la obra hasta que tiene el primer ejemplar (costes de desarrollo) <sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> C. CALVO, *La Nueva Ley de propiedad intelectual Española*, pp. 2-3. (Disponible en: [http://www.mcu.es/gabineteprensa/pdf/cul\\_041201\\_leypropint.pdf](http://www.mcu.es/gabineteprensa/pdf/cul_041201_leypropint.pdf)).

<sup>76</sup> W. M. LANDES y R. A. POSNER, *The economic structure of Intellectual Property Law*, pp. 37-40.

<sup>77</sup> W. M. LANDES y R. A. POSNER, *The economic structure of Intellectual Property Law*, p. 50.

<sup>78</sup> W. M. LANDES y R. A. POSNER, *The economic structure of Intellectual Property Law*, p. 50.

También incluimos los costes de acceso a la información en los que incurren los creadores para crear su propia obra (coste de información). Este es un coste fijo, es decir, no variará en función del número de ejemplares.

Los costes de producción son aquellos que corresponden a la imprenta, encuadernación y distribución de las copias. Éste sí que es un coste variable puesto que dependerá del número de ejemplares.

Por tanto, hemos de entender que para que alguien esté dispuesto a crear una obra y comercializarla debe tener, como mínimo, las expectativas de cubrir los costes totales (es decir, el coste de expresión más el de producción).

Si no existiese ningún tipo de protección para aquellos que crean una obra, cualquiera (llamémosle «copista») podría recoger esa obra en el momento de salir al mercado y realizar su propia edición, asumiendo únicamente los costes de producción. El resultado de esto sería que el autor estaría vendiendo a un precio más elevado en el mercado que el «copista» (puesto que el autor debería asumir el coste de expresión y el de producción, mientras que el precio del «copista» tendería a ser el coste marginal del coste de producción, el único que asume). La consecuencia lógica es que el copista vendería la mayoría de sus ejemplares en detrimento de los ejemplares vendidos por el autor, que vendería pocos o ninguno.

Si tenemos en cuenta que con la digitalización el coste de producción de la copia es nulo o casi nulo y que las copias son exactas al original<sup>79</sup>, partiendo de este modelo, se puede pensar que es razonable el mantenimiento de un sistema de protección de la propiedad intelectual<sup>80</sup>. Si el autor no tiene una protección contra el copista, es natural que se niegue a realizar cualquier trabajo creativo<sup>81</sup> y viceversa: si se le da al autor una adecuada protección, se fomentará que se destinen recursos a la creación de propiedad intelectual.

Por tanto, para los partidarios de esta postura es evidente que existe un efecto incentivador sobre la creatividad que se deriva del sistema de protección. Es importante que el análisis de los intereses del autor y del empresario que se va a realizar en este trabajo no pierda de vista este efecto, pese a que se pueda dar conjuntamente con otras

---

<sup>79</sup> LANDES y POSNER establecen nueve circunstancias en las que no es necesario ningún tipo de protección porque no copiar no es eficiente o no tiene coste para el creador. Una de esas circunstancias es que la calidad de la copia sea mala, en cuyo caso, los consumidores preferirán comprar el original (W. M. LANDES y R. A. POSNER, *The economic structure of Intellectual Property Law*, p. 41).

<sup>80</sup> Veremos que no todas las corrientes entienden que es necesario una protección de la propiedad intelectual.

<sup>81</sup> El coste marginal es «el costo de producir una unidad adicional. Es decir, es el aumento del costo total en que debe incurrir una empresa para obtener 1 unidad más de producción» (S. FISCHER, R. DORNBUSCH y R. SCHMALENSEE, *Economía*, p. 183).

justificaciones. Será relevante analizar qué intereses (del autor o del empresario) se deben proteger y con qué intensidad en cada momento para así fomentar la creatividad.

### **C. La estructura de la protección**

#### **1. El eje del sistema: el derecho de exclusiva**

En la actualidad, la técnica legislativa utilizada para regular la propiedad intelectual consiste en otorgar un derecho de exclusiva a aquellos agentes que se considera que llevan a cabo una actividad creativa (sobre la obra que puedan crear), estableciendo límites legales a las facultades de este derecho en aquellos casos en los que, por causas de interés general, debe prevalecer otro principio<sup>82</sup>. En otras palabras, la filosofía del legislador consiste en defender la creatividad salvo en aquellos casos en los que existe un interés superior al de los titulares de los derechos. Los límites serán el instrumento idóneo para proteger el interés general (pese a que el estudio de los mismos queda al margen de este trabajo).

#### **2. Agentes objeto de protección**

Y ¿quiénes son los agentes que reciben este derecho de exclusividad? Históricamente, en Derecho continental, se ha otorgado ese derecho a los autores que realizan una actividad creativa bajo la perspectiva de que se reconocía un derecho de la persona. No obstante, poco a poco se ha ido otorgando otros derechos (que denominamos conexos o vecinos) a otros sujetos que también desempeñaban un papel fundamental en el desarrollo de la propiedad intelectual, como los artistas o los productores.

La razón de esta extensión de la protección hacia otros sujetos parece principalmente una razón de mercado, fundamentada en la justificación utilitarista. Si atendemos al fomento de la creatividad y el enriquecimiento cultural de una sociedad, no basta con que exista un genio creador: se necesita un empresario que comercialice la obra del genio creador (p. ej. una película), ya que en otro caso, ésta no llegará a la sociedad (se quedará en un cajón, por decirlo coloquialmente). En este sentido, si analizamos los dos costes que hemos citado antes (los costes de expresión y los de producción) nos

---

<sup>82</sup> Esta estructura queda reflejada en el artículo 2 de la Ley de propiedad intelectual en el que se dice que «la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley».

daremos cuenta de que parte del coste de expresión y la totalidad del coste de producción no son soportados por el autor.

Se podría concluir que la razón por la que este segundo tipo de sujeto recibe protección es porque asume el riesgo y ventura de la comercialización de la obra, no por su espíritu creativo (excluyendo el caso de los artistas). En otras palabras, estamos ante un empresario cuyo objeto de comercio son bienes inmateriales, pero cuya función es igual de importante que la de los primeros.

¿Qué es lo que se pretende con esta distinción? El objetivo es poner en evidencia que existen dos categorías de sujetos dignos de protección: unos por su función creadora y otros por su función comercializadora, en ambos grupos con sus matices<sup>83</sup>. A los primeros les denominaremos «creadores» y a los segundos «empresarios». Ambos tipos de sujetos son un binomio inseparable: los contenidos sin distribución no tienen valor y viceversa<sup>84</sup>. Éste es el binomio que será objeto de este estudio.

Ya no estamos ante una normativa que reconozca la protección a un determinado sujeto por el mero hecho de que haya realizado una creación original<sup>85</sup>, como si de un derecho de la persona se tratase, sino que creo que se puede defender que estamos ante una normativa que protege al mercado y su correcto funcionamiento como único medio de fomentar la creación y, en consecuencia, los derechos del creador o el empresario con el objetivo de fomentar la creación. Esto no es en absoluto incompatible con el reconocimiento del derecho moral como una norma más del mercado, no obstante, entiendo que sí que implica el abandono de una visión decimonónica y romántica del derecho de autor y la necesidad de adoptar una visión moderna y mercantilista<sup>86</sup> de la propiedad intelectual, puesto

---

<sup>83</sup> Los artistas reciben protección también por su actividad creativa.

<sup>84</sup> G. DOYLE, *Understanding media economics*, p. 19. Sobre la importancia de la función empresarial: R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, p. 106.

<sup>85</sup> Éste es un hecho reconocido indirectamente por la más moderna normativa. Fijémonos en el Considerando 7 de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996: «Considerando que la fabricación de una base de datos requiere de una gran inversión en términos de recursos humanos, técnicos y económicos, y que las bases de datos se pueden copiar o se pueden acceder a ellas a un coste muy inferior al necesario para crearlas de forma independiente».

O atendamos al artículo 120 LPI en el que se considera productor al que realiza la fijación de un «plano o secuencia de imágenes, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de la Ley». Es decir, protege la inversión del productor, independientemente de si estamos ante una obra audiovisual o no, de si existe originalidad o no en lo «fijado». En otras palabras, está protegiendo al que tiene la iniciativa empresarial, al empresario.

<sup>86</sup> Aunque la incardinación de la propiedad intelectual en el Derecho mercantil no es objeto de esta tesis, creo que es bueno realizar una breve referencia al respecto, aun a riesgo de que ésta merezca un mayor desarrollo.

Creo que las razones para incluir el estudio de la propiedad intelectual en sede de Derecho mercantil son poderosas. ROGEL VIDE, en el ya referido artículo «La enseñanza del Derecho de Autor en España y el Derecho Civil como marco teórico de la misma», nos ofrece una exposición sistemática de razones encaminadas a encuadrar el estudio de la propiedad intelectual dentro del Derecho civil. Compartimos las razones expuestas por ROGEL VIDE que excluyen el estudio del derecho de autor del ámbito del Derecho público, lo que hoy está fuera de toda discusión. No obstante, dentro del marco del Derecho privado, discrepamos de lo argumentado por ROGEL VIDE en cuanto que entendemos que la

que estamos ante un mercado en el que las relaciones jurídicas no se dan entre particulares sino que se dan entre profesionales o entre profesionales y consumidores (aplicando, obviamente, las garantías legalmente establecidas para estos últimos como en cualquier otro sector de la economía).

## V. CONCLUSIONES

Se ha puesto de manifiesto que las industrias culturales y creativas están en un marco de cambio debido a factores tecnológicos, sociales y económicos, con una creciente importancia de los bienes inmateriales, también en España.

Desde el punto de vista tecnológico se ha constatado la existencia de múltiples dispositivos electrónicos a disposición de los usuarios, lo que nos lleva a pensar que no estamos ante un fenómeno reducido sino que es algo que afecta transversalmente a la sociedad. La multiplicidad de tipos de dispositivos hace razonable creer que los contenidos se deberán adecuar a cada tipo de acceso (profesional-o, activo-pasivo, fijo-móvil, etc.), obligando a las industrias

---

profesionalización del mercado de la propiedad intelectual nos lleva irremediamente a enmarcar su estudio en el Derecho mercantil.

Las razones por las que la propiedad intelectual debe estudiarse en el marco del Derecho civil, dentro del campo del Derecho privado, se pueden sintetizar en tres: la terminología, los fundamentos civilistas de la propiedad intelectual y su ubicación sistemática en el Código Civil.

Respecto a la terminología, ya hemos argumentado en el apartado correspondiente que el uso de un término determinado no siempre responde a la realidad jurídica ni tiene que predeterminar las cuestiones de fondo, por lo que el hecho de adoptar la denominación de propiedad intelectual no sería obstáculo para su estudio en sede de Derecho mercantil.

En cuanto a los fundamentos civilistas se argumenta que toda la institución de la propiedad intelectual se nutre de conceptos de Derecho civil que es preciso conocer en profundidad [«la propia Ley de Propiedad Intelectual está remitiendo, continuamente, a figuras e instituciones de Derecho civil que no describe, dándolas por sabidas», en palabras de ROGEL VIDE (p. 18)], en especial, los relativos a los derechos subjetivos. En este sentido, el Derecho mercantil proviene del Derecho civil, compartiendo una misma base, por lo que es evidente que esos conocimientos previos también están implícitos en el estudio del Derecho mercantil.

Por último, la ubicación sistemática en el Código Civil como «propiedad especial» (asumiendo, como hace nuestro Código, que la propiedad intelectual sea una propiedad especial) es, a mi juicio, el mayor obstáculo para reconocer la mercantilidad de la misma. La propiedad de los objetos del tráfico jurídico mercantil también se encuentra regulada en el Código Civil y no por eso una compraventa mercantil deja de ser mercantil. Las razones del nacimiento del Derecho mercantil debemos encontrarlas en la profesionalización de los agentes del mercado, los cuales necesitan una normativa más flexible y ágil que la de Derecho civil, adaptada a sus necesidades. El Derecho mercantil es el Derecho propio de los empresarios y, en la actualidad, no se puede negar la condición de empresarios a los actores del mercado de los derechos de autor y conexos. Desde la misma óptica, debemos considerar que la propiedad intelectual ha sufrido el mismo proceso que la actual normativa mercantil y se ha ido profesionalizando progresivamente, reforma tras reforma hasta salir del Derecho civil para entrar en el Derecho mercantil. El paradigma del autor ya no es el de un intelectual en una buhardilla escribiendo por una motivación simplemente altruista, sino el de un profesional liberal necesitado de protección y de los instrumentos jurídicos que le permitan acceder al mercado, debiendo disponer el mercado de los instrumentos necesarios para garantizar la seguridad del tráfico y poder comercializar su obra.

No olvidemos que hemos pasado de una sociedad industrial a una sociedad de la información, tal y como ya hemos explicado, en la que la información (entre la que se incluyen las obras) se ha convertido en la herramienta y el producto central de la economía. En el momento histórico en el que se ubica la propiedad intelectual en el Código Civil, esta revolución no se había producido y el legislador no podía ni siquiera imaginarla.

Por todo lo dicho, creo que el marco correcto para el estudio de la propiedad intelectual debe ser el Derecho mercantil.

culturales y creativas a adaptarse. También se ha constatado que estamos ante mercados poco maduros y cuyos modelos de negocio están todavía en formación. Todo ello lleva a concluir que el análisis que se va a realizar en los próximos capítulos debe tener estos factores en cuenta para no caer en el cortoplacismo.

También se ha constatado una amplia posibilidad de acceso a redes, en especial a una banda ancha con una clara tendencia al crecimiento (la banda ancha cuenta con 36,3 millones de líneas móviles y 12,8 millones de líneas fijas).

Por último, en lo que a la tecnología se refiere, se ha constatado que ambos factores (dispositivos y redes) están siendo utilizados intensivamente por los españoles, con la derivada de que este uso afecta especialmente a las industrias culturales y creativas y, en particular, a los tres sectores que son objeto de análisis: el audiovisual (el 99,5% usa formatos digitales y el 25 % lo hace en *streaming*), el musical (el 69,3 % usa formatos digitales y un 32,9 % sin soporte físico) y, en menor medida, el editorial (17,7 % usa habitualmente formatos digitales). Todo nos lleva a pensar que el cambio que se está produciendo no es coyuntural sino estructural y el Derecho debe darle respuesta sin suponer un freno a la creatividad.

En cuanto a la normativa de propiedad intelectual se ha constatado que existen diversas justificaciones para su protección, pudiendo convivir las mismas bajo un mismo ordenamiento, aunque con diferentes intensidades. La justificación del sistema de protección de la propiedad intelectual debe ser una guía para aportar soluciones a los conflictos concretos que surjan entre los distintos agentes que intervienen en cada caso.

El sistema de protección establecido para la propiedad intelectual consiste en otorgar un derecho de exclusiva para que sus titulares puedan ejercer su *ius prohibendi* frente a todo aquel que quiera utilizar la creación, salvo por aquellos límites que exige el interés público, situaciones en las que se verá desposeído del *ius prohibendi*.

En cuanto a los agentes que intervienen en la industria, no todos podrán ser titulares del derecho de exclusiva que concede la Ley. En principio, todos los autores podrán gozar del derecho de exclusiva por su labor creativa. Junto a éstos, la legislación reconoce derechos de menor intensidad (conexos) a los empresarios, debido a la necesaria labor de difusión de la obra que realizan. El análisis de la relación entre ambos se deberá realizar desde esa perspectiva: el autor desde su función creadora y el empresario desde su función difusora.

# CAPÍTULO II: LA INDUSTRIA EDITORIAL

## *Primera parte: el mercado editorial*

### I. DESCRIPCIÓN DEL MERCADO EDITORIAL TRADICIONAL

Sin ánimo de ser exhaustivos y únicamente a los efectos de analizar con posterioridad la regulación que afecta a la propiedad intelectual en el mercado editorial, vamos a realizar una breve descripción del mismo desde un punto de vista económico-empresarial, para procurar comprender su funcionamiento.

Esta descripción se centrará en exponer el modelo de negocio del mercado editorial, con especial atención a la industria que produce los bienes que se comercian en dicho mercado antes de la irrupción de los cambios señalados en el capítulo primero. Con este objetivo, vamos a describir el mercado a través de sus tres principales productos (que podrían considerarse tres mercados por producto del mercado editorial): periódicos, revistas y libros.

#### A. Periódicos

Los periódicos, entendidos como publicaciones que salen diariamente<sup>87</sup> a la calle y cuyo contenido principal es la información referente a la actualidad en sentido amplio (incluyendo análisis, opinión, entretenimiento, etc.), son un medio de comunicación que cuenta con una larga historia y basan su financiación, salvo excepciones<sup>88</sup>, en dos fuentes de ingresos: las ventas y la publicidad.

Según el público al que vayan dirigidos, podemos clasificar a los periódicos en dos grupos. Un primer grupo lo compondrían aquellos periódicos que se dirigen a segmentos de población con un poder adquisitivo elevado. Éstos suelen obtener la mayor parte de sus ingresos de la publicidad, ya que el público al que se dirigen (pese a ser reducido en número) suele ser más susceptible de derivar ingresos hacia los productos anunciados. Son los llamados medios de «calidad». El segundo grupo lo forman aquellos periódicos que se dirigen a un público más amplio pero con menor poder adquisitivo y, por tanto, menos susceptible a la publicidad. En este caso, la mayor parte de los ingresos proviene de las ventas, mucho mayores en

---

<sup>87</sup> Tal y como son definidos por la Real Academia Española.

<sup>88</sup> Existen periódicos que se financian exclusivamente con la publicidad.

número, puesto que optan por un modelo de negocio con menores costes (y un producto más barato y de menor calidad) pero asequible a un segmento más amplio de la población. Son los llamados medios «populares»<sup>89</sup>. Lo habitual es que estos modelos sean mixtos, aunque puede que una u otra fuente de ingresos tenga mayor importancia. También puede suceder que modelos «populares» con un número elevado de destinatarios tengan ingresos publicitarios elevados porque determinados anunciantes los consideran idóneos.

En todo caso, como sucede en otras industrias, un coste considerablemente elevado de los periódicos es la realización de la primera copia<sup>90</sup>. Usando la terminología establecida en el primer capítulo, diríamos que tiene un elevado «coste de expresión». Dentro de esos costes, los editoriales y administrativos suponen la parte más importante, por lo que las empresas propietarias de más de un medio aprovechan las economías de escala. Debemos destacar que este tipo de publicaciones solía contar con amplias plantillas de periodistas o colaboradores habituales, que son los creadores de los textos o imágenes que componen el periódico, lo que tiene relevancia desde un punto de vista de la cesión de los derechos de propiedad intelectual.

Los costes de producción e impresión se vieron reducidos drásticamente desde principios de los ochenta al introducirse avances tecnológicos. Las empresas del sector hicieron grandes inversiones para adaptarse a la nueva tecnología de impresión digital. Estas inversiones no fueron un problema desde el punto de vista financiero ya que se vieron compensadas con un aumento de los márgenes del producto que permitió amortizarlas. La nueva tecnología permitió la reducción de costes laborales (al prescindir de los tipógrafos) y una producción mucho más rápida<sup>91</sup>. Este último factor tiene significativa relevancia para un producto que tiene una vida útil de menos de 24 horas<sup>92</sup> y en el que el primero que da la noticia es el que más beneficios obtiene.

En el apartado de los costes también debemos destacar la importancia que tiene el mercado del papel sobre el precio (o el margen, según la política de la empresa) de los periódicos. Dado que ni la capacidad de suministro ni la demanda de dicho mercado son estables, los costes en este sector sufren de cierta volatilidad<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> D. GILLIAN, *Understanding media economics*, p. 121.

<sup>90</sup> D. GILLIAN, *Understanding media economics*, p. 123; C. HOSKINS, S. McFADYEN y A. FINN, *Global television and film*, p. 157.

<sup>91</sup> C. HOSKINS, S. McFADYEN y A. FINN, *Global television and film*, p. 159; D. GILLIAN, *Understanding media economics*, pp. 123-125.

<sup>92</sup> C. HOSKINS, S. McFADYEN y A. FINN, *Global television and film*, p. 151.

<sup>93</sup> D. GILLIAN, *Understanding media economics*, p. 124.



Por lo que se refiere a la distribución, la misma se realiza a través de redes con puntos de venta al por mayor y al detalle (mayoritariamente lo que de forma coloquial denominamos «quioscos»), así como a través de suscripciones. Los costes de distribución son variables en función del volumen de ejemplares distribuidos. Los puntos de venta se llevan parte del precio del periódico y, en ocasiones, están integrados verticalmente con la editorial.

Como consecuencia de los rasgos aportados, el mercado de los periódicos tiende a que los agentes procuren aprovechar las economías de escala y de alcance a través de las concentraciones, encontrándonos normalmente con situaciones de oligopolio.

En cuanto al funcionamiento del mercado, existen tres factores que influyen decisivamente en la demanda<sup>94</sup>. El primero es el precio (como en cualquier otro producto que se venda en un mercado liberalizado). El segundo elemento es el producto: el posicionamiento editorial del periódico, así como los editores, corresponsales o las secciones del mismo son elementos que influyen en los consumidores para comprar o dejar de comprar un periódico. Por último, la publicidad y las acciones promocionales son de gran importancia<sup>95</sup>. No hay más que observar la cantidad de regalos o descuentos que ofrecen los periódicos en la actualidad, los cuales llegan a acumular hasta cuatro promociones distintas en un solo número.

Pese a lo expuesto, no se debe perder de vista que existen variables extraeconómicas en el funcionamiento del mercado. Por ejemplo, existen medios cuyo objetivo no es la maximización de beneficios sino la capacidad de influir en la opinión pública o la de preservar la independencia y la libertad de expresión.

## **B. Revistas**

El mercado de las revistas es similar al de los periódicos pese a que ha sufrido cambios sustanciales desde sus inicios. Las revistas son publicaciones periódicas (normalmente semanales o mensuales) que pueden ser especializadas en una determinada materia o generalistas. Tal y como explica el profesor ALBARRAN, las revistas han contribuido definitivamente a la transmisión de la cultura, puesto que este tipo de publicación permitió que aquellos que no podían hacer frente a los elevados precios de los libros pudiesen acceder a

---

<sup>94</sup> D. GILLIAN, *Understanding media economics*, p. 126.

<sup>95</sup> En una situación de oligopolio, una guerra de precios se traduciría en una pérdida de beneficios para los periódicos, por lo que las acciones promocionales serán la principal herramienta para competir entre periódicos que sean sustitutivos los unos de los otros.

grandes autores universales<sup>96</sup> a un coste razonable. No obstante, hace décadas (y debido a la aparición de la televisión), la industria de las revistas, en palabras de VIVIAN<sup>97</sup>, se está «desmasificando» para tender a la especialización<sup>98</sup>.

La estructura del mercado de las revistas es muy parecida a la de los periódicos. Los ingresos provienen de las mismas fuentes: ventas y publicidad. También en este mercado podemos clasificar las revistas en dos grandes grupos: las «profesionales» y las de «consumo». En el primer caso, la principal fuente de ingresos es la publicidad, mientras que, en el segundo tipo, la mayor parte de ingresos se obtienen de las ventas.

En cuanto a los costes, como es lógico, se repiten los conceptos que ya vimos en el caso de los periódicos, teniendo importancia las economías de escala.

Una diferencia sustancial entre periódicos y revistas es que los primeros tienden a centrarse en mercados locales o nacionales mientras que las segundas suelen tender hacia un mercado internacional<sup>99</sup>.

Así como los mercados de los periódicos y las revistas son muy similares, el de los libros se diferencia algo más debido a las características del producto.

### C. Libros

THOMPSON, al describir el sector del libro se refiere a dos conceptos que son útiles: i) el ciclo editorial y <sup>o</sup>ii) la cadena editorial. El ciclo editorial son los estados por los que pasa el libro desde su contratación hasta su impresión. La cadena editorial se refiere a las interconexiones entre las diferentes empresas que colaboran en la edición, distribución y venta de un libro así como al valor que aporta cada una de ellas con su contribución.

---

<sup>96</sup> A. B. ALBARRAN, *Media economics: understanding markets, industries and concepts*, p. 164.

<sup>97</sup> J. VIVAN, *The media of mass communication*, citado por A. B. ALBARRAN, *Media economics: understanding markets, industries and concepts*, p. 165.

<sup>98</sup> Las revistas están tendiendo a un grado altísimo de especialización puesto que eso les permite obtener grandes ingresos por publicidad. Cuanto más segmentado esté el público al que se dirige una publicación, más fácil es trazar el perfil del lector, haciendo que la publicidad sea más efectiva, por lo que los anunciantes invertirán más dinero en publicidad.

<sup>99</sup> Las razones para que las revistas tiendan a un mercado internacional son lógicas. Por una parte, el contenido de una revista es aquel que el editor decide que puede vender, lo que no sucede con los periódicos, en los que el público espera que trate determinadas noticias de interés local o nacional. Por otra parte, las revistas están sometidas a restricciones legales o técnicas tan estrictas como los periódicos. Por último, el factor idiomático es fácilmente salvable puesto que, por un lado, muchas de estas revistas se basan en elementos gráficos o fotográficos y, por otro, realizar una edición local de una determinada revista no es tan costoso (p. ej. National Geographic, Cosmopolitan).

## 1. El ciclo editorial

En cuanto al ciclo editorial<sup>100</sup>, este autor identifica cuatro fases. La primera de ellas se identifica con el momento de la decisión del editor de emprender la edición de un libro. Realmente ésta es una decisión que, pese a que se puedan realizar ciertas predicciones, está rodeada de incertidumbre. Muchas veces, el editor toma la decisión basándose en una idea del autor que todavía no se ha traducido en un manuscrito. Para mitigar esta incertidumbre es habitual adoptar el «Modelo de la Rana», es decir, fertilizar muchos huevos, incubarlos y esperar que sobrevivan algunos renacuajos que acaben transformándose en ranas. Esto se explica porque el 20 % de los títulos suponen el 80 % de los ingresos.

La segunda fase del proceso es la fijación de precios y el número de ejemplares que se deben imprimir. La determinación del precio se determinará en función de lo que el editor crea que el público va a pagar por el libro (donde tendrá importancia la experiencia del editor) y el coste de producción. En las tiradas largas el coste de producción unitario se reducirá, aprovechando los costes marginales decrecientes de una producción como la del libro. En el caso de que se agote la tirada la rentabilidad por libro se presumirá alta. Sin embargo, una tirada larga de ejemplares puede hacer que parte de los mismos no se vendan, rebajando la rentabilidad de la tirada. No es una decisión sencilla.

La estructura de los costes no dista mucho de lo expuesto para los otros tipos de publicaciones, en cuanto a valores relativos, teniendo un coste elevado el primer ejemplar. Los costes de producción e impresión se han reducido considerablemente en las últimas décadas. En cuanto al precio del papel nos encontramos con la misma volatilidad que en el caso de los periódicos, habiéndose incrementado algo el precio como consecuencia de la desaparición de competidores tras la crisis.

Una importante diferencia en cuanto a costes con los dos mercados que acabamos de ver es que en el caso de los periódicos y revistas, el editor cuenta con un equipo considerable de autores a los que puede tener en nómina o simplemente comprar sus artículos o reportajes. En el caso de los libros, el autor (o los autores) entrega la obra al editor (normalmente unos pocos grupos controlan gran parte de las editoriales)<sup>101</sup>, quien decide si la publica o no, teniendo el libro una

---

<sup>100</sup> Seguiré la estructura y explicación que realiza THOMPSON sobre el sector (J. THOMPSON, *Books in the Digital Age*, cap. I, apdo. 2, edición para Kindle).

<sup>101</sup> Según el informe *El sector del libro en España 2013-2015* existe cierta concentración en el mercado español, pese a que eso no impide que exista competencia. Según datos de la Federación de Gremios de Editores de España, si bien sólo el 29,9 % de las editoriales españolas pertenece a algún grupo empresarial, las editoriales grandes (facturación entre 18 y 60 millones de euros) y muy grandes

vida muy superior a la de los periódicos y revistas. Para determinados casos, puede que las editoriales tengan acuerdos permanentes con autores de cierto renombre.

Interesa apuntar que en los últimos tiempos existen autores que recurren a agentes literarios, cuya función es realizar todas las acciones necesarias para buscar un editor para la obra. La ventaja de este tipo de agentes es que realizan, de manera profesional, unas funciones de comercialización para las que el autor no tiene por qué estar preparado. Por otra parte, también sirven como filtro a los editores (cuando la obra no reúne unos requisitos mínimos). Quienes critican esta figura entienden que complica innecesariamente la relación entre el editor y el autor.

La tercera fase, que no se da en todas las ocasiones, es la decisión de imprimir más ejemplares para la venta. Realmente, en este punto el riesgo es menor puesto que el editor cuenta con ciertos parámetros que le guían en su decisión, ya que en función de las ventas realizadas, tiene mayor información para saber si compensa una nueva impresión. Esto no significa que la decisión esté exenta de riesgo. Imprimir nuevos ejemplares de una obra de gran éxito comercial no siempre es una operación rentable puesto que este tipo de obras se venden bien los primeros meses de lanzamiento pero tras el éxito inicial muchas veces dejan de tener interés para el mercado. También es importante para la decisión de realizar una nueva impresión la correcta gestión de la información con sus distribuidores, puesto que las ventas que realiza el editor a estos establecimientos están sometidas a devolución<sup>102</sup>. Antes de tomar la decisión de introducir nuevos ejemplares en el mercado el editor se debe cerciorar de que las librerías realmente han vendido los ejemplares.

La cuarta y última fase es la decisión de descatalogar el libro y destruir la obra o venderla a saldo. Quizá es la decisión que menos riesgo tiene puesto que se trata de una decisión que se toma cuando

---

(facturación de más de 60 millones de euros) supusieron el 60,8 % de la facturación del mercado (MINISTERIO DE CULTURA, *El sector del libro en España 2013-2015*, p. 30).

Estos datos están en línea con los que figuran en la *Panorámica de la edición española de libros 2014*: «Si se compara la situación de 2014 con la de los años anteriores puede comprobarse el afianzamiento del índice de concentración de la producción: en 2012 el 65,4 % de los libros fueron publicados por el 5,8 % de los editores; en 2013 el 5,7 % de los agentes editores publicaron el 62,8 % de los libros, y en 2014 el 5,4 % de los agentes editores lanzaron al mercado el 62,3 % de los libros» (MINISTERIO DE CULTURA, *Panorámica de la edición española de Libros 2014*, apartado II.8).

Según los números ofrecidos por la Federación de Gremios de Editores de España, a la que se encuentran afiliados aproximadamente el 85 % de los editores españoles, las empresas pequeñas aumentaron la cuota de mercado en detrimento de las grandes, aunque se explica porque una de las empresas grandes pasó a ser mediana (FEDERACIÓN DE GREMIOS DE EDITORES DE ESPAÑA, *Comercio interior del libro en España 2013*, p. 61).

<sup>102</sup> Como comenta THOMPSON, este sistema se ha implantado porque permite eliminar barreras para introducir obras en las librerías, ya que estas únicamente asumen los costes administrativos de la gestión de los libros mientras están bajo su poder y el coste logístico de la devolución. Para el editor supone un riesgo evidente puesto que implica la obligación de devolución de los importes satisfechos por las librerías así como la gestión del *stock* (J. THOMPSON, *Books in the Digital Age*, cap. I, apdo. 2, edición para Kindle).

ya se han generado ingresos y su objetivo no es tanto aumentar estos como eliminar costes que puedan afectar a la rentabilidad. Un libro se mantendrá en catálogo en función de sus expectativas de ventas y no se realizarán nuevas ediciones o reimpressiones si la previsión de ingresos es superior a los costes. Esto puede afectar significativamente a libros destinados a segmentos de mercado muy concretos, como es el mundo académico, en el que los clientes potenciales son pocos y a los que no les queda más remedio que desembolsar grandes cantidades de dinero para acceder a una determinada obra o renunciar a la misma.

Todo este proceso no es un proceso corto, sino que puede alargarse durante años. Para el editor, realizar el pertinente seguimiento y obtener la información exacta sobre cómo funcionan las ventas y los costes es esencial en todo el proceso para la adecuada toma de decisiones.

## 2. La cadena editorial

En cuanto a la cadena editorial, que es una cadena de valor y de suministro, se iniciaría con la adquisición de la obra por parte del editor y todas aquellas actividades necesarias (el ciclo editorial) para tener a disposición la obra para su impresión. El segundo eslabón sería que el impresor llevara a cabo la impresión de la obra. Por último, el distribuidor recibirá los ejemplares y, junto con la gestión de *stocks*, llevará las necesarias labores comerciales con las redes de distribución mayoristas y minoristas que venderán el libro a los consumidores finales (sean personas físicas o instituciones)<sup>103</sup>.

Si nos detenemos en la figura del editor en relación con la cadena de valor editorial, se pueden identificar seis funciones en las que aporta valor<sup>104</sup>. La primera es la adquisición de obras y configuración del fondo editorial. Quizá ésta sea la actividad que mayor valor añadido aporta el editor. Como referiremos más adelante, la aportación que realizan los editores mediante la selección de obras va mucho más allá de una mera función empresarial, siendo un agente fundamental de la configuración del acervo cultural de una sociedad. La segunda es la inversión financiera y asunción de riesgo. El editor (como los productores) ha de conseguir los recursos financieros necesarios para poder llevar a cabo la iniciativa empresarial, asumiendo el éxito (las ganancias) o fracaso (las pérdidas) comercial de la misma. La tercera es la mejora del contenido en caso de que sea necesario. En ocasiones el editor acaba de configurar la versión última de la obra asumiendo los costes de la corrección de estilo o hablando con el

---

<sup>103</sup> J. THOMPSON, *Books in the Digital Age*, cap. I, apdo. 3, edición para Kindle.

<sup>104</sup> J. THOMPSON, *Books in the Digital Age*, cap. I, apdo. 3, edición para Kindle.

autor sobre aspectos de mejora comercial de la misma. La cuarta es el control de calidad de la publicación, que variará según el editor. La quinta serán las funciones de gestión y coordinación de todas aquellas actividades necesarias para la publicación de la obra. Por último, le corresponderá el desarrollo de las estrategias de *marketing* y las acciones de promoción, para la ejecución de las cuales contará con el distribuidor.

Por lo que se refiere al modelo de distribución en España, tradicionalmente ésta se realizaba mediante una red de mayoristas y minoristas, siendo la mayor parte de los libros vendidos en pequeñas tiendas (libreros), adquiriendo progresiva importancia las ventas a través de cadenas de librerías<sup>105</sup>. La distribución tiene básicamente dos funciones: promoción y logística. En cuanto a la promoción, debemos diferenciar la que realiza el editor (dirigida al público en general) y la del distribuidor, más enfocada al punto de venta (al librero), al que proporciona toda la información necesaria sobre la publicación y el material publicitario de apoyo<sup>106</sup>. La función de logística supone establecer un sistema de recepción de ejemplares por parte del editor, manipularlos, almacenarlos y repartirlos según las necesidades<sup>107</sup>.

Estas dos funciones entrañan una gran complejidad. Si tenemos en cuenta que se calcula que existen entre 4.000 y 5.500 librerías en España<sup>108</sup> (sin contar quioscos), podemos hacernos una idea de la dificultad que tiene comercializar un libro. Los costes de establecer una red de distribución nacional son elevados y el libro es un producto que, puesto que tiene un precio dado por el editor, no permite al distribuidor trabajar con márgenes elevados. Ésta es una realidad que afecta tanto a los editores que se valen de distribuidores con cobertura nacional como a los editores que utilizan redes de pequeños distribuidores, así como para los grandes editores que disponen de su propia red de distribución, suponiendo, en todo caso, una barrera de entrada al mercado.

---

<sup>105</sup> FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES NACIONALES DE DISTRIBUIDORES DE EDITORES, *XVII Estudio de Perfil del Sector de la Distribución de Libros y Publicaciones Periódicas*, p. 49. Según este estudio, el 49,4 % de la facturación se produce a través del canal de librerías y el 21,9 % a través de cadenas de librerías. Resulta interesante destacar también, para tener una mejor idea de cómo evoluciona la distribución mayorista, que las empresas que combinan la distribución de publicaciones con otro tipo de artículos (p. ej. telefonía o golosinas) se sitúa en el 32,9 %, lo que supone un crecimiento del 3,4 % en el periodo que va entre 2007 a 2011.

<sup>106</sup> Es evidente que este planteamiento puede variar según los pactos internos a los que se lleguen.

<sup>107</sup> A. MAS, conferencia «La comercialización del libro», pronunciada en la FANDE (<http://www.federacioneditores.org/SectorEdit/InformeSector.asp>).

<sup>108</sup> En el año 2013 el Observatorio de la Librería en España de la Confederación Española de Gremios y Asociaciones de Libreros publicó el *Mapa de Librerías de España 2013*. En dicho estudio se recoge la estimación del Instituto Nacional de Estadística conforme en dicho ejercicio existían en España 5.556 librerías de las cuales el *Mapa de Librerías* constata la existencia de 4.336. Esta cifra supone un descenso del número de librerías de un 21,5 % desde 2008 (OBSERVATORIO DE LA LIBRERÍA EN ESPAÑA, CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE GREMIOS Y ASOCIACIONES DE LIBREROS, *Mapa de librerías de España*, p. 19).

Por último, una referencia al producto objeto de comercio, el libro. El mercado de los libros se divide tradicionalmente en tres categorías<sup>109</sup>: libros para consumidores, libros profesionales y libros educacionales, siendo el primer grupo el más importante en cuanto a volumen de ventas. Los ingresos en este mercado se producen únicamente vía venta de ejemplares, sin que la publicidad suponga una fuente de ingresos<sup>110</sup>. Una peculiaridad de este sector es que estamos ante un producto de oferta. Como explica MAS, el mercado no es capaz de absorber toda la oferta existente, muchas veces por falta de la adecuada promoción<sup>111</sup>. Es un factor relevante porque, como ya hemos comentado, el editor asume el riesgo de la devolución de los libros que se traducirá en la gestión del *stock* devuelto y la devolución de las cantidades satisfechas por los libreros.

## II. EL MERCADO Y CAMBIOS EN LOS MODELOS DE NEGOCIO

Interesa ahora indagar si este modelo descrito se está viendo afectado por algún tipo de cambio que pueda tener transcendencia en un futuro. En otras palabras si existen cambios que pueden introducir modificaciones en el modelo de producción o de consumo. Posteriormente analizaremos, en caso de existir tales cambios, si pueden afectar a la relación entre el autor y el empresario desde el punto de vista legal.

### A. Periódicos

El impacto de la utilización del sistema digital en los periódicos está teniendo gran transcendencia. Desde que en 1992 el *Chicago Tribune* decidió presentar una versión digital del rotativo, muchos son los que han copiado la idea. En la actualidad, la gran mayoría de periódicos existentes en la red son copias digitales de los contenidos originales en formato papel, aunque también existen periódicos digitales de nueva creación.

La edición digital supone un ahorro considerable de costes respecto de la edición en papel. Pese a que se debe de realizar una inversión en equipos informáticos y en maquetación, el ahorro de la impresión del rotativo y del coste del papel hacen que la edición digital sea más barata que la tradicional. El problema de los periódicos tradicionales es que siguen manteniendo la edición en papel, con el agravante de

---

<sup>109</sup> A. B. ALBARRAN, *Media economics: understanding markets, industries and concepts*, p. 177.

<sup>110</sup> En algunas ocasiones se podrían considerar fuentes de ingreso indirectas como la participación en coloquios o programas de televisión.

<sup>111</sup> A. MAS, conferencia «La comercialización del libro», pronunciada en la FANDE (<http://www.federacioneditores.org/SectorEdit/InformeSector.asp>).

que muchos de sus lectores habituales dejan de comprar la edición en papel y leen la edición digital de manera gratuita (aunque cada vez más, en especial desde la introducción en el mercado de las tabletas, también crecen los suscriptores de pago para la edición digital gracias a agresivas campañas de precios, previsiblemente hasta que se consolide este canal de lectura)<sup>112</sup>.

Existen en el mercado diferentes estrategias por parte de las empresas editoriales. La primera de ellas es la de cobrar a los lectores de la versión electrónica por cualquier tipo de contenido, lo que en la práctica no ha tenido un éxito relativo hasta el momento por lo que se refiere al acceso a través de páginas web, pero parece que está creciendo en la versión digital de periódicos para tabletas<sup>113</sup>. También se han adoptado estrategias mixtas diferenciando entre contenidos «básicos», a los que se accede gratuitamente, y contenidos «premium», a los que se debe acceder previo registro, con experiencias de resultados desiguales<sup>114</sup>. Este registro puede conllevar el desembolso de una cantidad de dinero (a modo de suscripción) o bien puede que la empresa únicamente busque una autorización del lector para que ceda sus datos y así poderlos vender a los anunciantes. También hay quien ha optado por mantener la gratuidad de la edición digital e intentar obtener mayores ingresos a través de la publicidad.

Independientemente de la estrategia que se escoja, lo cierto es que los medios tradicionales se han visto afectados y recurren cada vez más a acciones promocionales (p. ej. colecciones, etc.) para mantener las ventas de las ediciones en papel, aunque hay estudiosos del sector, como SABADIN, que lo consideran «una actividad de *marketing* destinada a mantener alto el número de ejemplares vendidos de forma artificial»<sup>115</sup>.

Por otra parte, existen periódicos que únicamente realizan una edición digital. La gran barrera de entrada para este tipo de nuevos

---

<sup>112</sup> Como ejemplo del esfuerzo de captación de lectores digitales que están realizando los medios tradicionales basta con señalar la promoción de *El País* en noviembre de 2013, en la que ofrecía un año de suscripción a 59 euros el primer año y 99 el segundo, lo que supondría un precio del ejemplar a 16 y 27 céntimos respectivamente, frente a los 1,30 euros del ejemplar en papel. La misma estrategia comparte Unidad Editorial, cuyo periódico de cabecera, *El Mundo*, tiene un precio de 1,40 euros en papel frente a los 89 céntimos en formato electrónico (incluso ofrece *El Mundo* y *Expansión* por 19,99 euros, prácticamente 30 céntimos el ejemplar). Estas estrategias iniciales están encaminadas a cambiar los hábitos de lectura y combinan al lector en papel con el lector digital.

<sup>113</sup> Muchos rotativos han optado por ofrecer a sus suscriptores en papel la versión electrónica (normalmente para tableta) al mismo precio o por un precio un poco mayor, de manera que incentivan la migración al entorno digital. La estrategia pasa por permitir el uso multidispositivo y, una vez generado el hábito, ofrecer mejores precios de suscripción en la edición digital que en la combinada o en papel.

<sup>114</sup> Este modelo se ha demostrado rentable para el *Financial Times* y deficitario para *The Guardian* (J. J. CALAZA y G. DE LA DEHESA, «Transición de la prensa en papel a la edición digital», *El Faro de Vigo*, 2015. Disponible en: <http://www.farodevigo.es/opinion/2015/05/03/transicion-prensa-papel-edicion-digital/1232541.html>).

<sup>115</sup> V. SABADINI, *El último ejemplar del New York Times. El futuro de los periódicos en papel*, Ed. Sol90, p. 10.



periódicos consiste en darse a conocer a los lectores y crear una imagen de periodismo serio, profesional y riguroso (barrera que no es nueva en el mundo de la prensa, aunque quizá se da más acentuada en el caso de Internet). Aparte de la publicidad que puedan realizar del medio en carteles, radios, televisiones o *banners* entre otros, muchos de estos rotativos digitales realizan un esfuerzo por contar con periodistas de reconocida profesionalidad, dando así seguridad al lector sobre la información y opiniones publicadas. Este aspecto es crucial para la viabilidad de este tipo de periódico, sea cual sea su modelo de ingresos (suscripción, publicidad o mixto) ya que la página web o la edición digital para dispositivos debe contar con muchas visitas (el equivalente a la audiencia en los medios digitales)<sup>116</sup>.

Por lo que se refiere al equipo humano de los periódicos, que ya hemos comentado que se trata de una de las principales partidas presupuestarias, parece que se está imponiendo la externalización de funciones a gabinetes de prensa, por lo que se refiere a los periodistas, y la de funciones técnicas a empresas especializadas por lo que se refiere a la producción, reduciendo los gastos en personal.

En todo caso, lo que se pone de manifiesto es que el mundo del periodismo está en transición. Reflejo de este cambio es que las ventas de periódicos en formato papel han disminuido en España desde 2001 de acuerdo con la tendencia mundial. Pese a este dato nada apunta a que vaya a desaparecer el formato papel a corto o medio plazo. La profusión de dispositivos digitales en los hogares y las conexiones a redes de banda ancha, así como los hábitos de consumo, demuestran este cambio y hacen prever que no se ha acabado. Seguramente, junto al factor tecnológico también hay factores sociales que hacen que el consumo de los medios tradicionales haya variado, desde cuestiones ideológicas o generacionales, hasta preferencias por medios audiovisuales, desinterés o diversidad informativa.

Si nos preguntamos hacia dónde nos llevará este cambio tampoco es posible prever qué sucederá en el medio y largo plazo. Como ejemplo, la visión de *La Vanguardia* y *El País* en 2005 sobre cómo sería la prensa escrita en 2015: *La Vanguardia* apostaba por un periódico personalizado al que se pudiera acceder cómodamente desde la televisión en casa, desde el ordenador en la oficina, desde el móvil o desde una agenda electrónica, ya fuese en el metro o por la calle. Consideraban que se utilizaría vídeo, audio, infografía y texto y que lo esencial sería la interactividad del lector, que podría ampliar aquellas noticias que le interesen con reportajes, participar en foros con webcams o intercambiar comentarios con los periodistas. *El País*,

---

<sup>116</sup> Hay ejemplos de webs como *El Confidencial*, *El Plural*, *Ara* o *Público* que siguen estos modelos. También hay ediciones para dispositivos digitales como *El Español*.

con el símil de un cubo, coincidía en la misma idea de personalización e interactividad que *La Vanguardia*, así como en la posibilidad de conectarse desde cualquier sitio y tipo de dispositivo digital<sup>117</sup>. Como puede observarse, se han cumplido algunas cuestiones y otras no. Se ha divulgado el uso de tabletas que era impensable en 2005. Hoy en día hay opiniones para todos los gustos, desde directores de periódico que apuestan por la edición impresa<sup>118</sup> hasta quienes, como el propietario del *Washington Post*, Jeff Bezos, que creen que acabarán siendo un artículo de lujo<sup>119</sup>.

Por tanto, partiendo de la base de que es difícil predecir el futuro, lo que se pretende en este trabajo es analizar si la legislación de propiedad intelectual está preparada para afrontar con éxito cualquiera de las tendencias hacia las que parece que se puede encaminar el desarrollo de los negocios que se analizan.

Una primera tendencia que se puede apuntar es que no parece descabellado que el formato papel perderá terreno en favor del formato digital, o cuanto menos el formato digital tendrá relevancia en el futuro del negocio de los medios escritos. También parece lógico prever que los medios digitales convivirán con los medios en papel.

Por lo que se refiere a los contenidos, la adopción del sistema digital parece que comportará que los periódicos, además de texto y fotografía como hasta ahora, incorporen multitud de elementos audiovisuales, como se puede ver en periódicos como *The Guardian*. Por otra parte, la interactividad y la personalización permitirán que el lector se pueda configurar un periódico «a la carta»<sup>120</sup>, accediendo únicamente a los contenidos que desea y en el momento que desea (lo que podríamos denominar un servicio «bajo demanda»). La capacidad actual de las redes y la velocidad de las mismas, que va aumentando exponencialmente, así como la profusión de dispositivos digitales (en especial inalámbricos como las tabletas), refuerzan esta aproximación. La personalización también ayudará a definir el perfil del lector, convirtiéndose en una útil herramienta para los departamentos de *marketing*, ya que podrán orientar los contenidos de la publicación hacia los intereses de sus lectores (lo que, por otra parte puede llevar a un conflicto con la función social de información) y podrán disponer de una potente segmentación por colectivos que

---

<sup>117</sup> Información obtenida de la revista *SENSOR. Cuadernos del congreso de periodismo digital*, núm. 1, VI Congreso de Periodismo Digital (Huesca, 20-21 enero de 2005).

<sup>118</sup> Los directores de periódicos como *La Razón* o *ABC* apostaron por la prensa en papel en la Convención Anual de la Asociación de Editores de Diarios Españoles, celebrada en diciembre de 2013. El director de *El Mundo*, por el contrario, manifestó que «Aquí ha estado tocando la orquesta del Titanic y yo no voy a sumar mi violín a esta orquesta» en relación con su opinión referente al futuro de la prensa escrita.

<sup>119</sup> Jeff Bezos declaró al periódico *The Telegraph*: «Algún día, no sé dentro de cuantos años –quizá décadas– las ediciones impresas de los periódicos en el papel actual serán un artículo de lujo». A continuación añadió que «La gente todavía tiene caballos pero no es su principal medio de transporte a la oficina» (noticia aparecida en *The Telegraph* el 25 de septiembre de 2013).

<sup>120</sup> Incluso existen empresas como Agilent Technologies que están desarrollando tecnologías que permiten al usuario presentarle las noticias que, según su perfil, le resulten más atractivas.

permitirá una mejor explotación de los ingresos publicitarios (siempre dentro del marco de la legislación en materia de datos personales).

También debemos destacar que los periódicos, desde que se editan en formato digital se han convertido en medios de comunicación «en vivo». Como ya hemos explicado en apartados anteriores, uno de los principales factores que valora la demanda de los periódicos es la actualidad de la información, para lo que las redes son una herramienta idónea. Si bien la edición en papel se pone a disposición del lector una vez al día, la edición digital se encuentra en permanente actualización. La edición en papel se convertirá en la impresión de la edición digital de un determinado momento, a modo de «balance de situación». La edición impresa, tal y como se concibe por los grandes grupos editoriales, deberá aportar un valor añadido importante no a través de la información (que llega al usuario a través de infinidad de medios a lo largo del día) sino a través de opiniones y análisis que los diferencien de los competidores y sean útiles al consumidor.

Se debe mencionar que en el mundo de la prensa escrita aparecen nuevos intermediarios entre el usuario y los rotativos que pueden tener impacto en la forma de distribución de contenidos. Como ejemplos de estos nuevos intermediarios se puede citar a las empresas de comunicación que ofrecen el denominado servicio de *clipping* mediante el que ofrecen una selección diaria de noticias, principalmente aparecidas en medios escritos (aunque también en radio y televisión) adaptadas a las necesidades del cliente que les contrata, o los agregadores de noticias, como Google. La aparición de este tipo de intermediarios pueden tener un fuerte impacto en la distribución de noticias, que pueden llegar a tener el efecto de que el destinatario del servicio se plantee la utilidad de comprar periódicos a la vez que los medios que alimentan dichos servicios pueden plantearse si merece la pena seguir invirtiendo en generar contenido que no explotan directamente.

El panorama descrito, lleno de incertidumbres, implica que los medios ya han realizado cambios tecnológicos en sus sistemas de producción, abaratando los costes. Sin embargo, ahora se enfrentan también a un cambio en cuanto a i) la configuración del producto (que al ser digital es inmediato, interactivo y puede contener mucho más que texto); ii) su distribución, ya que los medios de distribución digitales no necesitan de los intermediarios tradicionales, poniendo en cuestión la función de quioscos y otros puntos de venta; y iii) el consumo, ya que el perfil del consumidor y su forma de acceder a los contenidos ha variado.

## B. Revistas

En el mercado de las revistas, la introducción de dispositivos móviles y las denominadas *apps*, ha supuesto un cierto cambio de hábitos. Por un lado, las revistas tradicionales, o bien han puesto a disposición de sus lectores una versión digital idéntica a la versión en papel, o bien han utilizado las nuevas herramientas informáticas para introducir, vídeos, imágenes y estructuras interactivas más atractivas que incluso permiten la actualización de contenidos en algún caso, guardando cierta similitud con una página web. No obstante, al dirigirse a un nicho de mercado muy definido se está compaginando la distribución en papel y en digital, siendo habitual que el suscriptor en papel también tenga acceso a la versión digital para ir modificando sus hábitos y que acabe migrando a la versión en digital.

En cuanto a las revistas de nueva creación, la digitalización sí que ha supuesto una revolución, puesto que permite editar revistas a costes relativamente bajos (salvo que introduzcan elementos con complejidad tecnológica). No obstante, nos encontramos ante el mismo problema que en los periódicos: ¿cómo hacer que el lector conozca el medio y se fíe del contenido?

El cambio cultural necesario para que el lector adopte la versión digital se está produciendo de manera más lenta que en el caso de los periódicos dado que las revistas ofrecen un contenido diferente y no tan dependiente de la actualidad como el de los rotativos. Si el lector necesita una revista para su actividad profesional, el poder consultarla a través del ordenador no le supondrá ningún problema, puesto que en el entorno de trabajo se adopta una actitud activa. No obstante, si la lectura de una revista se produce en un entorno de ocio, lo que presupone una actitud pasiva, el ordenador no será la mejor vía de acceso. De ahí que, inicialmente, la adaptación de los consumidores al entorno digital fuese más rápida en las revistas de contenidos profesionales que en las de contenido de ocio. Sin embargo, la aparición de las tabletas ha cambiado la tendencia en las revistas de ocio, ya que la tableta se ha revelado como un instrumento idóneo para el acceso a esos contenidos.

En todo caso, es razonable barajar como escenario que la revista del futuro será un medio interactivo, personalizado (característica que ya se da en este medio) y multimedia, como en el caso de los periódicos. Esto hace que debamos reproducir aquí las conclusiones expresadas para los periódicos.

## C. Libros

El mercado del libro también se ve afectado por los cambios, aunque quizá no tan rápidamente como los mercados de los periódicos o de las revistas.

Seguramente, el primer cambio tecnológico que ha influido en dicho mercado en los últimos tiempos no sea la digitalización. Como describe EPSTEIN «en los años cincuenta la cultura literaria se vio transformada aún más por la tecnología de la combustión interna, que condujo al éxodo de la población hacia las zonas residenciales, a la expansión de las cadenas de librerías y al dominio de los *stocks* más extensos y variados»<sup>121</sup>. Relata esta autor cómo la industria pasó de una red de distribución de pequeñas librerías especializadas con amplio catálogo a grandes superficies que apostaban por un catálogo reducido de *best-sellers*. Si bien este autor se refiere al mercado en Estados Unidos, las alteraciones sufridas en aquel país han tenido su incidencia en el mercado español. Este giro experimentado por el sector editorial lo expresa EPSTEIN de manera gráfica con un chascarrillo: «la vida de un libro en la estantería había caído hasta situarse en un punto medio a camino entre la de la leche y la del yogur»<sup>122</sup>.

Posteriormente, a finales de los ochenta y principios de los noventa se produce lo que THOMPSON denomina la «revolución oculta»<sup>123</sup>, y que se traduce en cambios de calado en el proceso de producción. Entre éstos tienen especial importancia los cambios tipográficos, pasando de máquinas y elementos físicos a medios digitales (lo que es lo mismo, gestionando archivos digitales en vez de ejemplares físicos) con el subsiguiente ahorro de costes y mejora en la eficiencia de la gestión y la calidad.

Si atendemos al sector editorial en la actualidad, podemos constatar algunos cambios e intuir otros.

El inicio del cambio en el que se encuentra actualmente la industria del libro en relación con mercados no especializados podemos situarlo en 2005, momento en el que se conjugan dos factores necesarios: i) flexibilidad de los formatos electrónicos y ii) dispositivos electrónicos<sup>124</sup> (*e-readers*) de precio asequible. En este último aspecto, la aparición del Sony Reader en 2006 y, especialmente, del Kindle en 2007 a precios muy asequibles ayuda al crecimiento de esta forma de consumo de libros, como vimos en el capítulo primero.

Respecto al ciclo editorial, los cambios pueden afectar en varios aspectos. Si atendemos a la primera fase, la decisión de lanzar la

---

<sup>121</sup> J. EPSTEIN, *La industria del libro. Pasado, presente y futuro de la edición*, p. 155.

<sup>122</sup> J. EPSTEIN, *La industria del libro. Pasado, presente y futuro de la edición*, p. 29.

<sup>123</sup> J. THOMPSON, *Books in the Digital Age*, cap. 15, edición para Kindle.

<sup>124</sup> F. HALL, *El negocio de la edición digital*, p. 193.

obra, el editor deberá decidir si lo hace solamente en formato digital, en papel o en ambos. Contamos con experiencias exitosas en la edición exclusivamente en formato digital, como *Riding the bullet* de Stephen King, que consiguió vender cerca de medio millón de ejemplares digitales en 48 horas a un precio de 2,50 euros<sup>125</sup>. Pese a que las primeras librerías virtuales acabaron fracasando<sup>126</sup>, parece que hoy en día no es descabellado pensar que puedan existir modelos de negocio exclusivamente de distribución digital. Algún tipo de obra ya goza de indiscutible aceptación, en su forma digital, entre los usuarios, tales como los diccionarios u obras de consulta, en especial las del mundo jurídico<sup>127</sup>.

Sin embargo, comenta HALL que el libro electrónico todavía no se ve como un producto en sí mismo sino como una forma en la que con poco gasto se pueden añadir ingresos a las ventas del libro impreso. En ese sentido, lo compara con la edición de bolsillo, que suele seguir a la edición en tapa dura (a la que se imputan la mayor parte de los gastos de edición) para contribuir a la rentabilidad de la obra. Esta autora afirma que el modelo de negocio todavía está en formación y se plantean muchas dudas. Por ejemplo, en la estrategia de precios del libro electrónico ¿se debe establecer un precio alto inicial (en el momento de publicar en tapa dura) y bajar el precio con posterioridad (al lanzar la edición de bolsillo)? ¿Lo entenderá el consumidor? También se plantea otras dudas como qué sucederá con el libro de segunda mano o el préstamo entre particulares.

En esta primera fase del ciclo también se debe plantear el editor, si decide publicar digitalmente (ya sea exclusivamente o compaginándolo con el libro en papel), un cambio en cuanto a la adquisición de los derechos. La territorialidad con la que se venía ejerciendo la edición parece no ser válida para el entorno digital. El modelo en el que el autor escogía un editor para cada territorio puede resultar ineficiente para la distribución de libros a través de la Red. Posiblemente, se deberá repensar este modelo y se deberá procurar licenciar por idiomas (y no por territorios), de manera que el editor tenga los derechos suficientes para publicar en un idioma para todo el mundo<sup>128</sup>. Cuestión distinta será la promoción del libro que se deba realizar en cada territorio, si es el caso. Vemos que esto afecta

---

<sup>125</sup> SUBDIRECCIÓN GENERAL DE PROMOCIÓN DEL LIBRO, LA LECTURA Y LAS LETRAS ESPAÑOLAS, *Incidencias de las Nuevas Tecnologías en el Sector del Libro en el Ámbito de la Unión Europea*, p. 10.

<sup>126</sup> SUBDIRECCIÓN GENERAL DE PROMOCIÓN DEL LIBRO, LA LECTURA Y LAS LETRAS ESPAÑOLAS, *El libro y las nuevas tecnologías. El libro electrónico*, p. 4. En el estudio se exponen casos como la librería virtual de Planeta, *veintinueve.com*, que cerró al año de abrir por falta de demanda.

<sup>127</sup> SUBDIRECCIÓN GENERAL DE PROMOCIÓN DEL LIBRO, LA LECTURA Y LAS LETRAS ESPAÑOLAS, *Incidencias de las nuevas tecnologías en el sector del libro en el ámbito de la Unión Europea*, p. 15.

<sup>128</sup> Es famoso el caso en el que Amazon borró la novela de George Orwell *1984* de los kindles de todo el mundo por haber infringido la territorialidad (B. STONE, «Amazon erases Orwell books from Kindle», *New York Times*, 18 de julio de 2009. Disponible en: [http://www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html?_r=0)).

directamente a una de las seis funciones en las que hemos considerado que el editor aporta valor. De ahí su importancia.

En la segunda fase del ciclo, la determinación del precio, también podemos apuntar otro cambio que se ha producido en algunos nichos de mercado y que no es descartable que se extienda a todo el mercado. El editor ha ido adaptando su estructura de precios así como los modelos de venta a las nuevas necesidades. La punta de lanza de estos nuevos modelos han sido los clientes institucionales (bibliotecas, despachos de abogados, etc.) que se han adaptado a sistemas de venta con precios por paquetes, por suscripción o por consulta<sup>129</sup> con buen resultado. Estos nuevos modelos no dejan de tener transcendencia legal, pese a que, de momento, no afectan a la generalidad del mercado. No es descartable que este modelo pueda ser extendido a otros nichos, como sucede en el sector musical o audiovisual.

Respecto de la tercera fase, la decisión de imprimir nuevos ejemplares, la tecnología digital nos presenta dos variantes. La primera es la posibilidad de la impresión bajo demanda (*print on demand*, POD por sus siglas en inglés) y la impresión de pequeñas tiradas (*short-run digital printing*, SRPD por sus siglas en inglés). La POD da la opción de que cualquier usuario pueda imprimir un ejemplar. La impresión doméstica no ha tenido éxito debido al coste y la incomodidad que supone imprimir una obra extensa en una impresora de tinta y sin encuadernación. No obstante, existen otras posibilidades. Desde que la propia editorial ofrezca esa opción a sus lectores a través de su web, como que el lector lo pueda solicitar a plataformas que disponen de catálogos de varios editores (un modelo como el de Lightning Source) o que los libreros puedan imprimir en sus librerías con alta calidad. Esta es una opción para libros de poca demanda en la que basta que el libro esté almacenado digitalmente en un servidor y que quien deba imprimirlo cuando reciba el encargo tenga acceso para realizar la impresión y posteriormente encuadernarlo. De esta forma se pueden ahorrar costes de almacenaje y logística, a la vez que se optimiza el gasto en papel. Aunque parezca minoritaria, es una opción a tener en cuenta que no debe descartarse desde el punto de vista legislativo.

El denominado SRDP es una opción para pequeños editores o para tiradas de libros especializados. La SRDP permite la impresión de entre 10 y 400 libros con gran calidad y precio asequible. Ésta es una opción que favorece ediciones pequeñas.

La segunda variante respecto de la impresión es la de no imprimir nuevos ejemplares en papel pero permitir la descarga en formato

---

<sup>129</sup> F. HALL, *El negocio de la edición digital*, pp. 88-92.

digital. De esta manera, se evita el coste de impresión y se consigue que el lector acceda a la obra, sin prácticamente coste para el editor y de manera inmediata.

Esta última variante está ligada a la cuarta fase, la decisión de descatalogar un libro. Como se comentó en el capítulo primero, el formato digital conlleva que una vez la obra se encuentra en dicho formato, se conserve perfectamente y a un bajo coste (el mantenimiento de los servidores). Eso facilita enormemente el mantenimiento del fondo editorial, sin problemas de *stocks* y sin afectar a la calidad.

La gestión del fondo editorial digital se convertirá en una cuestión relevante para el editor. La gestión de esa información, tanto como herramienta de gestión del fondo editorial para el editor como para que los usuarios encuentren las obras en un entorno digital en el que existe un exceso de información, será determinante. Cobra aquí fuerza el desarrollo de *software* que permita esta gestión. Incluso algunos de estos programas no sólo servirán para la localización sino que permitirán la gestión de los derechos de autor (los denominados *digital rights management*, DRM) de las obras para aquellos editores que opten por estos sistemas, pese a que no se han revelado muy eficientes de momento. Esto ayudará también a la mejora de la función de gestión y coordinación del editor, otro punto de valor añadido.

Por tanto, la digitalización de la obra puede contribuir a la eliminación (o mitigación) del riesgo que asume el editor ya que le permitirá evitar la impresión de nuevos ejemplares y, en su caso, la descatalogación la obra.

Por lo que respecta a la cadena editorial, también se pueden producir cambios. Junto a los ya comentados en las funciones que aportan valor del editor, se producirán cambios para el impresor (que deberá replantear cómo dar valor añadido en la impresión digital, por ejemplo con sistemas POD, a riesgo de desaparecer en caso de no hacerlo) y para el distribuidor.

La distribución presenta ciertas dificultades con la gestión de *stocks* para las librerías. Si se opta por un modelo de amplio catálogo, se debe disponer de una gran superficie, lo que normalmente va a asociado a un importante coste de alquiler, en especial en zonas céntricas de la ciudad. Si se tiene en cuenta la máxima conforme «un alquiler alto exige un volumen de ventas elevado, y un volumen de ventas elevado requiere *best-sellers*»<sup>130</sup>, parece que está reñido disponer de un local amplio y céntrico con la venta de un catálogo

---

<sup>130</sup> J. EPSTEIN, *La industria del libro. Pasado, presente y futuro de la edición*, p. 159.



amplio. Eso lleva a un cambio importante en la red de distribución de libros, ya no sólo por lo que al modelo de librería se refiere, donde previsiblemente se tienda a un modelo de librería pequeña, sino por la tipología de libros que estará accesible al público, que será poco variada.

Este problema parece que podía ser resuelto por empresas como Amazon que facilitan la venta de ejemplares en formato papel a través de su web. Esto supone un ahorro en costes puesto que se ahorra en intermediarios y supone una mejora en la gestión de *stocks* y la logística. Sin embargo, los problemas de márgenes han hecho que la citada empresa haya tenido que diversificar los productos que vende a través de su web (ofreciendo desde cafeteras hasta comida) así como a realizar una apuesta decidida por el libro electrónico como forma de que el negocio de venta de libros pueda ser rentable.

Frente a este problema, el formato digital, como ya se ha explicado, presenta ventajas en cuanto al coste de almacenamiento, aparte de evitar la costosa destrucción de ejemplares.

La distribución también se ve afectada por ciertos cambios en la forma de comercialización y la cadena de valor: la creciente importancia de blogs y redes sociales para el éxito comercial de un libro hace que se deba replantear la forma de promocionar. La función de recomendación de títulos antes ejercida por críticos y libreros ya no es exclusiva de éstos. Existen blogs y foros en los que se recomiendan y comentan libros, así como actividad en las redes sociales en este sentido. Dicha actividad tiene impacto directo en las ventas, por lo que la participación de las editoras o distribuidoras en estos ámbitos es comercialmente relevante y se está incorporando gradualmente a la labor de promoción.

Por último, en relación con la distribución debemos comentar un fenómeno que es nuevo y no ajeno a otros sectores de las industrias culturales y creativas como es la irrupción, de forma significativa, de nuevos actores en su mercado. Los tres más relevantes en la actualidad son Google, Apple y Amazon<sup>131</sup>. Con distintas estrategias, los tres están impactando en el modelo de negocio editorial.

En el caso de Google, en el marco de su iniciativa Google Books, está digitalizando todo tipo de obras para conseguir la mayor biblioteca digital del mundo. Si bien con la digitalización de obras en dominio público no hay problema, las obras que todavía son objeto de derechos de autor le han acarreado serios problemas a la compañía. Al margen de estos problemas, Google ha optado por una

---

<sup>131</sup> Sobre la actuación en el mercado de estas tres compañías véase F. HALL, *El negocio de la edición digital*, pp. 307-312.

digitalización masiva de contenido, independientemente de la calidad del mismo. La parte positiva es que vuelve a poner a disposición del público multitud de obras, muchas de ellas descatalogadas. En este sentido, las bibliotecas virtuales son una herramienta idónea para la difusión y, en consecuencia, generación de la cultura. La iniciativa pionera en lengua hispana es la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, creada por la Universidad de Alicante, la Fundación Marcelino Botín y el Banco Santander en 1999. Este tipo de bibliotecas incorpora todas aquellas obras que se encuentran en dominio público o las que tienen la autorización de su autor. Existen muchos otros proyectos, como el Proyecto Gutenberg (con más de 37.000 libros digitalizados<sup>132</sup>) o The Internet Archive. Hay quien encuadra la iniciativa de Google en este marco.

No obstante, existen muchas voces críticas con este proyecto que sostienen que la finalidad de Google no es altruista sino que se trata de tener el control sobre la cultura para llevar a cabo un uso mercantil el día de mañana. También se apunta a que la masificación sin criterio puede que tenga un efecto insignificante en la sociedad puesto que el usuario no será capaz de descubrir obras interesantes. Por último, recordar que Google también dispone de una aplicación para la venta de libros, Google Play.

La estrategia de Apple se apoya en la distribución de contenidos, principalmente de pago, aprovechando tanto sus productos de *hardware* como su plataforma de distribución de contenidos. Si bien la distribución de contenidos son esencialmente musicales y audiovisuales, también está apostando fuerte por la distribución de contenidos editoriales (no sólo libros, sino también revistas y periódicos).

Por su parte, Amazon ha optado por una doble estrategia en la que ofrece i) una plataforma a editores para la venta de contenidos de pago, así como ii) una herramienta para que los autores puedan vender sus libros sin más intermediario que Amazon.

En su relación con los editores, Amazon ha utilizado su fuerza como distribuidor de libros en formato papel para conseguir que muchos de éstos acepten distribuir sus títulos en formato Kindle (que se ofrece a los usuarios junto al formato papel). Esto ha llevado a Amazon a tener una posición dominante en el mercado del libro electrónico en muchos países, entre ellos España (entre el 50 y 60 % del mercado, según la Comisión Europea), razón por la cual las autoridades europeas de la competencia abrieron expediente por abuso de posición de dominio en junio de 2015.

---

<sup>132</sup> Fte.: <http://www.gutenbergnews.org/statistics/>.

Además de las labores de distribución, Amazon tiene sus propios sellos editoriales y también, como hemos apuntado, facilita la autopublicación mediante su servicio Kindle Direct Publishing de manera que el autor puede prescindir del editor (aunque no de Amazon).

Estos tres actores han irrumpido en escena y afectan al modelo de negocio. Apoyados en su éxito en el mundo virtual, que les garantiza millones de usuarios, han aprovechado para convertirse en una ventana única para la distribución de libros en formato electrónico. Eso implica que los editores deban aceptar los formatos digitales propietarios de estas compañías para poder vender a través de sus plataformas, lo que puede desincentivar la inversión en otros formatos y plataformas, eliminando la competencia. Por otra parte, dichas compañías se encuentran en disposición de poder imponer sus condiciones a los editores, por ejemplo, en precios o descuentos. Cualquier modificación de los precios (en especial si son a la baja) tendrá especial impacto en editores y autores, que acabarán soportando las rebajas en beneficio de los intermediarios.

Como hemos comentado, las nuevas tecnologías han facilitado la autopublicación con servicios como el Kindle Direct Publishing, que goza de cierto éxito. Este tipo de plataforma hace innecesario al editor. También es cierto que si el autor tiene éxito autopublicando, una consecuencia puede ser que se le abran las puertas de los editores, quienes tendrán la certeza de que el autor tiene éxito comercial. La autopublicación también puede ser una vía de escape para que autores consagrados prescindan de su editor e intenten obtener más beneficios por sus obras (aunque eso dependerá de las condiciones de la plataforma de autopublicación).

Antes de concluir, me gustaría realizar dos comentarios: uno sobre el producto y otro sobre el consumidor.

El libro como producto también está sometido a cambios en su configuración como consecuencia de la digitalización. En primer lugar, se debe adaptar para ser accesible a través de *apps* u otros canales. En segundo lugar, puede que el libro se vea sometido a una transformación hacia convertirse en una obra multimedia que no sólo ofrezca texto sino que también ofrezca vídeos y música. Incluso muchos libros se están configurando como «audiolibros», obras leídas por un intérprete y grabadas en audio. El fenómeno de los audiolibros, pese a no ser un libro en su concepto tradicional, ha tenido cierto éxito. Estas obras son editadas por empresas del sector<sup>133</sup> (y en ocasiones vendidas por tiendas de música *on-line*). La

---

<sup>133</sup> La Biblioteca Pública de Nueva York está llevando a cabo un proyecto de convertir en audiolibros un total de 700 obras (noticia publicada en *El País* el 20 de junio de 2005).

empresa líder del sector, Audible Inc., filial de Amazon, ofrece más de 100.000 obras sonoras<sup>134</sup> (no sólo libros, sino también programas de radio y artículos de periódicos y revistas), entre ellas, la biografía del expresidente Clinton, narrada por él mismo. Por tanto, las fronteras del concepto de libro se difuminan. No es posible determinar en qué dirección irá el futuro, pero creo que ninguna posibilidad se debe descartar por parte de la legislación.

En cuanto al consumidor, en palabras de HALL, podemos decir que «el consumidor es quien está cambiando: la manera en que los clientes consumen cualquier tipo de entretenimiento está cambiando y los libros están incluidos en esta mezcla de una manera mucho más compleja. El rango de lectores está creciendo: hay quienes están utilizando las redes sociales para compartir y crear libros con extraños, mientras que en el otro extremo del mercado están aquellos para quienes el disfrute privado de un libro, alejado de todo, es lo que los atrae. Este amplio espectro se volverá un reto en sí»<sup>135</sup>. Como vemos, el consumidor también está pasando a ser creador.

Según lo expuesto en relación con la industria del libro, podemos enunciar varias conclusiones. La primera de ellas es que, tal y como sucedía con los periódicos y las revistas, el libro, como objeto, puede sufrir un cambio sustancial al incorporar otros formatos distintos del texto (entrevistas con críticos, música, etc.) que lo convertirán en un producto multimedia e interactivo.

En cuanto a los agentes que intervienen en la industria del libro, se pueden producir varios cambios. La edición digital permite a los autores convertirse en sus propios editores, a costes razonables<sup>136</sup> (relevante para autores noveles). El problema será el de cómo dar a conocer su obra en un mundo digital en el que existe una saturación de la información.

En cuanto a los editores, todo apunta a que, con digitalización o sin ella, éstos seguirán desempeñando un papel necesario en la i) identificación de autores y obras de calidad; ii) la atracción del talento y iii) la intuición de qué nuevas demandas están apareciendo en la sociedad<sup>137</sup>. Los factores que hemos explicado hacen que sea poco razonable pensar que en el corto o medio plazo la edición será mayoritaria o exclusivamente digital<sup>138</sup> y parece razonable que

---

<sup>134</sup> Fte.: <http://about.audible.com/>.

<sup>135</sup> F. HALL, *El negocio de la edición digital*, p. 331.

<sup>136</sup> Que el autor se autoedite no es un fenómeno nuevo en esta industria. En 2004 existieron 3.911 publicaciones (según el Ministerio de Cultura) editadas por sus propios autores. Lo que es cierto es que la digitalización puede fomentar esta tendencia.

<sup>137</sup> M. PIMENTEL, *Manual del Editor. Cómo funciona la moderna industria editorial*, p. 85.

<sup>138</sup> Roger Chartier, profesor de L'Ecole des Hautes Etudes y uno de los mayores expertos mundiales en historia del libro y cultura escrita, lanzaba una pregunta durante una conferencia en la Biblioteca Nacional francesa que, en mi opinión, resume gráficamente el obstáculo cultural ante el que se

convivan ambos formatos durante bastante tiempo. No deja de ser cierto que para los editores se abre una nueva ventana de comercialización, permitiendo aprovechar economías de alcance y debiendo innovar en cuanto a los contenidos multimedia del libro, para dar un valor añadido al producto. Por otra parte, existe el fundamentado riesgo de la piratería de sus obras.

Respecto de los distribuidores y mayoristas, se dibujan dos escenarios. Respecto de los distribuidores y mayoristas tradicionales, si se va imponiendo el formato digital puede que se reduzca su papel de intermediación, puesto que la distribución digital provocará la reducción del número de intermediarios, con la consiguiente reducción de costes para el editor. Por otra parte, la irrupción de nuevos intermediarios (como Google, Apple o Amazon) puede llevar a que los canales digitales mayoritarios se reduzcan a unos pocos.

Para los librereros, el formato digital podría suponer una oportunidad de aumentar ventas, si avanzase la tecnología que permita la impresión bajo demanda, reduciendo costes de logística y almacenamiento. No obstante, no parece que sea éste el modelo de distribución que se está imponiendo. El riesgo de la distribución puramente digital puede suponer un gran riesgo para los librereros de pequeñas dimensiones ya que el editor o las grandes cadenas pueden retener para sí la distribución digital y, a medida que cambien los hábitos, dejar fuera del mercado a los pequeños librereros. Incluso puede suponer un riesgo para las grandes cadenas de librerías que no están vinculadas a grupos editoriales.

---

encuentra el libro digital: «¿Quién va a leer *El Quijote* en una pantalla?» (Fte.: *El País*, 20 de junio de 2005).

## ***Segunda parte: la regulación de las relaciones entre el autor y el empresario en el mercado editorial***

### **I. INTRODUCCIÓN**

Una vez descrito el mercado editorial y sus tendencias, corresponde en esta segunda parte del capítulo analizar cómo refleja la ley esa realidad que acabamos de exponer en cuanto la relación del autor y el empresario que, a efectos de esta industria, denominaremos editor.

La finalidad de este análisis es determinar, en primer lugar, los intereses que nuestra legislación considera dignos de protección y a qué agente del mercado afecta: al autor o al editor. En segundo lugar, se deberá identificar qué riesgos afectan a ese interés en la relación contractual entre autor y editor (a la luz de la exposición realizada en la primera parte del capítulo sobre el mercado tradicional) y qué medidas de protección prevé la Ley para mitigar o eliminar el riesgo en el marco de dicha relación. Por último, nos plantearemos si los intereses protegidos por la Ley se ven afectados en algún sentido por los nuevos modelos de negocio. Básicamente, nos plantearemos si el interés sigue siendo un bien digno de protección y, en caso afirmativo, si las medidas previstas para su protección son eficientes.

Para poder realizar este análisis se seguirá la siguiente estructura: en primer lugar, se definirán las figuras del autor y el editor (junto a las de impresor y distribuidor) desde el punto de vista jurídico y, en segundo lugar, se analizarán los instrumentos legales a través de los cuales se relacionan autor y editor.

Por lo que se refiere al segundo aspecto, la relación entre el autor y el editor, jurídicamente podrá adoptar distintos instrumentos contractuales, aunque el objeto de análisis de este trabajo es la Ley de Propiedad Intelectual. Ello no obsta a que nos veamos obligados a realizar una mención a otros contratos no contemplados en la Ley para poder entender la estructura jurídica utilizada por el autor y el editor en el sector.

A los ojos de la Ley, los tres productos que hemos identificado en la primera parte (periódicos, revistas y libros) serán obras (siempre que cumplan con los requisitos de originalidad y expresión del artículo 10 LPI). La Ley de Propiedad Intelectual prevé dos cauces para que el

autor transmita los derechos sobre estas obras que, además, condicionan la relación con el editor: i) un régimen general de transmisión de los derechos *inter vivos* (artículo 43 y ss.) que afectan a todo tipo de obras de propiedad intelectual y ii) un régimen específico para el sector editorial, a través del contrato de edición (artículo 58 y ss.), que regula «unos instrumentos especiales para esos actos de disposición»<sup>139</sup>.

En el mundo de las publicaciones, como afirma ESPÍN ALBA, el contrato de edición «es el paradigma de las transmisiones *inter vivos* de las facultades de explotación de los derechos de autor»<sup>140</sup>. Por tanto, entendemos que, aun siendo posible el uso de otros contratos al margen del contrato de edición al amparo del régimen general, este último es la figura contractual central en las relaciones entre autores y editores en el mundo de las publicaciones, por lo que parece lógico iniciar el análisis de las relaciones entre ambos por este contrato, dedicándole la mayor parte del análisis. Se debe advertir que, si bien las disposiciones de este contrato parece que se orientan mayoritariamente a publicaciones como el libro, también contienen algunas especificidades para las que denomina «publicaciones periódicas» (lo que hemos denominado periódicos y revistas), que también serán objeto de análisis.

Tras el análisis de la relación a través del contrato de edición, realizaremos una breve referencia a otras formas de relación entre el autor y el editor al margen del contrato de edición.

## **II. LAS FIGURAS DEL EDITOR, EL IMPRESOR, EL DISTRIBUIDOR Y EL AUTOR**

Para poder definir la figura del autor y del editor (en especial esta última) debemos acudir al contrato de edición. Este contrato, cuya regulación se introdujo en Ley de Propiedad Intelectual del 87<sup>141</sup>, gravita en torno a la relación entre el autor del libro y el editor, intentando regular los posibles conflictos que puedan surgir entre ambos para facilitar que el autor pueda, a través de la gestión del editor, introducir su obra en el mercado y hacerla accesible al público. A partir de este contrato intentaremos configurar una descripción de las distintas partes.

---

<sup>139</sup> I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 136.

<sup>140</sup> I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 174.

<sup>141</sup> Recordemos que antes de enmarcarse en la Ley de Propiedad Intelectual su regulación venía establecida en la Ley del Libro de 1975, en un marco muy diferente al de la propiedad intelectual, como era el de estimular el sector del libro y se regulaba junto a otros contratos que no tenían relación directa con los derechos de autor.

## A. El editor

Como comentábamos, la Ley no nos aporta una definición de qué debemos entender por editor, aunque el artículo 58 LPI, al definir el contrato de edición, nos facilita elementos para poder construir esta figura: «por el contrato de edición el autor o sus derechohabientes ceden al editor, mediante compensación económica, el derecho de reproducir su obra y el de distribuirla. El editor se obliga a realizar estas operaciones por su cuenta y riesgo en las condiciones pactadas y con sujeción a lo dispuesto en esta Ley».

Una primera cuestión que se desprende de la definición del contrato de edición es que el editor tiene como principal cometido la reproducción y distribución de la obra, asumiendo el riesgo empresarial. GÓMEZ LAPLAZA comenta que «el riesgo al que alude el artículo 58 es el riesgo de la explotación, el riesgo conexo al ejercicio de una empresa. El autor permanece ajeno a esa dinámica y a las posibles ganancias o pérdidas de cada ejercicio. Es decir, las economías de autor y editor no se confunden».<sup>142</sup>

Aunque no sea de aplicación en este ámbito concreto<sup>143</sup>, el artículo 2.c de la Ley 10/2007, de 22 de junio de Lectura, del Libro y de las Bibliotecas (en adelante, Ley del Libro), en esta misma línea, define al editor como «persona natural o jurídica que, por cuenta propia, elige o concibe obras literarias, científicas y en general de cualquier temática y realiza o encarga los procesos industriales para su transformación en libro, cualquiera que sea su soporte, con la finalidad de su publicación y difusión o comunicación». Vemos cómo esta concepción también refuerza la idea de editor como la persona que se va a encargar de realizar la gestión empresarial de la obra para que ésta llegue al mercado, aunque la terminología utilizada no sea la más correcta ya que es contradictoria con la utilizada en la legislación de propiedad intelectual, en especial cuando atribuye al editor la «concepción» de la obra, actividad reservada al autor en materia de propiedad intelectual, o cuando habla de «comunicación», que no debe entenderse en el sentido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Atendiendo a la definición que se ha hecho de editor al describir el mercado, una de las funciones de valor añadido que se ha destacado de esta figura es precisamente la asunción del riesgo empresarial de introducir obras en el mercado, que vemos ahora que también recoge la Ley con la expresión «por su cuenta y riesgo». En mi opinión, no hay ningún elemento que nos indique que esta actividad del editor

---

<sup>142</sup> C. GÓMEZ PLAZA, «Comentarios al artículo 58 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 2.ª ed., p. 944.

<sup>143</sup> Pese a todo, tiene su importancia, ya que la primera regulación de la figura del contrato de edición se encontraba en la Ley del Libro de 1975.



sea prescindible con la irrupción de las nuevas tecnologías. Es más, en determinados supuestos podemos decir que la necesidad de dicha función se ha incrementado<sup>144</sup>.

Hemos visto al analizar el funcionamiento del mercado que el editor se apoya en otras figuras, externalizando partes de los procesos de producción. ¿Supone la externalización de ciertas actividades del ciclo de edición la desaparición del riesgo y, por tanto, la pérdida de la condición de editor a los ojos de la Ley? La respuesta debe ser negativa. La asunción del riesgo no implica que sea el propio editor quien lleve a cabo personalmente todas las actividades, sino que basta con que las soporte económicamente<sup>145</sup>. En otras palabras, el editor se dedicará a la «búsqueda de autores, negociación de derechos, trabajos con manuscritos, diseño del libro objeto, coordinación de las tareas de impresión, distribución, promoción y venta de los libros. Y todo ello bajo el propio riesgo empresarial, con la esperanza de que los ingresos superen las ventas, porque, y no debemos olvidarlo nunca, una editorial también es una empresa».<sup>146</sup>

Podemos constatar que, tanto desde el punto de vista empresarial como legal, la asunción de riesgo de la actividad es un elemento necesario para la condición del editor. Si nos preguntamos sobre el porqué se realiza este énfasis en el riesgo empresarial, la respuesta a mi entender es clara: la función del editor es conseguir que la obra llegue al mercado y sea accesible al público dado que el autor, por lo general, no dispone de los medios y tampoco es su función. La asunción del riesgo empresarial implica que asume esta función. Ahí está la frontera entre uno y otro. En palabras de SÁNCHEZ ARISTI: «La idea es que el autor, aunque titular originario de los derechos de explotación sobre la obra, no dispone en la práctica de los medios materiales necesarios para llevar a cabo la reproducción y la distribución de su obra, ni tampoco suele ponerse en relación directa con quienes disponen de esos medios, por lo que acude al editor para que éste articule dicha forma de explotación, proveyéndole de los derechos necesarios para ello».<sup>147</sup> Como también apunta este autor, esto no significa que no pueda existir una explotación secundaria *a posteriori*.

---

<sup>144</sup> En palabras de ÁLVAREZ DE BENITO: «La tecnificación de los medios de comunicación y el espectacular incremento cuantitativo de los destinatarios de la obra, han introducido un nuevo factor de distorsión en el primitivo nexo entre el autor y su público. La enorme importancia de los medios materiales precisos para divulgar una obra han dado como resultado la creación de una industria especializada cuya gestión y coste, están muy por encima de las posibilidades del autor» (P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del Autor en el Contrato de Edición*, p. 41).

<sup>145</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 58 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 902.

<sup>146</sup> M. PIMENTEL, *Manual del editor. Cómo funciona la moderna industria editorial*, p. 21.

<sup>147</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 58 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 895.

Junto al papel empresarial que define al editor, es importante destacar que parte de la doctrina ha visto en la relación entre el autor y el editor un cierto *intuitu personae* debido a la importancia del elemento personal que les une (es decir, la relevancia para el contrato tanto de la identidad del autor como de la identidad del editor)<sup>148</sup>. Comparto dicha opinión y creo que las modificaciones del modelo de negocio del sector editorial no han hecho desaparecer dicho *intuitu personae*. Las editoriales continúan llevando a cabo una labor de selección de sus autores, por la que los lectores las aprecian, y los autores siguen confiando en las editoriales para la publicación. El hecho de que sea más fácil la autoedición gracias a los avances tecnológicos que reducen los costes, y que ésta haya proliferado considerablemente<sup>149</sup>, no nos debe llevar a pensar que desaparece el *intuitu personae* que une al autor y al editor, entre otras cuestiones, porque la autoedición no es un contrato de edición puesto que autor y editor coinciden.

Por último, pese a que en este apartado se ha definido al editor en torno a su faceta empresarial, no hay que olvidar que parte de la doctrina, en especial parte de la doctrina holandesa y francesa, entiende que el editor desempeña una labor de colaborador del autor que le otorga una condición de *cuasi* autor, cuando no de coautor, postura que no comparto<sup>150</sup>, pese a admitir cierta actividad creativa<sup>151</sup>.

Sí que me parece interesante resaltar, siguiendo a ÁLVAREZ DE BENITO, que el editor también cumple una función social en cuanto es quien decide qué obras entran en el acervo cultural de una determinada sociedad. En palabras de este autor, el editor, a través

---

<sup>148</sup> I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 183. Como escribe ÁLVAREZ DE BENITO, la doctrina no es unánime en este punto y hay quien también lo niega radicalmente (P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 48). SÁNCHEZ ARISTI, en favor del *intuitu personae* argumenta que «De ahí que se haya dicho que en el contrato de edición hay una cierta dosis de *intuitu personae* que algunos matizan diciendo que es más bien un elemento de *intuitu firmae* o *intuitu domus*. En fin, es obvio que así como al autor no le es indiferente la credibilidad profesional y solvencia económica del editor con quien contrata, tampoco al editor le resulta indiferente la persona del autor, como se demuestra porque adquiere los derechos para editar determinada obra, que es insustituible por otra e inseparable del autor que la ha creado, y respecto de la cual el único modo de obtener los derechos es contratando con el autor de la misma o con sus derechohabientes» (R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 58 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 902). ÁLVAREZ DE BENITO, citando a ALGARDI, entiende que esta distinción entre el *intuitu personae* y el *intuitu domus* es lo que permite la sucesión de editores, ya que el autor confía en una organización la edición, independientemente de las personas naturales que haya en cada momento en la organización (P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 48).

<sup>149</sup> Según un estudio de ATKearney, en 2011 los libros autoeditados suponían entre el 3 % y el 5 % del mercado total de libros digitales. De entre los 100 libros digitales más vendidos de Amazon entre abril de 2011 y enero de 2012, el 19 % corresponden a libros autoeditados. Datos extraídos de la presentación en la IfBookThen 2012 Conference en Milán, titulada «Do Readers Dream of Electronic Books?», impartida por Giovanni Bonfanti, Edoardo Bottai y Marco Ferrario.

<sup>150</sup> P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 42.

<sup>151</sup> Como comenta ESPÍN ALBA: «Desde las primeras manifestaciones editoriales, su actividad empresarial tuvo tintes indudables de creatividad, reflejada en la elección de los temas, en el tratamiento de los textos, e incluso en las estrategias de distribución» (I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 196).

de su actividad, es «un generador de opinión y un velador por el supremo interés público en el desarrollo de la ciencia y el arte»<sup>152</sup>.

En conclusión, el editor es la persona natural o jurídica que adquiere los derechos del autor para introducir y explotar la obra en el mercado, asumiendo el riesgo empresarial y manteniendo una relación con el autor marcada por un carácter *intuitu personae*.

## **B. El distribuidor y el impresor**

Legalmente, las figuras del distribuidor y el impresor son difusas. Por una parte, los artículos 31 y 32 de la Ley del Libro del 75, todavía vigentes según el apartado 2.a) de la Disposición Derogatoria Única de la vigente Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, el libro y de las bibliotecas, regulan el contrato de distribución editorial y el contrato de impresión editorial, respectivamente, definiendo las relaciones entre el editor y el impresor y entre el editor y el distribuidor. Sin embargo, la propia Ley 10/2007, en su artículo 2, proporciona definiciones de distribuidor e impresor que no coinciden con la concepción de los contratos citados.

### **1. Distribuidor**

El contrato de distribución editorial define al distribuidor como el sujeto al que «se encarga la venta al por mayor y administración de una obra ya editada» a cambio de un precio. El artículo 2 de la vigente Ley del Libro lo define como la «persona natural o jurídica que realiza servicios comerciales y que sirve de enlace entre editores y librerías, para situar y reponer libros en su punto de venta y facilitar su difusión» (artículo 2 d) ).

Pese a las distintas definiciones, parece que existen dos funciones básicas del distribuidor, que coinciden con las descritas en la primera parte del capítulo: i) los servicios comerciales (o venta al por mayor, según la expresión de la Ley del 75) y ii) la logística de la obra, utilizando la Ley del 2007 una descripción bastante exhaustiva («sirve de enlace entre editores y librerías, para situar y reponer libros en su punto de venta y facilitar su difusión») y la del 75 una expresión un tanto confusa («administración de una obra»).

El cliente natural del distribuidor no es el consumidor final sino los librerías, que la Ley del 2007 define como la «persona natural o jurídica que se dedica, exclusiva o principalmente, a la venta de libros al cliente final desde establecimientos mercantiles de libre acceso al

---

<sup>152</sup> P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 44.

público o por cualquier procedimiento de venta a distancia» [artículo 2.e)]. Se debe destacar que no es necesario, para ser considerado librero (a efectos de la Ley del Libro) ni tener establecimiento ni dedicarse exclusivamente a la venta de libros.

Por tanto, no presenta excesivo problema definir al distribuidor como la persona física o jurídica que realiza las labores comerciales y logísticas para la venta de la obra a través de redes mayoristas y minoristas.

Nos podemos plantear si los nuevos modelos de distribución tienen algún impacto en dicha figura desde el punto de vista jurídico. Como hemos comentado es una incógnita quién acabará realizando las funciones de comercialización, si las propias editoriales o los distribuidores (nuevos o tradicionales) y si tendrá algún papel la impresión bajo demanda. Sin embargo, estas incógnitas no cambian el concepto legal de distribuidor.

## 2. Impresor

Por su parte, el impresor es definido en el artículo 32 de la Ley del Libro del 75 como la empresa gráfica que se compromete a «componer, reproducir, imprimir o encuadernar una obra científica, literaria o artística susceptible de ello», también a cargo de un precio. A su vez, la Ley del Libro de 2007 lo define como la «persona natural o jurídica que contando con las instalaciones y medios técnicos necesarios, se dedica, exclusiva o principalmente, a la realización e impresión de libros en papel o en cualquier otro soporte susceptible de lectura, así como de los materiales complementarios de carácter impreso, virtual, audiovisual o sonoro que se editen conjuntamente con el libro y que participen del carácter unitario del mismo» [artículo 2.i)].

La Ley del 75 concebía la actividad de impresión como aquella que debe ser realizada por una «empresa gráfica», adjetivo que quizá hoy en día distorsiona más de lo que aporta. Según el artículo 9 de esa Ley, ya derogado, la condición de impresor necesitaba de dos requisitos: i) ser titular de una empresa de artes gráficas y ii) poseer las instalaciones industriales y los medios necesarios para la producción de libros. No obstante, en la concepción de impresor en la Ley del 2007, bastará con que disponga de las instalaciones y medios necesarios para la realización e impresión de libros en papel o en cualquier otro soporte susceptible de lectura, dedicándose principalmente a esta actividad. También se hace inciso en que el impresor no perderá esa condición si utiliza materiales complementarios de carácter impreso, virtual, audiovisual o sonoro, siempre que formen parte unitaria del libro. Esta segunda concepción,

pese a ser más acorde con la realidad, parece que está más próxima a la publicación en papel que en formato digital. A la luz de lo expuesto, habrá que entender «empresa gráfica», a efectos del artículo 32, en sentido amplio, es decir, incluyendo la impresión digital.

Otro aspecto que merece comentario es que la actividad del impresor, según establece el artículo 32 de la Ley del Libro del 75 consiste en «componer, reproducir, imprimir o encuadernar una obra». Por tanto, y en la línea de lo que se acaba de exponer, se debe interpretar dicha actividad a la luz de las circunstancias actuales, ya que hoy en día el impresor lleva a cabo una amplia tarea de maquetación y producción digital de la obra, igualmente técnica, que se puede subsumir en la actividad de composición y reproducción. Dicha actividad es conceptualmente la misma, independientemente de que la obra se imprima en papel o no. Cabría la duda de si podemos hablar de impresión digital desde un punto de vista jurídico, tal y como se hace coloquialmente, a lo que adelantamos que la respuesta es que sí.

La Sección 3.ª del Capítulo III de la Ley del Libro de 1975, todavía en vigor, dedica cuatro artículos a los contratos entre editores, los cuales serán abordados al final del capítulo. La no inclusión de los contratos de coedición en la Ley de Propiedad Intelectual es atribuida por la doctrina a que esta última se rige por el principio de protección al autor y, al no ser parte el autor de los contratos de coedición, se ha preferido dejar al margen su regulación, pese a la importancia de estos contratos<sup>153</sup>. Quizá se deba abrir una reflexión sobre si la Ley de Propiedad Intelectual debiera adoptar una visión más amplia y de conjunto e incluir este tipo de contratos.

A la luz de lo expuesto, se puede entender que el impresor es quien lleva a cabo la configuración gráfica de la obra y, en su caso, elabora los ejemplares que se van a distribuir o poner a disposición de los usuarios (también en formato digital). Conviene una revisión del concepto legal de impresor, todavía muy centrada en el libro físico. En el entorno digital la función de impresión (salvo por los supuestos de impresión bajo demanda) es previsible que pierda relevancia en favor de la función de configuración gráfica de la obra. Esto plantea un reto para los impresores tradicionales, que deberán reenfocar su organización para el mundo digital, sin descartar la entrada de nuevos agentes en el mercado.

### 3. Conclusiones sobre la figura del distribuidor e impresor

---

<sup>153</sup> M. SERRANO FERNÁNDEZ, *Contratos en torno a la edición*, p. 267.

Pese a la descripción que se ha realizado del distribuidor y del impresor, nada impide que un editor, además de las funciones que le atribuye el contrato de edición, pueda acumular otras funciones empresariales como la impresión, la distribución o la venta a través de librerías propias. Grandes grupos editoriales han optado por la integración vertical de toda o parte de su cadena productiva, lo que no desvirtúa lo dicho en los párrafos anteriores, ya que la acumulación de funciones no afecta a la condición de editor. La relación del editor con estos otros sujetos que intervienen en la cadena productiva (impresor, distribuidor y librero) no afectará a la relación entre el editor y el autor, en cuyo estudio nos centramos.

En conclusión, hemos constatado que desde el punto de vista legal, el distribuidor es el empresario que tiene encomendada la venta de los ejemplares, ya sea al por mayor o al detalle, así como la gestión logística del *stock*. Por su parte, el impresor es quien lleva a cabo la configuración gráfica de la obra y, en su caso, elabora los ejemplares que se van a distribuir o poner a disposición de los usuarios (incluyendo el formato digital). A diferencia de la figura del distribuidor, el impresor debe ser objeto de profunda reflexión para adaptarlo a los nuevos cambios e incluso plantearse si en el entorno digital es necesario mantener la regulación de esta figura. Hay quien habla de la sustitución del impresor por el «digitalizador» o «convertidor de contenidos»<sup>154</sup>. Lo que es evidente es que existen unas nuevas funciones y sólo el futuro nos dirá si los impresores se reconvertirán o si estas serán realizadas por nuevos agentes.

### C. El autor

Por último, antes de entrar en el análisis de la relación entre el editor y el autor, se debe de analizar la otra parte del contrato de edición, es decir, el autor y, en su caso, sus derechohabientes.

Como sucede con el editor, tampoco la Ley establece una definición de autor, por lo que será necesario acudir a lo establecido en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual y entender que es autor quien haya realizado un acto creador. En el supuesto del autor en el sector editorial, el acto creador debe haber dado lugar a una obra publicable.

El concepto de autor en el sector editorial presenta algunas peculiaridades. En primer lugar, es necesario matizar que el concepto de autor en el contrato de edición también comprende al titular de los

---

<sup>154</sup> C. PLANAS I SILVA, «Los contratos en la era del acceso: la desintermediación legal», en Javier TORRES RIPA y José Antonio GÓMEZ HERNÁNDEZ (coords.), *El copyright en cuestión*, p. 34.

derechos de la obra colectiva, que parte de la doctrina no considera que deba tener la consideración de autor<sup>155</sup> ya que este titular, si bien es un titular originario de los derechos, no es quien realiza el acto creador sino quien tiene la «iniciativa» y «coordina» la creación de la obra, en palabras del artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual. La iniciativa y coordinación no son realmente un «acto creador» sino un acto prácticamente empresarial<sup>156</sup>. Prueba de ello es que se trata de una de las excepciones, por razones de mercado, en las que se admite que una persona jurídica sea titular original de los derechos de autor, apartándose del concepto de «hecho generador» del artículo 1 como criterio para la atribución de los derechos originarios. En el caso de que un editor tenga la iniciativa y coordine la creación de la obra, los contratos que suscriba con quienes realicen las contribuciones que darán lugar a la obra no serán un contrato de edición.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el autor asalariado no se encuentra amparado por el contrato de edición, ya que lo que regirá su relación será el contrato laboral, según lo establecido en el artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual, siendo difícil encuadrar dicha relación en el marco del artículo 58 de la misma Ley.

Merece la pena detenerse un momento en una práctica habitual en el sector. RAGEL SÁNCHEZ realiza una interesante reflexión<sup>157</sup> sobre el denominado «negro literario», es decir, la «persona que trabaja anónimamente para lucimiento y provecho de otro, especialmente en trabajos literarios» en palabras de la Real Academia Española. Este autor empieza por exponer que este fenómeno es habitual en el sector cultural, a la vez que plantea argumentos para su ilicitud como son el engaño al público, el plagio y la irrenunciabilidad al derecho de paternidad (por lo que cualquier cláusula que obliga a la renuncia es nula de raíz). Sin embargo, entiende que el contrato entre el escritor aparente (o el divulgador) y el «negro» es un contrato de encargo de obra con una cláusula adicional conforme el autor real acepta el plagio (por tanto, se obliga a guardar secreto sobre la paternidad) y

---

<sup>155</sup> Parte de la doctrina considera que no se puede hablar de una «autoría» en el caso de la persona jurídica puesto que sólo el ser humano es capaz de crear. En el caso de las personas jurídicas se podría hablar de una atribución originaria de derechos, siempre que no sean extrapatrimoniales, o de «una presunción *iuris tantum* de cesión de derechos». La discusión sobre la posible autoría de las personas jurídicas se ha visto enormemente complicada por la transposición de la Directiva 91/250/CE del Consejo de 14 de mayo de 1991 sobre protección jurídica de programas de ordenador, en la que sí que se atribuye la condición de autor a la persona jurídica en el supuesto de obra colectiva. J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentarios al artículo 8 LPI», en Rodrigo BÉRGOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 141 y 143. CARRASCO PERERA también niega la posibilidad de una autoría de la persona jurídica (Á. CARRASCO PERERA, «Comentarios al artículo 5 LPI», en Rodrigo BÉRGOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 101).

<sup>156</sup> Sin perjuicio de que, en función de la originalidad de la composición de la estructura de las distintas aportaciones, también pueda recibir la protección otorgada en el artículo 12. J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentarios al artículo 8 LPI», en Rodrigo BÉRGOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 142.

<sup>157</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, pp. 55-63.

la cesión de los derechos de explotación. La aceptación de esta cláusula, además de eliminar el riesgo de delito, debe considerarse esencial al contrato. La revelación de la paternidad de la obra conllevaría un incumplimiento de esa obligación y estaría actuando contra la buena fe, debiendo indemnizar (1258 CC). También estaría contraviniendo el artículo 77.2 LPI ya que estaría perturbando el pacífico ejercicio de los derechos.

Creo que deben de diferenciarse dos situaciones en relación con la actuación de los denominados «negros»: la primera es aquella en la que los autores aparentes participan en el proceso creativo pero disponen de un equipo que ejecuta sus líneas creativas, como podía suceder con Alejandro Dumas o en la actualidad con muchos artistas plásticos, como Hirst. En estos casos, entiendo que el autor aparente, realmente no es tal, puesto que desarrolla cierta actividad creativa. El *negro* sería en todo caso y, en función de la aportación de cada autor, coautor de la obra. La segunda es aquella en la que el autor aparente no participa en el proceso creativo y únicamente presta su nombre para el éxito comercial de la obra. En este segundo caso el autor aparente no podrá ser considerado en ningún caso autor ya que cumple una función empresarial destinada a aportar las herramientas comerciales (su nombre y, seguramente, colaboración en la promoción de la representación o concierto) necesarias para el éxito de la obra que en otro caso (es decir, bajo el nombre del *negro*) no hubiese tenido posibilidades de éxito.

En el segundo caso, nos enfrentamos a un dilema desde el punto de vista de lógica económica si asumimos la premisa de que la obra únicamente accederá al mercado en caso de que lo realice un autor aparente y no el verdadero autor. El dilema consiste en si debemos premiar el acceso de la obra al mercado, con consentimiento del autor, o si la paternidad es tan sagrada que no admite excepciones. Me inclino a pensar que la solución más razonable es la primera dado que tiene mayores beneficios: introduce una nueva obra en el mercado, aumentando el acervo cultural; generará cierta actividad empresarial (la distribución de los libros, la organización de una representación o concierto, etc.) y supondrá una retribución para el autor real, que incluso puede pactarse que sea proporcional al éxito de la obra. También puede que el autor prefiera atribuir la paternidad a la obra a un tercero por determinadas razones que así lo aconsejen (en un supuesto similar al regulado en el artículo 6.2 LPI). Como comentábamos, la piedra angular de esta argumentación es el consentimiento del autor aparente que debe verse libre de cualquier tipo de imposición o coacción (que lo convertiría en nulo).

Por otra parte, creo que un acuerdo de este tipo es extremadamente frágil, dado que el derecho de paternidad es irrenunciable y considero que el «negro» puede ejercer dicho derecho en cualquier momento y



revelar su identidad. En ese caso, junto a la resolución del contrato cabrá, como argumenta la doctrina, la responsabilidad patrimonial por los daños que cause dicha decisión. Cuestión distinta es si la paternidad se revela por tercero, en cuyo caso dicho tercero estaría infringiendo los derechos morales del autor real, que es el único que puede decidir divulgar la obra (14.3 LPI)<sup>158</sup>. También creo que si la revelación de la identidad del verdadero autor se produce de manera inevitable (por ejemplo, por tener que acudir el «negro» a los tribunales para exigir el cumplimiento del contrato) tampoco existirían consecuencias para el autor.

El tercer aspecto que se debe mencionar es el de las obras inéditas que se encuentren en dominio público. Tal y como establece el artículo 129.1 LPI, es posible suscribir un contrato de edición entre quien la divulgue lícitamente (que tendrá los mismos derechos que le hubiese correspondido al autor) y un editor, salvo que quien la divulgue sea el editor, en cuyo caso no será posible hablar de contrato de edición.

Por último, en cuanto a los derechohabientes del autor, éstos pueden ser *inter vivos* o *mortis causa*, lo que no es una cuestión que afecte únicamente al autor en el sector editorial sino que es una cuestión que afecta a todos los autores. En el primer grupo se encontrarán aquellos que hayan adquirido legítimamente los derechos y con el alcance necesario para poder suscribir el contrato de edición, es decir, estando autorizados para la transmisión del derecho al editor (que en el caso del cesionario en exclusiva requerirá del consentimiento expreso del cedente, según lo dispuesto en el artículo 49 Ley de Propiedad Intelectual). Si bien el derechohabiente se encuentra en un plano de práctica igualdad con el autor, existen determinadas prerrogativas, de carácter moral, que sólo podrá ejercer el autor, como es el caso de la corrección de pruebas de tirada<sup>159</sup>. En el segundo grupo, se encontrarán aquellos que hayan adquirido los derechos tras el fallecimiento del autor. Dado que la muerte no es una causa de extinción del contrato, según lo dispuesto en el artículo 69, el derechohabiente se subrogará en la posición contractual del fallecido.

Lo que sí es específico del contrato de edición, tal como comenta ÁLVAREZ DE BENITO, es que el artículo 58 LPI establece que la parte cedente es tanto el autor como sus derechohabientes, aunque «más adelante, el texto se refiere sólo a los autores, debiendo entenderse que hace referencia a ambos»<sup>160</sup>. De la misma manera, en adelante,

---

<sup>158</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 6 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 1.ª ed., p. 78.

<sup>159</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 58 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 908.

<sup>160</sup> P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 20.

salvo que se diga expresamente lo contrario, al referirnos al autor se deberá entender que también se hace referencia al derechohabiente.

En conclusión, autor será quien haya realizado un acto creador en el sentido de haber llevado a cabo una obra de acuerdo con el artículo 10 LPI: original y con un cierto grado de expresión. En el sector editorial la obra deberá ser publicable y nos referiremos al autor como escritor o periodista.

### **III. LA RELACIÓN PRINCIPAL ENTRE AUTOR Y EDITOR: EL CONTRATO DE EDICIÓN**

A continuación se analizará la relación del autor y el empresario a través del canal típico que la Ley de Propiedad Intelectual establece para la relación entre ambos: el contrato de edición. Nuestra Ley regula extensamente el contrato de edición en sus artículos 58 a 73. Dicho contrato, volviendo a citar a ESPÍN ALBA, se debe considerar un contrato «sinalagmático, consensual, conmutativo, oneroso e *intuitu personae*»<sup>161</sup>. Algunas de estas características, la onerosidad y el carácter *intuitu personae* serán objeto de posterior comentario.

Es importante matizar, antes de entrar a analizar la cuestión, que el concepto de edición es distinto del de «tirada» o «reimpresión». Siguiendo a BÉRCOVITZ, «una misma edición puede realizarse en sucesivas tiradas, o procesos simplemente mecánicos de reimpresión. Por el contrario, en una nueva edición se produce un nuevo control de contenido, tanto por parte del autor (que podrá introducir modificaciones), como por parte del editor»<sup>162</sup>.

#### **A. Intereses, riesgos y medidas de protección en la relación editor-autor: régimen general**

A continuación se procederá a identificar los intereses del autor y del editor que se encuentran protegidos por la Ley en el contrato de edición como forma arquetípica de relación entre ambos, así como a enunciar los riesgos que les afectan y las medidas que adopta la Ley para mitigarlos o eliminarlos. También se reflexionará sobre si dichos intereses o medidas deben alterarse debido a los cambios de modelo de negocio explicados en la primera parte del capítulo.

Nuestra Ley prevé en sede del contrato de edición i) un régimen general para todo tipo de publicaciones (que incluye periódicos, revistas y libros) y ii) un régimen especial para las denominadas

<sup>161</sup> I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 176.

<sup>162</sup> G. BÉRCOVITZ, «El contrato de edición», en Alberto BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos mercantiles*, t. III, p. 67.

«publicaciones periódicas» (revistas y periódicos). Dedicaremos el presente apartado al régimen general y un apartado específico a las publicaciones periódicas. He denominado régimen especial a lo que, en el fondo, son ciertas normas especiales aplicables a las publicaciones periódicas por sus peculiaridades. Eso no quiere decir que el régimen general no se aplique a estas últimas.

Con carácter previo a dicho análisis se deben realizar algunas consideraciones generales sobre los intereses que se van a analizar y su sistemática.

La primera consideración se extrae de la lectura conjunta del Capítulo II del Título V de la Ley de Propiedad Intelectual, ya que de la misma se desprende que el interés principal del legislador (como ha remarcado la doctrina unánimemente y ya hemos destacado en el capítulo primero) es proteger al autor, considerado tradicionalmente la parte débil de la relación. Junto al interés del autor aparece el interés del editor, como el empresario que debe hacer accesible al público la obra, aunque su protección no sea la prioridad de la Ley.

Al lado de estos dos intereses, entiendo que siempre subyace, aunque no aparezca expresamente reconocido en la Ley, la protección de un interés general que no es incompatible con el del autor o el del empresario, como es el de facilitar el acceso de la ciudadanía a la cultura (cuanta mayor cultura esté disponible al público, mayor nivel cultural podrá alcanzar la sociedad). Este interés en defensa del acceso a las obras por parte del público, que en los últimos tiempos está cobrando mayor importancia<sup>163</sup> suele encontrar encaje en los límites que se establecen a los derechos de exclusiva. Sin embargo, si atendemos a quienes justifican el derecho de autor en base a la necesidad de fomentar la creación, también puede tener relevancia para intentar dilucidar los distintos conflictos de interés entre el autor y el empresario. Por tanto, creo que es relevante poner de manifiesto de manera expresa la presencia de ese interés general que se puede identificar con el interés del público.

La segunda consideración hace referencia a las medidas de protección de los intereses. A lo largo del proceso de edición los sujetos pueden ver sus intereses enfrentados, previendo la Ley medidas para favorecer a uno u otro en función de lo que estime más conveniente. No obstante, en no pocas ocasiones, los intereses de todos o algunos de los sujetos no sólo no estarán enfrentados sino que pueden coincidir: si el proceso de edición funciona, todos los implicados se benefician. Por ejemplo, existen medidas previstas en la legislación

---

<sup>163</sup> En palabras de ÁLVAREZ DE BENITO «se aprecia un progresivo avance del interés público y de la cultura de masas en perjuicio de los derechos individuales de las personas» (P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, pp. 41 y 42).

que protegen al autor y a la vez protegen el propio funcionamiento de la fabricación y distribución de ejemplares para que el público pueda acceder a los mismos. Con esto quiero decir que una misma medida puede proteger los intereses de más de un sujeto.

La tercera consideración es de carácter expositivo. Las medidas previstas por el legislador, bajo mi punto de vista, están estructuradas con un peculiar sistema:

- En primer lugar se establece un contenido mínimo que debe constar en el contrato de edición (artículo 60 LPI para la edición en general al que se añaden contenidos específicos en el artículo 62 cuando la edición es en forma de libro). A la omisión de estos contenidos se asocian unas determinadas consecuencias (artículo 61 LPI) que varían según el contenido omitido.
- En segundo lugar, la Ley establece una serie de obligaciones para el editor (artículo 64 LPI) y para el autor (artículo 65 LPI) cuyo incumplimiento lleva aparejado en ocasiones la resolución del contrato (artículo 68 LPI). Las partes vienen obligadas a definir contractualmente el contenido de dichas obligaciones en virtud de lo exigido por el artículo 60 LPI.
- Por último, el legislador ha establecido determinadas causas de extinción (artículo 69 LPI) y los efectos de éstas (artículo 69 LPI), junto a la regulación de la venta en saldo y destrucción de la edición (artículo 67 LPI) para acabar de configurar la protección de estos intereses.

A efectos expositivos se prescindirá de la estructura que acabo de describir y procuraré analizar las normas agrupándolas según el interés que pretenden proteger y en función del sujeto beneficiado por la misma. Como ya se ha dicho, hay medidas previstas en la Ley que protegen más de un interés, por lo que la agrupación se realizará en función del que entienda que es el principal interés protegido. Dado que existen medidas que creo que buscan un equilibrio entre los intereses del autor y del empresario, dedicaré un apartado diferente al análisis de las mismas.

Iniciaré la exposición refiriéndome a la protección de los intereses del autor para, posteriormente, referirme a los intereses del editor y aquellos que supongan un equilibrio entre los intereses de ambos.

## 1. Medidas de protección de los intereses del autor

Comenzaremos el análisis identificando aquellas medidas que podríamos clasificar entre las que se han establecido (principalmente) para la protección de los intereses del autor. Recordemos que «el principio fundamental en que se basa toda la regulación del derecho de autor es la *protección del autor*, bien en sus intereses patrimoniales bien en sus intereses morales y este espíritu tuitivo no es la tónica de las reglas decimonónicas de contratación del Código Civil, que dan prevalencia a otros principios, como puede ser el de la autonomía de la voluntad de las partes»<sup>164</sup>.

## 1. Exigencia de forma escrita

Iniciamos el análisis por la exigencia de que el contrato de edición deba formalizarse por escrito, premisa necesaria para poder probar que el contrato de edición recoge el contenido mínimo que nos exige el artículo 60 LPI.

Parece que con esta medida el legislador pretende dar al autor, considerado la parte débil de la relación, la protección necesaria para que pueda probar la existencia y condiciones de la cesión. Como gran parte de la doctrina defiende, la forma escrita tiene carácter tuitivo para el autor<sup>165</sup>. De esta manera, el editor no podrá abusar de su posición negando o alterando *a posteriori* el contenido del contrato. Pese a que la medida se introduzca como protección del autor, hemos de tener en cuenta que quizá la inexistencia del contrato a quien más perjudicaría es al editor (en especial en caso de éxito comercial de la obra), quien no podría probar que su actividad está amparada por una cesión de derechos y podría ser acusado, por tanto, de infracción de los derechos de propiedad intelectual del autor. Vemos por tanto, que esta medida, pese a estar concebida en beneficio del autor también protege los intereses del editor.

En cuanto a la consecuencia de no utilizar la forma escrita, se ha de tener en cuenta que este requisito, junto con la mención al número máximo y mínimo de ejemplares (art. 60.3º LPI) y el sistema de remuneración del autor (art. 60.5º LPI) son los únicos cuyo incumplimiento la ley sanciona con la nulidad<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 124.

<sup>165</sup> Según ESPÍN ALBA, «la forma escrita facilita enormemente la tarea de interpretación restrictiva de los derechos cedidos [...]» como también que las partes se fijen más en la importancia del acto. I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 268.

<sup>166</sup> Fijémonos que la sanción por la falta de forma escrita en el contrato de edición es incluso más grave que la prevista en el régimen general de transmisión de los derechos (art. 45), donde el autor podrá resolver el contrato únicamente tras requerimiento fehaciente, pero sin que se vea sancionada la falta de forma escrita con la nulidad. Cabría preguntarse si todavía hoy tiene sentido esta mayor protección del autor en el contrato de edición que en el régimen general. La respuesta a esta pregunta viene condicionada por el análisis del contenido que debe incluir el contrato, ya que si éste es esencial para la

Parte de la doctrina entiende que estos tres supuestos, al recibir la sanción más radical, deben ser considerados las tres medidas más importantes de protección del autor. No obstante, entiendo que la gravedad de la sanción debería ir vinculada no tanto a la importancia de la medida en sí sino a la consecución de la finalidad que pretende, es decir, la protección efectiva del interés en juego. Siendo todas las medidas importantes, hay algunas que para el interés del autor es mejor que no se vean sancionadas con la nulidad, puesto que el perjuicio en este caso sería mayor que una solución intermedia, como analizaremos más adelante.

Para conocer el alcance de la exigencia de la forma escrita para el contrato de edición es necesario saber si el precepto implica realizar una interpretación literal y, por tanto, considerar que estamos ante una nulidad radical, o bien si es posible entender que estamos ante una nulidad relativa. La doctrina se divide en tres posturas: i) quienes entienden que estamos ante una nulidad radical; ii) quienes entienden que estamos ante una nulidad relativa, postura mayoritaria, y iii) quienes entienden que el contrato de edición es de naturaleza consensual, por lo que sería de aplicación el argumento contenido en el artículo 45 de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>167</sup>.

Si atendemos al propósito del precepto, que pretende proteger al autor otorgándole la necesaria seguridad jurídica, la postura más razonable parece la mayoritaria, que busca una interpretación que suavice el rigor literal del precepto, entendiendo que la nulidad en este supuesto debe ser entendida como anulabilidad y a instancias del autor.

Una interpretación literal podría llevarnos a que el editor pudiese utilizar la nulidad del artículo 61 cuando le conviniese a sus intereses, interpretación que sería contraria a la protección del autor, e incluso a que el autor pudiese abusar del editor en el caso de que fuese éste quien impidiese la forma escrita para dejar al editor en una posición débil<sup>168</sup>.

Por otra parte, al igual que parece razonable apartarse de una interpretación literal, entiendo que tampoco es defendible

---

relación del autor con el editor (y no para las relaciones de cesión de derechos en general), puede estar justificado. Por tanto, volveremos sobre esta cuestión una vez analizadas todas las medidas en favor del autor del contrato de edición.

<sup>167</sup> El artículo 45 de la Ley de Propiedad Intelectual establece que: «Toda cesión deberá formalizarse por escrito. Si, previo requerimiento fehaciente, el cesionario incumpliere esta exigencia, el autor podrá optar por la resolución del contrato».

<sup>168</sup> SÁNCHEZ ARISTI incluso trae a colación el supuesto en el que se pacten todos los extremos del contrato de edición de forma verbal, dándole a ese acuerdo el valor de trato preliminar. R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 60 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 943.

interpretar el artículo 61 en clave de lo dispuesto en el artículo 45, ambos de la Ley de Propiedad Intelectual. El artículo 61 se debe interpretar como una excepción al régimen general al que pertenece el artículo 45, ya que si el legislador hubiese querido que el contrato de edición se sometiese al régimen general no hubiese redactado un artículo específico para repetir el contenido del régimen general y, menos aún, de forma tan inexacta.

Pese a lo que acabamos de decir, la lógica empresarial hace suponer que estas situaciones serán poco frecuentes puesto que es razonable pensar que el editor, como empresario especializado en el sector<sup>169</sup>, no asumirá el riesgo de iniciar la producción y comercialización de la obra (con la inversión que conlleva) hasta no disponer del contrato escrito. Pese a la poca probabilidad, es muy razonable la posición de SÁNCHEZ ARISTI<sup>170</sup> trayendo a colación el artículo 1279 del Código Civil en defensa del editor para el caso en el que esto sucediese. Dicho autor aboga porque el editor pueda compeler a formalizar la forma escrita al autor en virtud de dicho precepto. La jurisprudencia también parece acoger una interpretación no literal del precepto, aunque sin una clara posición<sup>171</sup>.

Por tanto, y a la luz de lo analizado, podemos concluir que estamos ante un requisito formal cuya finalidad es proteger al autor, facilitando un medio de prueba que disipe el riesgo de que éste no pueda aducir las condiciones pactadas en el contrato en caso de conflicto con el editor en beneficio de este último.

Junto a este interés principal, también se puede concluir que esta medida no sólo contribuye a proteger al autor sino que también protege los intereses del editor y, en definitiva, reduce los costes de transacción del sistema al prevenir conflictos basados en la indefinición de los términos del contrato, así como al procurar eliminar gastos en actividad probatoria.

También podemos concluir que esta medida no se ve afectada por el hecho de que existan nuevos canales de distribución digital de contenidos, ya que es una cuestión previa a la distribución. La digitalización sí que podría afectar a la forma de

---

<sup>169</sup> Partimos de la premisa de que las editoriales suelen disponer de recursos y experiencia suficiente, aunque la realidad en ocasiones nos demuestra que existen muchas editoriales pequeñas, sin muchos recursos, que en ocasiones no se ajustan a esta premisa. Sobre este aspecto profundizaremos más adelante.

<sup>170</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 61 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 961 y 962.

<sup>171</sup> Tanto el Tribunal Supremo como la jurisprudencia menor parecen admitir la existencia de contratos de edición verbales. Si atendemos a la interpretación teleológica del precepto, parece razonable la línea jurisprudencial.

contratación entre el autor y el editor si el contrato fuese suscrito en formato digital con firma electrónica, abriendo una cuestión nuevamente de prueba. Sin embargo, este problema es común a todos los contratos celebrados electrónicamente, sin que presente una problemática que afecte exclusivamente a la Ley de Propiedad Intelectual.

## **2. Protección de los intereses patrimoniales: remuneración del autor y transparencia**

En segundo lugar, se analizarán una serie de medidas que coinciden en defender la efectiva remuneración del autor. La protección de este interés tiene especial relevancia jurídica puesto que un elemento esencial del contrato de edición es el pago, ya que el propio artículo 58 LPI establece que la cesión debe realizarse a cambio de una contraprestación económica.

### **(i) *Mención a la remuneración del autor***

La primera de esas medidas la encontramos en el artículo 60 LPI, el cual exige (como parte del contenido mínimo que debe recoger el contrato) la mención a la remuneración del autor. Recordemos que junto con la forma escrita, existen únicamente dos menciones cuya omisión está sancionada con la nulidad en caso de que no aparezcan en el contrato, según lo dispuesto en el artículo 61.1 LPI y, precisamente, uno de esos elementos cuya omisión acarrearía la nulidad del contrato es la falta de mención a la remuneración del autor.

Puesto que nuestra normativa parte de la base de que los derechos de explotación son aquellos que deben proporcionar el sustento al autor, es muy razonable que este precepto pretenda proteger el riesgo de que el autor pueda verse privado o engañado respecto a la cuantía de su remuneración. La forma de disipar el riesgo es que el contrato recoja las condiciones retributivas de las que se beneficiará el autor, tal y como obliga la legislación.

### **(ii) *No gratuidad del contrato***

Un tema no menor en este apartado es que el artículo analizado hace imposible una cesión gratuita de los derechos del autor en sede del contrato de edición, al configurar dicho contrato como oneroso. Tal y como comenta TORRES LANA citando a GETE-



ALONSO: «la cesión gratuita sería lícita y posible, pero no constituiría un contrato de edición»<sup>172</sup>.

En el mismo sentido ESPÍN ALBA entiende que se estaría ante otra modalidad diferente del contrato de edición, regulado por el régimen general de transmisión, pero no ante un contrato de edición. Es interesante que esta autora ya en 1996 apuntaba a que muchos autores estaban dispuestos a renunciar a la percepción de la retribución, ya que «desprovistos del suficiente soporte económico para autofinanciar la publicación de un libro, jamás tendrían la oportunidad de sacar sus obras a la luz pública»<sup>173</sup>, abogando por una solución a este obstáculo que se podría convertir en un desincentivo para la creación, poniendo como ejemplo el caso de estudiantes universitarios que quieren publicar sus trabajos. Tal y como hemos constatado en el primer capítulo, hoy en día se han acrecentado los casos de este tipo, en parte gracias al entorno digital, existiendo motivaciones muy diversas para publicar que no son la tradicional percepción de una retribución monetaria directa.

También es interesante traer a colación la clasificación que realiza MUÑOZ VIADA entendiendo que las cesiones gratuitas pueden reducirse a tres supuestos: i) cesión gratuita sin obligación de publicar la obra; ii) cesión gratuita con carga de publicar y iii) donación con causa onerosa. En el caso del supuesto que comprende la carga de publicar no debe entenderse esta obligación como una contraprestación, aunque su incumplimiento facultará al cesionario a revocarla (art. 647 CC). Por lo que a la donación con causa onerosa se refiere, ésta se fundamentaría en el artículo 622 CC, no exenta de discusión doctrinal<sup>174</sup>.

Podemos entender que la prohibición de gratuidad puede entenderse como una cuestión de protección de los intereses patrimoniales del autor para evitar abusos por parte del editor. No obstante, desde el momento en el que doctrinalmente se abre la puerta a la posibilidad de que la gratuidad se articule mediante otros vehículos contractuales debemos pensar si tiene sentido desplazar la centralidad del contrato de edición para el caso de cesiones gratuitas. A esto se le debe añadir que el entorno digital ha acentuado que muchos autores, como en el ejemplo de los estudiantes, estén dispuestos a ceder gratuitamente sus contenidos por fines colaborativos o

---

<sup>172</sup> J. A. TORRES LANA, «Comentarios al artículo 46 LPI» en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, p. 801.

<sup>173</sup> I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 100.

<sup>174</sup> C. MUÑOZ VIADA, *Transmisión de los derechos de autor. El contrato de edición*, p. 204.

altruistas. ¿Es el contrato de edición el vehículo adecuado para la gratuidad?

En mi opinión, no. El contrato de edición parece configurarse como un vehículo idóneo para aquel autor que quiere explotar comercialmente su obra y percibir una remuneración, es decir, para aquel que concibe la explotación de su obra como un negocio. Abrir la puerta a la gratuidad, existiendo otros vehículos jurídicos posibles, supondría desconfigurar este contrato sin necesidad. Pese a que cada vez más existen autores, en especial gracias a la facilidad de los entornos digitales, que no conciben su obra como un negocio, esto no significa que se deba modificar la onerosidad del contrato de edición, ya que existen otros mecanismos como los citados en este apartado para canalizar las obras de manera gratuita, defendiendo los intereses de dichos autores. No obstante, creo que sería conveniente afinar dichos instrumentos jurídicos para dotar de un régimen claro y sólido a la cesión gratuita de derechos, que hoy es inexistente.

### (iii) ***Sistemas de retribución***

La remuneración, según el artículo 60 LPI, se tiene que establecer conforme lo regulado en el régimen general del artículo 46 LPI, es decir, se deberá establecer un sistema de remuneración proporcional sobre los ingresos de la explotación en beneficio del autor, siendo la remuneración a tanto alzado la excepción (art. 46.2).

Obviamente, definir un claro sistema de remuneración en el contrato eliminará incertidumbres y arbitrariedades que protegerán al autor y, por qué no, también al editor, en especial en caso de éxito de la publicación.

A continuación se analizarán tanto el sistema de remuneración proporcional como el sistema de remuneración a tanto alzado para poder disponer de una visión más completa sobre la protección de los intereses del autor desde el punto de vista remunerativo.

#### **(a) Sistema de remuneración proporcional:**

Tal y como hemos avanzado, este sistema es el preferido por la legislación para defender los intereses del autor. No obstante, cabe preguntarse si el sistema de remuneración

proporcional es, efectivamente, el más adecuado para proteger dichos intereses, en especial con sistemas de distribución digital. Antes de emitir un juicio sobre la idoneidad del sistema, parece lógico analizar su funcionamiento.

El primer elemento a considerar para analizar la bondad del sistema para los intereses del autor es el de la determinación de la base sobre la que se calculará la remuneración. El artículo 46.1 LPI vincula la remuneración del autor a los «ingresos de explotación», es decir, que estos últimos serán la base sobre la que deberá aplicarse el porcentaje para obtener la cantidad que deba percibir el autor.

Para determinar el monto de los «ingresos de explotación», en primer lugar se deberá atender a que los derechos que son objeto del contrato de edición son el de reproducción y el de distribución, por lo que la base de cálculo serán los ingresos de explotación de ambos derechos, salvo que en el contrato se haya pactado otra cosa. En segundo lugar, debe entenderse que la Ley se refiere a ingresos «brutos». Aplicar la remuneración proporcional sobre los ingresos netos (excluyendo por tanto los costes) sería lo mismo que aplicarla sobre el beneficio que obtenga la obra; en otras palabras, se estaría haciendo partícipe al autor del riesgo empresarial ya que si no hay beneficio no habría remuneración. En consecuencia, el porcentaje que se acuerde pagar al autor deberá establecerse sobre el precio al que se ha vendido cada libro. La clara referencia que realiza el artículo 46.1 de la Ley a los «ingresos de la explotación» permite defender que el porcentaje debe aplicarse sobre lo efectivamente facturado (excluyendo los descuentos que permite la Ley del Libro u otros permitidos para otros tipos de ediciones, en su caso). Desde este punto de vista, la remuneración del autor debe ser entendida por el editor como un coste más (variable en este caso)<sup>175</sup>.

---

<sup>175</sup> La doctrina se plantea si debe computar en la base de cálculo para obtener la remuneración el precio de ejemplares para la promoción de la obra o para la crítica. En este caso, entiendo que dichos ejemplares, al no generar ingresos directos, no deben ser computados en la base. Tampoco debe asumir el coste de dichos ejemplares el autor ya que éstos son parte del proceso de comercialización de la obra, función asignada al editor, quien debe asumir el riesgo empresarial propio de la comercialización (recordemos que el artículo 64.4º LPI obliga a la «difusión de la obra»).

En cambio, SÁNCHEZ ARISTI encuentra discutible que no se puedan computar en la base de cálculo los ejemplares defectuosos o deteriorados. En mi opinión, siguiendo el razonamiento anterior sobre los ejemplares para promoción y para el autor, entiendo que los ejemplares defectuosos o deteriorados tampoco deberían computarse en la base ya que no generan ingresos. El editor deberá asumir el coste de los ejemplares defectuosos o deteriorados, ya que debe asumir el riesgo empresarial del proceso de producción y, si fuese necesario por razones de la demanda, debería sustituirlos por ejemplares nuevos. GÓMEZ PLAZA también defiende que dichos ejemplares no computan, basándose en que no generan ingresos (R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 64 LPI», en Rodrigo BÉRGOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 949; C. GÓMEZ PLAZA,

El segundo elemento a considerar en cuanto al funcionamiento del sistema de remuneración proporcional consiste en que el porcentaje concreto que cobre el autor sobre los ingresos dependerá de la negociación que éste realice con el editor y que puede depender de múltiples factores<sup>176</sup>. Por tanto, nos encontramos aquí, de nuevo, con la circunstancia de que la efectiva protección del autor se verá afectada por su capacidad de negociación frente al editor, que variará en función de si es una figura consolidada o con poco éxito.

Tras estas dos consideraciones, si analizamos la bondad de este sistema (como el más protector para el autor, como se deduce de la Ley), podemos llegar a la conclusión de que efectivamente puede favorecer al autor en el caso de que la obra funcione bien comercialmente. No obstante, en mi opinión, creo que este sistema hace partícipe, en cierta medida, al autor de cierto riesgo empresarial. Es cierto que, como acabamos de ver, la normativa vigente mantiene al autor al margen de las posibles pérdidas de su obra si ésta comercialmente no funciona. Pero sí que le hace obligatoriamente partícipe del riesgo empresarial porque su remuneración está alineada con el éxito de su creación, pudiendo no llegar a percibir ingresos en el caso más extremo. Salvando las distancia y hablando metafóricamente, la figura del autor sería como la del socio comanditario, que únicamente responde hasta los fondos aportados (en este caso sería un fondo «intelectual» consistente en el tiempo invertido en la obra) y la del editor la del socio colectivo.

En el mismo sentido, las variables que afectan a la retribución del autor son tantas que parece un poco artificial consagrar un sistema como el más beneficioso para el autor. Da la sensación de que el legislador pensaba en prevenir un único escenario: proteger al autor en el caso en el que el editor le pagase una discreta cantidad a tanto alzado para la obtención de los derechos y que la obra posteriormente

---

«Comentarios al artículo 60 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., pp. 977 y 978).

Más dudas cabría sobre los vendidos pero no cobrados, ya que realmente no se han producido ingresos sobre aquellas obras facturadas pero no cobradas. No obstante, desde la concepción de la asunción del riesgo empresarial, también es defendible que es un riesgo empresarial propio de la actividad de comercialización y no debería afectar al autor, por lo que entiendo que es posible defender que los libros vendidos computen en la base para calcular la remuneración, independientemente del cobro, salvo pacto en contrario.

<sup>176</sup> SÁNCHEZ ARISTI cita factores como los costes de edición, el volumen de la tirada, el número de autores que participen y el prestigio o celebridad del autor (R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 60 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 950).

fuese un éxito. En ese caso el sistema de remuneración proporcional es claramente protector de los intereses del autor ya que evita que el editor perciba todos los ingresos en detrimento del autor. Sin embargo, actualmente la realidad es mucho más compleja y la legislación debería brindar opciones para todas esas variables. Como comenta TORRES LANA, «la regla de la proporcionalidad no implica por sí sola una mayor protección o situación más ventajosa para el autor. De la misma manera, el pago a tanto alzado no supone de suyo una situación más desfavorable»<sup>177</sup>.

De hecho, el sistema de remuneración proporcional entiendo que, si intentamos establecer una pauta general, favorece más al editor que al autor ya que convierte un posible coste fijo, como la remuneración del autor, en un coste variable. Y quizá también favorezca al autor, pero no tanto por la protección en el escenario que antes hemos descrito, sino porque al rebajar los costes fijos puede que favorezca un modelo en el que los editores tengan menos barreras de entrada para lanzar obras al mercado.

Por otra parte, las distribución mediante redes digitales permitirá un menos costoso, actualizado y más fiable recuento de ejemplares vendidos en beneficio tanto del autor como del editor.

### **(b) Sistema de remuneración a tanto alzado**

En contraposición con el sistema de remuneración proporcional, la Ley, excepcionalmente, permite en el artículo 46.2 la remuneración a tanto alzado. Como comenta TORRES LANA, «la norma tolera, pero no aconseja, ni mucho menos impone, el pago a tanto alzado»<sup>178</sup>.

Son cuatro los supuestos en los que permite el establecimiento de un sistema de remuneración a tanto alzado (que es facultativo para las partes) y que agruparemos en tres:

#### a. Dificultad en la determinación de los ingresos

---

<sup>177</sup> J. A. TORRES LANA, «Comentarios al artículo 46 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 801.

<sup>178</sup> J. A. TORRES LANA, en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 805.

La primera excepción se basa en la dificultad que pueden conllevar algunas modalidades de explotación para aplicar un sistema de remuneración proporcional. En otras palabras, el legislador es consciente de que en algunas modalidades de explotación o bien es imposible identificar los ingresos que genera la obra o bien, aun siendo posible, la determinación de los ingresos implica una «dificultad grave» o tiene un coste desproporcionado en comparación con la retribución.

En mi opinión, es razonable que ante la imposibilidad o el esfuerzo desproporcionado de calcular la retribución, se prevea una vía de escape a una situación que de otra forma podría bloquear la firma de un contrato. No obstante, la indefinición de los términos utilizados por el legislador (como la expresión «dificultad grave») hace que el contrato siempre esté sometido a ulterior revisión por parte de los jueces en caso de conflicto.

#### b. Carácter accesorio de la obra

El segundo y tercer supuesto previstos por la Ley se pueden analizar conjuntamente dado que contemplan los casos en los que i) una obra se utilice como accesorio a una actividad u objeto [46.2 b)] o, ii) utilizada con otras, no constituya un elemento esencial de la creación intelectual en la que se integra [46.2 c)].

Entiendo que en estos casos también se antoja difícil, como regla general, determinar qué parte de los ingresos de la actividad, el objeto o la creación intelectual corresponde a la obra por lo que el legislador ha optado por seguir el mismo espíritu que en la letra a), que casi podría considerarse como la regla general de la que éstas son concreciones. Por tanto, el legislador vuelve a buscar una fórmula sencilla en la que una obra accesorio no pueda bloquear la comercialización de la obra principal o se lleve una parte desproporcionada de ingresos.

Pese a que la opción del legislador es razonable, no parece que este sistema de remuneración otorgue más garantías que un sistema de participación en los ingresos, al menos en sede del contrato de edición donde será de rara aplicación. Como hemos venido reiterando, seguramente será una cuestión de negociación entre las partes.

### c. Determinadas obras

Por último, la ley permite el sistema de remuneración a tanto alzado atendiendo al tipo de obra que se difunda, según lo establecido en la letra d) del artículo 46.2 LPI. El legislador ha seguido la lógica expuesta en los párrafos precedentes, pero en esta ocasión no como regla general sino identificando supuestos concretos habituales en la práctica, eliminando así toda incerteza para estos casos.

TORRES LANA, al explicar que el artículo 46 de nuestra Ley es una copia imperfecta de los artículos 35 y 36 de la Ley francesa de 1957, pone de manifiesto que una de las imperfecciones de nuestra normativa ha sido trasladar al régimen general unos supuestos cuya sede sistemática debería ser el contrato de edición<sup>179</sup>, opinión que debe de ser compartida a la luz de los supuestos de los que se trata.

Como ejemplo de que muchos de los supuestos concretos establecidos en la letra d) del artículo 46.2 LPI son una concreción de las normas generales recogidas en las letras anteriores, se puede citar el caso de los prólogos, las anotaciones, las introducciones, las presentaciones y los trabajos de ilustración de una obra. En estos casos se podría decir que se trata de obras que no constituyen un elemento esencial de la obra en la que se integran, concretando la norma general de la letra c) del artículo 46.2 LPI.

Otros supuestos contemplados en la misma letra (diccionarios, las antologías, las enciclopedias, y las traducciones) creo que encajan en la imposibilidad o desproporción de una retribución proporcional (en especial por los costes de gestión del control y pago de las cantidades), tal y como establece la letra a) del artículo 46.2 LPI.

Por último, en cuanto a las obras científicas y las ediciones populares a precios reducidos, también contempladas en este precepto, la justificación de que se puedan remunerar a tanto alzado vendría por su contenido y su finalidad, respectivamente<sup>180</sup>, aunque creo que también puede ponerse en tela de juicio la idoneidad de este sistema puesto que todo pasará por una negociación entre el titular de los derechos y el editor, no siendo siempre esta fórmula

---

<sup>179</sup> J. A. TORRES LANA, «Comentarios al artículo 46 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 806.

<sup>180</sup> J. A. TORRES LANA, «Comentarios al artículo 46 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 806.

la más idónea como hemos argumentado anteriormente. En todo caso, pensemos que la ley sólo permite aplicar esta forma de remuneración a las primeras o únicas ediciones de estas obras.

#### d. Sistemas de corrección del sistema de remuneración a tanto alzado: derecho a revisión

El sistema de remuneración a tanto alzado dispone de un mecanismo que pretende neutralizar las posibles desproporciones entre la remuneración del autor y los beneficios del cesionario, en interés del autor.

En un escenario en el que una obra tenga un éxito fulgurante, es cierto que el establecimiento de un precio a tanto alzado a cambio de los derechos sobre dicha obra podría dar lugar a que el autor haya recibido una cantidad irrisoria si la comparamos con los ingresos que ha generado la obra. La ley pretende que el autor tenga una herramienta para reaccionar en defensa de sus intereses ante una situación considerada injusta por parte del legislador: la acción de revisión por remuneración no equitativa establecida en el artículo 47 LPI.

Este mecanismo de revisión ante la desproporción se activa mediante la solicitud de revisión del autor, entrando en una fase extrajudicial en la que el cesionario puede rechazar la solicitud o entrar en negociaciones, pudiendo éstas llegar a buen puerto o bien acabar sin consenso. En caso de que no haya acuerdo o no se haya llegado ni siquiera a negociar, se abre una segunda fase en la que el autor podrá solicitar la revisión judicial. Para acceder a esta fase judicial se deberá acreditar el intento de revisión extrajudicial por parte del autor y que la forma de remuneración se corresponda con la de tanto alzado.

En cuanto a la «manifiesta desproporción» que exige el artículo 47 para poner en marcha el mecanismo de revisión, nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado y que durante el proceso judicial deberá dilucidarse si concurre en el caso concreto. Entiendo que la desproporción no deberá medirse únicamente relación con los ingresos obtenidos por el cesionario sino en relación con los usos del sector. En todo caso, será el juez quien deba determinar si estamos ante una manifiesta desproporción y si, en consecuencia,



procede revisar la retribución y con qué fórmula y en qué medida<sup>181</sup>.

### **(c) Consideraciones relativas a ambos sistemas**

Tras analizar ambos sistemas parece que subyace en la regulación un fundamento de lógica económica en la que se prefiere el sistema de remuneración proporcional, salvo aquellas circunstancias en las que la gestión administrativa de estos sistemas supere al beneficio, en cuyo caso se tolera el sistema de tanto alzado, con derecho a revisión como medida correctora.

No obstante, la protección del autor no dependerá tanto del sistema que se establezca: en un primer momento dependerá de su capacidad de negociación, y en un momento posterior, de las herramientas legales que le permitan reaccionar ante una posible injusticia. Sería más adecuado dar libertad a las partes para establecer el sistema que consideren más conveniente y centrarse en estas herramientas para situaciones puntuales, evitando establecer un sistema obligatorio, que no siempre es justo y que condiciona la autonomía de la voluntad.

Tampoco se entiende por qué no es válida una fórmula mixta en la que se pueda establecer una remuneración fija junto con una remuneración variable (o una remuneración variable con unos mínimos garantizados). Quizá sea ésta la forma más equilibrada para las partes que, *de facto*, mediante el anticipo, constituye la práctica habitual. De esta manera se protege al autor, quien no depende en tanta medida del éxito comercial de su obra y también permite al editor poder apostar por un autor de forma poco gravosa, tanto en el entorno digital como en el tradicional.

---

<sup>181</sup> TORRES LANA plantea algunas cuestiones de indudable transcendencia práctica como la cuestión de la legitimación activa y pasiva y el sometimiento al arbitraje. En cuanto a la primera de las cuestiones, concuerdo en que la legitimación activa corresponde al autor, sin que los cesionarios puedan ejercer dicha acción contra los cesionarios de cesiones posteriores *inter vivos*. También es técnicamente sólida la opinión de que los herederos también pueden ejercer la acción, en virtud de los artículos 659 y 651 del Código Civil. No obstante, nos podemos plantear si esto se corresponde con el espíritu de la norma que pretende proteger la creación del autor y, en última instancia, fomentar la creación. Pese a que es difícil establecer una norma general para tantas y diversas situaciones particulares, entiendo que la posibilidad de proteger a los herederos en la mayoría de casos, es un incentivo para los autores, por lo que la finalidad de la norma se vería cumplida. Respecto de la legitimación pasiva, corresponde al cesionario o cesionarios que estén obteniendo el ingreso manifiestamente desproporcionado. En este punto es decisivo que el autor establezca un sistema de control contractual sobre los ingresos de los sucesivos cesionarios para poder detectar la desproporción en caso de que se produzca. Respecto del arbitraje, también es posible establecerlo contractualmente o de común acuerdo en la fase extrajudicial, de forma que no se llegará a la fase judicial si así lo consienten las partes al someterse al laudo. J. A. TORRES LANA, «Comentarios al artículo 46 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 811-813.

También cabe preguntarse por qué este tipo de revisión en interés del autor sólo tiene lugar en sistemas de remuneración a tanto alzado y no en sistemas de remuneración proporcional. El interés que está en juego es la retribución equitativa del autor, de manera que se puede ver amenazada por la mejor posición negociadora del cesionario (el editor, en el caso del contrato de edición) en el momento de la firma del contrato. Un sistema proporcional puede ayudar a encontrar la retribución equitativa pero no son sinónimos, por lo que pueden existir situaciones en los sistemas de retribución proporcional en los que no se esté consiguiendo una retribución equitativa pese a ser proporcional (por ejemplo, cuando el porcentaje de remuneración es extremadamente bajo). Ciertamente es que existen otros mecanismos en nuestro derecho que podrían utilizarse para intentar remediar una situación como la descrita, pero no parece que tenga mucho sentido que la solución no la aporte la Ley de Propiedad Intelectual.

(iv) ***Forma, momento del pago y anticipos***

Para la protección del interés económico del autor es importante que éste pueda conocer la forma y el momento del pago, así como el régimen de los anticipos.

El artículo 60.5º LPI es algo parco en cuanto a su formulación ya que únicamente obliga a expresar en el contrato «la remuneración del autor» y nos remite a lo ya estudiado del artículo 46 LPI. Eso significa que no obliga a definir la forma de pago ni la periodicidad con la que deber efectuarse, así como tampoco la cuestión de los anticipos (si es que es el caso), que es bastante relevante en el mundo editorial.

Si intentamos completar lo dispuesto en el artículo 60.5º LPI en relación con la remuneración, sólo encontramos la referencia a la obligación del editor de «satisfacer al autor la remuneración estipulada y, cuando ésta sea proporcional, al menos una vez cada año, la oportuna liquidación, de cuyo contenido rendirá cuentas», que establece el artículo 64.5º LPI. Por tanto, debemos entender que la remuneración se llevará a cabo con una liquidación anual mínima, sin perjuicio de que se puedan pactar liquidaciones más frecuentes (habitualmente semestrales) si las partes así lo acuerdan. En cuanto a la forma de pago, no encontramos referencias en sede de la regulación de propiedad intelectual, pero es cierto que es un tema que en

la práctica no conllevará mayores problemas, siempre con respeto a la normativa fiscal.

Por lo que al anticipo se refiere, encontramos dos referencias en sede del contrato de edición:

La primera en el artículo 59.2 LPI, que reza que se considerará como anticipo de la remuneración del contrato de edición aquella remuneración que sea pactada en el contrato de encargo de obra. En consecuencia, se deduce que nuestra legislación excluye del objeto del contrato de edición el encargo de obra<sup>182</sup>, separando ambas figuras contractuales, principalmente para liberar al editor de la obligación consustancial a todo contrato de edición de editar una obra que, si bien está definida en sus características esenciales, no ha sido concretada y, por tanto, no se ha podido evaluar su viabilidad comercial. En otras palabras, se permite al editor postergar la decisión de editar hasta haber podido analizar la obra y comprobar que cumple con los requisitos exigidos en el encargo de obra<sup>183</sup>.

La segunda referencia al anticipo la encontramos únicamente referida a la edición en formato de libro, en el que se obliga a realizar mención en el contrato al «anticipo a conceder, en su caso, por el editor al autor a cuenta de sus derechos» [artículo 62.1 b)].

Como ya he defendido, creo que siendo una práctica habitual en el sector sería conveniente regular claramente el anticipo para dotar de mayor seguridad jurídica a las partes y no limitarse a realizar dos referencias dando a entender que es válido. Este aspecto es común tanto a la edición digital como en papel.

#### (v) ***La obligación de pago del editor***

Como comentábamos al principio de este apartado, el interés de remuneración del autor no se encuentra protegido por una

---

<sup>182</sup> En cuanto a la definición de obra por encargo, que se debe diferenciar de obra futura: «La obra de encargo es una obra que, por definición, aún no existe, por lo que podría calificarse de obra futura, si bien su futuridad es algo menos indefinida que cuando no estamos en presencia de un encargo, ya que cabe suponer que el comitente habrá dado indicaciones o instrucciones que permitirán definir con mayor o menor precisión los contornos en los que deberá moverse la acción creativa del autor contratista» (R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 59 LPI», en Rodrigo BÉRGOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 933).

<sup>183</sup> Aunque nada impide que se puedan suscribir simultáneamente el contrato de obra y el de edición, dejando la efectividad de este segundo al cumplimiento de una serie de condiciones preestablecidas, de manera que si éstas se cumplen, entrará en vigor el contrato de edición con las correspondientes obligaciones de las partes (R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 59 LPI», en Rodrigo BÉRGOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 934).

única disposición. La previsión del artículo 60 LPI se encuentra reforzada por el establecimiento, en el artículo 64.5º de la misma Ley, de una obligación para el editor consistente en «satisfacer al autor la remuneración estipulada», la cual será objeto de análisis a continuación.

El artículo 64.5º no sólo refuerza la obligación del editor a satisfacer la remuneración, sino que establece cuál debe ser el sistema de liquidación y rendición de cuentas para el caso de remuneración proporcional.

En relación con el pago, se han analizado extensamente las dos formas de remuneración. La novedad respecto del artículo 60 LPI, como ya se ha comentado, es que en este caso se introduce la obligación de liquidar las cantidades debidas, como mínimo, una vez al año, debiendo justificar el editor las cifras en las que se basa la liquidación. La finalidad tuitiva de este precepto es clara, ya que quiere evitar que los intereses económicos del autor se vean perjudicados por la mejor posición negociadora del editor, que podría llevar a situación como establecer la liquidación de las cantidades debidas a final del contrato.

En cuanto al plazo de un año para la liquidación, puede entenderse que es un plazo razonable tanto para editor como autor. Para el editor parece favorable porque evita la excesiva gestión administrativa que podría suponer liquidaciones más frecuentes, en especial en obras de poco volumen, así como una mejor gestión de tesorería. Para el autor podría parecer favorable ya que es un periodo suficiente para recibir la remuneración. No obstante, entiendo que hoy en día, en especial para aquellos autores que viven de sus obras, un año es excesivo sobre todo si atendemos a los avances informáticos existentes para la gestión de la información, comentados en la primera parte, que hacen que la gestión administrativa no sea tan costosa para el editor. Lo razonable será que se pacten plazos menores entre editor y autor, siendo la práctica más habitual los seis meses. En consecuencia, creo que es razonable que se rebaje la periodicidad a un mínimo de seis meses, aunque sería aconsejable una periodicidad menor.

#### (vi) ***Obligaciones de información y transparencia***

El artículo 64.5º LPI establece la obligación de rendir cuentas para el editor. Por un lado, establece una obligación de rendir cuentas sobre la liquidación (en el sistema de remuneración

proporcional) y, por otro, establece una obligación de rendir cuentas sobre la fabricación, distribución y existencias de ejemplares (que afecta tanto al sistema de remuneración proporcional como al sistema de remuneración a tanto alzado). La rendición de cuentas se realizará, en ambos casos, con carácter anual.

La rendición de cuentas parece lógica en una relación que podríamos calificar de «pseudoasociativa», con un peso importante del *intuitu personae*. El editor deberá informar de ciertos resultados de su gestión de manera transparente. Son medidas que ayudan a proteger el interés del autor ya que ayudan al cumplimiento de otras obligaciones, cimentando la confianza entre las partes y dificultando malentendidos.

#### **(a) Obligación de rendición de cuentas en el sistema proporcional**

La obligación de rendir cuentas complementa la protección del interés del autor de percibir una remuneración justa (o cuanto menos, ajustada a lo pactado) y evita hipotéticas arbitrariedades del editor en cuanto a la determinación de la cuantía que se debe satisfacer al autor.

El autor debe facilitar los datos que han permitido llegar a la cifra que se liquida así como el cálculo realizado. Es cierto que los datos los aporta el editor y que este podría modificarlos, no obstante, estamos ante una relación presidida por el principio de colaboración y confianza recíproca, por lo que en este marco una medida de transparencia como la referida debería ser suficiente para garantizar los intereses del autor.

La Ley únicamente habla de la rendición de cuentas para el sistema de remuneración proporcional, ya que en el sistema de tanto alzado la cantidad ya está determinada. En caso de que esta cantidad fuese pagadera a plazos, el calendario de pagos debería establecerse contractualmente.

#### **(b) Obligación de rendición de cuentas común a ambos sistemas**

Junto a la obligación de rendición de cuentas del editor que acabamos de ver, la Ley establece una obligación más amplia de rendir cuentas que afecta tanto a los sistemas de remuneración proporcional como a los sistemas de remuneración a tanto alzado. Esta obligación consiste en

que el editor certifique una vez al año los datos relativos a la fabricación, distribución y existencias de ejemplares.

Esta información interesa a todos los autores, independientemente del sistema de retribución, ya que les permite tener información sobre la evolución de sus obras y saber qué ha sucedido con todos los ejemplares. En el caso de los autores que hayan pactado un sistema de remuneración a tanto alzado también será útil para poder instar la revisión de la remuneración prevista en el artículo 47 LPI<sup>184</sup>.

En cierta manera, esta obligación de información permite al autor tener una visión global del nacimiento y vida de los ejemplares de su obra y se debe relacionar con el control de tirada establecido en el artículo 72 LPI.

### **(c) Control de tirada**

El control de tirada es otra medida de transparencia que refuerza la protección del interés del autor por percibir una remuneración a cambio de la cesión de derechos. Esta medida le permite supervisar la fabricación de los ejemplares, controlando que se cumplan las condiciones pactadas en el contrato al respecto.

Como hemos visto en el apartado anterior, la rendición de cuentas a la que está obligado el editor tiene por objeto la fabricación, distribución y existencia de ejemplares. En mi opinión, el control de tirada establece una mayor transparencia sobre la primera de estas actividades: la fabricación. Gracias al control de tirada existe un control previo que permite al autor conocer el número de ejemplares fabricados. Por tanto, el autor podrá contrastar la información obtenida a través del control de tirada con la facilitada por el editor en virtud del artículo 64.5º LPI y realizar un seguimiento de la gestión y comercialización de los ejemplares, mejorando la protección de sus intereses.

En cuanto al funcionamiento del control de tirada, el Real Decreto 396/1988, de 25 de abril, por el que se desarrolla el artículo 72 de la Ley de Propiedad Intelectual, establece dos sistemas para que el autor pueda llevar a cabo la

---

<sup>184</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 64 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 994.

comprobación antes descrita: i) la certificación por parte del editor y ii) el de numeración o contraseñado.

El sistema de certificación, regulado en los artículos 2 a 5 del Real Decreto, se establece como el sistema general, aplicable por defecto. La normativa prevé que, cada vez que se realice una tirada de ejemplares (por tanto, no sólo en la primera tirada) y antes de ponerlos en circulación, el editor debe remitir al autor un certificado en el que conste el número de ejemplares de la tirada. Este certificado, que no deja de ser un «documento de parte», debe de ir acompañado de declaración de la persona o entidad responsable de los talleres de impresión, lo que refuerza el control y la veracidad de la cifra que se proporciona al autor. Pese a que también podría considerarse que el impresor, al depender del editor, podría no ser del todo objetivo en su declaración, entiendo que es positivo contar con un sistema que exija la manifestación de dos sujetos, dificultando y, por tanto reduciendo, el hipotético riesgo de inexactitud en relación con los ejemplares fabricados.

Como medida de refuerzo para incentivar la veracidad de las cifras aportadas en la declaración, el artículo 3 del Real Decreto establece la posibilidad de que el autor pueda realizar una comprobación de los «datos y documentos contables del editor», de lo que se extrae que no se trata de una comprobación física de los ejemplares sino que se analiza únicamente la información que conste en los libros del editor<sup>185</sup>. El artículo 8 del Real Decreto lo configura claramente como un derecho a favor del autor (el derecho de comprobación).

La comprobación debe limitarse, como establece el artículo 5 del Real Decreto «a la verificación de la exactitud de los datos relativos a la producción de los ejemplares de la obra, en la edición o tirada concreta de que se trate y su correspondencia con los datos contenidos en la documentación emitida por el editor». En otras palabras, la información a la que acceda el autor en virtud de esta comprobación será relativa, únicamente, a los datos relacionados con los ejemplares producidos, sin que se pueda analizar información más allá de ésta.

---

<sup>185</sup> No obstante, LACRUZ MANTECÓN entiende que el hecho de que el artículo 5 del Real Decreto no haga mención a la posibilidad de una inspección ocular de los ejemplares no la imposibilita. Argumenta que si la normativa se centra en la revisión de los datos contables es por un tema de practicidad, ya que en ocasiones los ejemplares pueden haberse distribuido a librerías y hacer inviable el recuento (M. L. LACRUZ MANTECÓN, *Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria*, p. 398).

La legislación es muy celosa en proteger, como es lógico, los intereses del editor y preservar su información confidencial, ya que si el autor pudiese recabar cualquier información del editor, bajo el pretexto de la comprobación del número de ejemplares tirados, podría poner al descubierto información esencial del negocio cuya fuga podría perjudicar más al editor que beneficiar al autor. Como comenta MARTÍNEZ DE AGUIRRE, una extralimitación respecto de la información a la que se tenga acceso en esta comprobación podría causar un perjuicio injustificado del editor<sup>186</sup>.

Además, el propio artículo 5 del Real Decreto refuerza la protección del editor, ya que establece una obligación de mantener la confidencialidad sobre la información a la que se ha accedido a la persona que acceda a la información para realizar la comprobación.

Por tanto, se establece una doble protección del editor: por un lado se limita el acceso a la información y por otro se establece un deber de secreto sobre la información limitada a la que se accede.

Existe una cierta duda interpretativa sobre quién debe realizar la verificación de los datos en el control de tirada. El artículo 4 del Real Decreto dice que «la comprobación podrá ser realizada por expertos o sociedades de expertos legalmente competentes», estableciendo a continuación la forma de designación de los mismos. En el párrafo final se lee: «No obstante lo anterior, el editor y el autor podrán acordar la designación de cualquier persona o personas para la realización de dicha comprobación, con arreglo a criterios diferentes de los previstos en este artículo». La duda interpretativa que se plantea es si el autor podría realizar la comprobación por sí mismo o si, pese a que el precepto utiliza la forma verbal «podrá» (indicativo de que debería ser facultativo), es obligado acudir a un tercero y no puede realizarlo el propio autor.

Parte de la doctrina entiende que el artículo excluye la posibilidad de que el autor realice la citada comprobación<sup>187</sup>. Está claro que el legislador parte de la base de que lo lógico es que la comprobación la realice un tercero, dado que el autor seguramente no tendrá los conocimientos técnicos

---

<sup>186</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Comentarios al artículo 72 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1134.

<sup>187</sup> En este sentido SÁNCHEZ ARISTI («Comentarios al artículo 72 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1076) y MARTÍNEZ DE AGUIRRE («Comentarios al artículo 72 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1134).



necesarios para realizar la verificación. No obstante, en mi opinión no existe obstáculo para que el autor pueda realizar la comprobación siempre y cuando tenga los conocimientos adecuados<sup>188</sup>, aunque la verificación realizada por el propio autor entiendo que puede restarle objetividad al sistema.

Creo que este mecanismo de control que estamos describiendo se trata de una medida de carácter preventivo que refuerza la transparencia. La mera posibilidad de que el autor pueda recurrir a este mecanismo debería ser suficiente para disuadir al editor de facilitar datos inexactos. Sostengo que es una medida preventiva porque entiendo que el uso real de dicho mecanismo supone una ruptura del *intuitu personae* que preside el contrato ya que el autor sólo recurrirá al mecanismo cuando haya decaído la confianza en el editor. Por tanto, la excepcionalidad del uso de la medida me lleva a considerarla como un mecanismo que tiene más efecto preventivo que resolutivo.

El otro sistema previsto en el artículo 6 del Real Decreto para realizar el control de tirada consiste en la numeración o el contraseñado de los ejemplares de cada edición. Este es un sistema excepcional, que debe pactarse expresamente entre editor y autor. El pacto no sólo debe alcanzar a la decisión de optar por este sistema de control sino también al procedimiento que se deberá seguir para implementarlo, el cual deberá ser recogido en el contrato. Dado que este segundo sistema se presume que aportará mayor seguridad y transparencia, pese a que será más gravoso para el editor, tiene la ventaja de que exime al empresario de la realización del certificado y no procederá la verificación *a posteriori* de los datos contables del editor por parte del autor (artículo 7 del Real Decreto).

Como conclusión, en cuanto a las medidas de transparencia, podemos decir que estamos ante una serie de medidas que protegen los intereses económicos del autor, ya que velan por el efectivo abono de la contraprestación, añadiendo una serie de medidas que permiten el control por parte del autor de sus intereses.

Como hemos visto, los sistemas informáticos, pese a su coste inicial de implantación, facilitan la gestión de parte de esta información, pudiéndose aprovechar economías de escala, en especial en cuanto a la información de *stocks* y ventas.

---

<sup>188</sup> En el mismo sentido LACRUZ MANTECÓN (*Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria*, p. 390).

Entiendo que la legislación debería ser más exigente con la periodicidad de la información, aprovechando el menor coste administrativo que puede suponer. Además, la exigencia en una información exacta y actualizada también es de interés del editor, quien necesita esta información para adoptar decisiones no exentas de riesgo como la impresión de ejemplares o la retirada de los mismos, en el caso del papel. Si hablamos exclusivamente del entorno digital será lógico pensar que la información sobre ventas será prácticamente inmediata.

Por otra parte, muchas de estas medidas parece que no se adaptan bien al entorno digital, en especial, el caso del control de tirada. Creo que se debería introducir la necesidad de un sistema de control informático que verifique que el sistema de descargas de libros funciona correctamente. Creo que esta verificación debería realizarla una empresa externa con carácter general y anualmente. La función de la misma sería garantizar que la información que aporta el sistema informático es exacta. En caso de que las descargas se realicen desde la plataforma del propio editor, esta verificación serviría para el autor. En caso de que las descargas se produjesen desde plataformas de terceros ajenos al autor y al editor, esta verificación sería útil para ambos.

(vii) ***Resolución por impago de la remuneración***

La protección de la remuneración del autor se ve protegida por una última medida: la resolución del contrato en caso de incumplimiento.

Dado que estamos ante una obligación principal del contrato (no olvidemos que el artículo 58 LPI configura el contrato de edición como la cesión de derechos a cambio de una remuneración), su incumplimiento podría dar lugar a la resolución en virtud de la norma general contenida en el artículo 1124 del Código Civil<sup>189</sup>. Pese a ello, el legislador ha querido dejar evidencia de que estamos ante uno de los intereses más relevantes del contrato, incluyéndolo de manera expresa como causa de resolución, dejando al margen toda duda que pudieran albergar las partes al respecto.

---

<sup>189</sup> No todas las causas de resolución incluidas en el artículo 68 LPI son incumplimientos de obligaciones principales. En palabras de SÁNCHEZ ARISTI: «Sí tendrían carácter principal la obligación de editar y asegurar una explotación continua de la obra, así como la de abonar al autor la remuneración debida y -según los casos- la de reeditar, pero en cambio parecen más bien accesorias las de someter al autor las pruebas de tirada, cumplir los requisitos del artículo 67 LPI para la venta en saldo o destrucción de ejemplares sobrantes, o no ceder los derechos indebidamente» (R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 68 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1041).

La mencionada resolución no se produce de manera automática, ya que el artículo 68 LPI obliga al autor a realizar un requerimiento previo al editor exigiendo el pago de la remuneración antes de proceder a la resolución. SÁNCHEZ-ARISTI entiende que «esto implica que el incumplimiento [...] no reviste por sí solo la suficiente gravedad como para desatar directamente una acción de resolución, de ahí que se haya añadido este requisito del requerimiento previo exigiendo el cumplimiento»<sup>190</sup>. Incluso entiende que, pese al requerimiento, si el incumplimiento no es lo suficientemente grave, citando el ejemplo del impago puntual de una de las liquidaciones periódicas, tampoco estaríamos ante una causa de resolución.

Desde mi punto de vista, y desde una aproximación del mecanismo de resolución del conflicto, parece lógico que, con vistas a salvar el negocio editorial acordado entre autor y editor, se obligue a realizar un requerimiento previo en aras a salvar posibles malentendidos en cuestiones de pago y evitar posible mala fe por parte del autor. El requerimiento previo es conveniente porque aclarará la posición de las partes, en especial la del editor, quien dejará constancia de su voluntad o no de satisfacer las cantidades debidas (y recordemos que no estamos en un escenario en el que se discuten las cantidades a pagar, lo que entiendo que escaparía a este supuesto, sino que no debe haber duda sobre el importe pendiente de pago).

Una vez realizado el requerimiento, creo que no debería entrarse a analizar la gravedad del incumplimiento, en especial en sede de pago donde, si la cantidad es indiscutida, sólo cabe una opción: el pago, por pequeño que sea el importe). El requerimiento previo da al editor cierto plazo para poder realizar el pago, sin que sea descartable que en la contestación se comprometa a una fecha o calendario para el pago, lo que creo que salvaría el incumplimiento (salvo que los plazos de pago no fuesen razonables).

Pienso que tan sólo podría existir una excepción a lo expuesto: la mala fe del autor. No sería admisible que el autor aprovechara este mecanismo de resolución con otros fines distintos de la defensa de sus intereses en el contrato, como por ejemplo romper el contrato con la finalidad de poder suscribir un nuevo contrato con otro editor que le interese más, alegando un leve retraso o el impago de una cantidad menor.

---

<sup>190</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 60 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1046.

Como hemos podido constatar, la medida utilizada por el legislador para la protección de este interés se basa en un triple mecanismo: i) obligar a las partes a fijar el contenido de la obligación que debe cumplirse en el contrato (artículo 60 LPI), ii) obligar al cumplimiento de la obligación (artículo 64 LPI para el editor) y iii) sancionar su incumplimiento (artículo 68 LPI).

### **3. Plazo para la puesta en circulación de los ejemplares**

La culminación de la relación editorial en forma de una publicación que efectivamente accede al mercado también es objeto de preocupación del legislador. Dicha preocupación se traduce en lo dispuesto en el artículo 60.6º LPI conforme las partes deben mencionar en el contrato el plazo para «la puesta en circulación de los ejemplares de la única o primera edición». Para entender bien cómo se protegen los intereses en juego, es necesario realizar una lectura conjunta de este precepto con los artículos 61.2, 64.4º y 68.1.a), todos ellos de la Ley de Propiedad Intelectual.

El artículo 60.6º exige a las partes claridad en cuanto al plazo para el cumplimiento de la obligación esencial de poner en circulación los ejemplares, estableciendo un plazo máximo de dos años<sup>191</sup> para el cumplimiento de esta obligación (a contar desde que el autor entregue al editor la obra en condiciones adecuadas para la reproducción de la misma). En caso de que no se realice mención alguna a este extremo en el contrato, el artículo 61.2 LPI establece un mecanismo consistente en que las partes se compelan mutuamente para subsanar la omisión y, en caso de desacuerdo, recae sobre el juez el encargo de subsanar la omisión. El artículo 64.4º añade para el editor la obligación de cumplir con la distribución de la obra en el plazo y condiciones estipulados, es decir, le obliga al cumplimiento de la obligación definida en el contrato. Finalmente, el artículo 68.1.a) otorga al autor la facultad de resolver el contrato si el

---

<sup>191</sup> En virtud de lo que establece el artículo 63 LPI, no será de aplicación el plazo de dos años a las siguientes obras:

«1.º Antologías de obras ajenas, diccionarios, enciclopedias y colecciones análogas.

2.º Prólogos, epílogos, presentaciones, introducciones, anotaciones, comentarios e ilustraciones de obras ajenas».

Los motivos de la exclusión de ambos tipos de obras son diferentes: en las obras incluidas en el punto 1.º el motivo es la complejidad en la elaboración de dichas obras, que justifica que se pacten plazos superiores a dos años. En las obras incluidas en el punto 2.º el motivo de la exclusión es el carácter accesorio de las mismas, ya que todos los tipos de obras citadas tendrán sentido en la medida en la que exista una obra principal en la que se incluyan. Dado que ya se habrá reflejado en el contrato de edición de la obra principal el plazo para la puesta en circulación, será éste el que aplique a la obra accesoria, haciendo innecesario mencionar plazo alguno para la misma. En este sentido R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 63 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 974 y 975.

editor no ha cumplido con la obligación de realizar la edición en el plazo y condiciones convenidas.

Por tanto, este conjunto de preceptos procuran garantizar la entrada de la obra en el mercado poniendo el peso en la obligación del editor consistente en cumplir con la distribución de los ejemplares en un plazo de tiempo.

Es significativo que en caso de omisión de la referencia al citado plazo sean ambas partes las que puedan compeler a la otra a subsanar la omisión. Esto contrasta con el hecho de que la facultad de resolución por incumplimiento de esta obligación sólo corresponda al autor y no al editor, según lo establecido en el artículo 68 LPI. Es lógico interpretar que la razón de esta asimetría se debe a que el editor también necesite protegerse de una posible indefinición que pueda llevarle al incumplimiento frente al autor.

Recordemos que las obligaciones aquí descritas únicamente se aplican a la primera o única edición de una obra. La obligación del editor de llevar a cabo segundas o ulteriores ediciones pactadas contractualmente se encontraría regulada tanto en el artículo 64.4º, que obliga al editor a asegurar la explotación continua de la obra, como en el artículo 68.1.e), que establece el plazo de un año como límite para que el editor lance la siguiente edición comprometida, una vez agotada la edición en curso. La Ley presume que las sucesivas ediciones no presentan la misma complejidad que la primera para el editor, ni desde el punto de vista de producción ni comercial.

Nos podríamos preguntar si los dos años que se le otorgan al editor para la puesta en circulación de la obra, que es el plazo establecido por el legislador, es un periodo razonable. Creo que esta pregunta tiene especial sentido en el marco de una negociación entre editor y autor en la que las partes estén en situación desigual, es decir, en el caso en el que el autor deba estar a lo que diga el editor.

Para poder contestar a esta cuestión, en primer lugar he de manifestar que parece razonable establecer un plazo máximo para proteger al autor y evitar que la edición se demore *sine die*. Incluso en una interpretación extrema, este plazo también serviría para evitar compras de derechos de manera defensiva que puedan llevar a manipular la oferta de un determinado género mediante la acumulación de derechos en cartera que quizá nunca vean la luz (aunque con la amplitud de la oferta en mercados como el del libro parece poco probable que se pudiese dar una estrategia como esa en la actualidad).

En cuanto al plazo de dos años, por una parte, se puede alegar que los procesos de reproducción y distribución han mejorado enormemente y no requieren de un periodo tan prolongado entre que el autor pone a disposición del editor la obra y el momento en el que ésta accede al mercado. Por otra, desde un punto de vista financiero y/o comercial puede que el editor sí que necesite de ese tiempo para planificarse, en especial si atendemos a la compleja naturaleza de algunos tipos de obra o la situación del mercado o al calendario de lanzamientos del propio editor. A la luz de ambos argumentos, creo que quizá dos años sea un periodo ligeramente prolongado en la actualidad desde un punto de vista técnico, pero no encuentro que sea irrazonable atendiendo a las cuestiones financieras y comerciales.

Pese a lo antedicho, la propia mecánica del mercado hace que no sea un riesgo elevado que el periodo pudiera ser ligeramente largo ya que es razonable que el editor no quiera perder una oportunidad de negocio y que en la práctica hará todo lo necesario porque la obra vea la luz lo antes posible. Una excesiva demora en la publicación puede afectar más al interés moral del autor, que querrá dar a conocer su obra lo antes posible, que al patrimonial, que se verá difícilmente afectado si sigue una planificación eficiente del editor.

Una vez realizado el análisis de este conjunto de preceptos cabe concluir que esta medida protege varios intereses. El primero y, bajo mi punto de vista, principal interés defendido (razón de la ubicación sistemática de este comentario) es el del autor: se protege el interés del autor para que su obra y todo el esfuerzo invertido en la misma puedan acceder al mercado y evita el riesgo de que el editor, con una mejor posición negociadora, pueda abusar dilatando ese momento en perjuicio del autor.

Sin embargo, este precepto también protege el interés del editor modulando la medida de protección del autor mediante la introducción del plazo de dos años. En otras palabras, se otorga al editor un margen de dos años para la puesta en circulación de los ejemplares, haciéndolo compatible con otros lanzamientos y ofreciéndole un cómodo plazo (quizá ligeramente excesivo) para organizar la producción y comercialización de los ejemplares. Es decir, el plazo introducido en el artículo 60.6º elimina cierta presión sobre el

editor, que tendrá tiempo sobrado para cumplir sus obligaciones<sup>192</sup>.

Por último, creo que también se protege el interés de acceso a la cultura por parte de la sociedad, ya que indirectamente, al dar cumplimiento al precepto, se está poniendo a disposición de la sociedad un bien cultural. Gracias a este mecanismo se hace accesible al mercado las obras sin excesiva demora.

Si bien las nuevas tecnologías facilitan el proceso de producción de la obra, no parece que estos preceptos deban ser modificados, puesto que las razones comerciales y financieras hacen preferible dejar la determinación a la autonomía de las partes, incluso en el entorno digital.

#### **4. Medidas de protección de los intereses morales del autor**

De las dos dimensiones que afectan al autor, la patrimonial y la moral, agrupamos bajo este epígrafe a aquellas que protegen directamente los intereses morales del autor. En este caso, aunque indirectamente también se beneficien otros intereses (especialmente los generales) entiendo que el acento se debe poner sobre la protección del autor.

##### **(i) *Paternidad e integridad de la obra***

El artículo 64.1º LPI recoge la obligación del editor de reproducir la obra en la forma convenida sin introducir modificaciones que el autor no haya consentido y haciendo constar la identidad del autor en los ejemplares.

He decidido analizar esta obligación en dos comentarios. El comentario referente a la obligación de mera reproducción de la obra en la forma convenida se realizará más adelante, en el epígrafe que corresponde a las medidas de protección del proceso de edición, ya que es una obligación que refuerza la viabilidad del proceso editorial, como se explicará en el apartado correspondiente. No obstante, la obligación de respetar la paternidad e integridad de la obra la realizo en este apartado puesto que entiendo que afecta directamente a los intereses del autor más que a los del proceso de edición.

---

<sup>192</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 60 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 953.

Esta obligación que recae sobre el editor no es más que un desarrollo de los artículos 14.3º y 4º LPI, en los que se establecen los derechos irrenunciables e inalienables del autor a la paternidad y a la integridad de su obra, respectivamente. En sede del contrato de edición se refuerza el respeto a estos derechos imponiendo al editor una obligación explícita, lo que siguiendo a SÁNCHEZ ARISTI es conveniente especialmente en el caso de que el contratante no sea el autor, sino su derechohabiente<sup>193</sup>. De esta forma se legitima contractualmente a este último para que haga respetar los derechos de integridad y paternidad.

### **(a) Integridad**

La obligación del editor de no «introducir ninguna modificación que el autor no haya consentido» no es impedimento a que el editor pueda sugerir modificaciones al autor. El elemento determinante es que el autor consienta su introducción en la obra. A diferencia de lo que sucede en el artículo 14.4º LPI, en el que se requiere un perjuicio a la obra del autor para apreciar una vulneración a la integridad, en sede del contrato de edición (como en el de representación teatral y ejecución musical y en el de producción audiovisual) basta con la vulneración del consentimiento del autor<sup>194</sup>.

Como se ha comentado en repetidas ocasiones, esta medida se verá afectada por la capacidad negociadora del autor puesto que si ésta es poca, seguramente será más fácil que consienta incorporar sugerencias para ver publicada su obra que si está en una buena posición negociadora.

Las modificaciones menores, en principio, no afectarán al derecho moral del autor, aunque es una cuestión relativa. Por ejemplo, en las obras literarias puede que existan determinados errores ortográficos o gramaticales introducidos expresamente por el autor como instrumento literario. La corrección de esos errores sí que, aunque pueda parecer una modificación menor, se deberá entender como una alteración sustancial. En definitiva, se tendrá que ponderar si éstas causan un perjuicio al autor o a su obra.

El riesgo de modificación de la obra, en el entorno digital, no vendrá tanto del editor como de los propios destinatarios de la

---

<sup>193</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 64 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 981.

<sup>194</sup> P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentarios al artículo 14 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 224.



obra. La relación y los riesgos de modificación durante el proceso de producción editorial no se verán alterados por los cambios de mercado y los problemas que surjan no serán nuevos.

### **(b) Paternidad**

También el artículo 64.1º LPI establece la obligación para el editor de hacer «constar en los ejemplares el nombre, firma o signo que lo identifique». Como ya hemos comentado, se trata de reforzar el derecho de paternidad que asiste al autor.

Se ha de tener en cuenta que este precepto se deberá aplicar siempre y cuando el autor no haya ejercido su derecho de usar pseudónimo o que la publicación sea anónima, en cuyo caso el editor deberá respetar la voluntad del autor.

En el apartado dedicado a la originalidad y autoría de la obra se profundizará en este aspecto.

### **(c) Pruebas de tirada e introducción de modificaciones**

Tras esta mención genérica a la integridad y la paternidad se debe analizar un caso que afecta especialmente a la integridad de la obra como son las pruebas de tirada.

Especialmente como medida de protección de estos dos derechos morales<sup>195</sup>, el autor tiene derecho a revisar las pruebas de tirada para comprobar que el contenido que va a ser publicado respeta el original entregado por el autor al editor. La ley así lo regula en su artículo 64.2º LPI, en forma de obligación para el editor, que deberá someter las pruebas de tirada al autor. Se debe mencionar que el artículo 66 LPI complementa lo aquí dispuesto, facultando al autor a introducir durante el periodo de corrección de pruebas las modificaciones que sean imprescindibles. La finalidad de estas correcciones es que la obra que finalmente vea la luz refleje las ideas del autor más próximas al momento de la entrada en el mercado.

Esta obligación del editor de someter las pruebas de tirada al autor tiene su contrapartida en la obligación impuesta al autor, en el artículo 65.3º LPI, consistente en obligarle a corregir las pruebas de tirada. Pese a que la formulación legal es como

---

<sup>195</sup> I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, pp. 312-316.

obligación, desde el punto de vista de la protección de sus intereses, bien se podría configurar como derecho, tal y como hacía históricamente la doctrina italiana<sup>196</sup> y en línea con lo establecido en el artículo 66 LPI, aunque considero que existe una diferencia sustancial entre la obligación del autor de corregir y el derecho a introducir modificaciones, pese a su íntima relación.

Por tanto, en la fase previa a que la obra se publique la legislación establece un sistema de obligaciones y derechos cruzados: el editor debe someter al autor las pruebas de tirada y este último las debe corregir, pudiendo introducir alguna modificación según lo dispuesto en el artículo 66 LPI.

#### a. Pruebas de tirada

Tanto el sometimiento de las pruebas de tirada al autor (64.2º LPI) como la realización de las correcciones por parte de este último (65.3º LPI) pretenden proteger al autor frente al riesgo de que en el transcurso del proceso de edición su obra se vea modificada, incluso fortuitamente, en el sentido de que no refleje su pensamiento<sup>197</sup>.

Corregir, según el significado que le atribuye el Diccionario de la Real Academia, consiste en «enmendar lo errado», por lo que la obligación del autor consiste en detectar y enmendar errores que se puedan haber pasado por alto durante el proceso de producción.

Por tanto, las correcciones a las que se refiere esta obligación entiendo que deben ser aquellas que afecten a aspectos sustantivos de la obra y que revistan la gravedad necesaria como para afectar al sentido y configuración de la misma (en definitiva, al pensamiento del autor), razón por la que el autor es quien debe realizar la corrección. En ese sentido, creo que las correcciones menores, que no son trascendentes para la obra, no es necesario que las realice el autor, sin perjuicio de que también las pueda hacer. Son dos controles que permitirán al autor garantizar que la obra es fiel reflejo de su personalidad.

---

<sup>196</sup> P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 430. En el mismo sentido I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 310.

<sup>197</sup> En palabras de ÁLVAREZ DE BENITO, «un inevitable grado de manipulación en la obra entregada entraña un riesgo de alteración o deformación indeseable de la obra y, en definitiva, del pensamiento del autor» (P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 436).

No creo que exista un criterio universalmente aplicable para determinar qué es sustancial y qué no sin atender al contenido de la obra. Nos podemos plantear el caso de las correcciones de formato de una obra literaria que no afecten a la percepción del lector sobre lo que expresa el autor. Sin embargo, esas mismas modificaciones pueden ser trascendentes en la edición de una obra gráfica. Una simple corrección ortográfica puede ser una corrección menor si ha sido un error tipográfico, o una corrección relevante si ha sido introducida intencionadamente por el autor.

Atendiendo ahora a los intereses protegidos y a los riesgos que les afectan, podemos concluir que, para el autor, tanto el derecho a que le sea sometida la prueba de tirada como la obligación de realizar las correcciones le permitirá mantener el control sobre la versión final de la obra que finalmente se publique, garantizando que la obra refleja fielmente su personalidad. Por otra parte, permite realizar las correcciones necesarias en la obra con exclusión de terceros.

Además, la obligación de someter las pruebas de tirada al autor tiene un beneficio claro para el editor: eximirle de responsabilidad si acepta la obra con las correcciones del autor. Por otra parte, tiene dos riesgos: el retraso del autor en realizar la corrección (por lo que contractualmente deberá preverse el escenario) y que la corrección realizada exceda de lo razonable, por lo que entiendo que no estaríamos ante correcciones sino ante introducción de modificaciones, debiendo pasar por los límites que establece el artículo 66 LPI.

En definitiva, si ambas partes respetan el proceso de las pruebas de tirada y ambos cumplen sus obligaciones, el beneficio mutuo es innegable puesto que se eliminan las incertidumbres respecto a la obra que debe de publicarse, pese a que en términos de tiempo pudiese tener cierto coste de oportunidad según el tipo de obra.

#### b. Introducción de modificaciones

Como se ha adelantado antes, la obligación del autor de corregir las pruebas de tirada y el derecho a introducir modificaciones no pueden ser tratadas unitariamente, como si fuesen dos caras de la misma moneda.

Entiendo que el derecho que otorga el artículo 66 LPI al autor, por el que puede «introducir en la obra las modificaciones que estime imprescindibles» es más amplio que la simple corrección. En ocasiones puede que la línea que separe la corrección de la introducción de modificaciones sea fina (o quizá confusa por darse conjuntamente sobre la obra durante el mismo periodo de tiempo), pero entiendo que, al amparo del artículo 66 LPI, el autor podría introducir modificaciones o matizaciones en su obra que van más allá de la corrección, por ejemplo, fruto de reflexiones ulteriores al momento de la entrega del original al editor, siempre que respete los límites establecidos en dicho precepto<sup>198</sup>: i) únicamente se podrán introducir modificaciones durante el periodo que dure la corrección de las pruebas; ii) éstas tienen que ser imprescindibles; iii) no deben de modificar el carácter o finalidad de la obra; iv) ni pueden elevar sustancialmente el coste de la edición. Además, se otorga la facultad a las partes de establecer un porcentaje máximo de correcciones sobre la totalidad de la obra. Estos límites obedecen a razones de mercado que protegen el interés del editor, ya que la protección del interés del autor tiene que estar equilibrada con los posibles perjuicios que pueda causar al editor. A continuación comentaremos los citados límites.

En primer lugar, desde el punto de vista temporal, es razonable que se limite el plazo en el que se pueden realizar modificaciones al periodo de corrección de las pruebas de tirada puesto que el editor ya es consciente de que puede haber cambios y no le supondrá un problema en su proceso productivo.

Por lo que se refiere al contenido de la obra, un primer límite a las modificaciones es la exigencia de que éstas sean «imprescindibles». Esto nos transmite un claro mensaje de la excepcionalidad de este derecho del autor, que no puede ser invocado de forma ordinaria. Pese a que estamos ante un concepto jurídicamente indeterminado, está claro que la imprescindibilidad se debe valorar en función de si la modificación es necesaria para que la obra refleje el pensamiento del autor.

A este carácter excepcional se une otro límite que afecta al contenido: la modificación no puede alterar el carácter o

---

<sup>198</sup> En este caso, las reflexiones, como se explicará más adelante, no podrán introducir nuevos pensamientos o reflexiones, por ejemplo, de carácter político o ideológico que puedan cambiar sustancialmente la obra.

finalidad de la obra. Este límite protege al editor en cuanto éste ha apostado por un determinado contenido que no puede ser desconfigurado o desnaturalizado antes de su lanzamiento y, en particular, cuando el proceso editorial ya está avanzado y se ha realizado una cierta inversión. No es una cuestión de si la obra objetivamente mejora o no con las modificaciones, sino que el editor ha organizado el proceso productivo y, por tanto, asumido el riesgo empresarial sobre una determinada obra y ésta debe permanecer, en esencia, igual durante todo el proceso editorial, salvo pacto en contrario. En otras palabras, las modificaciones deberán reforzar o clarificar el carácter o finalidad de la obra pero no modificarlos ya que sería tanto como modificar el objeto del contrato.

En cuanto al coste, el artículo 66 LPI no permite al autor que dichas modificaciones puedan suponer un gasto desproporcionado para el editor, lo que puede cobrar especial relevancia en obras gráficas, por ejemplo. Dado que estamos ante modificaciones excepcionales y menores, no se puede hacer recaer sobre el editor la carga de soportar un elevado coste económico derivado de las modificaciones. En esta fase, el autor únicamente debería acabar de pulir la obra, por lo que el legislador ha considerado (creo que con buen criterio) que existen situaciones en las que el perjuicio económico que se causa al editor por introducir las modificaciones sería mayor que el beneficio de permitir al autor acabar de pulir la obra. Se pretende proteger la planificación y el proceso editorial puesto en marcha por el editor, evitando aquellas modificaciones que tengan un coste desproporcionado.

Por último, el artículo 66 LPI otorga a las partes la facultad de «prever un porcentaje máximo de correcciones sobre la totalidad de la obra». Tiene sentido una limitación como ésta puesto que un número excesivo de correcciones podría conllevar un retraso en el proceso editorial que perjudicaría al editor (recordemos que el editor se ha comprometido a una fecha de lanzamiento en virtud del artículo 60 LPI y que este periodo de someter las pruebas de tirada computa a estos efectos). Sin embargo, no estoy convencido de que ésta sea la mejor forma de objetivar los límites que estamos analizando, ya que un pacto de este tipo no aporta luz sobre si las modificaciones son imprescindibles, como tampoco evita que se cambie el carácter o la finalidad de la obra, ni asegura que el coste de la modificación no vaya a ser desproporcionado. En un momento en el que no se ha empezado a imprimir, seguramente los principales costes

que pueden generarse (salvo el caso de obras especiales, como las gráficas) son los de la maquetación, que en un entorno digital no son tan elevados. Quizá con medios de producción más mecánicos sí que podría tener sentido una previsión como ésta. Hoy día sería más razonable, como argumenta GAYA SICILIA<sup>199</sup>, referir el porcentaje al coste de reelaboración.

El sentido de la existencia de un derecho como éste, entiendo que protege principalmente al autor, que puede ver reflejado su pensamiento actualizado y matizado en el momento más próximo de la edición, pero por otra parte también garantiza al editor que el autor no esté disconforme con la versión final de la obra, evitando que un posible descontento (que incluso podría llegar al repudio de la obra) pueda afectar a su comercialización<sup>200</sup>.

Por último, merece comentario que tanto el sometimiento de las pruebas de tirada como la obligación de corrección, permiten el pacto en contrario. Creo que la admisión de pacto en contrario tiene todo el sentido en el marco del *intuitu personae* que preside el contrato de edición. Entre un autor y un editor que se conocen y confían mutuamente, conociendo la forma de trabajar del otro, quizá no tengan sentido estas dos obligaciones ya que el riesgo de modificar la obra no exista. Además, considero que este pacto puede ser razonable para algunas obras que por su brevedad, por su complejidad o por los plazos que se manejan no tiene sentido el esfuerzo y retraso que esto conllevaría comparado con el riesgo menor de que la obra se viese modificada de manera transcendente. En estos casos, damos a escoger a las partes entre un mecanismo *ex ante* o un mecanismo de control *ex post*, siendo este segundo preferible en las circunstancias mencionadas. No obstante, esto no debería convertirse en una vía de escape impuesta por el editor, abusando de su mejor posición negocial, para evitar el control del autor.

En conclusión, el control de tirada permitirá al autor garantizar la integridad y la paternidad de la obra, siendo el principal interesado. Por otra parte, el editor que someta las pruebas de tirada al autor se protegerá de futuras reclamaciones del autor por incorrecciones en la obra. Tiene sentido el pacto en

---

<sup>199</sup> V. DE SANCTIS, «Contrato di Edizione», en *Tratatto di diritto civile e commerciale*, vol. XXXI, I, p. 207, citado por P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 455.

<sup>200</sup> En palabras de ÁLVAREZ DE BENITO: «El precepto aporta al editor dos ventajas nada despreciables: por una parte, evita que el autor pueda repudiar la obra por rechazo parcial de la misma y, en segundo lugar –aunque menos probable en este estadio de edición– aleja el riesgo de la retirada de la obra del comercio por causa de reprobación total» (P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 449).

contrario por razón del *intuitu personae* de la relación. La introducción de modificaciones también tiene el beneficio para el autor de que su obra reflejará con mayor exactitud su impronta personal e, indirectamente, evitará también problemas al editor si la versión es la que quiere el autor.

En cuanto las modificaciones en el modelo de negocio, estos intereses y estas medidas no se ven afectadas por la digitalización.

(ii) ***Restitución del original***

El artículo 64.6º LPI establece una última obligación para el editor: restituir al autor el original de la edición cuando se hayan finalizado la impresión y tirada de la misma.

Esta obligación, que no se puede considerar esencial y que tampoco se establece como causa de resolución del artículo 68 LPI, pretende proteger el vínculo que existe entre el autor y el original. Sin embargo, hoy en día tiene un carácter residual para la mayoría de obras que, como ya se ha comentado, se entregan en formatos digitales que hacen imperceptible la diferencia entre el original y la copia.

Históricamente sí que tenía sentido un precepto como este puesto que los originales podían estar a mano o a máquina y eran únicos. Hoy en día quizá guarde un valor residual para algún tipo de obra (p. ej. la edición de obras fotográficas que además podrán evitar copias futuras).

2. Medidas de protección de los intereses del editor

**1. Plazo de entrega del original al editor**

Empezaremos el análisis de las medidas que protegen los intereses del editor (e indirectamente el funcionamiento de todo el proceso editorial) por la obligación de establecer un plazo en el que el autor deba entregar el original al editor para que este pueda fabricar y comercializar la obra. Debemos recordar que esta entrega no implica la transferencia de la propiedad al editor sobre el objeto entregado. En caso de que las partes deseen este efecto, podrá incluirse una cláusula en ese sentido

en el contrato de edición, pero no es parte del contenido típico del contrato de edición.

La primera referencia a esta obligación la encontramos en el artículo 60.7º LPI y se complementa con lo dispuesto en el artículo 61 LPI. En otras palabras, se obliga a que el contrato de edición recoja expresamente el plazo en el que el autor debe entregar el original de su obra al editor. Se establece un mecanismo de subsanación en caso de omisión que recurre, en primer lugar, al acuerdo de las partes y, en su defecto, a decisión judicial<sup>201</sup>. Estos preceptos deben leerse conjuntamente con lo establecido en el artículo 65.1º, es decir, con la obligación que establece la Ley para el autor de entregar al editor «en debida forma para su reproducción y dentro del plazo convenido la obra objeto de la edición». Fijémonos que en este caso no existe una causa de resolución definida en el artículo 68 LPI para el incumplimiento de la obligación del autor, como sucede con otras medidas analizadas, por lo que en caso de incumplimiento se deberá recurrir a la norma general del artículo 1124 del Código Civil<sup>202</sup>. Recordemos que, como expresa ÁLVAREZ DE BENITO, la obligación de entrega es una obligación personalísima que hace imposible, en principio, su ejecución forzosa<sup>203</sup>. Entiendo que la obligación personalísima es la de finalizar la obra inacabada, que implica un elemento de creación personalísimo y, por ende, hace imposible su ejecución. Por tanto, la de entrega de la obra acabada, si no existe ninguna actividad creativa pendiente por parte del autor, entiendo que sí será ejecutable (cuestión diferente es que el autor manifieste que la obra no se encuentre finalizada, cuestión de difícil prueba). Autores como DE SANCTIS entienden que incluso en ese supuesto continuaría siendo una obligación personalísima por entender que se está ejerciendo el derecho de inédito<sup>204</sup> (con su correspondiente resarcimiento)<sup>205</sup>. Pienso que el ejercicio del derecho de inédito

---

<sup>201</sup> Este caso (la mención del plazo en el que el autor deberá entregar el original de la obra al editor) junto con el del artículo 60.6º (el plazo para la puesta en circulación de los ejemplares) son los únicos que tienen previsto un mecanismo de subsanación de la omisión en el artículo 61 LPI. Como vemos, la ley en este caso no sanciona con la nulidad la omisión de estas dos menciones como sucedía con la forma escrita, la mención a la remuneración y la mención al número máximo y mínimo de ejemplares.

En todo caso, creo que es erróneo pensar que estos supuestos son menos importantes por recibir una sanción menor que los anteriores. La razón del distinto tratamiento creo no se encuentra en la importancia de estas menciones sino en la medida en que es más efectiva para la protección de los intereses en juego.

<sup>202</sup> Como ya se ha comentado anteriormente, las causas de resolución del artículo 68 LPI se accionan a instancias del autor, sin que exista un artículo similar para los incumplimientos del autor.

<sup>203</sup> P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 209.

<sup>204</sup> V. DE SANCTIS, «Contrato di Edizione», en *Tratatto di diritto civile e commerciale*, vol. XXXI, I, citado por P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 231.

<sup>205</sup> Si se entiende que el derecho de divulgación se agota con la firma del convenio editorial, ya que es el momento en el que la obra sale de la esfera privada del autor y entra en el mercado, aunque realmente todavía no ha accedido al público, deberíamos hablar en este punto de derecho de arrepentimiento y no de derecho de inédito (aunque también hay parte de la doctrina que en estos casos habla de «inédito impropio»). En contra ESPÍN ALBA, aunque entiende razonablemente que por analogía del artículo 14.6



no convierte la obligación de entrega de la obra acabada en personalísima. El fundamento del incumplimiento de la obligación de dar no es que ésta sea personalísima. En otras palabras el derecho de inédito se ejerce con un fundamento diferente.

En todo caso, si la obligación de entrega recayese sobre un titular de los derechos distinto del autor, entiendo que tampoco estaríamos ante una obligación personalísima. Por otra parte, en este caso, el derecho moral sería aplicable únicamente si el autor estuviese vivo ya que si el tercero es un derechohabiente no sería aplicable este derecho puesto que «se extingue con la muerte del autor»<sup>206,207</sup>.

La mencionada obligación tiene dos dimensiones: una de forma y otra de tiempo. Curiosamente, el artículo 60.7º LPI contempla como parte del contenido obligatorio el plazo para entregar al autor el original de la obra pero no menciona la forma en que debe de ser entregada.

#### (i) ***Entrega en la forma debida***

Refiriéndonos a la primera de ellas, la forma, el autor debe entregar la obra «en debida forma para su reproducción», lo que significa que el formato en que el autor entregue la obra debe ser idóneo para que el editor pueda proceder a la reproducción y distribución de la obra, que es el objeto de la edición. Normalmente, en el contrato de edición se indicará cuál debe ser esta forma, que puede abarcar desde si debe ser en papel o formato electrónico hasta la tipografía, el formato de las notas o, incluso, las tablas o índices según el tipo de obra.

Creo que es importante, a efectos de este estudio, mencionar tres elementos en este punto. El primero es que, pese a que se pueda llegar a interpretar que el autor tiene la obligación de entregar el original de la obra, la doctrina mayoritaria entiende que la interpretación más adecuada a la realidad es que basta con que el autor entregue el *corpus mechanicum* (sea el original o no) del que se puedan obtener copias y

---

LPI el autor tendrá la obligación de indemnizar al editor (I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 292).

<sup>206</sup> P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 239.

<sup>207</sup> La única excepción, quizá de laboratorio, sería que el autor manifestase su voluntad de no publicar la obra en el tiempo comprendido entre la suscripción del contrato de edición y su muerte. En ese caso, los derechohabientes sí que podrían parar el proceso editorial si consiguiesen probar la voluntad inequívoca del autor.

distribuir las<sup>208</sup>. Si bien el artículo 60.7º LPI habla de original, el artículo 65.1º no hace mención al original sino simplemente a la obligación de entregar la obra. Hoy en día, la distinción entre el original y las copias ha perdido su importancia debido a la digitalización. En muchos tipos de obras (no en todos) es prácticamente imposible distinguir el original de la copia; lo importante es que el ejemplar que posea el editor cumpla su cometido, es decir, que le permita iniciar el proceso editorial<sup>209</sup>.

El segundo elemento que debe mencionarse es que se debe entender que si las diferencias entre el formato entregado por el autor y los requisitos establecidos en el contrato difieren, se deberá analizar si éstos son menores y su subsanación no conlleva grandes esfuerzos para el editor o si por el contrario éstos comportan una inversión considerable en medios o en tiempo<sup>210</sup>. En el primer caso no podríamos hablar de incumplimiento mientras que en el segundo sí. Siguiendo a DE GREGORIO<sup>211</sup>, es relevante a los efectos de la gravedad del incumplimiento que el editor (como profesional del sector) no podrá exigir al autor que el original esté en las mismas condiciones en las que debería recibirlo un usuario final, ya que el editor tiene la capacidad (y obligación, añadiría) para manipular originales que no sean perfectos.

El último elemento consiste en que las condiciones en las que se entregue la obra son tan relevantes que incluso condicionan la obligación del editor de poner en circulación los ejemplares. El artículo 60.6º LPI, que obliga a mencionar en el contrato de edición el plazo de puesta en circulación en el mercado de los ejemplares de la obra, condiciona dicha obligación a que el autor «entregue al editor la obra en condiciones adecuadas para realizar la reproducción de la misma». En otras palabras, la actividad del editor no dará inicio si el autor no cumple con

---

<sup>208</sup> En este sentido SÁNCHEZ ARISTI dice que «aunque una interpretación sistemática conduce a la conclusión de que la entrega de "la obra objeto de edición", de la que habla el artículo 65.1º, es "el original de la obra" al que se refieren los artículos 64.6º y 60.7º, en este contexto el término "original" debe entenderse como equivalente a *corpus mechanicum* de la obra sin que pueda achacarse un cumplimiento incorrecto al autor por hacer entrega al editor de una copia de la obra, en lugar del auténtico original de la misma, siempre y cuando dicha copia sea exacta y reúna las condiciones cualitativas que acabamos de repasar» (R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 65 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1003). En el mismo sentido P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 152.

<sup>209</sup> Existirán excepciones, como el caso de la obra gráfica, en el que la entrega del original sí que será necesaria (imaginemos un libro que contenga grabados originales). Aquí se abren muchas posibilidades, ya que deberá regularse la propiedad sobre los distintos elementos originales. En el ejemplo de los grabados, puede suceder que el editor únicamente los incorpore sin que los reproduzca porque la serie le venga dada por el autor.

<sup>210</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 65 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 1002-1003.

<sup>211</sup> A. DE GREGORIO, *Il Contratto di Edizione*, citado por P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 143.

las condiciones pactadas o adecuadas según el baremo de los hábitos de la industria editorial. En palabras de ÁLVAREZ DE BENITO, «la entrega constituye el *dies a quo* a partir del cual entran en juego las obligaciones de garantía por parte del autor; señala los cómputos esenciales para la exigencia de responsabilidad contra el autor y abre todas las posibilidades resarcitorias que hasta entonces estaban limitadas a la perfección del contrato o a la posible exigencia de culpa *in contrahendo*. En términos cuantitativos, sustituye el desistimiento o el incumplimiento absoluto derivado de la falta de entrega, por otro tipo más específico de violaciones convencionales como las infracciones de la obligación de garantía y la sustitución del ejercicio del inédito por el de la retirada de la obra del comercio».<sup>212</sup>

La importancia de la forma puede perder peso en la actualidad para las obras que incorporen únicamente texto, ya que son fácilmente tratables, pero siguen revistiendo mucha importancia en otros tipos de obras, como las de libros de fotografías o vídeos, entre otros. Sin embargo, en este último caso quizá la cesión de los derechos no se realice a través del contrato de edición.

Merece la pena mencionar que cuestiones como el lugar de entrega, que ha generado la discusión sobre si la obra debe de entregarse en el domicilio del editor o en el del autor, pierden importancia en el entorno digital (salvo para aquellas obras que deban ser entregadas de manera física a causa de su naturaleza). Estamos ante un entorno donde lo normal será incluso el envío por correo electrónico o mediante intercambio de archivos en red. Sin embargo, aparecerán nuevos problemas como el de garantizar que quien realiza la entrega es el propio autor (o un tercero autorizado), por lo que deberán emplearse medios de autenticación en el envío.

## (ii) **Entrega en plazo**

En cualquier actividad empresarial, incluida la editorial, la planificación es esencial (tanto desde un punto de vista industrial como comercial). Como ya hemos reiterado, para que el editor pueda iniciar la fabricación y distribución de la obra es necesario que disponga del ejemplar en condiciones. Por tanto, el momento en el que el editor disponga del ejemplar y pueda empezar a desarrollar su actividad no es casual ni de poca relevancia. De ahí que el legislador haya

---

<sup>212</sup> P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 123.

querido dejar este momento fuera de toda discrepancia estableciendo la obligatoria mención en el contrato al momento en el que el autor deba entregar el ejemplar, así como una ulterior obligación para el autor de entregar la obra en plazo<sup>213</sup>.

El momento de la entrega del ejemplar por parte del autor se sitúa, por tanto, como el punto de apoyo en el que arranca todo el proceso (artículo 60.6º LPI). Sin dicha entrega no se puede iniciar la producción e incluso se puede poner en peligro la actividad empresarial planificada, tanto desde el punto de vista de producción de la obra como de lanzamientos comerciales<sup>214</sup>.

Bien es cierto que, ante un incumplimiento de la entrega por parte del autor, las consecuencias serán distintas en función del tipo de obra, de la envergadura del retraso (si finalmente se entrega) y de la importancia que tenga el plazo para el lanzamiento de la obra. Un elemento propio y peculiar de este contrato que también hay que tener en cuenta son «las circunstancias que pueden rodear la creación intelectual», en palabras de GRECO, por lo que «la falta de entrega de la obra en el plazo fijado no puede asimilarse automáticamente al incumplimiento»<sup>215</sup>.

Seguramente no tendrá la misma relevancia un retraso si se trata de una obra atemporal o si el retraso es de pocos días que si estamos ante un retraso prolongado o un incumplimiento en el plazo sobre una obra que debe comercializarse en un momento determinado (p. ej. unos cuentos de Navidad o un libro conmemorativo de un acontecimiento histórico que debe ser publicado en una determinada fecha). En este segundo caso creo que esta obligación debería entenderse como esencial y podría comportar la resolución del contrato en virtud del artículo 1124 CC. También es cierto que se debe atender a si el retraso en la entrega por parte del autor es culpable a efectos indemnizatorios.

---

<sup>213</sup> Respecto de la entrega, la doctrina ha mantenido una discusión clásica sobre la aparente paradoja de que se obligue a establecer una fecha de entrega sobre una obra que, en principio, se encuentra acabada. Esto podría plantear dudas sobre si estamos ante una obra futura o por encargo, las cuales son expresamente excluidas del contrato de edición por el artículo 59 LPI. La doctrina resuelve la aparente contradicción admitiendo que para ser objeto del contrato de edición la obra debe de ser cierta y determinada, en el sentido de que no debe estar absolutamente finalizada. Por tanto, si la obra se encuentra prácticamente finalizada es lógico pensar que el plazo que se establezca no debería ser un plazo breve. Es habitual que el autor se tome unos días tras la firma del contrato para entregar la obra.

<sup>214</sup> También puede suceder que la entrega se haga de forma fragmentada (por ejemplo, por volúmenes). En este caso, se deberá estar a lo que diga el contrato ya que si existe un calendario para cada entrega y se incumple, puede entenderse que estamos ante un incumplimiento grave del contrato.

<sup>215</sup> P. GRECO, *I Diritti sui Beni Imateriali*, p. 308, citado por P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 222.

Por último, aunque no es un aspecto problemático, mencionar que en la práctica puede suceder que, fruto de las negociaciones previas, el editor ya disponga de la obra (es lógico que antes de firmar el contrato el editor haya querido conocerla). En dichos casos, salvo que el autor deba modificar algún aspecto de la obra acordado con el editor, no será necesaria la entrega y se entenderá que el editor ya dispone del ejemplar<sup>216</sup>.

También se debe mencionar el caso en el que el autor haya enviado la obra al editor de forma espontánea. Pese a que se tratará más extensamente este tema en cuando se trate la cuestión de las publicaciones periódicas, se deben señalar aquí dos cuestiones: i) por el mero envío de la obra no puede considerarse que las partes están suscribiendo un contrato de edición<sup>217</sup> y ii) dicho envío únicamente tendrá la condición de oferta de publicación por parte del autor al editor<sup>218</sup>. En mi opinión, el autor podrá acompañar el envío de las condiciones básicas de la oferta, como el periodo de vigencia o la exclusividad. Variará la cuestión si el autor ha remitido la obra al editor sometándose a las condiciones generales que éste pueda haber establecido con carácter general, por ejemplo, en su web.

Tras este análisis, si procuramos comprender qué interés pretende proteger este precepto, la conclusión parece clara: la planificación y la inversión que acomete el editor dependen, en gran medida, de que pueda disponer de un ejemplar de la obra en las condiciones y en el momento pactado. Si no dispone de dicho ejemplar no podrá iniciar el proceso productivo. Por tanto, una medida como obligar al autor a entregar la obra en unas condiciones y en un plazo determinado ayuda a proteger la actividad empresarial del editor. Los posibles cambios en el modelo de negocio no cambiarán esta circunstancia.

No obstante, desde una perspectiva más amplia, tal y como anticipábamos, también podemos entender que estamos ante un aspecto necesario para la protección de toda la cadena editorial. Doctrinalmente se ha considerado esta obligación

---

<sup>216</sup> Parte de la doctrina también plantea el supuesto, quizá extremo, conforme el autor no debiese realizar la entrega por disponer el editor de otros medios para obtener la obra (P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, pp. 120 y 121). Entiendo que es un caso que difícilmente puede suceder en la realidad puesto que en ese caso el editor asumiría el riesgo adicional de equivocarse en cuanto a la versión definitiva de la obra. Incluso podría afectar a la garantía de originalidad puesto que no sería el autor el que entregaría la obra.

<sup>217</sup> Aunque sí la aceptación de las condiciones generales del editor si es que éste ha establecido algún sistema de recepción de obras con unas condiciones generales asociadas (por ejemplo, a través de la subida de archivos a una web).

<sup>218</sup> P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 129.

como «instrumental», ya que es la base del cumplimiento del resto de obligaciones<sup>219</sup>. En otras palabras, es una obligación necesaria para que la obra finalmente vea la luz mediante la actividad del editor, lo que también es interés del auto.

Esta última reflexión creo que es relevante puesto que si bien estamos ante una medida que protege el interés inmediato del editor, también es cierto que garantiza el correcto funcionamiento del proceso editorial, lo que es de interés del autor y del público en general. En otras palabras, podríamos decir que esta medida produce, aunque sea indirectamente, el efecto de mejorar el acceso a la cultura por parte de la sociedad.

## 2. Cesión de los derechos: la exclusiva

Otra medida que prevé la Ley, establecida en el artículo 60.1º, obliga a que el contrato recoja la mención sobre si la cesión se realiza con carácter de exclusiva. Este artículo se debe poner en relación con los artículos 48, 49 y 50 del régimen general de transmisión de los derechos de la Ley de Propiedad Intelectual, que regulan la cesión exclusiva y no exclusiva, respectivamente<sup>220</sup>. La elección de una u otra forma de cesión conllevará la aplicación de los artículos 48 y 49 para las cesiones exclusivas o del artículo 50 para las no exclusivas, atendiendo al régimen mínimo que establecen dichos preceptos para cada modalidad.

Entendemos, junto con ESPÍN ALBA, que la nota de exclusividad está íntimamente ligada al carácter *intuitu personae* del contrato de edición<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 60 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 954, y R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 65 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 999. P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, pp. 116 y 117.

<sup>220</sup> CAVANILLAS MUGICA analiza la cuestión de cómo interpretar el término «expresamente» del artículo 48, en relación con la indicación que debe de hacerse sobre la exclusividad de la mención. Propone tres posibilidades de interpretación del citado término: i) la primera, en un sentido formal, por lo que la redacción del contrato debería recoger de forma inequívoca la fórmula «en exclusiva»; ii) la segunda, como antónimo a «implícito», de manera que sería correcto utilizar expresiones sinónimas que diesen a entender la cesión en exclusiva, y iii) la tercera como contrario a «presunto», por lo que cabría acudir a elementos de interpretación subjetiva para investigar la voluntad de los contratantes y averiguar así si se suscribió un acuerdo de cesión en exclusiva o si tal exclusiva no existía. Pese a que dicho autor se acoge a la tercera de las interpretaciones, entiendo que precisamente la Ley lo que pretende con esta norma es evitar tener que recurrir a complejas interpretaciones en aras de la seguridad jurídica, por lo que sería más apropiado entender que la interpretación que más se ajusta al objetivo del precepto es la segunda. S. CAVANILLAS MUGICA, «Comentarios al artículo 48 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 818.

<sup>221</sup> Entiende esta autora que si no hay exclusividad, el *intuitu personae* prácticamente «se diluye, pudiendo apenas existir». Entiendo que, aunque se diluya, se puede defender la existencia de dicho carácter, pues el autor sigue poniendo en manos del editor parte de su personalidad que está reflejada

En este caso, el artículo 61 LPI no atribuye ninguna consecuencia jurídica a la omisión de este extremo en el contrato, por lo que deberemos acudir a los remedios generales establecidos en el Capítulo Primero del Título V y en nuestro ordenamiento jurídico.

La primera cuestión a tener en cuenta es que la cesión en exclusiva «deberá otorgarse expresamente con este carácter» según reza el artículo 48 LPI. Por tanto, la regla general es que si no se menciona expresamente en el contrato, la cesión se entenderá que no es exclusiva<sup>222</sup>.

### (i) **Cesiones en exclusiva del editor a terceros**

En primer lugar, toca referirse a las cesiones en exclusiva. Interesa analizar una cuestión relevante para el editor que es si éste dispone de un marco claro de actuación que le permita conocer si puede, y con qué alcance, ceder los derechos adquiridos a terceros como forma de explotación.

Los artículos 48 y 49 LPI tratan de aportar ese marco de actuación dibujando dos escenarios para aquellos editores que hayan adquirido los derechos en exclusiva del autor o cesionario: i) que el editor quiera ceder los derechos que ha adquirido a un tercero de forma exclusiva o ii) que el editor opte por una cesión no exclusiva a dicho tercero. En el primer caso debe mediar consentimiento del autor o cesionario para que el editor pueda llevar a cabo la cesión. En caso de producirse la cesión sin el citado consentimiento, el editor responderá solidariamente ante el autor o cesionario. En el segundo caso, el de la cesión realizada por el editor sin carácter de exclusiva, se permite al editor que realice la cesión sin el consentimiento del autor o cesionario, salvo que exista pacto en contrario.

En todo caso, el artículo 48 LPI establece una obligación de no hacer para el autor, que debe de abstenerse de explotar la obra.

Antes de entrar en la lógica económica del sistema establecido en la Ley, merece la pena detenerse en dos cuestiones

---

en la obra, aunque no cabe duda de que dicho carácter se diluye (I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 184).

<sup>222</sup> G. BÉRCOVITZ, «El contrato de edición», en Alberto BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos Mercantiles*, t. III, 5.ª ed., p. 67.

jurídicas controvertidas que aportarán una visión más amplia de la cuestión a debatir.

### **(a) Alcance de la cesión del editor**

La primera de estas cuestiones es la relativa a la discusión doctrinal sobre si el régimen de cesión que se establece en el artículo 49 LPI se refiere a la cesión de los derechos o a la cesión del contrato.

Desde el punto de vista de la interpretación literal se puede argumentar que a lo largo del Capítulo Primero de este Título V se hace mención únicamente a los derechos como objeto de transmisión, sin que en ningún momento se haga referencia expresa a la cesión del contrato.

Por lo que a su ubicación sistemática se refiere, al estar incardinado el artículo 49 LPI en el citado Capítulo Primero, es necesario interpretarlo a la luz de lo dispuesto en los artículos 42 y 43 (que establecen el régimen de transmisión *mortis causa* e *inter vivos*), ya que éstos son la piedra angular del capítulo. Tanto el artículo 42 como el 43 se refieren expresamente a «los derechos de explotación» al hablar de la transmisión. Parece lógico pensar que si los dos artículos, que son cabecera del capítulo, se refieren expresamente a la cesión de los derechos de explotación los demás artículos del capítulo se van a referir al mismo objeto de transmisión, salvo que se diga expresamente lo contrario.

Finalmente, desde el punto de vista teleológico y, por qué no decirlo, de negocio, también parece que esta interpretación tiene mayor sentido, y más aún si estamos en sede del contrato de edición, en el que la cesión incontestada es causa de resolución [artículo 68.1 d)]. En este tipo de contratos, y en el contrato de edición especialmente, no deja de haber un cierto *intuitu personae*<sup>223</sup> (que podrá variar según el tipo de obra), ya que la elección del cesionario por parte del autor y viceversa tiene un alto grado de confianza recíproca como hemos visto, aunque no haya una opinión unánime al respecto<sup>224</sup>. Si el cesionario pudiese transmitir libremente el

---

<sup>223</sup> Si bien es cierto que habrá alguna excepción, como la dispuesta en el artículo 49.3º para la disolución o cambio de titularidad de empresa, en la que el *intuitu personae* cederá en defensa de un interés mayor como es el de los acreedores y trabajadores de la empresa e indirectamente de los autores, ya que es una disposición destinada a procurar mantener la actividad de la cesionaria.

<sup>224</sup> CAVANILLAS MÚGICA considera que no se puede concluir de la regulación este *intuitu personae*, poniendo como ejemplo la capacidad del cesionario de conceder autorizaciones no exclusivas en virtud del artículo 48.1º. Tal y como he expuesto, creo que la habilitación para conceder autorizaciones no exclusivas no disminuye el *intuitu personae* sino que se adapta al modelo de negocio para proteger los intereses del autor y, precisamente, se basa en dicho *intuitu personae*. También argumenta este autor



contrato se estaría, en cierta manera, burlando ese *intuitu personae*. Además, la cesión de los derechos no significa que se extinga la relación entre el autor y el editor.

En conclusión, parece más lógico entender que se están cediendo los derechos y no el contrato.

### **(b) Autorización contractual al editor para la cesión en exclusiva a terceros**

En la misma línea, cabe plantearse si el autor que cede en exclusiva su derecho puede, en ese mismo contrato, autorizar al cesionario a que realice posteriores cesiones en exclusiva.

Pese a que no sea una cuestión clara, es razonable negar dicha posibilidad, tanto porque el legislador parece que así lo ha configurado (al utilizar una fórmula diferente a la utilizada en el artículo 48 LPI para las cesiones no exclusivas)<sup>225</sup> como porque si el editor dispone de una mayor capacidad de negociación que el cesionario podría hacer inútil el presente precepto mediante la inclusión de una cláusula que autorizase al cesionario a realizar dichas cesiones.

A esta interpretación se podría criticar que la superior posición negociadora del editor también se dará en el momento en el que éste quiera ceder los derechos y, en definitiva, el autor tampoco se podrá oponer y el efecto sería el mismo que incluir la cláusula desde el principio en el contrato. Pese a ser una crítica legítima, ya que esta situación puede ocurrir en la realidad, también es cierto que la posición negociadora del autor puede cambiar si la obra es un éxito. Y no es menos

---

que la utilización de expresiones más débiles, como «autorización» en el artículo 48, son un indicio de que se está hablando del derecho y las expresiones más «fuertes» del artículo 49, como cesión y transmisión, son indicativas de que se refiere al contrato. En mi opinión, creo que autorización no debe asociarse con cesión de derecho y transmisión con cesión de contrato, sino que el término autorización debe asociarse con «no exclusivo», de ahí su debilidad, y cesión o transmisión con «exclusivo», de ahí que sean términos más enérgicos que indiquen la mayor capacidad del cesionario. Curiosamente, CAVANILLAS MÚGICA defendió en la segunda edición de los *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual* la postura opuesta a la que defiende en la tercera edición. (S. CAVANILLAS MÚGICA, «Comentarios al artículo 49 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 830, y S. CAVANILLAS MÚGICA, «Comentarios al artículo 49 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 832).

<sup>225</sup> Tal y como comenta CAVANILLAS MÚGICA, «Podría dudarse si el artículo 49.1º exige que el consentimiento se otorgue para cada caso, interpretación que conduciría a la nulidad de cualquier renuncia previa (art. 55 LPI), o si, por el contrario, admite que el autor conceda, en el mismo contrato que celebra con el exclusivista, autorización genérica para la cesión de derechos. A favor de lo primero concurre la certeza de que, si el legislador hubiese querido decir lo segundo, lo habría expresado, por ejemplo, prohibiendo la cesión, salvo pacto en contrario, como hace en sentido inverso, en el artículo 48.1, para las autorizaciones no exclusivas. El "consentimiento" exigido en el artículo 49.1º parece tener por objeto, no la posibilidad genérica de ceder, sino una cesión concreta a un concreto cesionario» (S. CAVANILLAS MÚGICA, «Comentarios al artículo 49 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 831 y 832).

cierto que, aunque no tenga capacidad para negarse a la cesión, sí que recibirá información de a quién se cede y podrá tener un mayor control sobre la obra e, incluso, forzar la resolución del contrato para buscar nuevo cesionario. En el caso de la cesión en el contrato de edición, como hemos visto, esto se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 68.1.d), que establece como causa de disolución la cesión inconsentida.

### **(c) Usos de la cesión en exclusiva**

Entiendo que para completar el análisis es necesario entender en qué situaciones un editor optará por un sistema u otro.

En cuanto al contrato de edición, pueden existir varias razones por las que un editor ceda en exclusiva el derecho a otro editor<sup>226</sup>. La más frecuente será aquella situación en la que el editor haya realizado la publicación en una determinada zona geográfica y no desea o no dispone de los medios para realizarla en otras, por lo que cederá en exclusiva los derechos para otras zonas a otros editores. También puede suceder que, ante el éxito de una obra, aparezca una editorial de mayor tamaño que decida realizar una explotación a mayor escala y quiera adquirir los derechos. Se debe tener en cuenta que si estas cesiones implican la publicación en otras lenguas, se deberá contar también con el derecho de transformación.

Puede suceder que el editor adquiera los derechos de la obra con la vista puesta en la reventa de la misma, sin intención de realizar labor alguna de edición. En este caso entiendo que no estamos ante un auténtico editor sino ante un intermediario que realizará una labor de comercialización de la obra en distintos foros hasta encontrar un verdadero editor que quiera publicar la obra. Este supuesto sería menos frecuente ya que, por concepto, el contrato de edición no es el vehículo adecuado para esta actividad, debiéndose recurrir a otros tipos de contrato. Por último, puede ocurrir que el editor deje de confiar en la obra (antes o después de haber realizado alguna edición) o tenga otras prioridades y decida ceder su derecho a otros editores. En este caso, realmente estamos ante un potencial incumplimiento del contrato de edición, al que se encontraría una solución quizá mediante una cesión de la posición contractual, y no de los derechos objeto del contrato de edición.

---

<sup>226</sup> Por tanto, se parte de la base de que el editor ha adquirido más derechos de los que necesita o que las circunstancias han hecho que dejen de ser útiles parte de los derechos adquiridos.

Partiendo de la base de que la elección del editor por parte del autor tiene un cierto elemento personal, como hemos dicho anteriormente, no es neutra la cesión en exclusiva de un editor a otro en el que el autor quizá no confíe. Por tanto, parece lógico que se requiera el consentimiento del autor para poder realizar la cesión en exclusiva de la obra que, en el fondo, supone un cambio radical en la explotación de la misma puesto que se va a dejar en manos de un editor no elegido por el autor y en el que no sabemos si confía. De esta manera se le otorga cierto control sobre la obra.

(ii) **Cesiones no exclusivas del editor a terceros**

Junto con las cesiones en exclusiva, el legislador contempla la posibilidad de que el autor conceda al editor una cesión no exclusiva<sup>227</sup>. Corresponde analizar aquí, como en el caso anterior, el marco al que queda sometido el editor.

Para analizar el régimen de cesión no exclusiva en el contrato de edición debemos acudir, como ya se ha comentado, al régimen general de transmisión, en concreto al artículo 50 LPI. El citado artículo establece que el editor puede utilizar la obra en los términos pactados en el contrato y con concurrencia de otros cesionarios y del propio cedente. Vemos que en este caso desaparece la obligación de no hacer impuesta en la cesión en exclusiva para el autor. En todo caso, tratándose de obras editoriales, se antoja difícil en la práctica que exista una cesión por parte del autor a un editor en la que no exista algún tipo de exclusividad, sea territorial, por idioma, por tipo de edición o similares.

Del precepto llama la atención la prohibición que recae sobre el cesionario no exclusivo de transmitir el derecho. Se puede argumentar que el *intuitu personae* es razón más que suficiente para ello, pero desde una lógica de protección de los intereses del autor, entiendo que al ser un derecho no exclusivo obliga a que quien quiera obtener una licencia no exclusiva sobre los derechos acuda directamente al cedente en vez de a un cesionario, lo que otorga mayor control sobre los derechos al titular.

---

<sup>227</sup> CAVANILLAS MÚGICA diferencia en este caso la utilización que realiza la Ley del término cesión. En ocasiones dicho término excluye el concepto de autorización y, en otras, se usa en un sentido más amplio que lo incluye. Según este autor, la acepción del término cesión en el artículo 50 LPI debe entenderse como concepto amplio, por lo que el contenido del artículo se aplicará «tanto a la cesión en que el cesionario asume la obligación de explotar la obra en los términos acordados como a la mera autorización en que falta esta autorización» (S. CAVANILLAS MÚGICA, «Comentarios al artículo 50 LPI», en Rodrigo BÉRGOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 835).

Si bien puede tener sentido esta opción, como regla general no se entiende que el legislador haya cerrado la puerta a que el cesionario pueda ceder los derechos<sup>228</sup>, aunque sea con autorización del cedente, excepcionando únicamente el supuesto de disolución o de cambio de titularidad de la empresa cesionaria (art. 49.3º LPI). La realidad es muy rica y puede haber situaciones en las que esta operación sea beneficiosa para el autor, por lo que no tiene sentido sacrificar la opción por la supuesta protección del autor pudiendo proteger estos intereses de maneras menos gravosas, bastando, por ejemplo, el simple conocimiento y control por parte del cedente.

El artículo 50.2 LPI realiza una mención expresa a las autorizaciones no exclusivas concedidas por las entidades de gestión, las cuales no podrán ser cedidas. La entidad de gestión, por tanto, se equipara al autor como «fuente» de concesión de derechos no exclusivos, pero quienes los adquieren no pueden transmitirlos. De esta manera, la entidad de gestión mantiene el control, siendo aplicable la crítica realizada en el párrafo anterior. Además, esta norma constituye una excepción a la excepción prevista en el artículo 49 (por remisión del 50.1), es decir, las autorizaciones no exclusivas concedidas por las entidades de gestión no podrán ser cedidas ni en el caso de disolución o cambio de titularidad de la empresa cesionaria. Tampoco parece muy razonable la excepción ya que no hay razón para otorgar un tratamiento distinto a la entidad de gestión.

### (iii) **Intereses protegidos**

El pacto sobre la exclusividad de la cesión, como comenta SÁNCHEZ ARISTI, es un «dato esencial para la economía del contrato»<sup>229</sup>, y que afecta a los intereses de ambas partes. Por lo que hemos visto, la exclusividad es un pacto íntimamente ligado con el modelo de negocio que se decida adoptar. El autor puede optar por la cesión en exclusiva a uno o varios editores o bien otorgar licencias no exclusivas. En el caso de la

---

<sup>228</sup> En el mismo sentido CAVANILLAS MÚGICA («Comentarios al artículo 50 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 835). Además, dicho autor entiende que la prohibición de ceder no es tal sino que debe interpretarse el artículo en el sentido de que dicho derecho es transmisible si lo consiente el autor. Fundamenta su opinión tanto en que no es un beneficio irrenunciable como en que la propia ley permite la cesión en el caso de disolución o cambio de titularidad de la empresa, lo que debe entenderse como que el artículo 50 LPI exige el consentimiento del cedente y no que establece una prohibición.

<sup>229</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 60 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 955.

edición, tradicionalmente, es más habitual el pacto de exclusividad, aunque sea limitado a un territorio o forma de edición. No obstante, es positivo que existan las dos opciones para que el autor pueda elegir el modelo que desee.

Pese a que se ha iniciado el apartado resaltando la importancia de este pacto para las dos partes, creo que quizá quien tenga mayor preocupación para que este aspecto quede bien expresado sea el editor, con el objetivo de proteger la inversión que va a realizar en la obra. Será el editor quien, una vez haya obtenido los derechos y realice la inversión para la fabricación y distribución de los ejemplares esté preocupado porque terceros puedan competir con él y será un riesgo del que se querrá proteger. Prueba de ello es que el artículo 48.1º LPI confiere al editor legitimación (con independencia de la del titular cedente) para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido<sup>230</sup>.

Los nuevos modelos de negocio no hacen necesario ningún cambio adicional en esta medida, más allá de las ya expresadas. Sin embargo, el uso de una u otra modalidad de cesión sí que creo que se verá afectada (al menos en cuanto a su alcance), como vamos a ver a continuación.

### **3. El ámbito territorial**

La Ley de Propiedad Intelectual obliga a que en el contrato conste la mención relativa al ámbito territorial para el que se realice la cesión de los derechos (60.2º LPI).

Es perfectamente viable que coexistan varias cesiones (normalmente en exclusiva) a distintos editores para distintos territorios. Definir claramente este aspecto del contrato es esencial para prevenir problemas futuros, intentando proteger la normal explotación de la obra y, por tanto, los intereses de autor y editor.

Sin embargo, como ya se ha analizado al describir los nuevos modelos de negocio, la tecnología digital hace que pierda relevancia el ámbito territorial, ya que el usuario en formato digital va poder acceder al libro desde múltiples lugares. Es

---

<sup>230</sup> ESPÍN ALBA, que entiende que la cesión contemplada en la Ley de Propiedad Intelectual no está pensada para una enajenación total de los derechos de explotación por parte del autor, hace referencia a esta legitimación del artículo 48.1º LPI en el sentido de que si no se permitiese la persecución de las infracciones por parte del editor «dificultaría el tráfico jurídico de los bienes intelectuales y restaría agilidad de las empresas que los explotan, dejando a los editores en una situación poco ventajosa, lo cual desestimularía la explotación de los derechos de autor» (I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 147).

cierto que técnicamente se pueden intentar segmentar los mercados (por ejemplo, a través del número de la tarjeta de crédito, que indica dónde reside el titular) pero parece más lógico que en el futuro sea la lengua y no el territorio el elemento fundamental de la cesión<sup>231</sup>. Si bien para la edición en formato libro la lengua es una mención obligatoria (artículo 62) no lo es para el resto de obras. Creo que se debería incluir como mención obligatoria entendiendo, salvo pacto en contrario, que no existirá límite territorial a la edición.

En cuanto a los intereses, el editor, que va a comprometer recursos en comercializar la obra, necesitará de la pertinente seguridad jurídica para proteger su inversión y tener claramente definido su ámbito de actuación, en el que no se producirá competencia por parte de terceros.

#### **4. Garantía de autoría y originalidad de la obra y garantía del uso pacífico de los derechos**

##### **(i) *Garantía de autoría y originalidad***

Uno de los mayores riesgos que debe afrontar el editor es el de la autoría y la originalidad de la obra. Toda la actividad y la inversión que realiza el editor se sustenta sobre la premisa de que se esté contratando con el autor de la obra (o con el legítimo titular de los derechos, obtenidos en última instancia del autor) y, por tanto, se estén obteniendo lícitamente los derechos, amén de que la obra sea original. En caso de que falle uno de estos dos factores (ya sea porque quien dice ser el autor no lo es o porque el titular de los derechos los ha cedido previamente de manera incompatible), todo el negocio puesto en marcha se puede ver truncado con graves perjuicios para el editor.

Como comenta ESPÍN ALBA, el artículo 65.2 LPI «pone de manifiesto el desmembramiento de los conceptos de autoría y originalidad, que parecían estar unidos en la definición de *autoría* dada por el art. 5 LPI». Añade este autor a continuación que «esta separación se hace interesante, en la medida en que quedan claras las esferas de la *autoría* de la obra entregada para ser reproducida y distribuida y la de su *originalidad* en

---

<sup>231</sup> Los ámbitos territoriales suelen venir definidos por la legislación que se aplica en cada uno, coincidente con los territorios de los Estados. La Unión Europea, consciente de que eso es ponerle límites artificiales al intercambio de bienes digitales, pretende crear un mercado único digital entre los países europeos para que las distintas legislaciones de los Estados miembros no supongan un límite (pretende eliminar el denominado *Geoblocking*).

relación a otras. De tal manera que no basta presentar la obra como propia, ésta debe ser, además, original».<sup>232</sup>

Se debe de matizar que la garantía de autoría de la obra supone que quien se presenta como autor no ha reproducido, total o parcialmente, la obra de otro suplantando al verdadero autor. Esta conducta, tratada doctrinalmente como plagio, no se menciona con esta terminología en nuestra Ley de Propiedad Intelectual, aunque sí lo hace el Código Penal. Aparte del tratamiento que se le pueda dar penalmente, la infracción de esta garantía tiene consecuencias importantes en sede de la Ley de Propiedad Intelectual. En primer lugar, el quebranto de esta garantía produce un daño por infracción de los derechos morales del verdadero autor. Además, se puede producir un daño patrimonial tanto al autor de la obra y a su editor, como al editor que creía haber contratado con el verdadero autor de la obra.

Si nos detenemos en cómo funciona el mecanismo de protección del editor, podemos constatar que en el momento de entrega de la obra por parte del autor, el editor asume el riesgo o de que la obra no sea original o de que no esté contratando con el autor legítimo. Únicamente cuenta con una presunción sobre la originalidad y autoría, ya que no tiene certeza absoluta sobre dichos extremos y la acreditación de estas dos circunstancias sería una *probatio diabolica* para el autor<sup>233</sup>, con un coste desproporcionado. Por tanto, junto con la presunción la Ley establece una obligación de garantía que pesa sobre el autor en favor del editor.

La mencionada presunción de originalidad a favor del autor es un importante mecanismo para el buen funcionamiento del contrato de edición. Desde el momento en el que se entrega la obra, serán los terceros quienes acarrearán con la carga de la prueba por lo que podemos considerar que la garantía a la que se obliga al autor es la otra cara de la moneda del beneficio de la presunción<sup>234</sup>.

A continuación vamos a analizar algunos de los problemas que plantea la originalidad y si se ven afectados por el entorno digital:

---

<sup>232</sup> I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, pp. 234 y 235.

<sup>233</sup> P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 131.

<sup>234</sup> La doctrina considera que esta garantía, utilizando palabras de ÁLVAREZ DE BENITO, es una «transposición *sui generis* del artículo 1474 del CC, reserva expresa de responsabilidad para el supuesto de que el derecho cedido estuviese afecto por algún vicio dominical» (P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, pp. 253 y 254).

### **(a) Trascendencia de géneros**

Desde el punto de vista de la obra objeto de edición, es adecuado detenerse brevemente en la cuestión de la denominada «trascendencia de géneros», es decir, sobre si una determinada obra (en este caso expresada en texto) puede trascender su propio género y expresarse en otro género (en un cuadro, por ejemplo). En caso de que consideremos que dicho fenómeno es posible, estaremos ante una misma obra expresada en dos géneros, produciéndose la transformación de una en otra. Si entendemos que no es posible, la segunda obra será diferente y la primera deberá ser considerada únicamente como una fuente de inspiración.

Desde el punto de vista jurídico resulta interesante determinar si estamos ante un caso o el otro, ya que en el primero debemos considerar el nuevo trabajo como una obra derivada, entrando en juego los derechos de transformación, así como los derechos morales que ostenta el autor sobre la obra original. Es decir, sucedería lo mismo que cuando una obra se transforma dentro del mismo género<sup>235</sup>. En el segundo supuesto, nada de esto sucedería.

ÁLVAREZ DE BENITO entiende que lo correcto en este caso es entender que es posible una trascendencia de géneros, pero que éste no otorgaría al autor de la obra originaria ningún derecho de explotación aunque sí derechos morales (básicamente el de reconocer al autor de la obra original)<sup>236</sup>. Entiendo, sin embargo, que dicha postura no es coherente con nuestro derecho de autor ya que, independientemente de si se adopta una postura monista o dualista, no es posible privar al autor de la obra original de los derechos de explotación por interpretación de la norma legal y llegar a una conclusión distinta sobre los derechos morales. Es lógico que se pretenda un reconocimiento del autor que ha inspirado la segunda obra pero no creo que sea posible sustentarlo en un derecho moral, excluyendo los patrimoniales. El elemento esencial estará en si la nueva obra guarda una relación de identidad tal con la obra original que se pueda considerar transformada y no meramente inspirada. En ese caso, el autor de la obra original conservará sus derechos. La casuística puede ser muy amplia, aunque entiendo que, atendiendo a la función social de la propiedad intelectual, no deberá adoptarse una interpretación

---

<sup>235</sup> ÁLVAREZ DE BENITO considera acertadamente que siempre que entre la obra original y la nueva obra exista una identidad funcional (como equivalente a un mismo vehículo de comunicación, p. ej. la palabra) el efecto jurídico será el mismo (P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 271).

<sup>236</sup> P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, pp. 274 y 275.



expansiva que limite la creatividad de autores de otros géneros que realmente no se estén aprovechando del esfuerzo creador del autor de la obra original.

En el caso del autor de una obra literaria o artística que sea objeto de edición, ya el artículo 14 del Convenio de Berna reconoce al autor el derecho exclusivo para su adaptación a obras cinematográficas y teatrales. No sucedería lo mismo con una escultura que se deriva de una obra literaria, ya que ahí entiendo que será difícil encontrar una identidad con la obra original que nos lleve a la conclusión de que es una obra derivada. En el caso de la distribución digital de la obra no nos encontraríamos ante un cambio de género.

Por eso el artículo 65.2º LPI establece la obligación para el autor de responder de la autoría y la originalidad de la obra, aunque eso en la práctica quizá no sea suficiente: ¿podrá responder el supuesto autor en el momento en el que aparezca el legítimo titular o afectado y reclame daños y perjuicios al editor?

### **(b) Contenido de la garantía**

El autor, por tanto, garantiza al editor que la obra ha sido elaborada por él mismo y que no ha sido copiada en todo o en parte. Esta garantía cubre un amplio espectro de supuestos que van desde la suplantación de la autoría de la obra hasta la copia de fragmentos, pasando por la obra copiada pero con pequeñas modificaciones para intentar evitar la detección de la irregularidad.

Hay que tener en cuenta que en el momento en el que el autor incumple con esta garantía, junto con la responsabilidad contractual frente al autor, nacerá una responsabilidad extracontractual frente al legítimo autor, salvo alguna excepción a la que ahora le dedicaremos algún párrafo.

La garantía que ofrece el autor también debe proteger al editor frente a las pretensiones de posibles colaboradores. Si el autor se ha apoyado en un equipo, lo que es perfectamente lícito, debe garantizar al editor que ningún miembro de dicho equipo haya realizado una aportación creativa de entidad que le haga partícipe de la condición de autor.

### **(c) Autoplagio**

Debe realizarse mención de la figura del autoplagio (*selbstplagiat*), en la que es el propio autor quien compite con su propia obra elaborando una segunda obra idéntica o prácticamente idéntica. En otras palabras, si el autor fuese un tercero, sería considerado un infractor de los derechos de autor.

En el caso del autoplagio el autor está frustrando las expectativas económicas del editor y no sólo comete una infracción de la garantía de originalidad sino que también comete una infracción de la prohibición de concurrencia, especialmente en los casos de cesión en exclusiva (salvo en el extraño caso de que el editor del autoplagio sea el mismo editor que el de la primera obra)<sup>237</sup>. Además, se produce un efecto secundario en el mercado como es el de engañar al público, puesto que puede que adquiera productos que no tienen aporte cultural sobre los anteriores y realicen dos veces el mismo gasto, aparte del efecto de la confusión.

Se debe diferenciar esta figura de aquellas situaciones en las que un autor, por pertenecer a un determinado género, como puede ser la novela policiaca, edite nuevas obras similares a las anteriores. En esos casos no podemos hablar de autoplagio, ya que no existe un elemento doloso por parte del autor, presupuesto necesario, ni hay una identidad entre ambas obras.

Por último, si nos detenemos en la otra cara de la moneda, es decir, cuando nos ponemos en el lugar del editor (legítimo titular de los derechos y víctima de la infracción) nos podemos plantear si la obligación de garantía lleva implícita la colaboración del autor para perseguir la infracción, muy común, por otra parte, en el campo de las patentes. Del texto legal no podemos deducir que el autor esté obligado a prestar su auxilio al editor, en caso de que sea necesario, en la defensa de sus derechos, por lo que la mejor forma de procurar dicha colaboración será la vía convencional.

## (ii) **Garantía del ejercicio pacífico de los derechos cedidos**

En conexión con la garantía de autoría y originalidad de la obra, el legislador intenta proteger la inversión del editor añadiendo la obligación del autor de responder del ejercicio pacífico de los derechos cedidos (artículo 65.2º LPI).

---

<sup>237</sup> P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 293.

Básicamente, esta garantía supone que el editor pueda explotar los derechos sin interferencias ilegítimas de terceros. El riesgo más común al que debe enfrentarse el editor en este campo consiste en la vulneración de la cláusula de exclusividad, en caso de que el autor pacte una cesión de los derechos a un tercero con posterioridad a la firma del contrato de edición. Para que se infrinja la garantía es necesario que la cesión sea incompatible con la exclusiva obtenida por el editor<sup>238</sup>, aspecto ya tratado en el apartado correspondiente a la exclusividad.

Recordemos que el artículo 48 LPI también convierte al autor en un «tercero» desde el momento en el que cede sus derechos en exclusiva<sup>239</sup>, por lo que el autor debe ser tratado como tal y tampoco puede vulnerar la exclusiva otorgada compitiendo contra su obra.

Entre las actuaciones del autor que infringirían esta garantía también entraría la publicación del autor, con otro editor, de una obra que pudiese ser considerada una nueva edición de esa obra, aunque contenga cambios menores. Se debe de diferenciar este supuesto del supuesto de publicación posterior de otras obras que son evolución de la primera obra, que no supondría una infracción. En el primer caso debería observarse la existencia de culpa y en el segundo no.

La difícil cuestión de la evolución del trabajo de un autor entiendo que varía si estamos ante una obra científica, donde es más fácilmente apreciable si una obra supone la evolución de la anterior o una nueva publicación de la original, o ante una obra artística o literaria, en la que al no haber pautas técnicas es perfectamente lícito que se repitan argumentos o similitudes con la anteriormente publicada y, por tanto, mayor dificultad en apreciar una vulneración de la garantía.

La garantía, lógicamente, no cubre los límites legales que se establecen en el Capítulo II del Título III del Libro I de la Ley de Propiedad Intelectual.

El autor, bajo este precepto, debe garantizar que no ha existido una cesión previa y que el editor tiene total capacidad de movimiento respecto de los derechos adquiridos.

---

<sup>238</sup> Los derechos de explotación en nuestra vigente Ley de Propiedad Intelectual permiten distintas cesiones exclusivas sobre una misma obra atendiendo a las modalidades, al territorio o a la lengua, siempre que sean compatibles.

<sup>239</sup> Salvo por la excepción del derecho de colección recogido en el artículo 22 LPI.

En caso de la infracción de la garantía, deberá responder el autor en todo caso frente al editor. Siguiendo a ESPÍN ALBA, entiendo que el tercero que haya adquirido los derechos con posterioridad también tendrá responsabilidad extracontractual frente al editor si tenía conocimiento de la cesión previa. Dicha responsabilidad será solidaria<sup>240</sup>.

(iii) ***La conducta del editor en relación con las garantías***

Nos podemos plantear si le es exigible algún tipo de conducta diligente al editor para poder gozar de las citadas garantías.

Atendiendo a su condición de profesional, nos podríamos plantear si es necesario que el editor adopte medidas previas a la firma del contrato, como una auditoría, para asegurarse, al menos en apariencia, la autoría y la originalidad de la obra, así como que no ha existido una cesión previa de los derechos. También cabría aquí el análisis por parte del editor sobre si el contenido de la obra es lesivo al honor de alguna persona descrita en el texto; si el contenido desarrollado es ilícito; si la obra goza de la calidad adecuada o si no contiene errores técnicos en el caso de obras científicas.

En mi opinión, sí que debería ser exigible una cierta diligencia al editor en el momento de la contratación. La diligencia sería exigible, en especial, respecto de la cesión previa de los derechos. No quiero decir que deba realizar una investigación exhaustiva, ya que sería desproporcional y gravosa, pero es evidente que un profesional del sector puede detectar si han existido ciertas cesiones previas de los derechos objeto del contrato. Como digo, debe de ser una investigación no desproporcional, no sólo por la carga que supondría para el editor, sino porque también supondría dejar sin contenido la garantía.

Creo que en los casos de la autoría y la originalidad también puede exigirse cierta diligencia, igualmente sometida a la regla de la proporcionalidad, para casos de conocimiento inexcusable. La ayuda de las nuevas tecnologías, en este aspecto, facilita la búsqueda y reduce los costes.

En cuanto al contenido de la obra, entiendo que el editor debe de analizar el mismo antes de decidir la publicación. Como es

---

<sup>240</sup> Fundamenta esta autora su posición, especialmente, en la STS de 23 de marzo de 1921 (caso *Raquel Meller*; I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, pp. 387-391).

bien sabido, el artículo 1271 del Código Civil impide que los contratos se realicen sobre objetos ilícitos. En el caso del editor, entiendo que también debe mostrar cierta diligencia en el sentido de ser capaz de detectar posibles ilícitos que afecten al orden público o a terceros en el contenido si éstos son evidentes en la práctica editorial, ya que éstos no permitirán el goce pacífico de la obra si un tercero alega su infracción<sup>241</sup>. Opino que en estos casos el ilícito deberá ser evidente y no discutible, ya que lo que no se puede es trasladar al editor la carga de determinar si una determinada cuestión discutible es ilícita o no, ya que la mera discusión implica que ya no hay negligencia. Ésta es una posición que, ante la duda, favorece a la libertad de expresión.

Por lo que se refiere a la calidad o precisión técnica del contenido, el editor también debe de ser diligente antes de aceptar la publicación de la obra (incluso puede apoyarse en un consejo editorial), sin que quepa posibilidad de que se pueda considerar infracción de la garantía.

En conclusión, pese a que no se establece expresamente en nuestra legislación, entiendo que, tal y como aplica la jurisprudencia italiana, sería recomendable exigir cierta diligencia al editor para prevenir y, así reducir, ineficiencias del sistema de comercialización editorial<sup>242</sup>.

### 3. Medidas de equilibrio entre los intereses del autor y del editor

De entre las medidas que estamos analizando, si bien muchas se establecen para proteger los intereses de una de las partes implicadas, en otras el legislador ha dispuesto una serie de medidas que, a mi juicio, tienen en común hacer viable la explotación de la obra. Por tanto, no estamos hablando de normas que protejan directamente los intereses del editor o del autor sino que su función es obligar a las partes a establecer un marco claro, transparente y equilibrado de relación que haga viable la publicación de la obra y que les obligue a cumplir con dicho marco con la finalidad de equilibrar los intereses en juego y conseguir que el proceso de edición

---

<sup>241</sup> En el caso de obras contrarias a la moral y a las buenas costumbres, es interesante la matización que realiza ESPÍN ALBA conforme dichas obras pueden ser perfectamente objeto de edición, pese a que las autoridades puedan tomar medidas contra ésta *a posteriori* (I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 213).

En ocasiones es difícil saber qué es contrario a la moral o a las buenas costumbres de una sociedad, por lo que no parece razonable que la diligencia del editor deba llevarle a acertar en estos supuestos discutibles.

<sup>242</sup> ÁLVAREZ DE BENITO expone el pensar de la jurisprudencia italiana, que entiende que se produce responsabilidad por omisión del editor en caso de que no pueda demostrar que actuó diligentemente. La omisión debe ser culposa y la responsabilidad será solidaria con el autor frente a terceros (P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, pp. 400 y 401).

funcione correctamente. Éstas son las que se analizarán en este apartado.

Se puede argumentar que son normas que ayudan a la difusión de la obra entre el público, que según HERRERO GARCÍA es la «finalidad natural» del contrato de edición<sup>243</sup>, y que tienen como efecto, aunque sea indirecto, la existencia de una oferta cultural suficiente que enriquezca a la sociedad, lo que podríamos también llamar la difusión o acceso a la cultura, en beneficio del público. En estas medidas es innegable que principalmente se están protegiendo los intereses de editor y autor, pese al efecto que estamos comentando.

## 1. El número máximo y mínimo de ejemplares

La primera medida que analizaremos en este bloque es la obligatoria mención en el contrato al número mínimo y máximo de ejemplares que vaya a tener la edición (artículo 60.3º LPI). La omisión de esta mención se ve sancionada con la nulidad del contrato (artículo 61 LPI), lo que convierte este elemento en un factor de vital importancia para el mismo.

El riesgo que pretende cubrir este precepto, siguiendo a SÁNCHEZ ARISTI, «se relaciona con la delicada economía del contrato de edición, el cual se basa en la comercialización de un bien –la obra– cuya acogida en el mercado, dada su unicidad, no es posible prever con precisión bastante. Puesto que el éxito comercial de la edición no está garantizado, ambas partes desean protegerse: el autor frente a un posible éxito que sin embargo no se traslade adecuadamente a su patrimonio debido a que la remuneración se habrá fijado con anterioridad al conocimiento de dicho éxito; el editor frente a un posible fracaso de la edición, que puede determinar la imposibilidad de obtener ganancias o de recuperar siquiera la inversión realizada. El sistema de límites máximos y mínimos consigue que el ajuste de la explotación de la obra a la dinámica del mercado sea lo más preciso posible, logrando que los intereses del autor y del editor confluyan en una zona de intersección que, aunque nunca será tan definida como sería de desear, viene a representar el área en el que tanto el uno como el otro se sienten a refugio de los imponderables que son inherentes a la empresa de editar una obra».<sup>244</sup>

---

<sup>243</sup> «No puede olvidarse en todo caso que el contrato de edición tiene como finalidad natural el perseguir la difusión entre el público, de una determinada forma, del pensamiento individual objetivado en la obra» (M. J. HERRERO GARCÍA, «Comentarios al artículo 64 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1022).

<sup>244</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 60 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 945.

Por tanto, autor y editor tendrán intereses contrapuestos que esta medida intenta equilibrar. El autor tiene en su mano gozar de una doble protección: i) por un lado, puede establecer un mínimo de ejemplares que aseguren una difusión mínima de su obra (lo que lógicamente deberá ir acompañado de la correspondiente actividad de promoción por parte del editor) y ii) podrá establecer un máximo de ejemplares por tirada que, en caso de que la obra fuese un éxito, volviese a abrir las negociaciones con el editor, en una mejor posición negociadora. Por el contrario, el editor también se ve protegido: i) el número mínimo le permitirá calcular el riesgo de la inversión en la que deberá incurrir y ii) el número máximo le permitirá aumentar la tirada en caso de éxito sin coste adicional.

Siguiendo esta lógica, al autor le interesa que el número mínimo sea elevado (para tener una buena difusión) pero que el número máximo no esté muy lejos del mínimo (para obligar a la renegociación, si es que no se ha previsto en el contrato). Por el contrario, al editor le interesará un número mínimo no muy elevado (aunque lo suficiente para cubrir los costes fijos), para no incurrir en demasiados costes si la obra no funciona bien en el mercado, y un número máximo elevado para no tener que renegociar las condiciones en caso de que sea un éxito la publicación.

Para poder interpretar esta norma en todo su sentido, debemos traer a colación el artículo 64.4º de la Ley, que complementa el sistema descrito. Dicho artículo establece que es obligación del editor «asegurar a la obra una explotación continua y una difusión comercial conforme a los usos habituales en el sector profesional de la edición».

Este precepto introduce un importante matiz, puesto que el editor no cumple con su obligación llegando al número mínimo de ejemplares pactado, sino que debe seguir explotando la obra aunque se haya alcanzado dicho mínimo acordado, si es que los usos del sector así lo convienen. Por otro lado, el editor tampoco está obligado a llegar al número máximo de ejemplares si la obra no goza de aceptación en el mercado. Precisamente, la horquilla se establece para garantizar una determinada producción de la obra al ser imposible determinar de antemano el número exacto de ejemplares que va a demandar el mercado<sup>245</sup>.

---

<sup>245</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 64 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 989.

En un plano teórico, el sistema que hemos descrito en estos párrafos se podría concluir que es algo más garantista para el autor que para el editor, ya que el primero tendría ciertas herramientas para hacer frente a los abusos del segundo. No obstante, creo que el sistema, más que proteger a uno frente al otro lo que hace es aportar un mecanismo de equilibrio entre las partes, razón por la que se ha clasificado en el presente apartado y no en el apartado correspondiente a las medidas que protegen los intereses del autor.

En el plano real o de la práctica cotidiana, la determinación del número de ejemplares dependerá de la posición negociadora de cada parte, por lo que la efectiva protección que pretende aportar este sistema se verá afectada decisivamente por dicha posición. Si estamos hablando de un escritor novel, con una débil posición frente al editor, posiblemente se establecerán unos mínimos y unos máximos que favorezcan al editor. Por el contrario, si estamos considerando a un escritor con una carrera consolidada y capacidad de negociación, el acuerdo al que se llegue será más equilibrado.

Se debe matizar que un número mínimo de ejemplares pequeño no es sinónimo de abuso por parte del editor. Entra dentro de la lógica de mercado que un escritor con poca trayectoria (en el que el editor asume un mayor riesgo) o que se dirija a un nicho pequeño de lectores, por ejemplo, no deba aspirar a un gran número de ejemplares mínimo. Por tanto, es importante no perder de vista las prácticas habituales del mercado.

Esta reflexión me lleva a concluir que el sistema de protección establecido en la ley mediante la mención mínima y máxima de ejemplares, reforzado por la obligación del editor de asegurar la explotación y difusión de la obra, se debe valorar positivamente. Si bien es cierto que no resolverá todos los problemas que se plantean y que la eficiencia del sistema dependerá en parte de la capacidad negociadora de autor y editor, creo que aporta transparencia y claridad a la relación entre creador y el empresario, previniendo problemas futuros derivados de posibles indeterminaciones y garantizando una explotación mínima de la obra.

En cuanto al modelo de negocio, la edición digital puede suponer la inutilidad de este precepto. Seguramente, una vez digitalizado y puesto a disposición de los usuarios no hay que tomar decisiones sobre la impresión de ejemplares (minimizando el riesgo del editor). Quizá sea más relevante el tiempo que va a estar a disposición del público o el número de accesos a la obra que el número máximo y mínimo de



ejemplares. Creo que sería una mención necesaria en el contrato para la edición digital.

## **2. Modelo de explotación: reproducción, distribución y difusión comercial**

He agrupado bajo este epígrafe un conjunto de medidas que, bajo mi punto de vista, protegen (a la vez que configuran) un modelo de comercialización de la obra determinado.

La inclusión del comentario de estas medidas en este apartado dedicado al equilibrio entre los intereses de autor y editor entiendo que puede ser discutible, porque algunas de ellas protegen, en ocasiones, intereses muy particulares de una de las partes. No obstante, me he decidido por incorporar el comentario en este apartado debido a que, consideradas conjuntamente, lo que están protegiendo es el sistema e, indirectamente, tiene el efecto de dotar de un mayor acervo cultural a la sociedad.

### **(i) *Reproducción de los ejemplares***

Como se ha comentado, el proceso de producción para el editor comenzará en el momento en que el autor le haga llegar el ejemplar, en las condiciones adecuadas para la reproducción. La reproducción, en consecuencia, va a tener lugar en todos los procesos de edición (papel y digital), sea cual sea el tipo de obra y de edición a la que se hayan comprometido<sup>246</sup>, de ahí que el artículo 64.1º LPI la configure como la primera obligación del editor.

Resulta curioso que el legislador obligue, en el artículo 60 LPI, a la mención en el contrato de la «forma de distribución», como analizaremos en el siguiente apartado, pero que en ningún lugar obligue a definir contractualmente la «forma de reproducción», pese a que obligue al editor a reproducir «en la forma convenida». Recordemos que la reproducción tiene como finalidad la distribución o la comunicación pública. En ocasiones, de la forma de distribución pueden deducirse la forma de reproducción, pero en otras no (por ejemplo, si la

---

<sup>246</sup> Como comenta SÁNCHEZ ARISTI: «La reproducción de la obra es sin duda el proceso industrial que en primer lugar deberá acometer el editor, sea cual sea la clase de edición a la que se haya comprometido, el tipo de obra objeto del contrato y la modalidad de explotación que vaya a subseguir a la reproducción» (R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 64 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 979).

impresión debe realizarse en color o blanco y negro, el tipo de papel en el que se debe imprimir, etc.). Resultaría conveniente que el artículo 60 LPI también obligase a mencionar la forma de reproducción si posteriormente va a recaer sobre el editor esta obligación, pese a que hay quien entiende que la menor regulación sobre la reproducción se debe a que el legislador concede menos importancia a la reproducción que a la distribución<sup>247</sup>, opinión que no suscribo.

Inciso especial merece la edición en forma de libro ya que es una excepción a lo hasta ahora dicho, pues se puede entender que la Ley obliga en este tipo de edición a mencionar en el contrato la forma de reproducción. Al hablar de los contenidos mínimos de la edición en forma de libro (artículo 62 LPI), se obliga a mencionar la lengua, la modalidad de edición y, en su caso, la inclusión en una colección<sup>248</sup>. Como se defenderá más adelante, no existe razón para ceñir estas menciones únicamente a la edición en forma de libro.

En cuanto a la resolución, el artículo 68 LPI no establece una causa de resolución expresamente relacionada con la reproducción, sino que indirectamente sanciona con resolución la no realización de la edición «en el plazo y condiciones convenidos». Por tanto, se puede decir que esta causa de resolución afecta indirectamente a la reproducción<sup>249</sup> puesto que si ésta no se lleva a cabo o se realiza con retraso la edición no se realizará en plazo y, en consecuencia, se aplicará el artículo 68. Si la forma de reproducción se establece contractualmente, creo que también cabría la resolución, pero según el régimen general.

A diferencia de lo que sucede en la letra b) del mismo artículo, en el caso de incumplir el plazo o forma de la edición, el autor no es necesario que realice un requerimiento previo al editor para declarar el incumplimiento, ya que se puede realizar directamente. Parte de la doctrina entiende que para que pueda operar la causa de resolución es necesario que se trate de un incumplimiento grave.

## (ii) ***Distribución de los ejemplares***

---

<sup>247</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 64 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 985.

<sup>248</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 64 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 980.

<sup>249</sup> De hecho se puede decir que trata conjuntamente tanto la reproducción como la distribución (R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 64 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1043).

Tras la reproducción, la otra gran actividad del editor, imprescindible para que la obra acceda al mercado, es la distribución: una vez reproducida la obra es necesario que el editor proceda a la distribución de los ejemplares para dar difusión a la creación del autor y que ésta llegue al público. Se pueden considerar dos fases del mismo proceso, ya que no es posible la distribución sin reproducción y no tiene sentido la reproducción sin la distribución. De hecho, muchas legislaciones las tratan conjuntamente.

Como ya hemos descrito para otras medidas, en este caso el legislador utiliza la fórmula de establecer la obligación de recoger en el contrato cuál ha de ser la «forma de distribución de ejemplares» (artículo 60 LPI) para posteriormente obligar al editor a cumplir con esta obligación (64.1º LPI). Como ya se ha apuntado en el comentario a la reproducción, se refuerza esta obligación estableciendo una causa de resolución en el artículo 68.1.a) LPI para el caso del incumplimiento de la misma.

#### **(a) Mención en el contrato de la forma de distribución**

El artículo 60, en su apartado 4º, establece la obligación de mencionar la «forma de distribución de los ejemplares y los que se reserven para el autor, la crítica y la promoción de la obra». En este precepto se recogen dos aspectos que, si bien aparecen juntos, podrían perfectamente aparecer en distintos apartados ya que no guardan una relación tan estrecha como para regularlos bajo un mismo paraguas.

En relación con el primero, la forma de distribución de los ejemplares, el legislador, cuya intención es que las partes fijen con claridad los puntos esenciales de su relación, no puede dejar de obligar al autor y al editor a que definan en el contrato el modelo que va a adoptar el editor para la distribución de los ejemplares. Al hablar de «forma de distribución de los ejemplares» no se deduce claramente qué contenido debe constar en el contrato. Por un lado, se puede interpretar, atendiendo a la definición de distribución del artículo 19, que se debe mencionar si la forma de distribución es «la venta, el alquiler, el préstamo o alguna otra manera». No obstante, parece razonable pensar que las partes deban definir, al menos a grandes trazos y sin necesidad de entrar en detalles, los canales de distribución utilizados y, en caso de que la comercialización se realice por canales distintos y en etapas distintas, indicar cuáles son y cuándo se producirán. De otro modo no se disiparía la inconcreción que el legislador

quiere evitar con la obligación de indicar la forma de distribución.

Por otra parte, el apartado 4º del artículo 60 también hace referencia a que se indiquen los ejemplares que se reserven para el autor, la crítica y la promoción de la obra. Como se ha comentado previamente<sup>250</sup>, los ejemplares reservados para la crítica y la promoción están íntimamente ligados con la función de comercialización de la obra ya que éstos van a servir para dar difusión a la misma, en especial entre los críticos que juegan un rol importante para la promoción del trabajo.

La mención del número de ejemplares se puede realizar mediante la fijación de un número determinado, de una horquilla o de un porcentaje. Entiendo que tiene, por un lado, el objetivo de excluir estos ejemplares del cómputo para la remuneración del autor y, por otro, ayudar a concretar parte del esfuerzo comercial que va a realizar el editor.

Por lo que se refiere a los ejemplares reservados para el autor, que normalmente será un número fijo de ejemplares, si bien habrá parte que será para uso personal y que, como comenta SÁNCHEZ ARISTI, será una forma de retribución en especie<sup>251</sup>, otra parte seguramente también tendrá esa función de promoción a través del propio autor y su red de contactos.

### **(b) Obligación de distribución por parte del editor**

Complementando lo dispuesto en el artículo 60.4º, el artículo 64.3º LPI establece dos obligaciones para el editor: distribución en plazo y distribución en las condiciones estipuladas.

#### **a. Distribución en plazo**

Recordar en este punto que, como se ha comentado en las medidas relativas a los intereses del editor<sup>252</sup>, el plazo en el que el editor debe poner el ejemplar en circulación debe estar fijado en el contrato (artículo 60.6º LPI) y no podrá

---

<sup>250</sup> Véase nota 50.

<sup>251</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 60 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 957.

<sup>252</sup> Como hemos comentado, la finalidad del plazo de dos años es proteger tanto los intereses del autor, que deseará ver su obra publicada lo antes posible, como los intereses del público en general, ya que la sociedad se beneficiará de una mayor oferta cultural. La premura exigida por autor y público se contraponen a la necesidad de tiempo del editor, quien tendrá que planificar su oferta y los lanzamientos de las distintas obras de sus autores. El legislador ha considerado que dos años es un periodo suficiente para equilibrar ambos intereses.

ser superior a dos años (salvo las obras de gran envergadura del artículo 63 LPI)<sup>253</sup>. Como también hemos comentado, se pretende con esta norma apresurar la distribución de la obra para que llegue al público en un periodo razonable de tiempo. El plazo de dos años (o inferior en caso de que así se haya pactado) se deberá empezar a computar desde que el autor «entregue al editor la obra en condiciones adecuadas para realizar la reproducción de la misma» e incluirá el periodo de corrección de pruebas, dependiendo esta última actividad del autor, lo que deberá ser tenido en cuenta a efectos de planificación.

Esta obligación de distribuir la obra en plazo afecta relevantemente a los intereses del autor. En relación con éstos, se puede decir que tendrán una doble vertiente: i) la patrimonial, ya que el autor percibirá ingresos mediante la explotación de la obra y éstos no se generarán hasta que la obra se venda en el mercado (anticipos aparte) y ii) la moral, puesto que poner en circulación la obra tendrá repercusiones más allá de lo económico, dado que la obra generará una determinada impresión en el público, y por ende también afectará a la percepción de la figura del autor.

#### b. Distribución en las condiciones estipuladas

Además de la obligación de distribuir la obra en plazo, el artículo 64.3º prevé que el editor ha de distribuir la obra según las condiciones que hayan establecido las partes, según obliga el artículo 60.4º LPI.

Tal y como hemos comentado al principio de este apartado, el contrato de edición únicamente recogerá, a grandes rasgos, las formas de distribución para poder configurar un escenario de explotación (canales de distribución, etc.). El artículo 60.4º no obliga a un detalle exhaustivo de todas las acciones, aunque sea recomendable.

Como también hemos expuesto, el valor que aporta el editor (aparte de la selección de obras) no se limita a una mera actividad de producción industrial y posterior distribución física de los ejemplares sino que es necesario que realice una cierta actividad de promoción de la obra.

---

<sup>253</sup> SÁNCHEZ ARISTI entiende que las obras de gran envergadura están sometidas a un plazo de cinco años, por analogía con lo dispuesto en el artículo 71 LPI para la edición musical (R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 63 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 976).

En el siguiente apartado, al comentar la obligación de difusión de la obra, analizaremos más en profundidad en qué consiste la actividad de promoción. En todo caso, también se protege bajo esta obligación de distribuir según las condiciones pactadas los intereses del autor. Desde un punto de vista patrimonial interesa al autor una eficiente promoción para generar sus ingresos. Desde un punto de vista moral interesa que la promoción esté acorde con el contenido de su obra y de su figura.

Como conclusión, esta medida puede verse afectada por los cambios en el modelo de negocio. Como hemos visto, la distribución no es necesaria en entornos digitales. Esto plantea incluso un grave problema a nivel conceptual puesto que la distribución es un elemento esencial del contrato de edición, y si la edición es exclusivamente en red no será necesaria la distribución, ya que con el derecho de puesta a disposición sería suficiente. Por tanto sólo queda la opción de modificar el artículo 58 para establecer una excepción a la distribución en el mercado digital, o entender que el término distribución no se utiliza en el sentido del artículo 19 LPI.

### (iii) ***Explotación continua de la obra y difusión comercial***

Como es evidente, la edición no se limita a que el editor realice un buen lanzamiento sino que lo que pretende es que el lanzamiento sea el inicio de la vida en el mercado de la obra. Por tanto, junto con la obligación establecida en el artículo 64.3º LPI, que ya hemos visto y que hace referencia únicamente al lanzamiento, se prevé otra obligación complementaria en el artículo 64.4º para que, una vez lanzada la obra, el editor siga alimentando el mercado. Se podría decir que son dos fases de la actividad del editor: la puesta en el mercado de la obra y el mantenimiento de la comercialización; es decir, primero está obligado a encender el fuego y después a mantenerlo encendido.

La obligación del artículo 64.4º LPI es doble: por una parte, se obliga al editor a asegurar una «explotación continua» de la obra. Por otra, a una «difusión comercial» conforme a los usos del sector. Pese a que ambas se encuentran íntimamente ligadas, por razones expositivas analizaremos en primer lugar el concepto de difusión comercial, por su conexión con el

análisis de la distribución que acabamos de realizar, y posteriormente el concepto de explotación continua.

### **(a) Difusión comercial**

El legislador hace recaer sobre el editor, en virtud del artículo 64.4º LPI, una obligación independiente de la de distribución consistente en procurar la difusión comercial de la obra según los usos del sector. Pese a que la doctrina tradicional de los países de nuestro entorno consideraba esta obligación inherente a la de distribución, nuestro legislador la configura como una obligación autónoma<sup>254</sup>.

Tiene sentido configurar esta obligación de forma independiente a la de distribución puesto que el legislador es consciente de que con el proceso productivo y la mera distribución de los ejemplares no basta para que el público conozca la obra. Es necesaria cierta labor de promoción para dar a conocer la obra y fomentar el acceso por parte de los lectores.

Es importante remarcar que la determinación de las acciones concretas de difusión comercial de la obra que deberá llevar a cabo el editor para cumplir con esta obligación se deberán examinar a la luz de «los usos habituales en el sector profesional de la edición» (artículo 64.4º LPI). Dado que será difícil que en el contrato se puedan establecer con detalle las acciones a realizar por el editor, el legislador asume que la buena ejecución de esta obligación quedará en manos de este último, quien deberá concretar y ejecutar las actividades de promoción según su buen hacer profesional. De ahí que el criterio que marque la diligencia del editor sean los «usos habituales en el sector».

Para conocer el contenido de esta obligación, tomando como referencia el criterio marcado por el legislador (los buenos usos del sector), deberemos tener en cuenta el tipo de obra que se esté comercializando y el mercado al que va dirigida.

Si se está ante una obra con un mercado reducido, como pueden ser las obras científicas, quizá sea suficiente con pocas pero precisas acciones comerciales sobre el colectivo

---

<sup>254</sup> Diferenciar la obligación de difusión de la obligación de distribución debe ser valorado positivamente, según HERRERO GARCÍA, ya que es indicativo de que «no son únicamente intereses económicos los que se protegen respecto del autor –y que son especialmente contemplados en el artículo 64.4º [...]– sin que –y especialmente– se protege el derecho del autor a la divulgación de su obra» (M. J. HERRERO GARCÍA, «Comentarios al artículo 64 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1031).

al que va destinada la obra. Si se pretende difundir una obra dirigida al gran público, como puede ser una novela, quizá sea necesario otro tipo de acciones, que incluyan carteles publicitarios, entrevistas en televisión, etcétera.

Además del tipo de obra y del mercado al que va dirigida entiendo que también se debe de tener en cuenta la figura del autor. Si se trata de la obra de un autor conocido, en ocasiones puede que sean necesarias un mayor número de acciones para alcanzar el éxito previsto, si la expectativa está muy alta, o puede ocurrir todo lo contrario, que al ser conocido el autor no sean necesarias tantas acciones para alcanzar el éxito<sup>255</sup>. En el caso de un autor novel puede que lo razonable sea realizar una menor inversión en la obra ya que el riesgo es mayor<sup>256</sup>.

Un cambio que introduce el entorno digital es que, hoy en día, se debe contemplar la necesidad de realizar acciones en la red, en especial si el público al que van destinadas las obras es usuario intensivo de estas tecnologías. Las acciones, a través de redes sociales, blogs y similares está adquiriendo una relevancia que puede llegar a considerarse parte del contenido de la obligación de difusión, afectando a su diligencia. Prever campañas digitales de publicidad y la presencia en la red pasará a conformar parte de los quehaceres del editor y del distribuidor.

El cumplimiento de la obligación por parte del editor no implica que las acciones de promoción deban de ir exclusivamente destinadas a la obra objeto del contrato de edición. Cabe la posibilidad, y de hecho es habitual, que el editor realice la promoción conjunta de varias de sus obras de uno o varios de sus autores. Esto no debe de entenderse como un incumplimiento ya que puede que ésta sea la mejor y más rentable forma de comercialización para las obras.

Algunas de estas acciones pueden requerir de la colaboración del autor para poder llevarse a cabo. Como dice HERRERO GARCÍA, refiriéndose genéricamente a la reproducción y a la distribución, «se pone de nuevo de relieve que en la relación jurídica que nace entre autor y editor en este contrato, por la finalidad natural del mismo,

---

<sup>255</sup> En el caso de los autores conocidos, la cada vez más presente figura de los agentes literarios hace que exista la tendencia de pactar planes de promoción bastante detallados.

<sup>256</sup> Se debe de tener en cuenta que estamos intentando dibujar un criterio para conocer las acciones mínimas para cumplir con la obligación, pero nada impide que el editor lleve a cabo más acciones de las que le serían exigibles si cree en la obra y/o en el autor.



subyace el principio de colaboración en orden a conseguir ese fin común que implica la reproducción y distribución de la obra»<sup>257</sup>.

Según ÁLVAREZ DE BENITO, dichas acciones o «apoyo publicitario», en su denominación, son una obligación convencional que tiene su fundamento «en el deseo conjunto de autor y editor de que la obra se divulgue de la mejor manera posible y que todos sus ejemplares resulten vendidos»<sup>258</sup> y, como obligación convencional, sólo puede exigirse si consta en el contrato de edición. Este apoyo publicitario puede requerir del autor desde la cesión de su imagen para publicidad, hasta la participación en medios de comunicación, en jurados, tertulias, conferencias, etc.<sup>259</sup> e incluso en *chats* o promociones en red.

Lo que se acaba de poner de manifiesto no son más que unos elementos que nos permiten aproximarnos a la configuración del deber de diligencia del editor en su labor de promoción conforme a los usos del sector. En todo caso, se deberá analizar el caso concreto para ver si se cumple con la obligación del artículo 64.4º LPI.

La obligación de la difusión comercial de la obra por parte del editor, además de proteger los intereses patrimoniales del autor (ya que si no existe difusión de la obra no se producirán los ingresos) también protege los intereses morales de éste, puesto que la difusión que se haga de la obra afectará a la percepción que se tenga de la misma y del propio autor. Quizá es un elemento poco presente, pero creo que es importante tenerlo en consideración en el momento de analizar los intereses objeto de protección.

Teniendo en cuenta que parte de la comercialización, como acabamos de exponer, va a quedar en manos del editor, podríamos hablar de que el autor confía la concreción de las acciones y, por ende, la protección de sus intereses, tanto patrimoniales como morales, en su editor, reforzando la idea que venimos defendiendo de la existencia de un fuerte *intuitu personae* en el contrato de edición. El cambio del modelo de negocio hace que la actividad comercial en la red (anuncios, redes sociales, etc.) acabe pasando a formar

---

<sup>257</sup> M. J. HERRERO GARCÍA, «Comentarios al artículo 64 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1033. En el mismo sentido, ÁLVAREZ DE BENITO (*Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 90).

<sup>258</sup> P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 90.

<sup>259</sup> P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, p. 91.

parte de la diligencia propia del editor, en especial, si la obra se publica exclusivamente en digital.

### **(b) Explotación continua de la obra**

Aparte de la actividad de difusión, que quizá sea más intensa en el momento de lanzamiento de la obra, que una vez se encuentra la obra en circulación (aunque no por eso debe dejar de realizarse), el editor viene obligado por el mismo artículo 64.4º LPI a la «explotación continua de la obra». Esto significa que no se libera de su cometido una vez puesta en el mercado la obra sino que debe procurar la comercialización de la obra siempre que sea posible. Esta obligación también se debe medir según los usos habituales del sector teniendo en consideración las observaciones hechas para la difusión.

En este aspecto existe una tradicional discusión doctrinal sobre el alcance de esta obligación: si se ha llegado al número máximo de ejemplares que establece el contrato ¿significa que existe demanda suficiente para que el editor realice una nueva edición?

Como ya hemos comentado al hablar del número máximo y mínimo de ejemplares, su función es establecer una horquilla cuya concreción quedará en manos del editor, que es el profesional que conoce el mercado y quien decidirá el número de ejemplares que el mercado podrá absorber.

El hecho de que se haya agotado el número de ejemplares de una edición seguro que es un elemento necesario para que el editor lance una nueva edición, pero entiendo que no es suficiente. Puede que, aunque se haya agotado la edición, las ventas hayan dado señales de agotamiento de manera que el editor considere que no hay demanda suficiente para que una nueva tirada sea rentable. Por tanto, creo que no se puede interpretar que alcanzar el número máximo de ejemplares sea sinónimo de que existe demanda futura y de que el editor, para cumplir con su obligación de asegurar una explotación continua de la obra, deba lanzar una nueva tirada. Tal y como estamos pudiendo comprobar, el legislador confía en la figura del editor diligente, como profesional del sector, para que delimite los detalles de la explotación de la obra, confiando en su criterio, en especial en este artículo 64.4 en el que nos remite a los usos habituales del sector editorial.

En entornos digitales la reimpresión no será necesaria, por lo que (aparte de mitigar un riesgo para el editor) este precepto puede que pierda sentido en cuanto obligación de reimpresión. Como ya hemos comentado, puede que tenga más sentido en el nuevo modelo establecer un plazo en el que deberá estar disponible la obra para el público.

En caso de que el editor no cumpla con su obligación de mantener una explotación continua de la obra, el autor podrá recurrir para la defensa de sus intereses a la causa de resolución establecida en el artículo 68.1.b) LPI. Este artículo únicamente exige al autor haber realizado un requerimiento expreso previo al editor, compeliéndole a que cumpla, para poder resolver el contrato.

Resulta curioso que, junto a esta causa de resolución, se prevea en la letra e) del primer apartado, una causa de resolución específica para el caso de que, agotada la última edición prevista<sup>260</sup>, el editor no haya procedido a la reedición tras un año desde que el autor le requiera. Entiendo que no se está realmente ante un incumplimiento contractual, puesto que esta nueva reedición que exige el artículo 68.1.e) LPI no estaba prevista contractualmente y, por tanto, no hay obligación de un nuevo lanzamiento por parte del editor, aunque persista el vínculo contractual. En una situación como la descrita, si el editor todavía cree en las posibilidades de la obra, no habrá problema para una reedición. El problema surgirá si el autor desea una nueva edición y el editor no comparte este criterio. En este caso, el legislador ha querido abrir una puerta para que, si la confianza del editor en la obra ha decaído, el autor pueda buscar otros editores que confíen en el éxito de una nueva edición. Por una parte, esta fórmula permite proteger los intereses del autor, autorizándole a seguir procurándose un futuro económico y profesional, si considera que la obra sigue teniendo potencial. Por otra parte, beneficia al público posibilitando que la obra pueda seguir en el mercado. Por último, al editor le ofrece una oportunidad para evitar perder los derechos sobre la obra en caso de que siga creyendo en la misma, a la vez que evita que retenga los derechos de manera «defensiva» para evitar que otros puedan hacerle competencia en caso de que haya perdido la confianza en la comercialización. Como acertadamente dice

---

<sup>260</sup> La Ley define lo que se debe de entender por agotamiento, entendiéndose por tal la situación en la que el número de ejemplares sin vender sea inferior al 5 % del total de la edición y, en todo caso, si quedan menos de 100 ejemplares por vender.

SÁNCHEZ ARISTI, es «una situación que se aproxima más al *mutuo disenso* que a la resolución»<sup>261</sup>.

A modo de cierre, podemos comentar que la obligación de explotación continua de la obra que pesa sobre el editor se configura como una obligación de tracto sucesivo en la que éste deberá alimentar el mercado siempre que exista demanda para la obra. Podemos encontrarnos en situaciones en las que incluso la vida de la obra es inferior a la duración del contrato. Además, estamos ante una obligación de medios, no de resultado<sup>262</sup>, donde el editor cumple llevando a cabo aquella actividad de promoción y distribución suficiente para atender a la demanda, según el mercado, la obra y el autor, bajo el prisma de los usos del sector. En este aspecto, es importante entender que en el entorno digital será necesario que el editor utilice medios digitales de promoción y que la impresión de nuevos ejemplares perderá sentido.

Por todo lo dicho, entiendo que la obligación del editor de explotar la obra continuadamente se debe matizar teniendo en cuenta que no exista desproporción entre satisfacer la demanda y el coste que puede acarrear satisfacerla (ya sea manteniendo ejemplares en el mercado o introduciéndolos). Es decir, no se deberá obligar al editor a mantener la obra en circulación si el coste de hacerlo es desproporcionado con una débil demanda. En este punto será importante atender a los usos del sector editorial, tal y como establece nuestra legislación. Esta desproporción se deberá medir de diferente manera en los modelos de negocio digital, donde el coste es menor, que en los modelos de distribución física.

Esta obligación defiende firmemente los intereses económicos del autor, ya que la explotación continua de la obra es sinónimo de procurar unos ingresos continuos al autor, al menos en el caso de la remuneración proporcional. También se puede entender que se está procurando proteger el interés moral del autor, al mantener la obra al alcance del público y mantener vivo el nombre y contenido de la obra.

---

<sup>261</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 64 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 990 y 991, y R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 68 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1049.

<sup>262</sup> Tanto sobre el tracto sucesivo como sobre la obligación de medios, R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 64 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 988.

Sin embargo, desde el punto de vista regulatorio se debe comentar que una obligación como la presente también tiene efectos (aunque sean indirectos) en la sociedad puesto que implica que el público pueda acceder a un mayor número de obras en un determinado momento, ya que si todos los editores cumplen con su obligación el acervo cultural al alcance del ciudadano será mayor.

#### 4. Omisiones del sistema de protección de intereses: la duración

Tras el análisis de los artículos dedicados al contrato de edición, podemos concluir que los preceptos que configuran la relación entre el editor y el autor, en pro del éxito de la difusión de la obra, van desde obligar a las partes a plasmar contractualmente el modelo de negocio que se desarrollará (aunque sea a grandes trazos) a las obligaciones que deben llevar a cabo en ejecución del contrato, así como a establecer causas de resolución que sancionen estos incumplimientos. Podríamos decir que la normativa establece medidas antes (artículos 60 y 62 LPI), durante (artículos 64, 65, 66 y 67 LPI) y para la finalización de la relación (68, 69 y 70 LPI), cumpliendo estas últimas una cierta función de «prevención general», tomando prestada la expresión del ámbito penal.

Las medidas establecidas en los artículos 60 y 62 LPI, que se refieren al contenido mínimo del contrato, entiendo que cumplen una importante función de reflexión. El hecho de que determinados aspectos se deban incluir en el contrato obliga a las partes a tratar y reflexionar sobre determinados temas, favoreciendo la claridad entre éstas y la discusión sobre temas esenciales de su relación contractual. Casi podríamos decir que es una especie de *check-list* sobre lo que debe contener el contrato. Es cierto que da la sensación de que los intereses del editor se defienden en la medida en que ayudan a la consecución de la edición de la obra, lo que indirectamente protege el interés del autor y el de acceso a la cultura por parte de toda la sociedad. Cuestión distinta es que en la práctica, si el autor no tiene capacidad de negociación, sus peticiones no sean escuchadas.

Cabe preguntarse por qué no se obliga a realizar determinadas menciones que revisten importancia para los intereses de las partes como puede ser la duración.

En el caso de la duración, la doctrina mayoritaria entiende que en caso de que las partes no incluyan en el contrato el plazo por el que estará vigente el mismo se debe aplicar supletoriamente el plazo de cinco años que establece el régimen general de transmisión de los

derechos en el artículo 43.2 LPI<sup>263</sup>. No obstante, alguna voz cualificada entiende que no sería de aplicación el citado régimen general sino que se debería acudir al artículo 69, en el que se regulan las causas de extinción, y en el que se dispone que el contrato de edición se extingue por el transcurso de quince años desde que el autor haya puesto al editor en condiciones de realizar la reproducción de la obra (o diez años para las cesiones remuneradas a tanto alzado). Según dicho precepto, debería interpretarse que en el caso de que no se haya fijado la duración en el contrato ésta sería indefinida y que la causa de extinción del artículo 69 operaría como límite a la duración del contrato, tanto si se trata de un contrato de duración indefinida como si se trata de un contrato de duración superior a quince años (o diez en caso de cesión remunerada a tanto alzado)<sup>264</sup>.

En mi opinión no hay argumento para separarse del régimen general de transmisión de los derechos basándose en la regulación de las causas de extinción del artículo 69. En primer lugar, el plazo de cinco años es perfectamente viable para editar una obra, por lo que no existiría ningún tipo de especialidad en el contrato de edición que nos hiciese apartarnos del régimen general. En segundo lugar, no es incompatible lo dispuesto en el régimen general con las causas de extinción establecidas para el contrato de edición. En tercer lugar, como es opinión mayoritaria, el plazo general de cinco años es potencialmente más perjudicial para los intereses del editor, quien, como profesional, será el más interesado en que quede claro esta cláusula del contrato. Esto justifica para muchos que el legislador no haya querido incluirlo entre las referencias obligadas que debe contener el contrato según el artículo 60. Entiendo que si la omisión se justifica en dicha razón no deja de ser una mala técnica legislativa, ya que lo que se debe pretender mediante la regulación de un contrato como el de edición es evitar conflictos interpretativos que puedan perjudicar la comercialización de la obra. Por último, el establecimiento de una causa de extinción consistente en el transcurso de quince años (o diez para obras cuya remuneración se haya pactado a tanto alzado) entiendo que no debe responder tanto a suplir la voluntad de las partes sino a actuar como protección del autor en caso de que la obra haya sido exitosa, pudiendo por tanto renegociar el contrato en mejores condiciones negociadoras. También actúa en favor del autor en caso de que quiera buscar un editor con mayor confianza en la obra. Cuestión distinta es si el plazo de quince años es excesivo para este fin desde el punto de vista del autor o si es demasiado corto desde el punto de vista del editor, ya que corre el riesgo de ir perdiendo su fondo editorial de obras exitosas (o

---

<sup>263</sup> En este sentido P. DE PABLO CONTRERAS, «Comentarios al artículo 69 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1058.

<sup>264</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 60 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 958 y 959.

renegociarlo), incluso con la previsión contractual de derechos de adquisición preferente a los quince años (o diez, según el caso).

## B. El caso particular de la edición en forma de libro

Tras el análisis del régimen general de la edición merece la pena detenerse en el caso particular de las obras editadas en forma de libro a las que el artículo 62 LPI dedica una regulación específica, obligando a menciones adicionales y estableciendo remedios propios.

Pese a que el libro se enumera en el artículo 10 LPI como tipo de obra protegida por la Ley, ésta no nos proporciona una definición de libro. Sí que lo hace la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas que define libro, en su artículo 2, letra a), como «obra científica, artística, literaria o de cualquier otra índole que constituye una publicación unitaria en uno o varios volúmenes y que puede aparecer impresa o en cualquier otro soporte susceptible de lectura». También las distintas acepciones aplicables al concepto de libro del diccionario de la RAE giran en torno al concepto de volumen<sup>265</sup>, entendido como «Cuerpo material de un libro encuadernado, ya contenga la obra completa, o uno o más tomos de ella, o ya lo constituyan dos o más escritos diferentes».<sup>266</sup> También recoge el DRAE la definición de la UNESCO conforme «se entiende por libro una publicación impresa no periódica que consta como mínimo de 49 páginas, sin contar las de cubierta, editada en el país y puesta a disposición del público»<sup>267</sup>.

Siguiendo a ESPÍN ALBA, creo que el libro viene definido por la esencialidad de la autonomía formal (en el sentido de volumen) o de contenido, siempre que no sea una obra destinada a insertarse en una publicación periódica<sup>268</sup>.

El concepto mismo de libro ha ido evolucionando con la irrupción de las tecnologías digitales, hasta el punto de que la Ley del Libro habla de soportes «tangibles e intangibles» en su definición de libro, añadiendo un segundo párrafo al artículo 2.a) para puntualizar que «se entienden incluidos en la definición de libro, a los efectos de esta Ley, los libros electrónicos y los libros que se publiquen o se difundan por Internet o en otro soporte que pueda aparecer en el futuro, los materiales complementarios de carácter impreso, visual, audiovisual

---

<sup>265</sup> **libro**. (Del lat. *liber, libri*). 1. m. Conjunto de muchas hojas de papel u otro material semejante que, encuadernadas, forman un volumen. 2. m. Obra científica, literaria o de cualquier otra índole con extensión suficiente para formar volumen, que puede aparecer impresa o en otro soporte. (RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=NG3ktc6>).

<sup>266</sup> RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=NG3ktc6>.

<sup>267</sup> UNESCO, *Recomendación sobre la normalización internacional de las estadísticas relativas a la edición de libros y publicaciones periódicas*, 19 de noviembre de 1964. (Disponible en: [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=13068&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13068&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)).

<sup>268</sup> I. ESPÍN ALBA, *Contrato de Edición Literaria*, p. 213.

o sonoro que sean editados conjuntamente con el libro y que participen del carácter unitario del mismo, así como cualquier otra manifestación editorial». La definición es ciertamente deficiente puesto que habla de libro electrónico sin definir qué se entiende por tal, además de confundir el soporte con la forma de difusión (Internet). Entiendo que hubiese sido más acertado hablar de soportes que utilicen tecnología digital. Otra mención que debe comentarse de esta definición es que permite un concepto de libro en el que se inserten videos o música, lo que se denomina multimedia. Entiendo que estos elementos añadidos deberán ser accesorios, dado que la definición de la Ley del libro parece apuntar que lo principal en el libro debe ser la lectura.

La digitalización en este sentido no hace que debamos abandonar el concepto de libro que hemos citado, conforme el libro se define por ser una unidad formal o de contenido. Pero quizá sí que merece una matización en el sentido de incluir en el concepto de publicación periódica a los blogs.

## 1. Lengua

La mención más relevante a la que hace referencia el artículo 62 es la relativa a la lengua. En la letra a) del 62.1 establece la obligación de mencionar la lengua o lenguas en las que debe publicarse la obra. Puede que con la mención del ámbito territorial en el contrato no sea suficiente para determinar el alcance de la cesión ya que lenguas y territorios no siempre coinciden. Puede suceder que una lengua abarque más de un territorio o que en un territorio se comercialicen libros en más de una lengua, por lo que aclarar contractualmente para qué lengua se está firmando el contrato de edición previene futuros conflictos en favor de ambos contratantes. Por parte del autor, se delimita un aspecto importante de la explotación de sus derechos (lo que le permite la explotación en otras lenguas) y, por parte del editor, se aporta la necesaria seguridad jurídica para proteger la inversión. Tampoco puede olvidarse que, desde un punto de vista de mercado, puede que el autor no escoja a un editor para cada país o lengua sino que sea el editor inicial quien lleve a cabo la edición en colaboración con otros editores<sup>269</sup>, hecho que también es relevante a los efectos que estamos analizando.

En caso de que el editor pretenda realizar la comercialización del libro en otras lenguas distintas de la original (que no

---

<sup>269</sup> Recordemos, como ya se ha comentado, que la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del libro (parcialmente vigente) recoge en la Sección 3.ª del Capítulo III los contratos entre editores, siendo especialmente relevantes, a los efectos aquí tratados, el contrato de coedición de obra determinada y el contrato de coedición plena.



necesariamente significa la lengua en la que fue escrita, sino la lengua en la que se le entrega al editor), deberá adquirir del autor el correspondiente derecho de transformación que le habilitará para traducir la obra. Por tanto, del precepto analizado parece desprenderse, *a sensu contrario*, que si en el contrato se contempla la comercialización en varias lenguas se debe entender cedido el derecho de transformación con el alcance necesario para poder llevar a cabo la comercialización dispuesta, si es que en el contrato no se ha dicho nada de la cesión de dicho derecho<sup>270</sup>.

En caso de que las partes omitan la mención sobre la lengua de edición, el remedio que ofrece la normativa es entender que la cesión sólo se produce para la lengua original de la obra, solución ésta que hace recaer sobre el editor la presión y el interés en que este aspecto quede claro en el contrato ya que normalmente será el mayor perjudicado en caso de omisión.

Junto a esta regulación que acabamos de describir, el artículo 62.3 prevé que cuando esté previsto realizar la edición de una obra en varias lenguas oficiales españolas, la publicación en una de ellas no exime al editor de la obligación de la publicación en las demás. Este precepto también se aplicará a las traducciones de obras extranjeras en España.

No se entiende bien, salvo que tenga un sentido político, la introducción de un precepto que no aporta valor a la relación entre las partes y que, además, se reduce a las lenguas oficiales en España sin justificación clara. Parece evidente que si hay un acuerdo contractual para la edición en varios idiomas, sean oficiales en España o no lo sean, la falta de publicación en una o varias de las lenguas previstas no puede eximir al editor de su obligación, estando ante un incumplimiento.

En el segundo apartado del artículo 62.3 se introduce una causa de resolución parcial, que no deja de ser una concreción de lo establecido en el artículo 68.1.a) LPI, para el caso de que el editor no haya publicado la obra en las lenguas oficiales españolas previstas en el contrato en el plazo de cinco años desde la entrega de la obra. Por la ubicación del precepto, este supuesto de resolución (y, por tanto, el plazo de cinco años) únicamente afecta a las publicaciones en lenguas oficiales españolas, aunque no parece que exista razón para este trato específico a las publicaciones en lenguas oficiales. Este precepto debe combinarse con lo prescrito en el artículo 60.6º conforme la obra debe ponerse en circulación en un plazo máximo de dos años desde la entrega de

---

<sup>270</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 62 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 968.

la obra por parte del autor al editor. La interpretación más lógica parece la de entender que la edición en una de las lenguas oficiales debe producirse en dicho plazo de dos años, disponiendo de hasta tres años adicionales para publicar la obra en el resto de lenguas oficiales pactadas, salvo que contractualmente se hayan establecido plazos más exigentes.

Si no es aplicable el plazo de cinco años a las obras publicadas en lenguas no oficiales, cabe preguntarse cómo opera el plazo de dos años del artículo 60.6º para la puesta en circulación respecto de estas obras. Por una parte, podría interpretarse que el plazo de dos años es para la edición en cada lengua y, por otra, que sólo aplicaría a la primera de las ediciones, no existiendo previsión de plazo legal para las ediciones en idiomas que no sean el original<sup>271</sup>. La primera interpretación parece más ajustada a derecho, aunque no encuentro razón para discriminar entre lenguas oficiales españolas y lenguas no oficiales. Parece que se esté dando menor margen para planificar, obligando casi a la simultaneidad, a la publicación en lenguas no oficiales.

Como se ha planteado en el apartado precedente, considero que esta mención obligatoria debería incluirse en el artículo 60 con carácter general. El cambio de modelo nos obliga a tomar en consideración más la lengua que la territorialidad.

## 2. Anticipo

Las otras dos menciones que recoge el artículo 62.1 en sus letras b) y c) hacen referencia al anticipo y a las modalidades de edición (y en su caso, a la colección de la que formarán parte), respectivamente.

En cuanto al anticipo, se trata de una mención que es únicamente obligatoria en el caso de que se pacte la entrega de éste, ya que, al utilizar el artículo 62 la fórmula «en su caso», abre la puerta a que no se pacte anticipo alguno. La regulación del presente supuesto no deja de ser, por tanto, una concreción del artículo 60º, en el que se establece la obligatoriedad de incluir en el contrato la remuneración que corresponde al autor. En este caso, puntualiza la forma de pago del mismo.

Realmente no nos encontramos ante un grave problema en la práctica, ya que el supuesto en el que se entregue un anticipo sin reconocerse en el contrato será extraño pues el anticipo será una

---

<sup>271</sup> En este sentido R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 62 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 968.

de las condiciones relevantes en caso de que se acuerde su pago. No parece que la fórmula utilizada por el legislador proteja en exceso al autor ya que, en un rebuscado escenario de mala fe en el que el editor niegue haber pactado un anticipo para evitar su cobro, estaremos ante un problema de prueba difícilmente demostrable. Si no es posible demostrarlo, no operaría la obligatoriedad del artículo 62. Si por el contrario es posible demostrarlo, estaríamos ante un incumplimiento contractual. Como ya he manifestado, entiendo que sería aconsejable una regulación más concreta del anticipo.

### 3. Modalidad

En cuanto a la modalidad o modalidades de edición a la que se refiere el artículo 62.1.c) parece que el precepto se está refiriendo a la presentación que de la obra se haga al público<sup>272</sup>. Nos encontramos aquí ante una ampliación de lo dispuesto en el artículo 60.4º LPI, que obliga a la mención sobre las «formas de distribución de los ejemplares». Se debe entender como ampliación ya que el concepto «modalidad o modalidades de edición» es más amplio que el de «formas de distribución de los ejemplares», en especial si se entiende «distribución» en el sentido del artículo 19 LPI, por lo que las modalidades de edición incluirían también aquellas cuestiones relativas a la reproducción.

### 4. Colecciones

Por último, en este apartado nos debemos detener en la mención que realiza el artículo 62.1.c) a las colecciones. Según este precepto, es obligatorio que aparezca en el contrato las colecciones en las que se integrará el libro en caso de que vaya a formar parte de alguna.

El legislador utiliza en este caso el concepto colección en sentido común, no en el sentido técnico-jurídico de obra protegida por la legislación de propiedad intelectual que le da el artículo 12 LPI. Las

---

<sup>272</sup> TORRES GARCÍA comenta que «Para determinar la modalidad de edición podemos con carácter general acudir a dos criterios: uno, aquel que nos lleva a distinguir según que la edición adopte una forma unitaria en su publicación o, por el contrario, si ésta tiene lugar de manera periódica, es al final de la edición cuando se reúne la obra en su totalidad, siendo habitual en esta modalidad los fascículos o entregas periódicas; en cambio, cuando la publicación es íntegra y completa, entonces recibe la denominación de volumen y viene a ser la modalidad corriente de este contrato de edición. De acuerdo con el segundo, la modalidad puede circunscribirse a la presentación que de la obra se haga al público: son modalidades que puede adoptar este contrato de edición de acuerdo con este criterio, edición de bibliófilo, edición popular, de bolsillo: así mismo cabe hablar de una modalidad de edición cuando ésta se refiere a las obras escogidas o a obras completas de un autor» (T. TORRES GARCÍA, «Comentarios al artículo 62 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1009).

editoriales suelen agrupar sus publicaciones en colecciones, según sus características (temáticas, estilos, etc.), que facilitan la elección de los libros por parte de los lectores. Bien es cierto que si la selección de las obras que conforman una colección cumple con los requisitos del artículo 12 LPI, además también será considerada una obra a los efectos de la legislación de propiedad intelectual y también podremos hablar de «colección» en el sentido técnico-jurídico.

Si se ha previsto la inclusión de la obra en una colección, parece razonable que también se exija su mención en el contrato, aunque nos encontramos con el problema de que, siendo una mención optativa, la eficacia de esta medida es cuestionable. Quizá sería más aconsejable obligar a mencionar también si la obra no va a estar incluida en una colección, generando así una situación en la que se obligue a las partes a llegar a un acuerdo sobre la cuestión, ya sea en un sentido o en otro, y forzando una mínima reflexión sobre el tema.

Como vemos, la mayor parte de las obligaciones recaen sobre el editor ya que su condición de profesional y los mayores recursos que se le presuponen hacen que sea el sujeto idóneo para velar por el cumplimiento de estos aspectos.

Tras analizar estos supuestos, la pregunta que se puede plantear es si realmente la mención de la lengua, el anticipo y las modalidades de edición (incluyendo la mención a la colección) son cuestiones que sólo afectan a la edición en forma de libro o si pueden afectar a otras formas. Pese a que la edición en forma de libro es la más extendida, pueden existir otras formas de edición a las que también les es de aplicación estas menciones.

No parece que haya una razón de peso para pensar que el autor de un libro necesite mayor protección que los autores en otros formatos o que exista alguna especificidad en el formato de libro que exija estas menciones adicionales. La lengua es un elemento relevante de cualquier tipo de edición (en especial en la digital), así como los anticipos. Quizá la modalidad de edición y las colecciones sí que son una cuestión más propia de la edición en forma de libro, pero no dejan de ser una especificación de lo establecido en el artículo 60.4º, al igual que el anticipo no deja de ser una prolongación de lo establecido en el apartado 5º del mismo artículo. Por tanto, sería preferible, desde mi punto de vista, incluir la mención a la lengua en el artículo 60.

### C. El caso particular de las publicaciones periódicas

Como se ya se ha anunciado, las publicaciones periódicas conforman un mundo propio en el sector de la edición, razón por la cual el legislador ha querido dedicar un precepto específico (el artículo 52 LPI) que recoja determinadas particularidades frente al régimen general de transmisión de los derechos del Capítulo I del Título V. Igualmente, le ha dedicado otro precepto en sede del contrato de edición (el artículo 59.3 LPI). A continuación expondré las particularidades de la edición de las publicaciones periódicas y, posteriormente, analizaré si el modelo de negocio puede modificar en algo dicha regulación y los intereses protegidos.

En la primera parte de este capítulo hemos descrito, desde un punto de vista empresarial, qué se entiende por periódico y por revista, entendiéndose que ambos conceptos se engloban bajo el término más amplio de «publicación periódica». Desde el punto de vista legal, nuestra vigente Ley no nos facilita una definición de lo que debe de entenderse por publicación periódica<sup>273</sup>. Para encontrar una definición de publicación periódica nos debemos remontar al artículo 15 del Real Decreto de 3 de septiembre de 1880, por el que se aprueba el Reglamento para la Ejecución de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 y que, según la Disposición Transitoria Séptima de la actual Ley de Propiedad Intelectual sigue vigente en todo aquello que no se oponga a la actual Ley.

Pues bien, dicho artículo 15 entiende por publicación periódica «los diarios, semanarios, revistas y toda serie de impresos que salgan a la luz una o más veces al día o por intervalos de tiempo regulares o irregulares, con título constante, bien sean científicas, políticas, literarias o de cualquier clase». Lo esencial de este tipo de publicaciones es su periodicidad, independientemente del contenido y del medio.

Este tipo de publicaciones, como ya se ha analizado, necesitan de una mayor flexibilidad y agilidad en la negociación entre autor y empresario puesto que el valor editorial de la obra en muchas ocasiones se haya estrechamente vinculado a la actualidad (en especial en el ámbito periodístico). Como comenta ESPÍN ALBA, «la publicación de un periódico o revista obedece a una práctica editorial caracterizada por la rapidez de la recogida, impresión y distribución

---

<sup>273</sup> TORRES LANA entiende que el concepto de publicación periódica tiene una «conexión con dos de los más típicos derechos de explotación, el de reproducción y el de distribución». Sin negar este extremo, entiendo que no por esta razón debe de excluirse el derecho de comunicación pública, propio de los medios digitales. Como este mismo autor reconoce «la flexible redacción del precepto ha propiciado que haya podido ir ampliando su ámbito de aplicación al compás del advenimiento de las nuevas modalidades de difusión de publicaciones periódicas» (J. A. TORRES LANA, «Comentarios al artículo 52 LPI», en Rodrigo BÉRGOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 845).

comercial del material. Sería impensable aplicar las reglas estrictas que rigen el contrato de edición, pues siquiera habría tiempo hábil para llevar a cabo todas las exigencias legales»<sup>274</sup>. Seguramente para adaptarse a esta forma de actuación el legislador otorga mayor protagonismo a la autonomía de la voluntad, separándose del criterio general del Título en el que se encuentran estos dos preceptos.

## 1. Regulación de las publicaciones periódicas en la LPI

Entrando en lo dispuesto en el artículo 52 LPI, se establecen dos categorías de publicaciones periódicas: las publicaciones diarias y las publicaciones no diarias. Respecto a las primeras estamos refiriéndonos claramente a lo que hemos definido como periódicos<sup>275</sup>. En cuanto a las segundas las podemos identificar con lo que hemos definido como revistas.

Para ambos tipos de publicaciones periódicas se establece un sistema de contratación basado en el sistema de oferta y aceptación, para el caso de que las partes nada hubiesen pactado. Hay que decir que la técnica legislativa utilizada es un tanto confusa ya que no regula directamente el sistema que se describirá a continuación, sino que éste se deduce de la regulación que el precepto realiza sobre la capacidad de disposición de la obra del autor.

El sistema de contratación previsto consiste en presumir que el autor enviará al editor la obra y que este último actuará de tres posibles maneras: o i) bien le responderá de manera expresa si quiere o no proceder a la publicación, o ii) bien procederá a la publicación sin dar respuesta (lo que se entenderá como un consentimiento) o iii) bien no dará contestación alguna al autor, por lo que pasado un plazo de uno (para las publicaciones diarias) o seis meses (para el resto de publicaciones) se entenderá que no está interesado y declina la publicación de la obra. Por tanto, el sistema utilizado trata el envío del autor como una oferta de los derechos sobre la obra para proceder a la publicación que el editor puede, como hemos visto, aceptar o declinar de manera tácita o expresa.

En caso de que el editor rechace expresamente la obra o no conteste en el plazo establecido, el autor dispondrá nuevamente de sus derechos de manera plena y será libre para buscar nuevos editores.

---

<sup>274</sup> I. ESPÍN ALBA, *Contrato de Edición Literaria*, p. 236.

<sup>275</sup> En principio, tanto periódicos como revistas son, a la luz de nuestra legislación, obras colectivas. ROGEL VIDE discrepa de la postura mayoritaria, puesto que entiende que «el periódico no es una obra colectiva, sino una suma, un conjunto de obras, algunas de las cuales son colectivas». En ese sentido distingue entre obras singulares (p. ej., las cartas al director o fotografías), obras en colaboración (p. ej., escritos firmados por varios autores) y colectivas (p. ej., editoriales), la suma de las cuales será un periódico o revista. C. ROGEL VIDE, «Periodismo y derecho de autor. Una aproximación histórica», en Miguel Ángel ENCABO VERA (coord.), *Periodismo y Derecho de Autor*, p. 9.

Por el contrario, si el editor acepta publicar la obra se entiende que el autor cederá a éste los derechos necesarios para publicarla pero manteniendo aquellos que le permitan publicar la obra «en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se hayan insertado».

Por último, junto a este sistema de transmisión de los derechos descritos, el artículo 52 LPI hace una mención al sistema de remuneración permitiendo, como si de un caso más del artículo 46 LPI se tratase, la remuneración a tanto alzado para este tipo de publicación. El fundamento, como argumentamos largamente en el correspondiente apartado, debe encontrarse en la mayor facilidad que esto supone para la negociación y gestión, lo que se debería traducir en un fomento de la publicación.

Como ya hemos mencionado, este sistema admite pacto en contrario, que debe ser interpretado, siguiendo a TORRES LANA, en el sentido de que «sólo en defecto de pacto – y éste es el auténtico sentido de la expresión legal – entra en juego la norma, que constituye así un régimen legal supletorio»<sup>276</sup>.

Por tanto, resulta difícil pensar que en una colaboración estable el editor de la revista o el periódico y el autor no hayan suscrito un contrato de prestación de servicios más detallado en el que conste la periodicidad y la remuneración de cada colaboración o se encuentren sometidos a las normas generales de la empresa. Este régimen tampoco se aplicará a aquellos autores con quienes el editor tenga una relación laboral, puesto que en ese caso sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 51 LPI. De ahí que crea que este régimen se aplicará básicamente a colaboraciones puntuales y que, seguramente, partirán de la iniciativa de los propios autores que pondrán a disposición del editor las obras.

Atendiendo a este último colectivo de autores (presumiblemente noveles) a quien será de aplicación este precepto, se puede concluir que el artículo intenta proteger tanto los intereses del autor como los del editor.

Respecto al autor, entiendo que el interés protegido es el que podríamos describir como el de permitir la maximización de la explotación de la obra, facilitando que el autor pueda buscar diferentes ventanas de explotación para la misma. De ahí que la

---

<sup>276</sup> TORRES LANA se plantea que «Interpretando literalmente aquellas expresiones podría llegarse a la conclusión de que el único pacto admitido por la Ley es el pacto en contrario, es decir, el opuesto, y no aquel otro que sencillamente se limite a articular un régimen diferente», para concluir que «esta posición equivale a elevar a categoría dicha cláusula de estilo y no sólo resulta en exceso restrictiva, sino que aparece al final como contrapuesta a la tendencia legal de proteger primordialmente al autor» (J. A. TORRES LANA, «Comentarios al artículo 52 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 844).

fórmula articulada por el legislador sea similar a la de la oferta, como hemos comentado, no despojando al autor de sus derechos por el mero envío de la obra al editor.

Este interés se protege tanto cuando establece unos plazos para someter la obra a la consideración del editor (el mes o los seis meses, dependiendo del caso), en el segundo párrafo del artículo 52 LPI, como cuando permite buscar otras ventanas diferentes de explotación al autor cuya obra ya ha sido publicada, en el primer párrafo del artículo 52 LPI. En el primer caso la Ley limita la obligación de abstenerse de ceder los derechos transcurrido uno o seis meses según el tipo de publicación, por lo que puede seguir buscando posibles editores para la publicación de su obra. En el segundo caso, el autor podrá buscar formas de explotación adicionales que, si así lo considera, puedan darle réditos económicos y/o morales.

En cuanto al editor, el artículo 52 LPI le protege limitando la iniciativa del autor. Por un lado, no permite que el autor cuya obra haya sido publicada busque otras formas de explotación de la obra que perjudiquen la publicación en la que se haya insertado, es decir, la del editor. Por otro, se protege al editor dándole un tiempo prudencial (de uno o seis meses, según el caso) para que pueda estudiar la obra y decidir si publicarla, con exclusión de los competidores. En el fondo se le da un periodo de exclusividad para estudiar la obra.

Podemos concluir que el presente artículo procura agilizar la publicación de obras de pequeña extensión (artículos periodísticos, artículos en revistas, etc.), que no requieren un proceso de revisión y publicación tan complejo como el de obras de mayor extensión. Sin embargo, tal y como se ha apuntado, el colectivo en el que tendrá mayor incidencia es el de las colaboraciones que se producen como consecuencia del fenómeno del envío esporádico de obras a los editores buscando posibilidades de publicación, aunque parece extraño que este sistema, faltando elementos esenciales como la forma de pago, pueda funcionar salvo que la editora a la que se envíen las obras tenga unas tarifas generales o que la motivación del autor no sea económica.

Es habitual que muchos editores tengan establecidas unas bases o condiciones generales en las que se regulan los términos a los que se someterá el autor en caso de envío, completando la regulación legal. No se discute la validez de dichas condiciones. No obstante, se podría plantear si el autor podría establecer en el momento del envío, acompañando a la obra, sus propias condiciones para el editor. Creo que nada impide dicha práctica puesto que el autor también puede completar la regulación legal mediante sus propias condiciones que el editor se entiende que acepta si procede a la publicación. El problema



surgiría en caso de que tanto el editor como el autor tuviesen sus propias condiciones y algunas fuesen contradictorias.

## 2. La regulación de las publicaciones periódicas en el entorno digital

En el actual entorno digital, con la proliferación de publicaciones digitales de todo tipo, se plantean algunas cuestiones sobre la regulación que acabamos de describir<sup>277</sup>.

### **1. El concepto de publicación periódica en el entorno digital**

La primera cuestión que nos podríamos plantear sería si la clasificación de las publicaciones periódicas que realiza la Ley se ajusta a la realidad digital.

En la realidad física, al existir un ejemplar tangible de la publicación, que es lo que llega al lector, se hace inevitable tomar como referencia para determinar la periodicidad el momento en que cada edición llega al mercado. No obstante, en el entorno digital podemos encontrar dos tipos de publicaciones: i) una publicación que es básicamente el ejemplar en papel pero en formato digital, ante lo que creo que se podría aplicar perfectamente la clasificación establecida por la Ley, y ii) una publicación en la que no existe un momento que determina cuándo el ejemplar está finalizado y debe distribuirse sino que la publicación está en constante evolución ya que sus contenidos se actualizan en función de los acontecimientos que van surgiendo. Podríamos decir que es una publicación que está «viva».

Pensemos, por ejemplo, en el caso de un periódico. Si atendemos a la realidad física, consideraremos la periodicidad de la publicación en función de cuándo el ejemplar en papel accede al mercado. En el entorno digital puede que el periódico disponga de una edición digital, idéntica o similar<sup>278</sup> a la que se publica en papel, por lo que también tomaríamos como referencia para la periodicidad el momento en el que el archivo esté disponible para su descarga o se envíe en forma de

---

<sup>277</sup> Seguramente, como comenta RODRÍGUEZ TAPIA, atacando la práctica de considerar cedidos los derechos de autor mediante el convenio colectivo, «el entorno digital no ha cambiado sustancialmente los derechos de autor del informador de prensa. Ha cambiado, para todos los gremios y sectores creativos, la forma de reproducir las obras y la forma de acceder a la información y a las obras del ingenio». J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Periodistas asalariados y colaboradores de prensa», en Miguel Ángel ENCABO VERA (coord.), *Periodismo y Derecho de Autor*, p. 76.

<sup>278</sup> Puede que la publicación, en su versión digital, añada algún elemento adicional, como animaciones o elementos interactivos. No obstante, estos elementos no serían relevantes a efectos de determinar la periodicidad de la publicación.

boletín. No obstante, puede que en el entorno digital el periódico disponga de una versión web en la que vayan apareciendo los contenidos a medida que se producen. Entiendo que a esa versión web, también se la debe de calificar como publicación periódica, aunque habrá quien discrepe de esta consideración. En este caso, resulta difícil establecer una periodicidad para esta publicación ya que no existe un ejemplar finalizado, tal y como sucede en la realidad física, sino que los contenidos de la web se van actualizando a medida que se generan contenidos relacionados con la actualidad. En un periódico convencional es prácticamente seguro que los contenidos se van a actualizar diariamente, pero quizá en otros medios la actualización no se produce de una forma sistemática ni previsible (pensemos, por ejemplo, en otro tipo de publicaciones como los blogs).

También podríamos plantearnos, en esta línea, si publicaciones de otra naturaleza, como los videoblogs, también pueden considerarse publicaciones periódicas. Bajo mi punto de vista, no habría inconveniente en considerarlas así, aplicando el contenido del artículo 52 LPI. Cada vídeo sería una obra, tal y como sucede con los artículos, pero al insertarlo en el videoblog nos llevaría a determinar que se trata de una publicación periódica.

A la vista de lo expuesto, se puede concluir que la redacción del artículo 52 LPI se adapta mal a parte de la realidad digital ya que la determinación de la periodicidad de la publicación, en casos como los de las páginas web, blogs, videoblogs y similares, no se determina por un hecho concreto como en la realidad física. Sería recomendable, entonces, optar por otro tipo de criterio como el de la periodicidad de la actualización de contenidos (y no el de publicación), manteniendo la clasificación de las publicaciones entre actualización diaria y actualización no diaria.

## **2. Plazo de valoración**

Esta primera cuestión nos llevaría a la segunda, consistente en analizar si el plazo establecido por la ley para que el editor valore la obra (uno o seis meses, según el tipo de publicación) es excesivo o no. Como se ha dicho anteriormente, para la necesaria agilidad de los medios digitales puede parecer excesivo. En el caso de las publicaciones de periodicidad diaria, un mes es un plazo que se podría valorar como excesivamente largo para un tipo de obra corta y vinculada con la actualidad.

La digitalización, como ya se ha explicado, ha reducido costes, gestiones administrativas y no existen las mismas dificultades físicas que existían en los rotativos tradicionales para recibir, analizar y, en su caso, insertar una noticia en la publicación, acortándose los tiempos. Es cierto que se necesita un cierto tiempo para la revisión del artículo y la planificación del momento idóneo para publicarlo, pero si estamos hablando del momento entre la presentación del artículo por parte del autor y el consentimiento por parte del editor, un mes parece excesivo para el interés del autor ya que durante ese mes el autor no podrá disponer de los derechos de su obra y puede que ésta pierda atractivo. Sería aconsejable reducir el periodo de un mes, en protección del interés del autor, para que pueda optimizar las posibilidades de publicación de su obra puesto que si el plazo es más corto, antes podrá volver a disponer de los derechos de su obra para ofrecerlos a otros editores en caso de negativa tácita por parte del primer editor. Pese a lo dicho, esta reducción de plazo debe de conciliarse con aquellos medios que van a utilizar la obra tanto para su publicación en papel como en digital, lo que es un caso frecuente, que quizá sigan necesitando un plazo mayor debido a la publicación en papel.

En las publicaciones de periodicidad menos frecuente, dependerá del tipo de obra. Un artículo científico que deba valorar un comité editorial requerirá evidentemente más tiempo que el artículo de una revista semanal sobre temas de actualidad. No obstante, entiendo que seis meses debería ser un plazo de máximos, que debería reducirse en beneficio del autor. Tal y como hemos argumentado en este apartado, al ser una regulación dispositiva nada obstaría a que el autor acompañase la obra, en el momento de su envío, con determinadas condiciones entre las que se podría encontrar la de establecer plazos más cortos para considerar transcurrido el plazo preferente del que goza el editor para estudiar la obra.

Otra opción para solucionar esta problemática sería la de permitir al autor disponer de sus derechos sobre la obra hasta que reciba la aceptación de algún editor, vinculándose con el primero que le conteste.

### **3. El paso del papel al entorno digital**

La digitalización y las facilidades de difusión que ofrece Internet también han traído cuestiones novedosas que no estaban recogidas en los textos legales. Una de ellas, ya superada, es la de qué sucedía desde el punto de vista del derecho de autor

con los artículos publicados en papel. Por una parte, las cabeceras de los periódicos y revistas entendían que la publicación en formato digital de artículos ya publicados en papel (normalmente en hemerotecas o versiones web) era una prolongación de la publicación, por lo que se entendía que al ceder los derechos para la versión en papel se encontraba implícita la digitalización de dichos contenidos. Por su parte, los periodistas entendían que se trataba de una nueva modalidad de explotación, por lo que se requería un contrato específico para la cesión de los derechos de la obra para utilizarla en formato digital.

El primer caso relevante en este sentido es el caso *Tasini v. New York Times*<sup>279</sup>, en el que varios periodistas autónomos esgrimieron que el *New York Times* había infringido sus derechos de autor al publicar sus artículos en formato CDROM. El Tribunal Supremo finalmente acabó dando la razón a los periodistas, pese a la interesante argumentación de los editores, que bajo el concepto de *media neutrality* defendían que una transferencia de una obra de un medio a otro no tiene efectos en los derechos de autor. No tardaron en seguirle sentencias en el mismo sentido en otros países, en especial en Francia<sup>280</sup>.

En el caso español, el resultado sería el mismo, puesto que tanto si el colaborador de la publicación es independiente como si es parte de la plantilla estaríamos ante una nueva actividad del periódico que, salvo que se hubiese previsto contractualmente, caería fuera del objeto del contrato. Además, entiendo que existe un argumento económico que también legitimaría la renegociación de los contratos, puesto que los periódicos o revistas se encuentran ante una nueva actividad que comporta una nueva línea de ingresos por lo que la utilización de las obras de los articulistas para esa nueva actividad, bajo la perspectiva de la interpretación restrictiva de nuestra legislación de propiedad intelectual, que se fundamenta en el *in dubio pro auctore*, justificaría la interpretación de que se requiere un nuevo acuerdo de cesión para esa nueva actividad.

---

<sup>279</sup> *New York Times Co. v. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/533/483/>.

<sup>280</sup> Entre otros, los casos *Figaro* (14/04/1999, Tribunal de Grande Instance de Paris, aff. SNJ et autres c/ Figaro); *Le Progrès* (21/07/1999, TGI Lyon, SNJ c/ SA Groupe Progrès) o *ADN* (03/02/1998, Référé commercial, TGI Strasbourg, aff. USJF, SNJ et a.).

#### 4. Los nuevos servicios de noticias: *clipping* y agregadores de noticias

En cuarto lugar es inevitable plantearnos la regulación que se aplica a nuevos modelos de distribución de contenidos en el sector de las publicaciones periódicas, en concreto de los periódicos y revistas sobre temas de actualidad. Podemos diferenciar dos nuevos modelos, ambos objeto de una reforma legislativa *ad hoc*, como son los resúmenes de prensa, o actualmente llamados servicios de seguimiento de medios de comunicación (el denominado *clipping*) y los agregadores de noticias.

##### (i) **Clipping**

El *clipping* es un servicio periódico (normalmente con periodicidad diaria) que prestan las empresas de comunicación a sus clientes, por el que las primeras envían de forma ordenada, según los criterios establecidos por el cliente (sectores, empresas, etc.) las noticias aparecidas en distintos medios de prensa escrita a cambio de una remuneración<sup>281</sup>. Este tipo de servicios permite a los clientes realizar un seguimiento diario de las apariciones en prensa de su empresa o persona, así como de los competidores y temas de interés. Además, este seguimiento permite a los clientes obtener una información organizada y útil a un precio muy inferior que si tuviesen que realizar dicho seguimiento con sus propios medios.

Esta actividad, bajo la denominación de «revista de prensa» ya está contemplada en el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, en el artículo 10, donde se incluía expresamente bajo el límite de cita, trasladándose este reconocimiento a nuestra entonces vigente Ley de Propiedad Intelectual.

Esta regulación quizá era adecuada y suficiente al periodo previo al fenómeno de la digitalización, donde los resúmenes de prensa se realizaban de manera artesanal (recortando y fotocopiando las noticias) y eran accesibles a unos pocos directivos de empresas. No obstante, hoy en día el alcance de estos servicios es masivo gracias a la tecnología que hace que el coste marginal por nuevo usuario sea mínimo, así como a la

---

<sup>281</sup> En palabras del Tribunal Supremo es la elaboración de «recortes, boletines y resúmenes de prensa diaria, en soporte papel y digital, que comercializaba poniéndolos a disposición de sus clientes a cambio de una contraprestación económica» (STS 1623/2014 de 25 de febrero de 2014).

facilidad de seleccionar, reproducir y enviar las noticias. Por tanto, este considerable aumento del número de usuarios que pueden acceder a una selección personalizada de noticias de su interés, aparecidas en distintos medios, ha provocado una cierta reflexión sobre el modelo que ha acabado en una reforma legislativa. También es importante resaltar que cuando se realizaba el *clipping* en formato papel el derecho utilizado era el de reproducción. En el entorno digital, el derecho afectado es el de comunicación pública<sup>282</sup>.

La versión primera del Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, presentado en 2005, recogía una primera solución en el artículo 32.1: «Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No tendrán tal consideración las recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción cuando dicha actividad se realice con fines comerciales».<sup>283</sup>

Esta primera solución proponía regular dentro del límite de cita del artículo 32 LPI, con carácter general, las reseñas o revistas de prensa. Entiendo, junto a PÉREZ DE ONTIVEROS que quizá hubiese sido mejor amparar esta excepción bajo el límite de trabajos sobre temas de actualidad del artículo 33 LPI<sup>284</sup>, ya que la justificación del límite se ampara en el derecho de información (además de no responder a la misma lógica descrita en el párrafo primero del artículo).

La propuesta establecía que esta actividad estaría amparada por el límite de cita siempre que no se sobrepasasen dos líneas: i) que se trate de la reproducción del artículo y no de una simple reseña y ii) que la actividad se realice con fines comerciales. Como hemos descrito, está extrayendo del límite la actividad desarrollada por las agencias de comunicación, es decir, el *clipping*.

Resulta curioso que la Ley no defina (y tampoco el Convenio de Berna) qué se entiende como «revista de prensa». El Grupo Parlamentario Catalán presentó una enmienda (que no prosperó) definiendo revista de prensa como «la exposición

---

<sup>282</sup> J. I. PEINADO GRACIA y D. SOLANA, «*Press clipping*: competencia desleal y propiedad intelectual», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 2008, núm. 2, La Ley, p. 42.

<sup>283</sup> Disponible en: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20050826004401.CODI.%29#\(Página1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20050826004401.CODI.%29#(Página1)).

<sup>284</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, «Comentarios al artículo 32 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 593.

sumaria y en extractos de lo publicado en los medios de comunicación». Se puede observar que la definición que se sobreentiende del proyecto de Ley, así como la que se utilizó durante la tramitación parlamentaria, y que finalmente se ha visto plasmada en la Ley, es más amplia que la que se recogía en esta enmienda ya que el Grupo Parlamentario Catalán lo entendía como una «exposición sumaria y en extractos» mientras que la Ley lo entiende como la «mera reproducción», es decir, la empresa de *clipping* se dedica únicamente a recopilar, clasificar y reproducir sin modificar el artículo, incluso manteniendo el formato del periódico original y la mención al mismo<sup>285</sup>.

En la tramitación de la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, el propio Grupo Parlamentario Socialista del Congreso (impulsor de la reforma desde el Gobierno) incluyó en el trámite parlamentario, bajo el número 68, una enmienda que suavizaba la propuesta inicial en el sentido de que la actividad de *clipping*, definida por la reproducción del artículo y el fin comercial, sí que entraba dentro del amparo del límite aunque generaba una remuneración equitativa a favor del autor<sup>286</sup>.

La motivación de esta enmienda, según el Grupo Socialista se justifica en «encontrar una solución equilibrada entre la necesidad de solicitar la autorización del autor para la elaboración de revistas de prensa cuando exista un fin comercial y permitir las sin ningún tipo de compensación para el autor. Así, con la redacción propuesta no se exige la autorización del autor -que sí sería necesaria conforme a la redacción prevista en el proyecto de ley- pero se le compensa por los daños que pueda sufrir en sus derechos».

---

<sup>285</sup> También es interesante mencionar a este respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que resuelve la disputa en la que Unidad Editorial, S. A. (editora de *El Mundo*) y Mundinteractivos, S. A. (editora de la versión web de *El Mundo*) acusan a Periodista Digital, S. L. (gestor de la web *Periodistadigital.com*) de copiar sistemáticamente sus artículos. El conflicto entre las partes es anterior a la reforma que se está analizando, pero configura un concepto de revista de prensa que también es más restrictivo que el que finalmente se ha plasmado: «Este tribunal pone en entredicho que lo que elaboraba PERIODISTA DIGITAL S. A. mereciese el tratamiento de revista de prensa. Habiendo analizado el contenido de la impresión de los diversos de sus ejemplares que se han incorporado a los autos, entendemos que se trata más bien de un diario en formato electrónico, de acceso universal y gratuito, que se estaba nutriendo (al menos al tiempo de iniciarse el litigio), en un porcentaje relevante, de los demás periódicos con los que competía, y entre éstos, de contenidos significados del diario *El Mundo* (no solo artículos de actualidad de sus redactores, sino editoriales, artículos de opinión, entrevistas, fotografías, etc.), además de modo acusado (pues llegó a superar el 10 % de los mismos -véase folio n.º 463 de autos- en el período septiembre de 2004 a marzo de 2005), sin que recabase para ello autorización de su editora. Desde luego ese comportamiento tiene poco que ver con la especialización (por la materia a que se refiera la selección realizada, etc.) y grado de difusión (por el destino a colectivos, sectores o empresas concretas y por su limitado número de ejemplares, etc.) que debería caracterizar al denominado "press clipping"» (SAPMad 636/2006 de 6 de julio de 2007).

<sup>286</sup> Recordemos que estamos ante obras que generalmente se califican de colectivas, debiéndose entender que el autor, en este caso, serán los periódicos, salvo excepciones. [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20051130004410.CODI.%29#\(Página29\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20051130004410.CODI.%29#(Página29)).

No obstante, el texto final de la Ley recoge una última enmienda en la que parece que se establece un sistema de *opt in* para el autor, es decir, se sigue manteniendo que el *clipping* estará amparado por el límite de cita y que generará una remuneración equitativa en favor del editor, siempre y cuando este último no se oponga. Si se opone, dicha actividad no estará amparada por el límite y, por tanto, deberá negociar la empresa que preste el servicio de prensa con la editorial. En palabras extraídas de la motivación de la enmienda del senado «la acotación que se introduce en el artículo 32 respecto de las revistas de prensa, matiza el alcance del límite facultando al autor, en determinados casos, a oponerse a la realización de aquéllas cuando consistan en la mera reproducción de artículos periodísticos».

Por tanto, el resultado de la reforma restringe el límite de cita. En palabras de la Audiencia Provincial de Madrid en el caso de *El Mundo contra periodismodigital.com* la reforma de 2006 «ha restringido notablemente las condiciones para poder considerar lícita la mera reproducción de artículos con fines comerciales, que nunca podría serlo, a partir de la tal reforma, si mediase oposición expresa del autor»<sup>287</sup>.

Merece aquí realizar un pequeño comentario sobre quién debe ser considerado autor según el artículo 32.1 LPI y, por tanto, quién puede oponerse. Dos de las principales empresas dedicadas al *clipping*, Documentación de Medios y RGR, entendieron que el autor de los periódicos y las revistas al que se refiere el artículo 32.1 LPI no es el editor de la publicación sino quien firma los artículos. En coherencia con dicha postura, suscribieron un acuerdo con la Federación de Asociaciones de la Prensa por la que satisfacían la cantidad de 0,04 euros por recorte utilizado e hicieron caso omiso de la oposición manifestada por los editores ya que, según ellos, no eran los autores.

Finalmente, el Tribunal Supremo se ha manifestado en contra de dicha argumentación, entendiendo que se debe presumir que los periódicos y revistas son titularidad del editor, quien ejercerá la oposición salvo prueba en contrario<sup>288</sup>.

---

<sup>287</sup> SAPMad 636/2006 de 6 de julio 2007.

<sup>288</sup> El Tribunal Supremo, con un espíritu pragmático, entiende que es razonable entender que el editor es el titular de los derechos y, en consecuencia, quien realiza la oposición contemplada en el artículo 32 LPI en base a: i) lo razonable es considerar a las publicaciones periódicas como una obra colectiva del artículo 8 LPI, aunque pueden existir excepciones; ii) no obstante, esas aportaciones individuales que pueden considerarse como independientes de la obra colectiva normalmente estarán realizadas al amparo de una relación laboral (art. 51 LPI) o cedidas al editor (art. 52 LPI). «En definitiva -además de la importante significación que, para el contenido del periódico, tiene la cabecera del mismo-, es lo cierto que el mencionado conjunto de normas, interpretadas a la luz del llamado canon hermenéutico de la



La mayoría de editoriales de tamaño medio o grande se opusieron al uso de sus materiales, tras la reforma legislativa, para provocar una negociación y, actualmente, existen acuerdos entre las editoriales y las empresas de *clipping*<sup>289</sup>. También cabe decir que algunas empresas dedicadas a esta actividad (por ejemplo Acceso) ya contaban con acuerdos anteriores a la reforma legislativa (desde los años noventa), puesto que era evidente que pretender amparar la copia íntegra de los artículos bajo el límite de cita era algo desproporcionado.

Creo que el gran riesgo que implica para las editoriales un negocio como el del *clipping* es que este sistema pueda llegar a sustituir la compra de las publicaciones periódicas originales. El consumidor podría, en vez de destinar sus recursos a la compra de un único periódico, destinarlos a suscribirse a un servicio de prensa donde tendría dos ventajas evidentes: i) un servicio personalizado a su perfil en el que únicamente apareciesen las noticias de su interés y ii) una mayor variedad de medios y opiniones. Los servicios de prensa se aprovechan de las economías de escala, puesto que el coste marginal de cada nuevo usuario es descendente. En otras palabras, si un servicio de este tipo logra un volumen considerable de usuarios podría ofrecer un servicio muy competitivo en cuanto a precios y, no lo olvidemos, sin elaborar contenidos de ningún tipo puesto que utiliza los de los periódicos y revistas. Desde una perspectiva más global, también se puede concluir que, en un mundo con una saturación de información o «inforxicado» (utilizando el neologismo acuñado por CORNELLÀ)<sup>290</sup>, un servicio como éste puede ayudar a la mejor gestión de la información periodística.

La paradoja está en que si realmente los usuarios de periódicos llegasen a desplazar sus recursos hacia las empresas de *clipping*, a medio o largo plazo la producción de contenidos que abastecen a dichos servicios de prensa podría

---

totalidad, evidencia que los editores de los periódicos pueden ser titulares del derecho de oposición a que se refiere el artículo 32, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Y la contemplación del *id quod plerumque accidit* lleva a la conclusión de que lo normal es que lo sean».

Admitiendo la posibilidad, remota, de que exista un autor ajeno a la editora que disponga de los derechos, entiende el alto tribunal que «Sin embargo, tal situación, contraria a la normalidad y, al fin, extraña a la probabilidad, está necesitada de demostración en el proceso. Y, a los efectos de la carga de la prueba, la regla de facilidad y disponibilidad que contiene el artículo 217, apartado 7, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, determina que las consecuencias de no haber sido probada recaigan sobre la entidad que llevó a cabo la recopilación» (STS 1623/2014 de 25 de febrero de 2014, Fundamento jurídico 6.º).

<sup>289</sup> Si bien se declaró que existieron prácticas anticompetitivas por recomendación de precios por parte de AEDE (SAN de 29 de octubre de 2012).

<sup>290</sup> A. CORNELLÀ, Inforxicación: buscando un orden en la información. (Disponible en: [http://www.infonomia.com/wp-content/uploads/2014/05/948\\_inforxicacion.pdf](http://www.infonomia.com/wp-content/uploads/2014/05/948_inforxicacion.pdf)).

verse reducido, ya que las estructuras de los periódicos y revistas serían difícilmente sostenibles por la disminución de ingresos. Por su parte, muchas empresas de *clipping* argumentan que no existe perjuicio alguno para las editoras de los periódicos y revistas, sino todo lo contrario: esta actividad provoca la venta de un mayor número de periódicos y revistas.

No corresponde en este estudio realizar pronósticos sobre los hábitos de consumo, pero sí que lo es dibujar aquellos escenarios regulatorios que permitan desarrollar o mantener la industria editorial. En este sentido, sin pronunciarnos sobre cuál será la tendencia en un futuro, sí que es necesario identificar el riesgo descrito para los periódicos y revistas y ofrecer una respuesta.

La respuesta dada por nuestra Ley entiendo que es razonable, si bien discrepo en cuanto a que establezca, por defecto, el derecho a una remuneración equitativa en favor del autor. Entiendo que los medios que aparecen en los mencionados servicios de prensa se pueden clasificar en dos tipos: i) publicaciones consolidadas, sin las cuales el servicio de *clipping* difícilmente sería viable, y ii) publicaciones accesorias, que aportan valor al *clipping* pero que no son esenciales. Las del primer grupo son aquellas que más pueden perder ya que son quienes pueden reducir ventas si los usuarios sustituyen la compra del periódico o revista por el servicio de prensa. Además, son las que mayor valor añadido aportan al servicio de *clipping* ya que seguramente son las noticias que los usuarios quieren y su presencia en el resumen es determinante para la contratación de este servicio a las empresas de comunicación. Tampoco hay que perder de vista que si las empresas de comunicación no generan contenidos, necesitan de estos periódicos y revistas para prestar el servicio y, por tanto, entiendo que existe un interés claro en querer contribuir al mantenimiento de los medios de comunicación. De ahí que entiendo que sea lógico que exista una cierta retribución por parte de las empresas de comunicación a los proveedores de contenidos, ya que es positivo para ambas partes: las revistas y periódicos compensan las menores ventas que pueda provocar el *clipping*, aumentando otras fuentes de ingreso, y las empresas que prestan estos servicios contribuyen al sostenimiento de sus proveedores de contenidos. El problema en este caso no será el sistema tal y como lo hemos descrito, sino que las partes encuentren una retribución equilibrada, lo que queda al margen de este estudio. En todo caso, parece que dejar en manos de las partes la fijación del precio ha sido la mejor

solución, ya que en la actualidad se ha llegado a acuerdos sin grandes dificultades. El problema jurídico está en su ubicación bajo el límite de cita.

En cuanto al segundo grupo, aquellos periódicos y revistas que no son imprescindibles para los servicios de *clipping*, entiendo que su interés, al menos en una primera fase, puede ser el de darse a conocer para llegar al gran público. Para este segundo grupo, por tanto, puede que la retribución no sea tan importante como el conseguir aparecer en los resúmenes de prensa hasta consolidarse. Por tanto, considero que debería dejarse en manos de cada empresa su estrategia de comercialización y no establecer un modelo que obligue a retribuir cuando puede que no exista la necesidad.

En conclusión, la regulación de este tipo de servicios debería ser más flexible y adaptarse a las distintas necesidades de los diferentes agentes involucrados, siempre respetando el límite del artículo 40 bis de la LPI en el sentido de que «no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de la obra a que se refieran», que creo que es el principio inspirador de la solución a los intereses enfrentados.

Si se obliga a retribuir en todo caso, puede que las empresas que prestan servicios de *clipping* renuncien a incluir a determinados medios (seguramente los de menor difusión) para no incurrir en mayores costes, perjudicando a éstos y consolidando la posición de los medios mejor posicionados en el mercado. Para eliminar esta barrera de entrada, creo que se debería dejar en manos de cada medio la decisión de si quieren percibir una remuneración o no. Si se siguiese este modelo, los medios consolidados percibirían su remuneración y los medios nuevos o no tan consolidados, podrían acceder a un mayor número de usuarios y darse a conocer, en caso de que las empresas de *clipping* considerasen que el contenido publicado es de calidad. La remuneración debería articularse como una opción para quien quisiese percibirla, es decir, el *clipping* debería incluirse como regla general dentro del límite de cita, sin remuneración, salvo oposición expresa del titular de los derechos. A partir de ese momento las partes deberían negociar la remuneración

Este sistema debería reforzarse, para incrementar la seguridad jurídica, con un mecanismo que permitiese tener certeza sobre el momento desde el que se puede oponer el medio de comunicación en cuestión. En otras palabras, la posibilidad de oposición al uso de las noticias por parte de las editoriales

debería ser, lógicamente, desde que tienen conocimiento de su utilización por parte de las empresas de *clipping*. Entiendo que lo más sensato es que en el momento en el que una empresa de *clipping* decida incluir las noticias de un determinado medio le deba notificar dicha circunstancia al medio, dándole un plazo para oponerse. Optaría por un sistema de consentimiento tácito en caso de no contestación en un breve plazo de tiempo (p. ej. tres días). Un sistema como el descrito aportaría mayor seguridad jurídica a las editoriales, ya que dispondrían de un mayor control, y la respuesta consintiendo u oponiéndose (y por tanto, invitando a negociar) es una decisión en coherencia con la política del medio que puede ser prácticamente inmediata y nada gravosa. Para la empresa que realiza la actividad de *clipping* también aporta seguridad jurídica puesto que sabe con certeza si puede o no utilizar las noticias del medio en cuestión. Si contrariamente a lo que estamos proponiendo, se configura como un derecho de remuneración y no se establece un sistema de notificación, se puede caer en la mala práctica de demorar la oposición para devengar derechos y tener una mejor posición negociadora.

Por último, matizar que tanto la no oposición como la oposición deberían ser revocables en cualquier momento mediante notificación, ya que de esa forma se le da a la regulación la flexibilidad suficiente como para que una empresa pueda cambiar de política comercial en cualquier momento, según sus circunstancias.

## (ii) **Agregadores de noticias**

Otra cuestión relevante para el sector de la prensa que plantea el fenómeno de la digitalización y las redes es el de los llamados servicios de agregación de noticias o contenidos.

Los coloquialmente llamados «agregadores» (aunque parece que sería más correcto denominarlos «recopiladores de contenidos»)<sup>291</sup>, son programas de ordenador que permiten actualizar los contenidos de webs o blogs a los que un usuario se haya suscrito previamente, de forma que éste accede a las actualizaciones de dichos contenidos en una misma pantalla de forma clara y ordenada. Este tipo de programas han tenido un uso muy extendido entre los usuarios de Internet puesto que ayudan, de manera sencilla y sin coste, a clasificar y canalizar información de interés.

---

<sup>291</sup> FUNDEU. Disponible en: <http://www.fundeu.es/escribireninternet/lector-de-contenidos/>.

Bajo este concepto determinadas empresas han desarrollado distintos modelos de agregador, en los que se ofrece al usuario una información estándar o especializada, sin necesidad de suscripción, a través de la propia web de la empresa que presta el servicio, o bien la información se agrega a través de un criterio de búsqueda introducido por el usuario<sup>292</sup>. Es relevante destacar que estos servicios, en su inmensa mayoría no se prestan a cambio de una remuneración económica por parte del usuario e, incluso, en muchos de ellos no hay ni una remuneración indirecta por otras vías como puede ser la publicidad.

El problema surge cuando dichos contenidos son noticias o artículos de prensa, ya que si una determinada empresa ofrece a los usuarios una recopilación de noticias de prensa (ya sea general o especializada) el servicio se parece mucho al analizado servicio de *press clipping*. No obstante, existe una diferencia sustancial en este servicio consistente en que al usuario no se le ofrece una versión íntegra del artículo publicado en un determinado medio, sino que se le presentan una serie de titulares (y normalmente las primeras líneas del artículo, denominadas *snippets*, o alguna imagen, *thumbnails*) junto a un enlace, ofreciéndole la posibilidad de clicar en el enlace y acabar de leer el artículo en el medio de origen.

Debemos precisar que cuando se utiliza el término «contenidos» se sobreentiende que sobre éstos existen derechos de autor o afines.

Esta práctica también ha llevado a una reflexión sobre el modelo de contenidos de prensa en la red que ha finalizado

---

<sup>292</sup> Resulta clarificadora la clasificación que aparece en el informe *Argumentación económica sobre la propuesta de modificación de la LPI en lo relativo a la agregación de contenidos informativos* que elaboró la Asociación de Usuarios de Internet para la Coalición Prointernet:

«En este sentido, es preciso distinguir entre los distintos tipos de agregadores de contenidos:

Agregadores algorítmicos (Ej.: Google News). En este tipo de ejemplos, la agregación a partir de una búsqueda es totalmente automática, realizándose a partir de algoritmos que llevan a cabo un análisis de contexto y clasificación de titulares procedentes de múltiples fuentes (no previamente seleccionadas por el usuario).

Lectores de fuentes automatizadas (Ej.: Feedly, Flipboard): Estas herramientas permiten al usuario suscribirse a contenido público sindicado por los medios originales por medio de formatos específicos como Atom o RSS, con el fin de recibir las actualizaciones de contenido a medida que éstas se producen.

Agregadores colaborativos (Ej.: Menéame, divoblogger, divúlgame, dímelo, etc.): la información es aportada y/o compartida por la propia comunidad de participantes. Los usuarios otorgan una puntuación a las noticias (votan), decidiendo así el *ranking* de contenidos que figura en la portada. Además, Menéame permite incluir comentarios dentro de cada uno de los titulares publicados, lo que refuerza el carácter "social" de este agregador.

Redes sociales (Facebook, Twitter, Google +, etc.): Las redes sociales permiten a cualquier usuario reproducir de manera pública o restringida noticias o contenidos que éste considere de interés para sus seguidores o contactos. En algunos casos, la redifusión de estos contenidos contiene fragmentos no significativos extraídos (manual o automáticamente) de los originales» (ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE INTERNET, *Argumentación económica sobre la propuesta de modificación de la LPI en lo relativo a la agregación de contenidos informativos*, p. 13. Disponible en: [http://www.aui.es/IMG/pdf/analisis\\_economico\\_de\\_la\\_modificacion\\_de\\_la\\_lpi\\_afi.pdf](http://www.aui.es/IMG/pdf/analisis_economico_de_la_modificacion_de_la_lpi_afi.pdf)).

con una reforma del artículo 32.2 LPI introducida por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La modificación del artículo 32.2 LPI no estaba recogida en la versión del anteproyecto de Ley que analizó el Consejo de Estado, ya que se introdujo a última hora y no ha sido una modificación pacífica, pese a que no se alteró el redactado durante la tramitación parlamentaria gracias a la mayoría absoluta del partido en el Gobierno. Este precepto recoge la tesis de la Asociación de Editores de Diarios Españoles (en adelante, AEDE), que agrupa a los principales medios de prensa de España, razón por la cual se conoce a este precepto coloquialmente como el «canon AEDE». En el otro lado de la balanza, se encontraban los intereses de los agregadores de noticias, simbólicamente representados por Google, cuyo servicio de noticias era el más extendido, razón por la que también se suele referir a esta norma como la «tasa Google».

La solución adoptada por el legislador ha sido la de configurar esta actividad bajo el límite de cita y reseña, como hizo para el caso del *press clipping*, esta vez en el artículo 32.2 LPI.

Lo primero que sorprende de la redacción del artículo es que el legislador denomina a quienes prestan estos servicios como «prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos», pese a no definirlos. Entiendo que, por la naturaleza del servicio prestado, debe entenderse que estamos ante un prestador de servicios de la Sociedad de la Información, en el sentido de la letra c) del Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. La referencia a que son servicios «electrónicos» genera más confusión que claridad si lo comparamos con las definiciones de la citada Ley de la sociedad de la información. La agregación de contenidos entiendo que es un servicio de intermediación, en el sentido de esta última Ley.

La actividad amparada por el límite (ya que entiendo que la realizada por estos prestadores de servicios puede ser más amplia) y, por tanto, para la que no se necesita autorización del autor, es la de proporcionar a los usuarios del servicio la información aparecida en publicaciones periódicas o «sitios web de actualización periódica». Sin embargo, como comenta XALABARDER, «el texto de la disposición es tan ambiguo que podría ser de aplicación no sólo a los agregadores de noticias

-que, al parecer, son los servicios a los que va dirigida la medida- sino a cualquier web o persona que enlazara a contenidos protegidos online»<sup>293</sup>. Además, como he defendido antes, creo que sería más conveniente redefinir lo que se entiende por publicación periódica, incluyendo blogs y otros sistemas de información (que además creo que caben en la actual definición), que añadir un parche como hace la reforma al hablar de «sitios web de actualización periódica».

Al igual que se ha comentado en el caso de los servicios de *clipping* este límite no parece el más adecuado para ubicar una excepción como la que estamos tratando, que se fundamenta en el derecho de información. Quizá la ubicación más razonable hubiese sido el artículo 33 LPI.

Prosiguiendo con el análisis del servicio, la información que es posible facilitar al usuario bajo este límite debe cumplir los siguientes requisitos: i) debe tratarse de un fragmento que, además, no sea significativo; ii) que ya se encuentre divulgado y iii) que tenga una de estas tres finalidades: informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento.

El requisito de que sea un fragmento que no sea significativo responde al principio de proporcionalidad del uso de la obra que deben contemplar los límites y es razonable que así sea para no perjudicar el normal uso de la misma, que en este caso entiendo que sería que el usuario dejase de acudir a la publicación.

No obstante, la expresión «fragmento no significativo» es un concepto jurídico indeterminado que requerirá de interpretación. El término «fragmento», por sí solo, ya implica una pequeña porción o trozo del artículo agregado. Al añadir «no significativo» parece que el legislador no está refiriéndose tanto a una cuestión cuantitativa (en el sentido de la proporción de artículo citado) como cualitativa (en el sentido de lo esencial que es el fragmento para el artículo). Si hubiese querido referirse a la cuestión cuantitativa, hubiese bastado con la mención al fragmento e, incluso, haber añadido un adjetivo más acorde (como «breve» o «pequeño») en vez de «no significativo». Acorde con el interés que se quiere proteger, es decir, que dichos servicios no sustituyan la visita a la web del editor, también parece razonable entender que el fragmento que se utilice sea «no significativo» en el sentido cualitativo de la expresión, o en otras palabras, que no

---

<sup>293</sup> R. XALABARDER PLANTADA, «La reforma de la Ley de Propiedad intelectual: ¿entre la necesidad y la oportunidad?», p. 25.

contenga la esencia del contenido agregado haciendo innecesaria la visita a la web de origen.

La interpretación que entiendo que se debe realizar no resulta fácil y requerirá de la labor jurisprudencial.

El segundo requisito, que se trate de un fragmento publicado, también es razonable que se exija para no perjudicar los intereses morales del autor reconocidos en el artículo 14 LPI, conforme puede escoger el momento y forma de divulgación<sup>294</sup>.

El tercer y último requisito, someter el uso a una finalidad concreta, es un requisito habitual para el derecho de cita tanto en nuestro Derecho como en Derecho comparado. En este caso la finalidad del uso debe ser informativo, de creación de opinión o de entretenimiento. Resulta difícil pensar un uso al margen de estas tres finalidades.

Nada se dice de otros dos requisitos habituales<sup>295</sup> en el derecho de cita: el reconocimiento de la paternidad y la fidelidad de la cita. Entiendo que no es necesario puesto que la propia naturaleza del servicio consiste en la reproducción de parte de un texto, indicando la procedencia y enlazando con la página web de origen.

La cuestión polémica de este límite es que, si bien permite la agregación de contenidos sin necesidad de recabar la autorización, obliga a la satisfacción de una compensación equitativa en favor del titular de los derechos, es decir, del editor en casi la totalidad de los supuestos. Además, dicha remuneración está configurada como un derecho irrenunciable y deberá ser hecha efectiva a través de las entidades de gestión correspondientes.

Vayamos a la razón de fondo. Similar a lo que sucede con los servicios de *clipping*, entre los editores de contenidos de información, opinión y entretenimiento podemos encontrar diferentes motivaciones y modelos de distribución de contenidos. Como ya se ha descrito, muchos periódicos y revistas optan por facilitar sus contenidos gratuitamente en Internet, generando ingresos a través del tráfico. Otros optan por servicios de suscripción de pago. Por último, hay modelos mixtos en los que determinados contenidos son de pago y

---

<sup>294</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, «Comentarios al artículo 32 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 586.

<sup>295</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, «Comentarios al artículo 32 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 585 y 586.



otros no. Los agregadores de contenidos también pueden pretender generar ingresos a través del tráfico o simplemente concebirlo como un sistema gratuito (bien por altruismo bien porque obtenga beneficios indirectos como reputación de marca, generación de hábitos, etc.). La combinación de estos dos mundos es compleja.

Para los editores, el principal riesgo esgrimido por la Asociación de Editores de Diarios Españoles, que como ya se ha mencionado reúne a las principales publicaciones periódicas españolas, consiste en la disminución del tráfico de las páginas web de los periódicos y revistas consolidados. En palabras del anterior presidente de la AEDE: «Ponen en peligro la consolidación y el futuro de los diarios digitales, y por tanto el acceso de los ciudadanos a una información libre y de calidad en Internet»<sup>296</sup>.

De dicha argumentación se deduce la preocupación por que el usuario únicamente consulte el resultado ofrecido por el prestador de servicios de agregación y no acuda a continuación a la página web del periódico o revista para acabar de informarse, más allá de los titulares. En caso de ser cierto, esto causaría un perjuicio económico a los editores puesto que sus webs generarían menos tráfico y, por tanto, menos ingresos. A medio o largo plazo, esto llevaría sin duda a un debilitamiento de los medios que se vería traducido en una reducción de la producción (o de la calidad) de los contenidos.

Por otra parte, la Asociación de Usuarios de Internet sostiene la tesis contraria, es decir, que los agregadores no son servicios sustitutivos de la prensa sino que son complementarios, y que gracias a éstos los periódicos y revistas generan más tráfico (ya que el agregador actúa como «paso intermedio para acceder a un mayor volumen de contenidos»)<sup>297</sup>.

También desde el punto de vista del mercado, la CNMC cuestiona incluso la introducción de una remuneración, puesto que abraza la tesis de que los agregadores generan mayor tráfico hacia los editores. También apunta, analizando la competencia entre agregadores, que el establecimiento de una remuneración supondría una barrera de entrada para nuevos

---

<sup>296</sup> Noticia publicada en *El País* el 27 de noviembre de 2012. Disponible en: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/11/27/actualidad/1354034962\\_979270.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/11/27/actualidad/1354034962_979270.html).

<sup>297</sup> ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE INTERNET, *Argumentación económica sobre la propuesta de modificación de la LPI en lo relativo a la agregación de contenidos informativos*, pp. 16 y 17. Disponible en: [http://www.aui.es/IMG/pdf/analisis\\_economico\\_de\\_la\\_modificacion\\_de\\_la\\_lpi\\_afi.pdf](http://www.aui.es/IMG/pdf/analisis_economico_de_la_modificacion_de_la_lpi_afi.pdf).

agregadores, consolidando a los ya existentes<sup>298</sup>. Si bien actualmente los agregadores incorporan todo tipo de noticias, no se está exento del riesgo de que cuando se consoliden puedan encontrarse en una posición de dominio de la que puedan abusar, o desde el punto de vista de la autonomía privada, en la que pongan al creador en una posición de debilidad negociadora.

Independientemente de cuál de las posiciones se acabe revelando como la acertada, lo que es cierto es que la AEDE representa un modelo de negocio que teme un riesgo concreto. No obstante, pueden existir otro tipo de editores que publiquen contenidos con otras motivaciones que no sean económicas (generar debate de opinión, por ejemplo) o con modelos de negocio diferentes al descrito (por ejemplo basados en darse a conocer entre un público más amplio y generar ingresos por otros medios). Para este tipo de editores no existe el riesgo de sustituibilidad ni de pérdida de ingresos y un sistema como el de agregación de contenidos les beneficia más que perjudica.

Por tanto, creo que el hecho de amparar bajo un límite el uso que hacen los agregadores es acertado para poder fomentar, sin trabajos administrativos, la difusión de los contenidos. No obstante, el hecho de establecer un derecho de remuneración equitativa que sea irrenunciable y, además, recaudado por una entidad de gestión de derechos, entiendo que es perjudicial puesto que únicamente tiene en cuenta un modelo de negocio y el riesgo para ese modelo.

Deberíamos aspirar a que la regulación ponderase los equilibrios de los intereses en juego permitiendo el mayor número de modelos de distribución posible. Para cumplir con esta máxima, el derecho de remuneración debería ser renunciabile, es decir, que cada editor pudiera elegir si quiere ser remunerado o no por el agregador de contenidos en función de su modelo de negocio y de sus intereses<sup>299</sup>. Seguramente aquellos medios consolidados, con un modelo de negocio más tradicional, optarían por la remuneración (incluso se podría modelar el importe en función del beneficio que obtuviese el agregador). En cambio, aquellos con nuevos

---

<sup>298</sup> CNMC, PRO/CNMC/0002/14, *Propuesta referente a la modificación del artículo 32.2 del Proyecto de Ley que modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*, 16 de mayo de 2014, pp. 6-9.

<sup>299</sup> Además, no supondría un coste elevado de transacción el permitir que cada editor decidiese individualmente si desea no dejar agregar o percibir una remuneración, ya que como comenta la CNMC «Este argumento no podría aceptarse ya que existen soluciones técnicas, sencillas y gratuitas, que evitarían, si así lo desea el editor, que esta externalidad pueda producirse, reservando al titular del derecho de propiedad intelectual la posibilidad de que la agregación se realice o no». CNMC, PRO/CNMC/0002/14, *Propuesta referente a la modificación del artículo 32.2 del Proyecto de Ley que modifica el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual*, 16 de mayo de 2014, p. 7.

modelos de negocio o distintas motivaciones seguramente no lo harían. De todas formas, son meras hipótesis de conducta. La consideración que se debe realizar es que la legislación debe permitir ambas siempre que se proteja equilibradamente los derechos en liza.

Este escenario derivado de la irrenunciabilidad al derecho a una remuneración equitativa se ve agravado por la obligatoriedad de la gestión colectiva de la recaudación. Al ser irrenunciable, las entidades de gestión correspondientes van a recaudar las cantidades que consideren (sin entrar en la cuestión del establecimiento de las tarifas) con independencia de si los autores están o no asociados y de si es voluntad de éstos percibir la remuneración.

Desde un punto de vista práctico (aunque de una inseguridad jurídica considerable y nada deseable) podría suceder que, pese a tener reconocido el derecho, los titulares no lo reclamasen. El efecto de esta ausencia de ejercicio del derecho de cobro se traduciría en que los contenidos de dichos titulares podrían circular libremente por la red sin riesgo (al menos hipotético) para los agregadores. No obstante, esto no es una posibilidad porque las entidades de gestión van a recaudar en todo caso.

## **(a) Excepciones al límite**

### **a. Imágenes**

El artículo 32.2 LPI quiere dejar expresamente fuera del límite que acabamos de describir la utilización de las imágenes, obra fotográfica o mera fotografía<sup>300</sup>. Por tanto, cualquier tercero que quiera utilizar estos elementos deberá solicitar la autorización al titular de los derechos.

Si analizamos el interés que se quiere proteger con esta excepción al límite, parece evidente que se quiere proteger el interés del titular sobre los derechos de la imagen, obra fotográfica o mera fotografía (e incluso del

---

<sup>300</sup> Entiende XALABARDER que «Cabe apuntar también a la inexplicable (desde la lógica) exclusión de las fotografías, así como al sinsentido que se deriva de su lectura inversa: que los enlaces por parte de motores de búsqueda a contenidos que no estén incluidos en la autorización legal quedan sujetos a la previa licencia del titular o que los enlaces por parte de alguien (individuo o empresa) que no sea un agregador o un motor de búsqueda requieran la previa licencia del titular del contenido enlazado» (R. XALABARDER PLANTADA, *La reforma de la Ley de Propiedad intelectual: ¿entre la necesidad y la oportunidad?*, p. 26).

autor, en caso de que no coincidan, respecto de los derechos morales) evitando el riesgo de que, bajo el límite de cita, se lleven conductas de apropiación de sus derechos que nada tienen que ver con este límite.

La aparición de una imagen, obra fotográfica o mera fotografía en una web no justifica que cualquiera pueda utilizarla sin autorización del titular, incluyendo su puesta a disposición del público. El elemento gráfico tiene sentido en cuanto que acompaña al contenido agregado, por lo que extraerlo de su marco natural para otros usos no está justificado.

Entiendo que, más que ante una excepción, estamos ante una aclaración, puesto que no era necesario que la Ley lo precisase para que fuese así.

## b. Búsquedas

El segundo párrafo del artículo 32.2 LPI pretende matizar el primer párrafo excluyendo de la autorización o de la remuneración la actividad de los buscadores relacionada con los contenidos objeto de la agregación.

En el momento de lanzar una búsqueda entre los contenidos presentes en la red puede suceder que el usuario introduzca un parámetro de búsqueda que esté comprendido entre los contenidos descritos del artículo 32.2 LPI y que, en consecuencia, dichos contenidos aparezcan entre los resultados ofrecidos por el buscador. El legislador ha querido trazar una línea que separe la actividad de la agregación de contenidos y la de búsqueda.

Para configurar esta excepción al límite el legislador parte de la identificación del sujeto que puede llevar a cabo la actividad de búsqueda, definiéndolo como «prestador de servicios que faciliten instrumentos de búsqueda de palabras aisladas». Como en el caso del 32.2.1º LPI, hubiese resultado más conveniente seguir la terminología propia de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información.

En la propia definición se establece que la actividad del prestador del servicio consiste en ofrecer un instrumento de búsqueda (no en realizar la búsqueda) que será

utilizado por el usuario para encontrar el resultado deseado mediante la introducción en el buscador de un parámetro concreto: una palabra aislada. Nada impide que sean varias palabras aisladas yuxtapuestas en una misma búsqueda, aunque puedan llegar a formar una frase o expresión.

Desde la óptica del texto legislativo, el resultado que presenta el instrumento de búsqueda al usuario es un acto de comunicación pública [«puesta a disposición del público», art. 20.2.i) LPI], ya que en caso de no serlo estaría al margen de la aplicación del ámbito de la Ley.

Además, el acto de puesta en disposición no ha de ser sobre cualquier contenido sino sobre los contenidos descritos en el artículo 32.2.1º LPI, es decir, contenidos de publicaciones periódicas. En caso de que el resultado ofrecido no sea éste, no se aplicará este precepto.

Para que se aplique la excepción aquí descrita, consistente en la ausencia de compensación y autorización a la que están sometidos los agregadores, se deben cumplir tres requisitos: i) que dicha puesta a disposición sea realizada sin finalidad comercial propia; ii) que se realice «estrictamente circunscrita a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda» solicitados por el usuario y iii) proporcionar en el resultado de búsqueda un enlace a la página de origen de los contenidos.

El primer requisito, que la actividad sea realizada «sin finalidad comercial propia» induce a cierta confusión. Del sentido literal de la expresión utilizada podría desprenderse que el buscador no debe prestar el servicio de búsqueda con el fin de obtener un beneficio empresarial. Dicha acepción, si lo que se pretende preservar es el servicio de búsqueda de contenidos en Internet, no parece razonable puesto que la mayoría de buscadores tendrían una finalidad comercial en ese sentido amplio (normalmente indirecta, ya sea por los beneficios indirectos de la publicidad, p. ej. AdSense de Google, o por la potenciación de otros servicios). Por tanto, entiendo que dicha expresión debe interpretarse en el sentido de que no existe una retribución directa para el buscador por la búsqueda de esos contenidos.

No hemos de perder de vista que esta excepción se aplica a los contenidos referidos en el artículo 32.2 LPI (noticias

y artículos de prensa) y no al resto de contenidos (por ejemplo, páginas web de empresas, etc.). Lo que pretende este artículo es que cuando se lance una búsqueda puedan aparecer entre los resultados los contenidos antes citados.

El segundo requisito, que la búsqueda se circunscriba a lo imprescindible para ofrecer los resultados de búsqueda, está relacionado con el principio de proporcionalidad. El resultado de la búsqueda debe ofrecer al usuario la información necesaria para que sepa de la existencia del resultado, pero que no afecte al normal uso del contenido, evitando la visita a la web.

Por último, y relacionado con el anterior, se exige que el buscador presente un enlace para que el usuario pueda acceder a la web, evitando la pérdida de ingresos del editor por disminución de tráfico.

Nuevamente, con estos dos últimos requisitos se pretende que el resultado de la búsqueda no sustituya la visita a la web de origen y, por tanto, preserve el tráfico e ingresos del editor.

A continuación analizaremos el sentido de esta excepción. Realmente, la aportación de esta excepción es librar a los buscadores de tener que realizar un pago en el supuesto de que entre los contenidos que ofrecen a los usuarios se encuentre algún artículo de una revista o periódico.

Los buscadores son herramientas útiles, por no decir imprescindibles, para poder encontrar información en la red. Es quizá el medio más eficiente para alcanzar la información más adecuada en el menor tiempo posible en una red que está sobresaturada de información. Por tanto, hay un claro interés social en que los buscadores funcionen correctamente. Por otra parte, los editores tienen el mismo interés que veíamos cuando analizábamos la regulación de los agregadores consistente en no perder ingresos por el uso de sus contenidos por parte de tercero.

El hecho de incluir contenidos de medios de prensa entre los resultados de la búsqueda de un usuario entiendo que socialmente es positivo, existiendo el derecho a la información, y no causa perjuicio alguno a los editores. Como hemos descrito, esta excepción no va a restar tráfico en las páginas de las cabeceras de prensa. Incluso

puede generar mayor tráfico. La única duda está en qué interpretación se acabará realizando de la expresión «sin finalidad comercial propia».

#### **IV. OTRAS RELACIONES QUE AFECTAN AL AUTOR Y AL EDITOR**

Junto al contrato de edición, principal instrumento jurídico a través del que se canalizan las relaciones entre el autor y el editor, existen una serie de contratos y situaciones en la relación de ambos sujetos que también influyen en la protección de sus intereses.

En relación con los contratos, la doctrina ha discutido largamente si el contrato de edición es el único cauce posible para que el autor transmita sus derechos en el sector editorial o si es posible la suscripción de otro tipo de contratos que también puedan ser instrumento de la relación entre el autor y el editor.

Tal y como sintetiza MUÑOZ VIADA, en torno al contrato de edición existen tres teorías: i) Teoría Estricta, que entiende que el contrato de edición es el único vehículo para realizar la explotación económica de una obra intelectual, basándose en lo dispuesto en el artículo 57 LPI; (ii) Teoría Intermedia, que entiende que el contrato de edición es el único vehículo posible cuando existe una «transmisión onerosa de las facultades de reproducción y distribución en las que el riesgo es asumido por el editor»<sup>301</sup>, aunque admite otras formas atípicas si la transmisión es gratuita y se persiguen finalidades distintas a la edición, y (iii) Teoría Amplia, que admite la validez a formas atípicas, (incluso si la finalidad es la misma que la del contrato de edición), aunque en este caso el régimen aplicable no será el del Capítulo II del Título V de la Ley.

Según este mismo autor, la teoría que cuenta con mayor apoyo doctrinal es la Intermedia y se puede considerar superada dicha discusión en la actualidad, admitiendo la existencia de contratos al margen del editorial, aunque optando por que las relaciones onerosas que cumplan con las finalidades del contrato de edición deban articularse a través del mismo, evitando así vaciarlo de contenido. Entiendo que es importante que el contrato de edición no pierda su centralidad puesto que contar con un contrato típico ayuda a canalizar la protección del autor y del interés general.

Si bien no es el objeto directo de este estudio se hace inevitable una breve referencia a esta serie de cuestiones (ya revistan forma

---

<sup>301</sup> C. MUÑOZ VIADA, *Transmisión de los derechos de autor. El contrato de edición*, p. 204. Esta clasificación ya es recogida por M. SERRANO FERNÁNDEZ, *Contratos en torno a la edición*, pp. 26-34.

contractual o no) para poder valorar en su justa medida el papel del contrato de edición en la industria editorial.

## A. Contrato de encargo de obra

El primer contrato que debe ser analizado por su íntima relación con el contrato de edición es el de encargo de obra. El artículo 59 de la Ley de Propiedad Intelectual excluye expresamente el encargo de obra del objeto del contrato de edición, por lo que, *a sensu contrario*, se deduce su existencia.

El encargo de obra se debe entender como el contrato por el cual un editor encarga a un autor la creación de una obra, obligándose este último a realizarla, a cambio de una contraprestación. La doctrina, de forma casi unánime<sup>302</sup>, entiende que estamos ante un contrato de obra, regulado en el Código Civil aunque las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual le afectarán por la especialidad de su objeto. Esto conlleva una difícil labor interpretativa para poder aplicar las normas establecidas en el Código Civil a un contrato de obra que tiene por finalidad una creación intelectual, en especial porque deben respetarse los derechos morales, que son de naturaleza ajena a un contrato de obra<sup>303</sup>.

Es importante matizar que la obligación que nace para el autor de este contrato se refiere a una obra concreta, en el sentido de que en el contrato se definirán los principales rasgos definitorios de la misma. Este extremo permite entender la diferencia ente el contrato de encargo de obra, perfectamente válido, del supuesto del artículo 43.3 LPI en el que se establece la nulidad de la cesión de los derechos de explotación respecto del conjunto de obras que pueda crear el autor en el futuro. En el caso del contrato de obra, la obra no existe pero las partes han configurado su futura existencia. Tiene el efecto positivo de ayudar a la creación. El segundo supuesto supone un abuso de la posición negociadora del editor, ya que conllevaría la sumisión de los intereses del creador a los del editor (que quedaría vinculado de manera perpetua con éste), excluyendo la obra del mercado y, por tanto, impidiendo a los demás editores disponer de la posibilidad de acceder a la misma para su explotación, con

---

<sup>302</sup> M. SERRANO FERNÁNDEZ, *Contratos en torno a la edición*, p. 58.

<sup>303</sup> Respecto del contrato de obra se plantea el problema sobre el denominado derecho de inédito, como se analizó en el caso del contrato de edición. En palabras de MARTÍNEZ ESPÍN: «El contrato de encargo de obra constituye un contrato de arrendamiento de obra (arts. 1588 a 1600 CC), en virtud del cual, el soporte pasa a ser propiedad del comitente en el momento en el que el artista le hace entrega de ella. El principal problema es determinar si el autor puede invocar su derecho de divulgación, en su vertiente de derecho de inédito, para negarse a terminar la obra o a entregarla, una vez terminada, alegando motivos de índole artística». Afirma este autor que sí es posible invocar el derecho de inédito para evitar la publicación, pese a que sea un incumplimiento contractual con deber de indemnizar para el creador que lo invoque (P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentarios al artículo 14 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 215).



considerable perjuicio económico para el autor y para el público en general. Tiene el efecto negativo de coartar la libertad de creación<sup>304</sup>.

El contrato de encargo de obra nos interesa especialmente por su estrecha vinculación con el contrato de edición, que incluso tiene reflejo en el artículo 59.2 LPI en el cual se establece que la remuneración percibida en sede del contrato de encargo de obra será considerada un anticipo de los derechos que al autor le correspondiesen por la edición, si ésta se realizase. En este sentido existen voces críticas, que entienden que el encargo de obra debería haberse regulado bajo el paraguas del contrato de edición, como sucede en algunas legislaciones de Derecho comparado<sup>305</sup>.

Nuestra doctrina ha estudiado dicha relación y ha debatido extensamente sobre la cuestión. Parece que las dos posturas más aceptadas han sido i) la de entender que el contrato de obra podía tener la condición de precontrato del contrato de edición o (ii) entender que ambos contratos son contratos coaligados, «entendido como aquellos casos en los que dos contratos se yuxtaponen para alcanzar un determinado fin, en este caso la edición de la obra»<sup>306</sup>.

Entiendo que la calificación de precontrato no se ajusta ni describe la relación del contrato de obra con el de edición puesto que el primero no conlleva la obligación de suscribir el segundo. Creo que define mejor el vínculo entre uno y otro la figura de la coligación. Como claramente explica ESPÍN ALBA: «Sin lugar a dudas, aunque sean dos contratos tipificados de modo independiente, la causa de la celebración de ambos los vincula. Dicho de modo ejemplificativo: encargo una novela porque quiero editarla y celebro un contrato de edición con el escritor porque quiero dar efectividad a esta finalidad. Pues bien, creemos que esta es una clara hipótesis de lo que la doctrina italiana viene denominando *collegamento*, entendido como aquellos supuestos en los que dos contratos se yuxtaponen para alcanzar un determinado fin, en nuestro caso la edición de una obra. No se trata, es preciso señalar, de un contrato único con causa mixta, sino de la reunión de dos contratos distintos, cada uno con su propia causa, con el fin de llevar a cabo una determinada finalidad económica»<sup>307</sup>.

---

<sup>304</sup> Como bien expresa ESPÍN ALBA: «La razón principal para justificar esta prohibición, reside en el hecho de que si se permitiera la validez de este tipo de cláusula, se violaría el principio constitucional de libertad de creación plasmado en el artículo 20.1.b CE, una vez que se estaría hipotecando el futuro intelectual del autor en cuestión.

Sin embargo, no es este el supuesto del artículo 59.1 LPI. Aquí se trata de la posible realización de una obra en concreto y no de la cesión del conjunto de obras que el autor pueda eventualmente crear» (I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 228).

<sup>305</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 1.ª ed., pp. 249 y 250.

<sup>306</sup> M. SERRANO FERNÁNDEZ, *Contratos en torno a la edición*, p. 112.

<sup>307</sup> Además, añade la autora que dicha vinculación se produce, no por voluntad de las partes, sino por obra de la Ley: «Para estos casos, la doctrina y jurisprudencia italiana parecen exigir que para que las partes pacten una coligación, exista un vínculo funcional entre ambos contratos capaz de posibilitar una

Según esta autora: «La consecuencia más importante de esta calificación sería la relevancia de las vicisitudes del contrato – invalidez, ineficacia, resolución– sobre el otro. [...] Así una causa de nulidad del contrato de encargo de obra podría ser considerada como invalidante del contrato de edición»<sup>308</sup>.

De esta vinculación, un aspecto controvertido y discutido por la doctrina es si el contrato de encargo de obra incluye la cesión de los derechos de explotación de la obra o si éstos no se transmiten hasta la celebración del contrato de edición. Esto tiene una consecuencia práctica en cuanto a la duración de la cesión de los derechos. Los partidarios de la primera tesis entienden que, al incluirse la cesión de los derechos en el marco de este contrato, el plazo que establezcan las partes en el mismo abarcará tanto el periodo de elaboración de la obra como el de la explotación de los derechos, que no podría ser superior a los quince años que establece el artículo 69.4º LPI. Los partidarios de la segunda interpretación entienden que los derechos no se transmitirán por obra de este contrato y que el plazo que se fije aplicará únicamente para la elaboración de la obra. Posteriormente se deberá firmar un contrato de edición para la cesión de los derechos<sup>309</sup>.

En este sentido, no podemos perder de vista que el encargo de la obra y la forma de explotación de la obra son cuestiones distintas. Puede que la obra objeto del encargo acabe explotándose como una obra editorial o de cualquier otra manera. Por tanto, el contrato de encargo de obra entiendo que es un instrumento válido para que una vez se finalice la obra y nazcan los derechos, transmitirlos<sup>310</sup>. No obstante, en caso de que deba de explotarse de la forma prevista en el contrato de edición, entiendo que éste será el instrumento necesario que completará lo pactado en el contrato de encargo de obra (incluso pudiendo firmarse en el mismo momento), en especial si hay un pacto de publicación.

Por tanto, atendiendo a la viabilidad de que se puedan ceder los contratos en sede del contrato de obra, se debe atender a lo que las partes hayan podido pactar en dicho contrato en el que pueden haber dispuesto una cesión de los derechos que nazcan con la creación,

---

determinada operación económica. En nuestro caso, el propio texto legal, al admitir que el precio recibido por el encargo de obra pueda ser considerado un anticipo de los derechos de autor (art. 59.2 LPI), es quien establece una coligación funcional entre los dos negocios jurídicos. Es decir, más que la voluntad de las partes en dividir una operación económica, es la propia Ley, al imponer una forma especial para el contrato de edición, la que excluye de antemano el encargo de obra como su objeto, obligando a las partes a hacer ese desmembramiento de la operación económica de la edición de un libro» (I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 234 y 235).

<sup>308</sup> I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria*, p. 235.

<sup>309</sup> P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, pp. 188 y 189.

<sup>310</sup> En mi opinión, no se puede ceder lo que no existe, así que hasta que se pueda considerar que ha nacido la obra no entiendo viable la cesión puesto que los derechos no han nacido.

bien haber establecido simplemente un derecho de opción sobre la propiedad intelectual de la obra o no haber previsto nada.

Al tratarse de un contrato de obra, será el editor quien deba aprobar la obra (1598 CC) realizada por el autor. Entiendo que la aceptación de la obra es independiente de la existencia de los derechos, puesto que la obra puede haber sido finalizada pero no ser aceptada por el editor. En este caso, los derechos sobre la obra existen y puede llegar a comercializarse a través de otro empresario. Sin embargo, en caso de aceptación, entiendo que es ese el momento normal para considerar que se adquieren los derechos, si no se ha previsto cosa distinta. La aceptación se expresará tras la entrega de la obra.

En caso de que no se haya previsto nada en relación con la cesión de los derechos, entiendo que el editor adquirirá la propiedad sobre el manuscrito, salvo que se deduzca del contrato (atendiendo a la teoría de la causa) que era intención de las partes transmitir los derechos.

Los nuevos modelos de negocio no parece que vayan a afectar la configuración de este contrato.

## **B. Pluralidad de contribuciones y sus relaciones contractuales**

La colaboración entre autores para la creación de una obra, que siempre ha tenido importancia, cobra un especial protagonismo en el entorno digital ya que gracias a Internet se han abierto nuevas vías de colaboración entre personas que comparten una misma necesidad o interés, no sólo en el campo de la creación (hasta el punto de dar lugar a lo que BOTSMAN bautizó como «economía colaborativa»)<sup>311</sup>.

En las industrias culturales, en especial en la editorial, muchos autores colaboran, desinteresadamente en la mayoría de ocasiones, en la creación de una obra que puede ser jurídicamente calificada como obra en colaboración, obra compuesta e, incluso, obra colectiva.

El fenómeno de la colaboración creativa no es nuevo para la propiedad intelectual, pero interesa aquí aclarar si la explotación de estas obras puede realizarse a través del contrato de edición o si debemos utilizar otro tipo de relación contractual.

### **1. La obra en colaboración**

---

<sup>311</sup> R. BOTSMAN y R. ROGERS, «*What's mine is yours: the rise of collaborative consumption*, cap. 4, versión para Kindle.

La obra en colaboración, según el artículo 7 LPI, es la obra que es el resultado unitario de la colaboración de varios autores. SERRANO FERNÁNDEZ clasifica la explotación de las obras en colaboración en dos clases, en función de quién realice la explotación: i) aquellas cuya explotación la realiza un editor, a quien los autores cederán los derechos, y ii) aquéllas en las que la explotación la realizan los propios autores<sup>312</sup>.

En el primer caso, parece que no nos separamos de lo que es el contrato de edición, por lo que no es necesario ningún comentario al respecto. En el segundo caso, no estaremos ante un contrato de edición ya que no existirán dos partes con intereses contrapuestos (editor y autor), sino que serán los propios autores quienes asuman el rol de empresario. En otras palabras, el riesgo será asumido por los propios autores.

En ese caso, la comunidad de bienes formada por los coautores será la encargada de explotar la obra<sup>313</sup>. SERRANO FERNÁNDEZ manifiesta que éstos también podrían optar por constituir una sociedad civil, contemplada en el artículo 1665 del Código Civil<sup>314</sup>. Entiendo que también sería posible constituir una sociedad mercantil mediante la aportación no dineraria de los derechos sobre la obra. También cabría la opción de que se cediesen los derechos a la sociedad para su explotación mediante un contrato de edición, pese a que los socios fuesen los propios autores.

## 2. La obra colectiva

La contribución entre creadores también puede adoptar la forma de obra colectiva. El artículo 8 LPI establece que el autor de la obra colectiva será la persona, física o jurídica (excepción en nuestro derecho de autor), que i) tenga la iniciativa y ii) coordine la edición y divulgación de la obra.

Por tanto, a diferencia del caso que acabamos de analizar, el autor no es cada uno de los contribuyentes individuales a la obra, sino el coordinador que va a aglutinar todas las contribuciones y las va a presentar en el mercado bajo su nombre. Por tanto, tampoco hay en este caso contrato de edición, ya que el propio autor es quien editará la obra (parte de la doctrina habla de «autoedición», aunque en ningún caso estaremos ante un contrato de edición). Pese a no existir

---

<sup>312</sup> M. SERRANO FERNÁNDEZ, *Contratos en torno a la edición*, p. 127.

<sup>313</sup> Como argumenta CARRASCO PERERA, «la coautoría es una forma de comunidad» (Á. CARRASCO PERERA, «Comentarios al artículo 7 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 123).

<sup>314</sup> M. SERRANO FERNÁNDEZ, *Contratos en torno a la edición*, p. 127.

contrato de edición el autor está obligado a editar la obra por mandato del artículo 8 LPI.

Por otra parte, la relación existente entre los autores que contribuyen a la obra colectiva y el coordinador no podrá calificarse de contrato de edición, si bien se deberán respetar tanto los derechos morales como el régimen general de transmisión previsto en el Capítulo I del Título Cuarto del Libro Primero de la Ley de Propiedad Intelectual.

Como en el caso de la obra en colaboración, tan sólo se pretende en este momento realizar una pequeña referencia para realizar un análisis más exhaustivo en los próximos capítulos.

### 3. La obra compuesta

Finalmente, puede existir una obra que sea resultado de la creatividad de varios autores, aunque entre éstos no haya una colaboración. Estamos hablando del caso de la obra compuesta, en el que un autor realiza un proceso creativo incorporando una obra preexistente a su propia obra. Es lo que nuestra Ley define en el artículo 9 como obra compuesta.

Este caso, también común en las industrias culturales (quizá más propio del ámbito de la música o del audiovisual, a través de los famosos *mashups*), no implica una complejidad jurídica desde el punto de vista de las relaciones contractuales entre el empresario y el autor. La complejidad está en que el autor de la obra compuesta haya adquirido legalmente los derechos sobre la obra que incorpora a su obra. La explotación de la obra compuesta se puede realizar perfectamente a través de un contrato de edición, pese a que el editor debe asegurarse de que quien le cede los derechos dispone de los mismos.

## **C. Pluralidad de editores y sus relaciones contractuales**

En el anterior apartado nos hemos referido a las diferentes formas de colaboración de los creadores y su relación con la explotación de la obra. Toca ahora referirnos brevemente a la colaboración entre editores, cuyas relaciones están previstas en el Capítulo III de la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del Libro, donde también se venía regulando el contrato de edición hasta que éste pasó a integrarse en la Ley de Propiedad Intelectual.

Los contratos entre editores se han mantenido en la Ley del Libro de 1975, sin incorporarse a la Ley de Propiedad Intelectual, debido a que

estos contratos no afectan directamente a la protección del autor, quien no es parte en estas relaciones. Adelanto que creo que sería necesario abandonar al autor como centro de la Ley de Propiedad Intelectual, abogando por una regulación más amplia de los bienes inmateriales, que incluiría también los contratos que se van a comentar brevemente a continuación.

## 1. El contrato de coedición

La Sección Tercera de la Ley del Libro de 1975 se inicia con una definición genérica de lo que es un contrato de coedición en su artículo 27, estableciendo que se entenderá por contrato de coedición aquel concertado por varios editores con la finalidad de «crear, editar, producir o vender una o varias obras».

El primer comentario que merece la redacción del artículo es poner de manifiesto la contradicción que genera el uso del verbo «crear» para un editor si lo ponemos en relación con la regulación de la Ley de Propiedad Intelectual, en la que la creación queda reservada al autor. En este caso se debe interpretar «crear» como sinónimo de «producir» ya que la relación de estos editores no conllevará ninguna actividad creativa en el sentido de la Ley de Propiedad Intelectual, sino que será una actividad de producción encaminada a comercializar la obra.

Tras esta definición de carácter general sobre la coedición, se describen tres subtipos de este contrato: i) coedición de obra determinada, ii) coedición de creación de obra y iii) coedición plena.

### **1. El contrato de coedición de obra terminada**

El primero de los subtipos, el de creación de obra terminada definido en el artículo 28 de la Ley del Libro de 1975, regula las relaciones entre editores cuando el o los editores transmiten a otro u otros editores una obra ya finalizada para su comercialización.

El supuesto más común que ampararía este contrato es el del editor que, disponiendo de los derechos de una obra editada, se decide a asociarse con otro editor, normalmente de otro país, para poder abrir la obra a nuevos mercados. Por tanto, el editor que ostenta los derechos se los transmitirá al otro editor mediante este contrato, para que pueda explotar la obra en su mercado natural.

Especial importancia tiene aquí la cuestión de la traducción de la obra, estableciendo el artículo 28 que el contrato recogerá cuál de

los dos editores deberá realizar la traducción. En caso de que la realice el traductor del editor a quien se le ceden los derechos, se le deberá ceder junto a los de reproducción y distribución, el derecho de transformación para que pueda realizar la traducción.

En un entorno de comercialización digital, en el que el editor comercializa sus obras a través de plataformas de contenidos (ya sean propias o compartidas con otros editores), las necesidades de los editores pueden ir más allá de la mera cesión de los derechos de reproducción y distribución. A las lógicas labores de promoción de la obra, que también son propias de los contratos de coedición en papel, se añadirán una serie de necesidades tecnológicas que también se deberán contemplar en el contrato.

Junto a los derechos de reproducción, distribución y, en su caso, el de transformación (si se debe llevar a cabo la traducción), deberá añadirse el de comunicación pública para permitir la comercialización a través de las plataformas de contenidos utilizadas por el editor que comercializará la obra en otros mercados.

También se deberá tener especial cuidado en la delimitación territorial de la cesión, puesto que al tratarse de una comercialización en Internet es fácil que la obra se pueda descargar desde cualquier lugar del mundo. En este caso, se deberá limitar la acción publicitaria que realiza el nuevo editor al territorio para el que dispone los derechos, aunque será inevitable que se dirijan a éste lectores de otros territorios que descarguen la obra.

## **2. El contrato de coedición de creación de obra**

El segundo contrato de coedición, regulado en el artículo 29 de la Ley del Libro de 1975, regula la creación conjunta de una obra por distintos editores, encargándose cada uno de ellos distintas facetas de la misma para su posterior explotación comercial (ya sea por uno o varios de los editores).

Recuperamos aquí el comentario hecho en el apartado 5.1, conforme el término «creación» se debe interpretar en el sentido de «producción». En este caso, estamos ante el supuesto en el que distintos editores se asignan tareas diferentes dentro del proceso de producción, realizando cada uno de ellos una distinta.

Si bien la categoría de contrato es válida para el entorno digital, seguramente las tareas o facetas que deban de realizarse por los

distintos editores que sean partes del contrato sean muy diferentes de las que se han venido realizando en el formato papel.

### **3. El contrato de coedición plena**

Finalmente, en el artículo 30 de la Ley del Libro de 1975 se regula el supuesto en el que varios editores acuerdan la publicación simultánea de la obra de uno o varios de ellos. Por tanto, se da a entender que la obra no ha sido divulgada.

En el entorno digital, este tipo de relaciones entre editores sigue vigente, aunque cambie el canal de comercialización. La publicación simultánea en distintas plataformas es perfectamente viable aunque, como sucede con los otros dos contratos de coedición analizados, el contenido obligacional que recoja el contrato para cada parte cambiará sustancialmente, añadiendo obligaciones de tipo tecnológico y adaptando las labores de promoción al entorno digital.

### **4. Los contratos de coedición en la actualidad**

Si analizamos la función de los tres tipos de contrato de edición, podemos concluir que están concebidos para momentos y finalidades diferentes de la colaboración entre editores.

En el caso del contrato de coedición de obra terminada se parte de una obra preexistente y ya comercializada en un determinado territorio. Por tanto, la colaboración entre editores se inicia una vez publicada la obra en un determinado mercado y con la finalidad de expandirse a nuevos mercados.

En el caso del contrato de coedición de creación de obra, la colaboración se inicia antes de empezar el primer proceso de edición, por lo que la finalidad de la colaboración es llevar a cabo el proceso de producción y la posterior publicación, compartiendo los costes.

En el supuesto del contrato de coedición plena, la finalidad es la publicación simultánea de una obra en distintos territorios, por lo que se debe entender que la colaboración entre editores se iniciará antes de la publicación, cabiendo la posibilidad de que no todos ellos hayan colaborado en la producción.



En los tres casos parece que existe una asunción compartida del riesgo empresarial, rasgo característico de la figura del editor y elemento común que actúa de hilo conductor de los tres contratos.

No obstante, dada la omisión de normas que regulan estas relaciones, más allá de la configuración básica del tipo contractual, parece que su aportación es prácticamente nula a la protección de bienes jurídicos. La normativa no da ninguna pauta sobre qué bienes proteger y de qué riesgos. Se entiende que, para poder llevar a cabo estos contratos de coedición se deberá respetar lo pactado con el autor en el contrato de edición, pero nada se dice en la normativa. Tampoco se protege el interés de los editores ni el del público en general, lo que lleva a pensar que no tiene utilidad la regulación de los mismos.

Si pensamos en el entorno digital, ya hemos constatado que cambiará el contenido obligacional de los contratos pero no el tipo contractual, siendo la principal aportación que los editores deberán ceder el derecho de comunicación pública junto con el de reproducción y distribución (y en su caso el de transformación para la traducción). También se debe aspirar a modificar la desactualizada y equívoca terminología.

Sería aconsejable regular estos contratos junto a los contratos contemplados en la Ley de Propiedad Intelectual, siempre que se abandonase la concepción autor-céntrica de la norma (sin dejar de proteger al autor).

#### **D. Contratos en función de la asunción del riesgo**

Además de los contratos en los que existe colaboración, ya sea por parte de los autores o por parte de los editores, existen situaciones en las que el autor puede estar dispuesto a asumir parte de la actividad empresarial que realiza el editor, asumiendo todo o parte del riesgo de la edición, ya que de otro modo la obra no vería la luz<sup>315</sup>. En estos casos faltaría un elemento esencial del contrato de edición, según lo establece el artículo 58 LPI, como es la asunción del riesgo por parte del editor.

Las situaciones, jurídicamente hablando, pueden ser diversas. A continuación vamos a mencionar las principales modalidades contractuales que se pueden dar bajo este apartado con el objeto de dilucidar si estos contratos tienen incidencia sobre el mundo digital.

---

<sup>315</sup> En estas situaciones se encontrarían casos como los que hemos visto en el apartado dedicado a las obras en colaboración en las que los propios autores quieren explotarla.

## 1. Contrato de sello editorial

El contrato de sello editorial venía definido en el derogado artículo 18.4 en la Ley del Libro de 1975 como «aquellos por los que el titular de la propiedad intelectual de una obra literaria, científica o artística, con contraprestación o sin ella, obtiene del editor la publicación de la misma. Este contrato, de sello editorial, se regirá por las normas generales del ordenamiento jurídico».

Pese a la derogación del artículo, que establece los elementos esenciales de esta relación entre autor y editor, este contrato sigue utilizándose en la actualidad, siendo plenamente legal, como ya hemos analizado. No obstante, no es posible calificarlo de contrato de edición, como destaca SERRANO FERNÁNDEZ<sup>316</sup>, por dos cuestiones: i) porque la retribución, elemento esencial del contrato de edición, no es obligatoria y ii) porque el editor no asume el riesgo de la edición.

En el fondo, estamos ante una prestación de servicios por parte del editor (si es que es técnicamente correcto denominarle así), quien pone sus medios y conocimientos a disposición del autor. Este tipo de contratos suelen ser beneficiosos para el editor puesto que el autor cubre todo el coste de la edición y, en muchos casos, únicamente percibe un porcentaje sobre las ventas.

Entiendo que no se produce ningún abuso por parte del editor ya que es un tipo de obra que no vería la luz en caso de que éste tuviese que asumir el riesgo. Sin embargo, se corre el riesgo de que la obra sea un éxito y que la mayor parte del beneficio siga percibiéndolo el editor según sean las condiciones pactadas, lo que sí que sería un abuso que requeriría de medidas de protección del autor.

En el terreno digital, este contrato no sólo sería perfectamente viable sino que muchos modelos de negocio editorial se basan en él. Como ya hemos mencionado, el coste de publicación se reduce considerablemente en caso de que la comercialización sea únicamente digital. Incluso existen editoriales que, aprovechando economías de escala, consiguen abaratar los costes de manera que puedan adoptar como estrategia comercial el no cobrar al autor por la publicación bajo su sello editorial, como incentivo para la publicación<sup>317</sup>. Nos podríamos plantear en este caso si, al asumir la editorial los costes de la publicación (aunque sean mínimos) nos

---

<sup>316</sup> M. SERRANO FERNÁNDEZ, *Contratos en torno a la edición*, p. 343.

<sup>317</sup> Editoriales como Bubok ofrecen a los autores la posibilidad de publicación gratuita bajo unas condiciones estándar. Únicamente si el autor opta por salirse de esas condiciones (p. ej., realizar una portada más elaborada) debe pagar algún extra. Incluso puede fijar los precios que considere convenientes siempre y cuando cubran el coste de publicación.

encontraríamos ante un contrato de cuentas en participación, tal y como veremos más adelante.

Normalmente, junto con la publicación va aparejada la posibilidad de publicar el libro en una o varias plataformas digitales, ya sean propias de la editorial o de terceros.

Los riesgos que podría sufrir el autor serían los mismos que en el mundo de papel. Por lo general, las condiciones de este tipo de nuevos modelos no son abusivas, permitiendo a los autores ingresos de hasta el 80 %. No obstante, no existe mecanismo, al margen de denunciar el abuso de las condiciones generales que firman los autores si se produce, para proteger los intereses del creador de la obra.

## 2. Contrato a cuenta del autor

En el contrato a cuenta del autor<sup>318</sup> nos encontramos con un contrato en el que el editor tampoco asume el riesgo. De hecho, estamos ante una situación en la que es el autor quien asume el riesgo (incluso podríamos decir que la edición) y externaliza toda la producción del proceso de producción y comercialización de la obra en un tercero especializado, como es un editor.

Por tanto, el autor está suscribiendo un contrato que la doctrina califica de obra<sup>319</sup>, a semejanza del contrato francés de *compte d'auteur*, aunque en mi opinión dependerá de las circunstancias. Creo que la reproducción de ejemplares sí que es claramente un arrendamiento de obra, puesto que estamos ante una obligación de resultado, pero en el caso de la distribución no creo que sea tan claro el resultado exigido, pudiendo configurarse, según las circunstancias, como un contrato de arrendamiento de servicios o, incluso, de agencia. En todo caso, al necesitarse de la cesión de los derechos de reproducción y distribución al editor que prestará los servicios, el contrato deberá someterse a lo establecido en el régimen general de

---

<sup>318</sup> Sigo la terminología empleada por la doctrina española, que la toma del Derecho francés, donde está tipificado el contrato de «*compte d'auteur*», aunque no me parece la denominación más descriptiva en castellano aunque sí quizá la más consolidada. Lo mismo sucederá con el «contrato de cuentas a medias» (M. SERRANO FERNÁNDEZ, *Contratos en torno a la edición*, pp. 344-355; C. GÓMEZ PLAZA, «Comentario al artículo 58 LPI», en Rodrigo BÉRGOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 942 y 943).

Reproducimos a continuación el artículo 132-2 de la Ley de propiedad intelectual francesa:

«Art. L. 132-2. *Ne constitue pas un contrat d'édition, au sens de l'article L. 132-1, le contrat dit à compte d'auteur*

*Par un tel contrat, l'auteur ou ses ayants droit versent à l'éditeur une rémunération convenue, à charge par ce dernier de fabriquer en nombre, dans la forme et suivant les modes d'expression déterminés au contrat, des exemplaires de l'oeuvre et d'en assurer la publication et la diffusion.*

*Ce contrat constitue un louage d'ouvrage régi par la convention, les usages et les dispositions des articles 1787 et suivants du code civil».*

<sup>319</sup> M. SERRANO FERNÁNDEZ, *Contratos en torno a la edición*, p. 345.

transmisión de los derechos del Capítulo I, Título V, de la Ley de Propiedad Intelectual.

En este caso, que creo que es una diferencia sustancial con el contrato de sello editorial, el editor no publicará la obra bajo su sello editorial.

En un entorno digital, el autor que opte por esta forma de comercialización deberá contratar las labores de producción (que serán básicamente la maquetación y el diseño) y de comercialización a un tercero que, en muchas ocasiones, puede que no sea un editor. Para poder llevar a cabo esta contratación deberá ceder el derecho de reproducción y el de comunicación pública. En este caso es fácilmente separable la parte de la producción y de la comercialización, que pueden encargarse a personas distintas si fuese el caso.

Nos remitimos a lo comentado en el apartado anterior, con la diferencia de que en este caso se remunera al editor por los trabajos realizados (aunque nada obstaría a que también se considerase un variable) y no se publicará bajo su sello editorial.

En cuanto a los intereses en riesgo, está claro que este tipo de contrato gozará de la tutela del Capítulo I, Título V de la Ley de Propiedad Intelectual. No obstante, no se le aplicarán las normas del contrato de edición puesto que el autor asume el papel de empresario y quizá, por esa condición, no es necesaria la protección del posible abuso del editor o no lo es más que en cualquier contratación, ya sea en el entorno digital o fuera de éste.

### 3. Contrato de cuentas a medias

En caso de que el riesgo sea compartido entre autor y editor, nos encontraremos ante un contrato de cuentas en participación, conocido por la doctrina como contrato de cuentas a medias, por el calco de la terminología francesa que regula este contrato<sup>320</sup>.

Tal y como lo define GÓMEZ-PLAZA, el contrato de cuentas a medias es «aquel mediante el cual el autor o sus derechohabientes encargan a un editor la realización, a sus expensas y en número determinado de ejemplares, de una obra, de cuya distribución también se encarga,

---

<sup>320</sup> Reproducimos a continuación el artículo 132-3 de la Ley de propiedad intelectual francesa: «Art. L. 132-3. *Ne constitue pas un contrat d'édition, au sens de l'article L. 132-1, le contrat dit de compte à demi.*

*Par un tel contrat, l'auteur ou ses ayants droit chargent un éditeur de fabriquer, à ses frais et en nombre, des exemplaires de l'oeuvre, dans la forme et suivant les modes d'expression déterminés au contrat, et d'en assurer la publication et la diffusion, moyennant l'engagement réciproquement contracté de partager les bénéfices et les pertes d'exploitation, dans la proportion prévue.*

*Ce contrat constitue une société en participation. Il est régi, sous réserve des dispositions prévues aux articles 1871 et suivants du code civil, par la convention et les usages».*

mediante el compromiso recíproco de repartir entre sí los beneficios y las pérdidas en la proporción establecida»<sup>321</sup>.

El contrato de cuentas en participación se regula en los artículos 239 y siguientes del Código de Comercio y se trata de un contrato de naturaleza mercantil. Del artículo 241 de dicho texto legal se deduce la existencia de un socio gestor, que debe ser comerciante en la terminología del Código de Comercio, y que será quien llevará las negociaciones en su nombre y bajo su responsabilidad. El otro socio, el partícipe, deberá realizar una aportación según manda el artículo 239 CCom.

Parece lógico que el socio gestor sea el editor, que es quien tiene el carácter de empresario habitual (el autor puede ser considerado empresario accidental u ocasional) y es quien va a realizar la actividad de producción y comercialización de la obra. Por su parte, el socio partícipe será el autor, que aportará los derechos de reproducción y distribución<sup>322</sup>.

Si es comprensible que el autor esté dispuesto a asumir la totalidad del riesgo para que su obra vea la luz, todavía lo es más si ese riesgo lo comparte con el editor.

En cuanto a cómo se adapta este contrato al entorno digital, no presenta diferencia respecto de lo dicho en el apartado anterior, salvo por la compartición del riesgo. En este caso, también se deberá aportar el derecho de comunicación pública para que sea viable.

El principal riesgo al que se enfrenta el autor, que debería ser un socio en plano de igualdad con el editor (y que también cuenta con la aplicación del Capítulo I, Título V de la Ley de Propiedad Intelectual) es precisamente el abuso de su socio. Esto se traduce en que el editor traspase un riesgo desproporcionado al autor con tal de que éste vea la obra publicada, riesgo que es menor en el entorno digital por los menores costes. Dicho riesgo encuentra cierta protección tanto en la norma de las sociedades personalistas conforme se debe participar en función del interés aportado (artículos 140 y 141 CCom), así como en la previsión del artículo 1691 CC.

## **E. Contrato de impresión y contrato de distribución**

---

<sup>321</sup> C. GÓMEZ PLAZA, «Comentario al artículo 58 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 943.

<sup>322</sup> Se ha cuestionado si este tipo de contrato es viable, al entender una parte de la doctrina que no es posible la aportación de los derechos de autor, puesto que los mismos no son transmisibles de forma definitiva. Hoy en día parece que incluso quienes defienden esa postura entienden la viabilidad de este contrato (M. SERRANO FERNÁNDEZ, *Contratos en torno a la edición*, p. 364).

Parece imprescindible, para acabar de entender la relación entre autor y editor y el contenido del contrato de edición, preguntarnos por los contratos de impresión editorial y de distribución editorial que regula la Ley del Libro de 1975. La impresión y la distribución de la obra son parte del proceso empresarial necesario para que la obra llegue al mercado y son funciones encomendadas al editor en virtud del contrato de edición.

## 1. Contrato de impresión

El contrato de impresión editorial (o ajuste de imprenta) se regula en el artículo 32 de la citada Ley del Libro, que lo configura como aquel por el cual «una empresa gráfica se compromete a componer, reproducir, imprimir o encuadernar una obra científica, literaria o artística susceptible de ello, a cambio de un precio que deberá abonar el editor».

Desde mi punto de vista, no hay duda de que estamos ante un contrato de obra por el que el editor decide externalizar la impresión de la publicación en un tercero en vez de realizarlo con medios propios<sup>323</sup>. Entiendo que en este caso el riesgo de la explotación de la obra sigue siendo asumido por el editor, sin que se comparta con el impresor, que se limita a proporcionar un servicio<sup>324</sup>.

Al ser un contrato de obra interesa que la ejecución sea conforme lo que se establezca en el contrato. No obstante, el editor deberá trasladar las cláusulas del contrato de edición relativas a la impresión al seno del contrato de impresión para evitar incumplimientos.

Se hace necesario mencionar que para poder llevar a cabo la impresión mediante este contrato el editor deberá ceder los derechos de reproducción al impresor<sup>325</sup>. Según el redactado del artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual (que incluye también las reproducciones indirectas, provisionales o por cualquier medio y

---

<sup>323</sup> El concepto de edición recogido en la Ley del Libro habla únicamente de la transformación de una obra para su publicación en formato libro que, pese a ser la principal forma de publicación, no es la única. En este caso, si nos atenemos a una interpretación literal, en caso de que el resultado de la impresión no sea un libro entenderemos que no estamos ante un contrato de impresión, aunque el objeto de este contrato que se suscriba será conceptualmente idéntico al contrato de impresión.

<sup>324</sup> Creo que esta misma figura contractual es aplicable en caso de que el autor decida explotar su propia obra, al margen del editor. El contrato que suscriba con el impresor entiendo que debería considerarse un contrato de impresión.

<sup>325</sup> El concepto de libro, si bien no lo recoge la Ley de Propiedad Intelectual, aparece en el artículo 2 a) de la Ley del Libro:

«a) Libro: obra científica, artística, literaria o de cualquier otra índole que constituye una publicación unitaria en uno o varios volúmenes y que puede aparecer impresa o en cualquier otro soporte susceptible de lectura.

Se entienden incluidos en la definición de libro, a los efectos de esta Ley, los libros electrónicos y los libros que se publiquen o se difundan por Internet o en otro soporte que pueda aparecer en el futuro, los materiales complementarios de carácter impreso, visual, audiovisual o sonoro que sean editados conjuntamente con el libro y que participen del carácter unitario del mismo, así como cualquier otra manifestación editorial».

cualquier forma) parece que el legislador ha querido que cualquier copia, por insignificante que sea, sea considerada reproducción. Ejemplo de esta voluntad creo que es el límite establecido en el artículo 31.1 LPI. Si una copia neutra desde el punto de vista de la explotación, como es la reproducción técnicamente necesaria para transmitir contenidos en la red, vulneraría el derecho de reproducción de no contar con un límite, parece lógico pensar que la reproducción de ejemplares, ya sea en papel o en digital, también estará en el ámbito del artículo 18 LPI. Por tanto, aunque puede parecer desproporcionado, entiendo que en el contrato de impresión editorial debe cederse el derecho de reproducción para que se pueda llevar a cabo la impresión de los ejemplares.

Donde la cuestión cambia de manera relevante es en el entorno digital. Si bien también estaremos ante la externalización de una actividad propia del proceso productivo, en este caso quien preste el servicio deberá realizar una actividad de maquetación del texto y transformación a un formato digital que permita su distribución a través de la red. A tenor de la definición de impresor de la Ley del Libro, está claro que el concepto de impresión abarca no sólo la impresión en papel sino «en cualquier soporte susceptible de lectura», por lo que podríamos hablar de «impresión digital». También entraría en el concepto de impresión digital la incorporación al libro de elementos audiovisuales o sonoros. Si bien nos sirve el contrato de impresión como una categoría para el entorno digital creo que el contenido del mismo va a tener que cambiar considerablemente, pese a que no veo necesario que se deba añadir la cesión del derecho de comunicación pública en el contrato, ya que bastará con la cesión del derecho de reproducción.

## 2. Contrato de distribución

Por lo que se refiere al contrato de distribución contemplado en el artículo 31 de la Ley del Libro de 1975, se define el mismo como aquel por el cual «el distribuidor se encarga de la venta al por mayor y administración de una obra ya editada, abonando por ello el editor un precio de antemano convenido».

Al igual que sucedía con el contrato de impresión, ésta es una actividad propia del proceso de edición que puede ser externalizada. El objeto del contrato no es otro que el de la intermediación comercial, donde el distribuidor<sup>326</sup> realizará las funciones de

---

<sup>326</sup> El artículo 2.d) define al distribuidor como la «persona natural o jurídica que realiza servicios comerciales y que sirve de enlace entre editores y libreros, para situar y reponer libros en su punto de venta y facilitar su difusión».

mayorista con la finalidad de contactar con los librereros, que son aquellos que venderán al cliente final.

Entiendo que esta relación se puede configurar de muchas formas desde un punto de vista jurídico, ya sea asumiendo el riesgo el editor, compartiéndolo ambos o incluso asumiéndolo el distribuidor, opción común en los contratos de intermediación. No obstante, tal y como se ha manifestado en la primera parte de este capítulo, es habitual que los contratos de distribución incluyan una cláusula por la que el distribuidor puede devolver los ejemplares no vendidos al editor, quien asume la obligación de recibirlos y, por tanto, el coste de los mismos.

Como en el caso de la impresión, se debe procurar el cumplimiento del contrato y elegir la forma de distribución más adecuada, sin creer que por tratarse del objeto que se distribuya deba someterse este contrato a normativa diferente de la que regula la distribución en España.

En cuanto al entorno digital, el cambio de modelo puede llevar a que la intermediación se reduzca a incluir la obra en una plataforma digital y a realizar cierta promoción. En este caso, el contrato de distribución descrito no se adecúa a esta nueva manera de actuar. El modelo de distribución de contenidos a través de redes digitales elimina intermediarios y puede que el propio editor comercialice la obra sin intermediarios o a través de nuevos intermediarios.

## **F. Contratos gratuitos**

Por último, nos debemos plantear si es viable algún tipo de relación jurídica gratuita entre el autor y el editor con la finalidad de que la obra vea la luz. Como ya hemos apuntado, las formas de creación hoy en día son diversas y variadas, en especial en el entorno digital, siendo relevante tanto la cooperación entre varios autores (ya analizado) como la creación de obras cuyos autores no están buscando una recompensa económica, sino que les impulsan otras motivaciones como puede ser contribuir al progreso social, la reputación o el arte por el arte, entre otras.

Por todo ello, debemos detenernos en la estructura jurídica que debe soportar este tipo de creación destinada a publicarse sin que el autor pretenda una contraprestación de quien va a realizar la producción y comercialización de la obra.



El primer aspecto que se debe comentar es si existe una posibilidad de ceder gratuitamente los derechos necesarios a un tercero para que éste lleve a cabo la publicación. La doctrina española se muestra mayoritariamente a favor de entender que es posible ceder gratuitamente los derechos de explotación<sup>327</sup>, por lo que sería viable la cesión por parte del autor a un tercero, sea quien sea.

Si nos planteamos qué forma jurídica debe adoptar esa cesión, lo natural sería intentar encajarlo en el contrato de edición, ya que es la forma arquetípica de cesión de los derechos para su explotación a los ojos del legislador. Sin embargo, tal y como hemos analizado, la remuneración del autor es un elemento esencial del contrato de edición, cuya ausencia es sancionada con la nulidad, por lo que se debe llegar a la conclusión de que la cesión de los derechos no puede encauzarse mediante este contrato<sup>328</sup>.

El proceso buscado por un autor que cede gratuitamente sus derechos a un tercero para que lleve a cabo el proceso de producción y comercialización guardará una gran semejanza con el proceso de edición, salvo por lo que a la retribución se refiere. En este caso, entiendo que se deberá indicar el carácter gratuito del contrato de manera expresa para que no existan dudas acerca de si estamos ante un contrato de edición que sería, en consecuencia, nulo.

El hecho de que a esta relación jurídica no se la pueda considerar un contrato de edición pero que el contenido sea prácticamente el mismo lleva a que algunos autores, como la profesora GETE-ALONSO, entiendan que estamos ante «tipos contractuales atípicos y secundarios (subtipos) –gratuitos– de aquéllos»<sup>329</sup>, es decir, del contrato de edición.

En caso de que lo que se pretenda sean los efectos de la «venta» de los derechos, la profesora plantea la siguiente disyuntiva en función de si se es partidario o no de la enajenación de la propiedad intelectual: «podría considerarse que se trata de una figura jurídica, análoga al negocio de *donación* respecto de las modalidades de explotación que fueron objeto de la cesión, siempre que se admita ésta. Finalmente, lo que me parece más adecuado si se parte de que no cabe la transmisión en sentido de enajenación, los contratos

---

<sup>327</sup> RODRÍGUEZ TAPIA entiende que la remuneración no es un requisito esencial de la cesión (J. M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 1.ª ed., p. 214), igual que la profesora GETE-ALONSO que considera que el silencio que guarda el artículo 43 LPI sobre la gratuidad no es razón para excluirla (M. del C. GETE-ALONSO, «Comentarios al artículo 43 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 766). En igual sentido M. SERRANO FERNÁNDEZ, *Contratos en torno a la edición*, pp. 389 y 390.

<sup>328</sup> Ya nos hemos manifestado a favor de la posibilidad de admitir contratos de explotación de los derechos al margen del contrato de edición, en especial si son gratuitos, en el apartado 3 del presente capítulo.

<sup>329</sup> M. del C. GETE-ALONSO, «Comentarios al artículo 43 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 769.

gratuitos se calificarán como contratos atípicos incluidos dentro de la categoría genérica del contrato de obra y servicios o, mejor, en la de contratos de explotación de derechos de autor».<sup>330</sup>

Es interesante la postura de SERRANO FERNÁNDEZ, que considera que se está en todo caso ante una donación, diferenciando el supuesto en el que la donación lleva aparejada la obligación de publicar la obra para el donatario y la donación en la que no existe esa obligación. Entiende esta autora que si la donación lleva aparejada la obligación de publicar se debe considerar una donación modal, aunque en ocasiones será difícil de valorar si el gravamen que recae sobre el donatario es inferior a lo recibido (en especial cuando esa comparación no será posible hasta que se haya introducido la obra en el mercado y se compruebe si ha habido pérdidas o ganancias). En caso de que el gravamen supere al beneficio, deberá considerarse no una donación sino un contrato oneroso. Si la donación no conlleva obligación alguna de publicar, entiende SERRANO FERNÁNDEZ que se trata de una donación pura, pero advierte que en este caso la cesión únicamente podrá ser con carácter no exclusivo. Para llegar a esta conclusión introduce en su razonamiento un elemento interesante y relevante como es el de la finalidad última de la creación. Entiende que la obra se crea para que llegue a los lectores, disponiendo el autor de un derecho irrenunciable como el de divulgación para proteger este interés. La mejor forma de proteger al autor es la de no permitir la exclusiva de manera que el autor pueda introducirla en el mercado en caso de que no lo haga el donatario<sup>331</sup>.

Creo que la reflexión sobre la necesidad de que la obra llegue al público se debe plantear de manera general para todo el derecho de autor. Como se viene defendiendo en este estudio, todo el sistema de protección de los intereses del autor debe de ser matizado con la protección del interés público consistente en aumentar el acervo cultural de la sociedad. Si bien el autor siempre dispondrá de su derecho de inédito, que no deberá ceder ante el interés general, se debe evitar que la cesión de los derechos por parte del autor a un tercero tenga como consecuencia que la obra no se introduzca en el mercado. Este aspecto es claro en el contrato de edición, pero no lo es tanto en el resto de modalidades que hemos descrito. La cesión de los derechos debe conllevar la obligación, en cumplimiento del derecho de divulgación, de la publicación de la obra salvo voluntad expresa en contra del autor. La finalidad de cualquier cesión debe presumirse que tiene como finalidad su introducción en el mercado.

---

<sup>330</sup> M. del C. GETE-ALONSO, «Comentarios al artículo 43 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 769.

<sup>331</sup> M. SERRANO FERNÁNDEZ, *Contratos en torno a la edición*, pp. 394-406.

Por último, comentar que en una industria como la editorial, en la que existen diferentes perfiles de autores y de estrategias comerciales en las que la cesión gratuita es parte de las mismas (en especial con los nuevos modelos de negocio a través de las redes), no parece la donación la mejor forma de canalizar estas nuevas necesidades, siendo aconsejable la creación de un instrumento que aporte mayor seguridad jurídica a las partes.

# CAPÍTULO III: LA INDUSTRIA MUSICAL

## *Primera parte: el mercado musical*

### **I. DESCRIPCIÓN DEL MERCADO MUSICAL TRADICIONAL**

Al igual que en el capítulo anterior, comenzaremos realizando una breve descripción de cómo funciona el mercado de la industria musical.

Históricamente, la forma habitual para comercializar las obras musicales se producía a través de la venta o el alquiler de partituras. El panorama cambia radicalmente con la invención del fonógrafo, por parte de Thomas Edison, y la difusión de aparatos de reproducción mecánica como la pianola. El fonógrafo permitió la creación de un nuevo mercado en el que no se vendían partituras sino sonido. La evolución de este mercado de sonido se convirtió en el principal mercado para la música, independientemente de los soportes utilizados en cada momento (discos de pizarra, de vinilo, casetes, CD, MP3...).

Al igual que con la industria editorial, nos debemos detener en la cadena de valor. El origen de la misma lo debemos situar, como es lógico, en el momento de la creación de la obra por parte del autor (o para algunos, en el momento de la adquisición de los derechos por el editor musical), finalizando con la puesta en el mercado de la obra. El supuesto más usual en el mundo discográfico consistía en que el autor (denominado compositor en este campo), una vez terminada la obra se pusiese en contacto con el editor, quien buscaría artistas para que interpretasen la composición y a una o varias empresas para que grabasen la interpretación, fabricasen los ejemplares y los distribuyesen, pudiendo intervenir el editor en la inversión<sup>332</sup>.

---

<sup>332</sup> Históricamente, la música era objeto de comercio a través de partituras y hasta la invención de la pianola, a mediados del siglo XIX, no fue técnicamente posible grabar música. En consecuencia, no es de extrañar que la figura que se encarga de comercializar la obra reciba la misma denominación que en el mercado editorial puesto que el editor de las partituras va ampliando sus funciones hasta realizar las descritas (P. GOLDSTEIN, *El copyright en la sociedad de la información*, p. 83). Debemos aclarar que, si bien podría entenderse que el antecedente más remoto de la comercialización de la música podría encontrarse en el comercio de copias amanuenses producidas en los monasterios, entendemos que es más razonable situar el inicio del comercio de la música en un momento posterior, ya que las transacciones de copias amanuenses de obras musicales se podría considerar un fenómeno marginal puesto que la mayoría de copias se referían a textos y tampoco se puede considerar que existiese un comercio lo suficientemente importante de las mismas. Por eso nos parece más lógico situar el inicio del mercado de la música en la compra y alquiler de partituras producido desde la aparición de la imprenta, concretamente, en el siglo XVI, cuando se generaliza el comercio de este tipo de obras en Francia a través del privilegio otorgado por la Corona a la editorial Ballard.

Hoy en día, ese mercado en el que el editor y la compañía discográfica se diferenciaban claramente ya no existe. En las últimas décadas ha existido una tendencia a la integración tanto horizontal como vertical en la industria musical, haciendo que ambos sujetos tiendan a pertenecer a un único grupo empresarial.

Como dice el profesor WALLIS, la liberalización y la desregulación de los mercados han favorecido la mundialización de las empresas musicales, que adoptan estrategias destinadas a vender más allá del mercado local, «como medio de ampliar los mercados a fin de obtener mayores ingresos»<sup>333</sup>. No obstante, esta estrategia expansionista provoca un fuerte endeudamiento que lleva a «una búsqueda más intensa de otras corrientes de ingresos alternativas procedentes de un nivel más bajo de la cadena de valor»<sup>334</sup>.

Para conseguir esos ingresos alternativos, las grandes compañías han seguido una estrategia de fusiones y adquisiciones que les han llevado a una integración horizontal, vertical<sup>335</sup> e incluso diagonal<sup>336</sup>, puesto que la convergencia geográfica y tecnológica permite la complementariedad de la industria de la música con otros medios de comunicación y otros sectores, aprovechando así economías de escala y de alcance.

En palabras de este autor «ese proceso no sólo alteró la configuración del comercio de la música tradicional sino también la dinámica del crecimiento y la evolución de la industria, permitiendo así a las empresas importantes ejercer un grado mayor de dominio colectivo del mercado», hasta el punto de que «al controlar las grandes sociedades de medios de comunicación a las empresas discográficas, los editores e incluso las empresas de radiodifusión, la fuerza y la independencia de las sociedades recaudatorias se ven gravemente disminuidas»<sup>337</sup>.

---

<sup>333</sup> R. WALLIS, *De menor a mayor: los desafíos políticos con que se enfrentan los países en desarrollo en el sector mundial de la producción musical*, p. 11.

<sup>334</sup> R. WALLIS, *De menor a mayor: los desafíos políticos con que se enfrentan los países en desarrollo en el sector mundial de la producción musical*, p. 11.

<sup>335</sup> «En los años ochenta, la atención se centró en las actividades de distribución, primero cuando se quitó a las marcas independientes el control del repertorio de los artistas y luego cuando la atención se dirigió a la gestión del mercado mediante el control de los puntos de venta al detalle, incluso mediante la expansión de los géneros relacionados con la música (por ejemplo, camisetas y posters), con un margen de venta al por menor más alto. Otro cambio se produjo a finales del decenio de 1980 en las actividades de edición. Incluyó la unión de organizaciones que proporcionan música grabada (empresas discográficas o de "fonogramas") y organizaciones propietarias de los derechos de autor de la música grabada (editores de música)» (R. WALLIS, *De menor a mayor: los desafíos políticos con que se enfrentan los países en desarrollo en el sector mundial de la producción musical*, p. 11).

<sup>336</sup> La integración diagonal o lateral es aquella en la que se integran dos compañías de sectores complementarios (p. ej., una compañía de televisión con una compañía de telecomunicaciones). G. DOYLE, *Understanding Media Economics*, p. 23.

<sup>337</sup> R. WALLIS, *De menor a mayor: los desafíos políticos con que se enfrentan los países en desarrollo en el sector mundial de la producción musical*, p. 12.

Hasta tal punto llegó la concentración que prácticamente el 80 % de la facturación<sup>338</sup> de ventas llegó a corresponder únicamente a cinco grandes compañías. Esto supone grandes dificultades para las compañías pequeñas e independientes, necesitadas de financiación, así como para los artistas noveles.

Por tanto, vemos que quedan difuminadas las diferentes funciones de producción ya que todas ellas, independientemente de que son realizadas por personas jurídicas diferentes, responden a una misma dirección empresarial.

Si nos detenemos en la distribución de la obra musical, tradicionalmente los canales para comercializar la música han sido diversos. Un primer canal de distribución es el que distribuye la música en soporte físico. En este caso es la red de distribución minorista la que venderá el soporte al usuario final (tradicionalmente vinilos o casetes, en la actualidad CD y DVD), que pueden adquirir las obras a través de mayoristas o directamente de los productores. Este tipo de distribuidores (desde grandes cadenas especializadas a centros comerciales, pasando por gasolineras y pequeños comercios) realizan funciones de venta al consumidor final, pero ocasionalmente también de promoción de las obras musicales en un esquema similar al analizado en el sector editorial, aunque no tan definido legalmente.

Un segundo canal por el que se obtienen ingresos de las obras musicales es la explotación en la radio y la televisión (por ondas, cable y satélite). Los ingresos, en este caso, pueden venir de manera directa (si se compran los derechos de una canción para utilizarla en un programa)<sup>339</sup> o a través de la gestión colectiva de las entidades de gestión de derechos para los derechos de remuneración (por ejemplo, locales que dispongan de un televisor o las tiendas que tengan hilo musical). Aparte de los ingresos que esta explotación proporciona a los titulares de los derechos, la emisión de música en radio y televisión también tiene un efecto promocional para las obras que es indispensable para el éxito comercial de una canción.

El tercer canal son los eventos, como puede ser un concierto o una gira. Este tipo de actos los puede organizar o bien los propios titulares de los derechos, o bien alguna empresa independiente especializada en este campo que adquiere los derechos mismos (pudiendo ser incluso la misma discográfica o una empresa del grupo quien asuma esta tarea). Dado que nuestra Ley otorga el mismo instrumento contractual para la organización de conciertos que para

---

<sup>338</sup> R. WALLIS, *De menor a mayor: los desafíos políticos con que se enfrentan los países en desarrollo en el sector mundial de la producción musical*, p. 12. M. PARIKH, *The music industry in the digital world: waves of changes*, p. 3.

<sup>339</sup> Deberíamos incluir aquí los casos en los que se utilizan canciones en obras audiovisuales, independientemente de que estén destinadas a la televisión o no.

el teatro, incluiré en este apartado dedicado a la organización de eventos una breve referencia a las denominadas artes escénicas, que también serán objeto de análisis jurídico.

La cuarta forma de comercialización es a través de discotecas, clubes o locales en los que se utiliza música grabada. Los ingresos son proporcionados en estos casos por las entidades de gestión de derechos. También se produce en estos casos un efecto de promoción.

Residualmente también existe un mercado de venta de partituras y de letras para el mercado profesional y para algunos *amateurs* de la música.

Dada la concentración de la industria musical hay que tener en cuenta que ha sido normal que todos estos canales hayan sido controlados por grandes grupos que suelen ser titulares de los derechos de los compositores e intérpretes que más ingresos generan, además de los derechos propios de los productores. Esto puede suponer una barrera de entrada en el mercado para los nuevos creadores y competidores de las industrias ya establecidas.

Los compositores o artistas que querían entrar en el mercado tenían dos caminos: hacerlo a través de un gran grupo o a través de alguna pequeña firma independiente. Como hemos visto, las estrategias de estos grandes grupos se basan en contratar a artistas de proyección internacional para buscar economías de escala y reducir su endeudamiento. Por tanto, es difícil que un artista o compositor novel acceda a alguno de estos grandes grupos. En el caso de las compañías independientes, si bien el acceso por parte del compositor o artista es más fácil, las salidas que puede proporcionar la empresa son reducidas, ya que normalmente se centran en nichos de mercado muy definidos y locales.

Además, para estas pequeñas firmas es muy difícil competir con un oligopolio, en especial por tratarse éste de un mercado que se globaliza y que necesita de grandes inversiones (como deslocalizar la fabricación al lugar con menor coste) que no están al alcance de compañías de reducidas dimensiones.

## **II. EL MERCADO Y CAMBIOS EN LOS MODELOS DE NEGOCIO**

Toca analizar a continuación las tendencias de cambio que se vislumbran en el modelo de negocio de la música, a la luz de lo comentado en el primer capítulo.

Desde el punto de vista de la producción, se han producido cambios relevantes. En primer lugar, la grabación de un álbum a una calidad aceptable ya es viable para prácticamente cualquier compositor o intérprete. Como comenta ANDERSON, la tecnología de grabación digital ha reducido el coste de los estudios y se pueden grabar temas en pocos días y luego mezclarlos y reeditarlos por medio de ordenadores personales<sup>340</sup> (las llamadas *Digital Audio Workstations*).

Desde el punto de vista de la difusión de la obra, el fenómeno que realmente ha empezado a suscitar un cambio serio en las relaciones existentes en la industria musical ha sido, por una parte, el acceso por parte de empresarios y, en especial, de consumidores a la banda ancha, y por otra la creación de aplicaciones, como el MP3 y sus evoluciones (MP4 y otros formatos de audio), que permiten transmitir gran cantidad de información utilizando pocos recursos de red.

Estos dos factores han provocado que muchos usuarios hayan decidido adquirir la música a través de la red en vez de acudir a las tiendas. No obstante, hemos de manifestar una cuestión evidente como es que el intercambio de música a través de Internet es neutro y que la legalidad o ilegalidad del mismo será responsabilidad del usuario. En mi opinión, esta aceptación masiva de Internet como medio de distribución de música refleja que existe una necesidad insatisfecha de los usuarios, o en otras palabras, una oportunidad de negocio. No obstante, la industria tradicional ha sido reacia al cambio y se ha esforzado en mantener su posición oligopolista, intentando mantener el modelo existente y bloqueando el nacimiento de un nuevo canal de distribución, en la creencia de que representa más riesgos que ventajas para el oligopolio.

¿En qué consiste el cambio? Desde el momento en el que un empresario puede crear su propia plataforma web desde la que vender música y los usuarios pueden acceder a la misma de manera rápida y eficaz, estamos ante un nuevo canal de comercialización de la música. El coste para el empresario será el resultado de los costes de la plataforma web (diseño, *software*, servicios de *housing* o *hosting* y los propios de gestión y *marketing*) y los costes de las autorizaciones por parte de los titulares de los derechos de propiedad intelectual para vender la música.

Si comparamos los costes de crear una plataforma web con los costes de la comercialización tradicional, se constata el importante ahorro que supone un canal respecto del otro. Si bien hasta el momento de la grabación los gastos son comunes<sup>341</sup>, a partir de ahí el modelo

---

<sup>340</sup> C. ANDERSON, *La Economía Long Tail*. De los mercados de masas al triunfo de lo minoritario, pp. 151 y 152.

<sup>341</sup> Lo que en el primer capítulo denominábamos «costes de expresión».



tradicional incurre en gastos muy superiores a los del modelo de Internet. Pensemos en el ahorro que supone una tienda en línea sólo en costes de fabricación, transporte o de gestión de *stocks*. Además, los gastos de gestión pueden verse reducidos con mejoras como la facturación automática.

En cuanto a la promoción, los usuarios juegan cada vez un papel más activo, como hemos visto en el caso de los libros, en la promoción de la canción. Desde el «boca-oreja» hasta la creación de listas o recomendaciones en plataformas especializadas, todo ello hace que una canción pueda tener mayor o menor difusión y, en consecuencia, éxito.

A lo ya dicho se traduce una cierta mejoría en la calidad de la obra ofrecida. En muchas ocasiones, para una canción de éxito se obliga a realizar todo un álbum (para reducir costes de promoción y distribución), con un considerable coste creativo. Esto provoca que muchos consumidores finales que están interesados en una única canción no quieran comprar el álbum entero, perdiéndose una venta. La comercialización en Internet permite que no sea necesario realizar un álbum completo para una canción de éxito y poderla comercializar de manera independiente. En consecuencia, reduciremos el coste de creación al no tener que componer e interpretar más canciones, a la vez que podemos aumentar los ingresos, gracias a que ese consumidor que no estaba dispuesto a comprar el álbum entero por una canción, ahora sí realizará la compra a precios más reducidos. Otra ventaja que apunta PARIKH, es que se aumenta la calidad musical al evitar las denominadas «canciones de relleno»<sup>342</sup>. Todos estos ahorros en coste podrán verse traducidos en una rebaja del precio<sup>343</sup>.

Otra ventaja añadida de este nuevo sistema de comercialización es que es más apto para dirigirse a un mercado global, en el que técnicamente podemos vender obras musicales en cualquier rincón del mundo en el que tengan acceso a Internet, sin necesidad de abrir físicamente una tienda<sup>344</sup>. Cuestión distinta es que por el sistema de comercialización actual, con licencias por países, se decida impedir que esto suceda imponiendo limitaciones tecnológicas de manera que no se pueda acceder a contenidos por parte de usuarios que no están en el territorio de la tienda a la que se solicita la descarga.

Por lo que respecta al usuario, este sistema (siempre que este último disponga del equipo y la red adecuada) también ofrece ventajas. En

---

<sup>342</sup> M. PARIKH, *The Music Industry in the Digital World: Waves of Changes*, p. 3.

<sup>343</sup> Estrategias como la de la plataforma iTunes de Apple ofrecen la mayoría de álbumes a 9,99 euros y las canciones a 0,99 euros, cuando los mismos productos en soporte físico rondan los 20 euros el álbum y los 8 o 9 euros un *single*.

<sup>344</sup> Siempre y cuando adoptemos las normativas fiscales y comerciales de cada país, como sucedería en la venta tradicional.

primer lugar, reduce los costes de búsqueda, ya que se puede conectar a varias tiendas para buscar la canción que desea, al mejor precio. Además, también reduce los costes de transporte puesto que evita el desplazamiento hasta la tienda. Por último, también puede suponer un ahorro en el precio, si efectivamente la reducción de costes se ve reflejada en el precio y el mercado de la competencia funciona correctamente.

Se debe destacar un aspecto que afecta tanto al empresario como al usuario y que favorece el acceso a la cultura. En el momento en el que almacenamos una obra en formato digital en un servidor, la misma está disponible indefinidamente<sup>345</sup> y a un coste marginal tendente a cero<sup>346</sup>, lo que no sucede con las obras en CD, las cuales deben solicitarse y volverse a fabricar en cuanto se agotan, si es que la editorial lo considera conveniente, quedando descatalogadas en caso contrario<sup>347</sup>. Eso significa que, a medida que introducimos obras en el servidor, estamos acrecentando los fondos disponibles a los que podrá acceder toda la sociedad, fomentando la cultura. Por otra parte, el empresario y el titular de los derechos tienen la oportunidad de seguir ingresando dinero por la obra.

Un último factor que supone una diferencia entre el canal tradicional de ventas y la venta a través de redes, consiste en el distinto aprovechamiento que se puede realizar de la denominada «compra compulsiva». El acceso a redes puede permitir que el usuario compre una canción que le guste al acabar de escucharla, ya sea al final de una película, escuchando la radio o a través del teléfono móvil. Estos dispositivos permiten, para bien o para mal, aprovechar ese impulso de compra que se desperdiciaría en caso de tener que acudir a la tienda<sup>348</sup>.

Con este panorama, si pensamos en la exposición sobre equipos y redes realizada en el capítulo primero, nos daremos cuenta de que este canal de comercialización está llamado a ser el principal canal de distribución.

---

<sup>345</sup> Tal y como explicamos en el primer capítulo, una de las características del formato digital es su duración infinita, ya que al estar almacenada la obra en forma de secuencia numérica, no depende del soporte material en el que esté incluida.

<sup>346</sup> El único coste para el empresario será el de mantenimiento de la máquina, que no es elevado.

<sup>347</sup> A modo de demostración, en el momento de escribir esta obra hemos solicitado los LP *Working with fire and Steel* y *Flaunt the Imperfection* del grupo China Crisis, en las principales tiendas de discos de Barcelona y Madrid. En todas obtuvimos la misma respuesta: ambos álbumes están descatalogados. Hace años eso significaba que la única manera de encontrar esos LP era recurrir a tiendas de segunda mano, lo que no es una garantía de encontrar los discos. La posibilidad de que ambos fuesen reeditados era muy remota porque el coste para un usuario no justificaba una nueva edición y, aunque hubiese más, para el titular de los derechos es muy difícil detectar la demanda de este tipo de productos, puesto que la misma no se encuentra organizada. Dichos álbumes se encuentran actualmente disponibles en plataformas como iTunes.

<sup>348</sup> Existen en la actualidad proyectos, no comercializados por el momento, que permiten a los usuarios comprar determinados elementos que aparecen en las películas que ven, o en los propios anuncios, incluyendo la música de la película. Por ejemplo, durante el visionado de una película de James Bond, sería posible acceder a un menú que permita comprar el mechero del protagonista o la sintonía típica de la saga.

Este nuevo canal de comercialización se enfrenta a un gran escollo: quien suele impulsar la iniciativa de organizar este nuevo tipo de tienda no suele ser un empresario tradicional del sector de la música (pensemos en nuevos actores como Apple o Spotify). Por tanto, es lógico que quien los agentes tradicionales del mercado vean la irrupción de nuevos agentes como una amenaza grave. En definitiva, se está abriendo una nueva línea de comercialización, que es competencia de la venta tradicional, y en la que los agentes tradicionales no participan o, si lo hacen, obtienen menores beneficios y no controlan el canal. Todo esto lleva a que los agentes tradicionales hagan lo posible para evitar el desarrollo de estos nuevos canales, al menos, hasta repositionarse. Curiosamente, la mejor herramienta para poder impedir la entrada de nuevos agentes en el mercado es el derecho de exclusiva. Los titulares de los derechos de las obras pueden impedir o retrasar esta nueva forma de adquirir obras, disponiendo para ello de dos sistemas: no otorgar derechos a los nuevos minoristas o exigir precios elevados por los repertorios, de manera que hagan inviable el negocio.

Sin embargo, los menores costes de entrada en el mercado por el impacto de las nuevas tecnologías hacen que sea viable para los nuevos agentes penetrar en el mercado. Por un lado, las compañías pequeñas, al reducirse los costes de fabricación y distribución, tienen más posibilidades de competir con el oligopolio. Además, pasan de vender en un mercado local a vender en un mercado mundial sin un aumento considerable de costes, salvo por los costes de promoción fuera de la red. Los creadores, por su parte, también están más cerca de poder realizar una autoedición de los discos y de contratar los servicios de promoción a alguna agencia o que dichos servicios los realice la propia tienda en línea. En definitiva, según cómo evolucione el mercado en red, las grandes compañías que hoy forman el oligopolio pueden ser sustituidas por una pluralidad de compañías.

Creo que no tendría sentido alguno permitir la utilización de un monopolio que se ha concedido legalmente en forma de derecho de exclusiva a los productores, con la finalidad de fomentar la creación y difundir la cultura, para un fin radicalmente opuesto como defender una posición de dominio en el mercado.

Pese al citado obstáculo creo que el éxito de este nuevo canal es una realidad. La distribución de música a través de la red tuvo unos inicios al margen de la legalidad (recordemos el paradigmático caso de Napster), a través de redes de intercambio de archivos. Siendo inadmisibles la piratería, creo que lo sucedido demostró que existía una necesidad social de consumo de música digital. La prueba es que, en cuanto se han establecido sistemas de distribución de contenidos

musicales digitales legales<sup>349</sup>, el mercado no ha hecho más que crecer: la descarga de música directamente en reproductores de música (incluyendo teléfonos) y la música escuchada en *streaming*, constituyen un mercado que cada día prospera más. Según el *Digital Music Report 2015* elaborado por la Federación Internacional de la Industria Fonográfica, 2015 es el primer año en el que los ingresos que provienen de las ventas en formato digital han igualado a los ingresos en los canales tradicionales<sup>350</sup>.

Todo lo dicho nos lleva a plantearnos si la función empresarial encomendada al empresario de la industria musical está cambiando debido a la digitalización. Si atendemos al proceso de producción y comercialización, ANDERSON comenta que los sellos discográficos cumplen básicamente cuatro funciones que agrupa en tres puntos: «1) búsqueda de talentos; 2) financiación (los adelantos a los grupos que tienen que pagar sus estudios de grabación son como el dinero de siembra invertido por un capitalista de riesgo); 3) distribución y *marketing*»<sup>351</sup>. Entiendo que la tecnología pone al alcance del autor la posibilidad de que asuma estas funciones o, incluso, por terceros ajenos al campo de la producción discográfica. Todo dependerá del modelo que cada cual quiera escoger, sin poner en tela de juicio el actual modelo de grandes producciones discográficas que es compatible con los cambios descritos. Lo que sí se puede constatar es que la irrupción de nuevos agentes en el mercado (Spotify, Apple, etc.), con nuevos modelos de negocio, es un hecho que se deberá tener en cuenta.

En cuanto a las otras ventanas de explotación, la organización de conciertos y eventos no se ha visto afectada por la digitalización, salvo por lo que a determinadas mejoras en la producción (desde los equipos de sonido o aspectos organizativos hasta los sistemas de venta de entradas, que tendrán especial incidencia en la regulación relativa al teatro)<sup>352</sup>. Lo mismo sucede con la música grabada. Por

---

<sup>349</sup> Según el *Observatorio de la piratería 2015* existe un 38 % de personas que todavía piratean contenidos al no tener otra forma de acceder a los mismos (COALICIÓN DE CREADORES E INDUSTRIA DE CONTENIDOS, *Observatorio de la piratería y hábitos de consumo digitales 2015*, resumen ejecutivo, p. 4. Disponible en: <http://lacoalicion.es/wp-content/uploads/ejecutivo-observatorio-2015-vd-es.pdf>).

<sup>350</sup> En 2014 el 46 % de los ingresos ya provinieron de canales de distribución digitales, siendo la forma mayoritaria de uso (52 %) la descarga. Esta cifra iguala a la de los ingresos por venta de música en soporte físico (46 %), siendo el 8 % restante ingresos por derechos de sincronización e interpretación. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE PRODUCTORES FONOGRAFICOS, *Digital Music Report 2015. Charting the Path to Sustainable Growth*, 2015, pp. 6 y 7.

<sup>351</sup> C. ANDERSON, *La Economía Long Tail. De los mercados de masas al triunfo de lo minoritario*, p. 151.

<sup>352</sup> Sí que se ha producido un cambio en la tendencia de la asistencia en el caso de las artes escénicas. Según el *Anuario* de la SGAE, la tendencia de asistencia a las representaciones va en aumento hasta 2008, momento en el que alcanza el pico de 19,55 millones de espectadores para iniciar un descenso, seguramente vinculado a la crisis económica, que finaliza en 2013 y se traduce en la pérdida de casi siete millones de espectadores. En 2014 la tendencia vuelve a aumentar, situándose el número de espectadores en 13,69 millones. La tendencia de espectadores en el género lírico y en la música clásica también muestra un descenso desde 2008 (1,27 millones de espectadores en el género lírico y 5,52 millones en la música clásica) hasta 2014 (0,70 millones en el género lírico y 4,39 en conciertos de música clásica). Lo mismo sucede con los asistentes a conciertos de música popular, que han pasado de 34 millones en 2008 a 21 millones en 2014 (estos datos no incluyen conciertos, macrofestivales y

tanto, a efectos de los cambios del modelo de negocio, no afectan al objeto de este estudio.

Donde sí que ha existido cierta innovación en el modelo de negocio es en la venta de partituras ya que, como ha sucedido en el caso de los libros, existen negocios que permiten la descarga (gratuita u onerosa) de las mismas.

## ***Segunda parte: la regulación de las relaciones entre el autor y el empresario en el mercado musical***

### **I. INTRODUCCIÓN**

Siguiendo la estructura del anterior capítulo, una vez descrito brevemente el mercado musical y sus tendencias, corresponde analizar cómo refleja la Ley de Propiedad Intelectual esa realidad que acabamos de exponer en cuanto la relación del autor y el empresario. Nos referiremos al autor también como compositor y letrista. En cuanto al empresario, consideraremos como tal al editor y al productor, pese a que nos centraremos en las relaciones entre autor y editor.

Determinaremos en primer lugar los intereses dignos de protección para nuestra legislación y a qué agente del mercado afecta, al autor o al empresario. Seguiremos con la identificación de los riesgos que afectan a ese interés, las medidas de protección previstas en la Ley para mitigar o eliminar el riesgo y, finalmente, nos plantearemos la vigencia de los intereses detectados y si se ven afectados por los cambios descritos en la primera parte del capítulo.

Igual que hemos realizado para la industria editorial se definirán las figuras del autor y del empresario (junto con la de artista intérprete o ejecutante) desde el punto de vista jurídico para analizar, *a posteriori*, los instrumentos legales a través de los cuales se relacionan autor y empresario.

El contrato principal a través del cual transcurren las relaciones entre autor y empresario es el contrato editorial. Sin embargo, tal y como he expuesto, considero que la organización de eventos (como conciertos) es una ventana de explotación de la música importante para muchos autores y, por tanto, también afecta a la relación entre el autor y el empresario. De ahí que no sólo me limite al análisis del contrato de edición sino que incluya también el análisis del contrato de representación teatral y ejecución musical, aunque en puridad sólo interese la parte que afecta a la ejecución musical.

Se puede discutir el encaje de este contrato en el capítulo dedicado a la industria musical porque la representación teatral, pese a poder incluir música, va más allá de la industria musical. Sin embargo, creo que la regulación conjunta que hace la Ley de ambos eventos, la representación teatral y la ejecución musical, desaconseja un análisis

por separado de ambos contratos en aras a entender mejor el contrato y no realizar innecesarias reiteraciones. Además, la similitud de intereses entre el autor musical y el de obras teatrales y la semejante forma de organización de la función (ya sea musical o teatral) hace que no distorsione el objeto del análisis, que es la protección de los mismos y su adecuación a los cambios de modelo de negocio.

Tras esta aclaración se debe realizar otra de carácter expositivo. Dada la diferencia de estructura y naturaleza del contrato editorial y del contrato de representación teatral y ejecución musical, se analizarán ambos contratos de forma autónoma, utilizando la estructura ya expuesta para cada contrato. Iniciaremos al análisis con el contrato de edición.

## **II. LA RELACIÓN ENTRE EL AUTOR Y EL EMPRESARIO: EL CONTRATO DE EDICIÓN MUSICAL**

El contrato de edición musical se regula en el artículo 71 de la Ley de Propiedad Intelectual por referencia al contrato de edición regulado en el artículo 58 LPI. Atendiendo a la interpretación literal del artículo 71 será un contrato de edición musical aquel que, junto a los derechos de reproducción y distribución, también ceda los derechos de comunicación pública. Sin embargo, entiendo razonable la opinión de cierta parte de la doctrina que entiende que lo determinante no es tanto la cesión del derecho de comunicación pública como la naturaleza de la obra, que debe de ser musical, por lo que estaríamos ante un contrato de edición musical aunque no se cediese la comunicación pública<sup>353</sup>.

La regulación por remisión que realiza el artículo 71 conlleva que para el análisis al que se va a proceder nos centremos únicamente en aquellos aspectos que son diferentes de los ya comentados para el contrato de edición, dando por reproducido lo dicho con carácter general en el capítulo segundo para el contrato de edición.

### **A. Las figuras del autor, el editor, el artista intérprete o ejecutante y el productor fonográfico**

A continuación se analizarán las figuras del autor y del editor en la medida que presenten diferencias con las analizadas en el capítulo anterior. Junto a estas figuras también se realizará, por su relevancia en este mercado, una referencia a los productores de obras fonográficas y a los artistas intérpretes y ejecutantes.

---

<sup>353</sup> J. M. VENTURA VENTURA, «Comentario al artículo 71 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1070.

## 1. El autor

El autor es la figura de la que parte todo el proceso que hace posible la comercialización de la música y que ya hemos definido a través del artículo 5 LPI. Sobre el autor recae la función creativa y se identifica como compositor si ha compuesto la música y letrista si ha escrito la letra.

Se ha comentado que no existe referencia específica al autor en el contrato de edición, por lo que nos debemos remitir al artículo 5 de la Ley, siendo autor únicamente la persona física, descartando a las personas jurídicas y a animales o máquinas<sup>354</sup>, supuesto este último que analizaremos más adelante. También se ha planteado por la doctrina si una persona jurídica puede ser autor de una composición en virtud de la obra colectiva regulada en el artículo 8 LPI. Sin embargo, existe un rechazo prácticamente unánime por la doctrina ya que este reconocimiento contravendría el espíritu de la Ley<sup>355</sup>.

Seguidamente analizaremos algunas particularidades del compositor y letrista.

### **1. Pluralidad de autores: el particular caso de los arreglos**

La identificación del autor puede tener ciertos problemas en el campo de la música. Cuando el proceso creativo es realizado por una sola persona, no existe ningún problema en identificar quién es el autor. No obstante, es frecuente que en el proceso de composición musical intervengan varias personas, complicando la determinación de la autoría de la pieza. El elemento clave para determinar quiénes son autores de una obra musical, en el caso de que intervengan varios sujetos, es la aportación de originalidad a la pieza<sup>356</sup>.

Como ya hemos analizado en sede del contrato de edición, en el caso de que existan aportaciones originales por parte de varias personas, nos encontraremos ante un supuesto de obra en colaboración del artículo 7 LPI, siendo todos los sujetos coautores de la obra. En el caso de que la composición musical contenga letra, tanto el letrista como el autor de la parte musical serán

---

<sup>354</sup> R. BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 10 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 159; M. Á. ENCABO VERA, *Las obligaciones del editor musical*, p. 71.

<sup>355</sup> R. ROMÁN PÉREZ, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, pp. 113 y 114.

<sup>356</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, p. 422.



coautores del resultado unitario de sus aportaciones, como reconoce el artículo 10.b) LPI.

Un caso difícil de determinar es el de la autoría de los sujetos contratados por las compañías discográficas al objeto de tratar las composiciones que éstas van a comercializar. La actividad de estos músicos o ingenieros de sonido normalmente se encamina a realizar lo que comúnmente denominamos «arreglos musicales». Los citados arreglos se encuentran reconocidos expresamente en el artículo 11.4º LPI como una obra derivada. No obstante, la expresión coloquial no coincide con la jurídica, puesto que para considerar un arreglo musical como obra derivada, éste debe cumplir con el requisito general de originalidad y en muchas ocasiones denominamos arreglos a mejoras en las composiciones que no tienen dicha originalidad y que, por tanto, no se podrían considerar como tales a los ojos de la Ley.

La jurisprudencia norteamericana ha ido elaborando criterios<sup>357</sup> para determinar qué debe entenderse como originalidad mínima para que un arreglo musical pudiese ser considerado como obra, acudiendo bien al llamado i) «test del oyente medio» o a ii) la prueba pericial para determinar si existe esa originalidad mínima. El test del oyente medio consiste en que un usuario medio de música, sin conocimientos específicos en la materia, determine si la diferencia entre la pieza original y el arreglo es de la suficiente entidad (y por tanto, originalidad) como para entender que se trata de una obra derivada. La prueba pericial consiste en solicitar los servicios de un musicólogo que determine si existe originalidad en el arreglo según criterios técnicos. Los críticos con el criterio del oyente medio entienden que no es un sistema válido puesto que éste únicamente es capaz de detectar los cambios en la melodía y no en la armonía o en el timbre<sup>358</sup>. En todo caso, es habitual que los tribunales recurran cumulativamente a la prueba pericial y al test del oyente medio<sup>359</sup>.

Lo paradójico de los arreglos es que en muchas ocasiones son las propias discográficas quienes niegan la originalidad de los arreglos para no tener que pagar el derecho de transformación al titular del mismo.

---

<sup>357</sup> La evolución jurisprudencial americana parte de la sentencia *Jollie v. Jacques*, en la que se establece el denominado «*mere mechanic test*», según el cual no son protegibles aquellas adiciones que pueden ser realizadas por cualquier músico experto. Con posterioridad, este criterio es complementado por el denominado «test de la sustancialidad» (*Woods v. Bourne*), que establece que entre la obra original y la derivada debe existir una diferencia sustancial. Para poder determinar si existe esa diferencia sustancial se recurre al criterio del oyente medio, es decir, que quien debe percibir la diferencia no es un musicólogo sino un oyente cualquiera. Esta evolución jurisprudencial está excelentemente explicada por SÁNCHEZ ARISTI (*La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, pp. 365-369).

<sup>358</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, p. 368.

<sup>359</sup> H. S. AYLÓN SANTIAGO, *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, p. 97.

En este terreno, otro supuesto que plantea dificultades en cuanto a la autoría es el supuesto en el que el «arreglista» realiza un «arreglo» de tal magnitud (quizá porque la composición sobre la que empieza a trabajar sea un simple boceto) que se le deba considerar coautor de una obra en colaboración. No obstante, en un plano práctico es muy difícil que se le pueda llegar a reconocer al «arreglista» la condición de coautor, en especial si es asalariado.

## **2. Las obras híbridas**

La problemática en torno a la figura del autor musical aumenta en cuanto las obras en las que se utiliza la composición no son exclusivamente musicales. Dentro de este tipo de obras podemos distinguir dos categorías: i) una genérica en la que incluiríamos todas aquellas obras realizadas en colaboración entre un compositor y otro tipo de autor, reguladas por el régimen general de la obra en colaboración, y ii) otra específica, por su régimen particular, que sería la obra audiovisual.

Dentro del régimen general encuadraríamos aquellas obras que sean el resultado de una labor creativa, tales como las obras coreográficas o dramático-musicales, cuya esencia consiste en que existen varios coautores, de entre los que al menos uno es un autor musical. Hemos de tener en cuenta que este tipo de obra en colaboración debe considerarse una obra indivisible desde el punto de vista de su explotación, lo que resulta lógico si tenemos en cuenta que las obras de este tipo son concebidas como un universo complejo pero unitario. Cuestión distinta es la de que las piezas musicales pueden explotarse separadamente si su naturaleza así lo permite y no se causa perjuicio a la explotación de la obra<sup>360</sup> (tal y como establece el artículo 7.3 LPI, en caso de que no exista pacto en contrario).

En cuanto a la específica categoría de las obras audiovisuales, pese a que será estudiada más en profundidad en el capítulo cuarto, debemos realizar diversas consideraciones que hacen referencia únicamente al compositor musical.

El compositor musical se puede encontrar en dos situaciones diferentes ante la obra audiovisual (y más específicamente, frente a la obra cinematográfica). La primera de éstas es que haya

---

<sup>360</sup> El caso de las obras dramático-musicales es paradigmática en este aspecto, considerándose un perjuicio el hecho de que se aporte el libreto o la música de la obra a otra obra de la misma naturaleza. Aunque, por ejemplo, una canción pueda explotarse independientemente de la obra, está claro que ha sido concebida para formar parte de esa obra y sería un grave perjuicio para ésta el utilizarla para una nueva obra (R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, pp. 426-432).

creado una obra musical, con carácter previo, y que posteriormente ésta sea incorporada a la obra audiovisual. La segunda consiste en que el compositor realice, expresamente, una creación para una determinada obra audiovisual, es decir, que se realice una composición *ad hoc* para la obra.

En el primer caso, quien incorpora la obra musical a la audiovisual deberá haber adquirido los derechos de transformación de la pieza por parte del titular de dicho derecho, ciñéndose la relación del compositor (o el titular de los derechos) con la obra audiovisual a lo establecido entre las partes en el contrato de cesión del citado derecho<sup>361</sup> y a lo establecido en el artículo 89 LPI (siempre desde un punto de vista patrimonial).

En el segundo caso, el autor, al crear una composición específica para la obra y ser ésta parte indivisible de la misma, es considerado por la legislación como coautor de la obra audiovisual (art. 87 LPI). Como es lógico, la relación que mantiene el autor con su composición varía radicalmente en este supuesto ya que éste no es el dueño soberano de su composición, sino que ve limitadas las facultades de disposición sobre su música a lo establecido en el Título VI de la Ley, debiendo «convivir» con los demás autores de la obra audiovisual.

Esto afecta especialmente al uso que pueda hacer el compositor de su obra, ya que cuando ésta es preexistente podrá explotarla con total independencia, salvo en lo que hace referencia a la obra audiovisual por un periodo de quince años (art. 89.2 LPI)<sup>362</sup>. Si nos encontramos ante una obra creada para una obra audiovisual, el compositor sólo podrá utilizar su música «siempre que no perjudique la normal explotación de la obra audiovisual» (art. 88.2 LPI).

---

<sup>361</sup> «La no condición de coautores de la obra audiovisual de los autores de las obras preexistentes implica un régimen jurídico diferente respecto de éstos últimos. No se beneficiarán, en cuanto a la duración del derecho de explotación, de las reglas establecidas para las obras en colaboración (art. 28), en las que el plazo se computa desde la muerte del último coautor. Tampoco intervendrán en las decisiones que corresponden a los autores de la obra audiovisual en relación con la divulgación o modificación de la misma, ni en la decisión del momento en el que debe ser considerada terminada la obra audiovisual. Igualmente, es distinta la situación de unos y otros respecto del derecho a explotar separadamente sus creaciones», N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 87 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1275).

<sup>362</sup> La desafortunada redacción del artículo 89.2 LPI puede dar lugar a confusiones ya que el artículo únicamente excluye de la presunción de cesión los derechos de explotación en forma de edición gráfica y representación escénica. No obstante, se debe interpretar el precepto en el sentido de que también se excluyen de la presunción cualquier otro tipo de explotación que no sea en forma de obra audiovisual, aplicando una interpretación teleológica (en este sentido, R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 89 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, pp. 171 y 172; N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 89 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1275; J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 89 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., p. 326).

### 3. El uso de nuevas tecnologías en la composición musical

Como hemos anticipado, una cuestión que nos debemos plantear en relación con el compositor es el análisis de hasta qué punto debe reconocerse la condición de autor de una obra musical a quienes la generan valiéndose de las nuevas tecnologías.

El primer aspecto que nos debemos plantear es si quien utiliza las nuevas tecnologías para generar sonidos, ya sea mediante la utilización de grabaciones o la creación artificial, y componer canciones, puede ser considerado autor. Éste no es un problema nacido con ocasión de la digitalización, puesto que surgió con anterioridad a esta tecnología, no obstante, gracias al sistema digital las técnicas de grabación y de creación de sonidos han tenido una profusión espectacular.

Debemos diferenciar en este punto i) el supuesto en el que el sujeto lo que realiza es una fijación de sonidos de la realidad y los utiliza para realizar una composición musical, a lo que se denomina «música concreta»<sup>363</sup>, y ii) el supuesto en el que mediante las nuevas tecnologías crea nuevos sonidos que dan lugar a composiciones, lo que vulgarmente se conoce como «música electrónica».

En el caso de la música concreta, entiendo que la condición de autor dependerá de que exista una actividad con un resultado creativo por parte del compositor, en cuanto a la selección de sonidos y disposición de los mismos dentro de la composición. En todo caso, si el resultado de la actividad del compositor no es creativo, y por tanto, no es obra, cambiará la calificación del sujeto: no estaremos ante un autor, sino ante un productor de fonogramas, amparado por un derecho afín (art. 114 LPI)<sup>364</sup>. Como hemos resaltado en capítulos anteriores, tiene lógica que quien realice una determinada inversión en medios para obtener determinados sonidos (pensemos en científicos que registran los sonidos emitidos por animales), pueda disponer de las

---

<sup>363</sup> Sigo en este punto la terminología adoptada por SÁNCHEZ ARISTI, quien cita la definición de música concreta inventada por Pierre SCHAEFFER: «Cuando en 1948 propuse el término "música concreta", creía marcar con este adjetivo una inversión en el sentido del trabajo musical. En lugar de anotar las ideas musicales con los símbolos de solfeo, y confiar su realización concreta a instrumentos conocidos, se trataba de recoger el concreto sonoro de dondequiera que procediera y abstraer de él los valores musicales que contenía en potencia» (P. SCHAEFFER, *Tratado de los objetos musicales* (trad. de A. Cabezón de Diego), p. 23, citado por R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, p. 454, nota 108).

<sup>364</sup> SÁNCHEZ ARISTI realiza un acertado símil entre la obra fotográfica y la obra musical (en caso de que exista originalidad) y la mera fotografía y el fonograma para el caso de que no exista originalidad. Creo que esta dualidad es constante en la legislación de propiedad intelectual, que si bien protege la creatividad como objetivo principal, cada vez más va extendiendo su protección a toda la industria, independientemente de la creatividad, tal y como sucede con los fonogramas y con la mera fotografía (R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, pp. 457 y 458).

herramientas jurídicas necesarias que le permitan amortizar dicha inversión si lo considera oportuno.

En cuanto a la música electrónica, también debemos distinguir dos cuestiones: i) la creación de nuevos sonidos mediante las nuevas tecnologías y ii) la creación de composiciones con esos nuevos sonidos. Por lo que se refiere a la creación de nuevos sonidos, creo que no debería presentar gran problemática a los ojos de la propiedad intelectual. Jurídicamente no existe diferencia entre crear nuevos sonidos valiéndonos de un nuevo modelo de flauta o de un sofisticado sintetizador. Los sonidos serán protegibles desde el momento en el que reúnan los requisitos para ser una obra o un fonograma. La música electrónica no debe presentar mayores problemas que la música tradicional por el hecho de utilizar sonidos novedosos para calificar a un sujeto como autor de una composición.

Respecto a la segunda cuestión, debemos analizar si se puede considerar autor de una obra musical a quien utiliza tecnología digital, en particular un ordenador, para componer<sup>365</sup>. Como ya explicamos en el primer capítulo, los sonidos en formato digital no son más que información almacenada en código binario y que, en consecuencia, puede ser manipulada con el *software* pertinente. Por tanto, los programas de ordenador a los que nos estamos refiriendo permiten, a partir de una serie de sonidos dados en formato digital, que el usuario pueda manipularlos a su antojo creando sus composiciones musicales.

Éste es un fenómeno que ha permitido que muchos aficionados a la música, algunos de ellos sin conocimientos musicales, puedan realizar sus propias piezas sin necesidad de tocar un instrumento, ya sea remezclando canciones de otros o utilizando sonidos diversos generados por el propio ordenador o captados de la realidad.

Por tanto, pese a que sea una forma atípica de crear música, no por ello se le debe negar la condición de obra musical puesto que lo importante es que cumpla con los requisitos legalmente establecidos, sin influir para ello los instrumentos utilizados para la creación<sup>366</sup>.

---

<sup>365</sup> Tengamos en cuenta que estamos hablando del supuesto en el que realizamos una composición nueva con la ayuda de un programa de ordenador, no el caso en el que perfeccionamos una obra grabada a través de técnicas digitales.

<sup>366</sup> En este sentido, se puede establecer el símil con un arquitecto. Nadie le va a negar a un arquitecto la condición de autor de un edificio por que haya utilizado un ordenador para diseñar su obra, dado que lo esencial para reconocer la condición de autor de una obra es la actividad creativa del sujeto, independientemente de que se pueda valer de un ordenador que utilice formas o diseños preestablecidos.

En consecuencia, y únicamente en términos de considerar como autor de la obra al sujeto que realiza la composición, debemos analizar si el usuario de un programa de ordenador como el que hemos descrito encaja en la definición de autor que nos ofrece el artículo 5 LPI. El elemento determinante que nos ofrece el citado artículo para poder atribuir la condición de autor a un sujeto es que éste realice una actividad creativa<sup>367</sup>, concepto jurídico indeterminado que, como dice CARRASCO PERERA, «desempeña primordialmente una función negativa, pretiriendo de la protección legal diversos modos de participación en la producción de una obra protegida»<sup>368</sup>.

Partiendo de que la creación protegible, en palabras del profesor BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «es el resultado de una actividad personal, controlada y elegida por el autor»<sup>369</sup>, entiendo que la «creación», en una composición musical creada con la ayuda de un programa de ordenador, se encuentra en la selección, combinación, disposición y efectos aplicados a los distintos sonidos que forman la composición, con ayuda del *software*<sup>370</sup>. En realidad, el procedimiento de creación de quien utiliza un programa de ordenador es análogo al del compositor tradicional con la diferencia de que en vez de utilizar partituras, utiliza directamente los sonidos<sup>371</sup>. Por tanto, cualquier persona física que realice la descrita actividad creativa debe ser considerada autor.

El gran escollo que se nos plantea es determinar el nivel de actividad creadora que debe realizar el sujeto para que se le pueda

---

<sup>367</sup> Bien es cierto, que debemos poner en relación el artículo 5 LPI con el artículo 10, puesto que este último añade que la creación debe versar sobre una «obra original», lo que nos permite entender mejor en qué consiste la actividad creativa (Á. CARRASCO PERERA, «Comentarios al artículo 5 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 105), aunque como decía BAYLOS CORROZA refiriéndose al derogado artículo 2 RGPI, «hablar, pues, de autor de una obra original puede parecer tautológico. Y lo es, en efecto» (H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*», 1.ª ed., p. 640).

<sup>368</sup> Á. CARRASCO PERERA, «Comentarios al artículo 5 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 107.

<sup>369</sup> R. BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al artículo 10 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 174.

<sup>370</sup> Entiendo que la actividad intelectual creativa que lleva a cabo el autor consiste en seleccionar unos determinados sonidos (tradicionalmente generados por instrumentos musicales) y combinarlos con el fin de que formen una composición con melodía, armonía y ritmo (que son los elementos que tradicionalmente la doctrina mayoritaria atribuye a las obras musicales, pese a que hay quien omite esta caracterización o únicamente reconoce melodía y ritmo. R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, p. 294, notas 77, 78 y 79).

Creo que la diferencia esencial entre la composición tradicional y la digital se puede concretar en dos aspectos. El primero es que los sonidos de los que se parte para la composición ya no son pensados por el autor para posteriormente combinarlos en la obra musical sino que se encuentran fijados en un disco duro y son utilizables directamente como sonidos, sin necesidad de posterior interpretación.

El segundo consiste en que, en la composición tradicional, el autor expresaba en lenguaje musical las distintas combinaciones de esos sonidos que imaginaba, escribiéndolas en una partitura, que debía ser interpretada con posterioridad. En la composición musical digital, el autor trabaja con sonidos, combinándolos directamente a través del programa de ordenador, sin necesidad de expresarlos en una partitura ni de posterior interpretación.

<sup>371</sup> Como explica ENCABO VERA: «La partitura se constituye actualmente como una representación más del sonido, y aunque sigue siendo la representación gráfica musical por excelencia, no justifica en nuestros días una primacía sobre el resto de los medios o soportes sobre los que se exprese una obra musical» (M. Á. ENCABO VERA, *Las obligaciones del editor musical*, pp. 59 y 60).

considerar autor de una obra original. Como nos ha sucedido en otros análisis, éste es un extremo que no podemos resolver de manera genérica, sino que deberemos ir caso a caso.

Si llegásemos a la conclusión de que el usuario no reúne el control y la decisión necesarios para ser considerado autor, se nos plantea otra cuestión, consistente en si debe atribuirse la obra nacida de la utilización del *software* al programador de éste. No debe confundirse la protección y autoría de la obra resultante del programa de ordenador (que es lo que nos planteamos aquí) con la protección y autoría del programador de *software* respecto de éste último, que no es objeto de este análisis.

La doctrina diferencia entre dos casos paradigmáticos en función de la previsibilidad del resultado de las distintas operaciones del *software*.

En el caso de que un programa de ordenador produzca un resultado imprevisible para el creador del mismo (normalmente porque la selección y/o combinación de la información son realizadas de manera aleatoria por el *software*)<sup>372</sup>, no se puede hablar de autoría por parte del creador del *software*, ya que éste no realiza la actividad creativa antes descrita. Como es lógico, tampoco se podría atribuir la autoría al *software*, por mucho que se desarrolle la denominada inteligencia artificial, ya que la condición de autor sobre las obras musicales está reservada a las personas físicas<sup>373</sup>.

El segundo caso que distingue la doctrina es aquel en el que el resultado que vaya a generar el programa de ordenador, a partir de una información dada (sonidos), es previsible por el creador del *software*. En este supuesto, si el programador lo que ha hecho es dotar de unas reglas al *software* para identificar sonidos y, en función de sus características, combinarlos de una determinada manera, lo que está haciendo no es más que establecer un método de creación musical. Por tanto, cualquiera que utilice el método creo que podría ser considerado autor, siempre y cuando el método fuese lo suficientemente complejo como para que la elección de los sonidos que se deban seleccionar e introducir en el *software* implique una actividad creativa<sup>374</sup>. En consecuencia, la

---

<sup>372</sup> SÁNCHEZ ARISTI incluye en este apartado las denominadas obras matrices, que según definición de RISSET son obras que al no estar enteramente determinadas en cuanto a sus aspectos expresivos, necesitan de un intérprete o usuario de ordenador que las complete (R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, p. 468, nota 154). No obstante, yo entiendo que las obras matrices, así definidas, son un supuesto de obra derivada (en caso de que la matriz tenga la condición de obra) o incluso un supuesto de coautoría, dependiendo del caso.

<sup>373</sup> R. BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al artículo 10 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 159.

<sup>374</sup> El caso paradigmático que se menciona cuando se habla de obras totalmente determinadas por el programa es el de la traducción. Es evidente que si se facilita un texto a un *software* para que lo

condición de autor, en caso de poder atribuirse, recaería sobre el usuario, no sobre el programador.

La razón por la que se ha hecho tanto énfasis en este apartado es porque la composición a través de programas de ordenador es un fenómeno que va a más, en especial, entre *amateurs* de la música.

En conclusión, lo que determinará en todos estos casos la existencia de una obra y, por tanto, de la condición de autor, será la presencia de una actividad creativa humana, independientemente del instrumento que utilice el creador para la composición (una guitarra o un ordenador).

Lo que sí es cierto es que la introducción de las nuevas tecnologías está conllevando la mayor facilidad de creación por parte de los usuarios que pasan a ser creadores. Los ordenadores permiten componer con pocos conocimientos musicales. Ahí se plantea el problema de si quien realiza una composición en estos términos ha adquirido previamente los derechos sobre las obras que utiliza.

## 2. El editor musical

Como ya explicamos en el anterior capítulo, nuestra Ley regula el contrato de edición en el artículo 58 LPI, definiendo al editor como la persona física o jurídica que se obliga a realizar la reproducción y distribución de la obra por su cuenta y riesgo. En otras palabras, el editor es el empresario que va a llevar a asumir el riesgo de comercializar la obra y el artífice de que la misma llegue al público, razón por la que recibe protección del legislador.

En el caso de la industria musical, es evidente que el derecho que más interesa obtener al editor del autor es el de comunicación pública, dado que por la naturaleza de las obras musicales será la principal vía de explotación de la obra, a diferencia de las obras literarias en las que la principal forma de explotación es la reproducción y distribución, tal y como se analizó en el capítulo anterior.

---

traduzca a otro idioma, no existe ninguna actividad creativa para quien selecciona el texto. Tampoco se podría considerar autor de la traducción al programador porque no existe actividad intelectual de éste respecto de la traducción concreta (otra cuestión son los derechos sobre el programa).

No obstante, el caso que planteo supone que el sujeto no se limite a introducir una información sin más (como sucede en el caso de la traducción), sino que éste deba realizar una actividad intelectual consistente en seleccionar los sonidos a sabiendas de cómo se combinarán a través del método establecido en el *software*, de manera que obtenga un resultado por él deseado. De ahí la importancia de que el método sea complejo.



El legislador se ha basado en este elemento (dejando al margen las motivaciones extrajurídicas)<sup>375</sup> para configurar el contrato de edición musical, configurando, en consecuencia, un tipo de editor especial: el editor musical.

Normalmente el editor llevará a cabo las funciones de promoción de la obra para su grabación, así como la difusión comercial de la misma y la edición en soporte gráfico si fuese el caso, así como la explotación en la gestión de los derechos. En principio, debería ser el editor quien buscara un productor para la grabación de la obra, aunque en la actualidad los productores han pasado a primera línea, disponiendo muchos grupos discográficos de filiales de edición musical. Se puede decir que, en este caso, el riesgo es compartido con el productor, desvirtuando en cierta medida la figura trazada por el legislador para el editor literario (que es la figura principal, sin que el impresor o el fabricante le desplacen de su función central).

### 3. El productor

Junto a la figura del editor musical aparece en nuestra Ley la figura del productor de fonogramas. El artículo 114 LPI lo define como la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la fijación de un fonograma. Esta definición se basa en el artículo 3.c) de la Convención de Roma, aunque presenta dos diferencias: i) la primera es que la Ley española hace mención a que el productor realiza la fijación bajo su «iniciativa y responsabilidad», mención ausente en el la Convención y ii) habla de la fijación de un fonograma cuando la Convención se refiere a «los sonidos de una ejecución u otros sonidos».

En cuanto a la primera diferencia, creo que la Ley española está recalcando la visión empresarial del productor. Como también sucede con el productor audiovisual, el término «iniciativa» debe de entenderse en el sentido de iniciativa empresarial y la «responsabilidad» como la consecuencia de esa iniciativa. En otras palabras, creo que estamos ante una definición que presume la asunción de un riesgo empresarial por parte del productor, aunque puede que el concepto de empresario que se está utilizando aquí no coincida con el concepto de empresario mercantil en su totalidad.

---

<sup>375</sup> Como dice RODRÍGUEZ TAPIA: «Este es un cuerpo extraño introducido en las normas del contrato de edición que se referían en gran parte a la edición en forma de libro. Su introducción se debe en gran parte a la presión de las entidades de gestión, donde tienen presencia influyente los editores musicales, que son, además de miembros o socios, clientes, cuando no filiales o ramas de casas discográficas, motoras indudables de la actual industria del entretenimiento» (J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 71 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 277).

En cuanto a la segunda, afecta a la concepción de fonograma. La Convención de Roma define como fonograma «toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos». Nuestra Ley define como fonograma «toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos». A efectos prácticos, las definiciones cubren el mismo objeto de grabación. A nivel teórico existe un matiz, apuntado por BÉRCOVITZ, consistente en que, desde la óptica de la Convención son protegibles, en primera instancia, los sonidos de una ejecución (sea o no considerada obra) y en el caso español sólo lo serían aquellos que provengan de la ejecución de una obra. Como el artículo 114 acaba con la coletilla «o de otros sonidos» se puede entender que cualquier otro sonido que no sea la ejecución de una obra también se encuentra comprendido en el fonograma, salvando la discordancia entre ambos preceptos a nivel práctico. En todo caso, sería más sencillo no entrar en laberintos y que la norma dijese que cualquier grabación de un sonido será un fonograma<sup>376</sup>.

De esta comparativa deducimos que el productor de fonogramas es la persona física o jurídica que lleva a cabo la labor empresarial de la grabación (sea obra u no). Falta un matiz por comentar consistente en que el productor es únicamente el que realiza la primera fijación del fonograma. La verdadera inversión y valor añadido del productor es el de realizar la primera fijación, que es la más costosa y la que va a configurar la versión final que va a acceder al público. Las subsiguientes fijaciones de la fijación original serán meras reproducciones del fonograma que, en el entorno físico, realizará un fabricante a quien no tiene lógica que la Ley le reconozca derecho alguno por una mera fabricación en serie, sin aporte de valor añadido.

El legislador ha considerado que la función del productor merece la protección de la propiedad intelectual. Si bien no en calidad de autor, que como hemos visto no le podría ser reconocida, sí en calidad de titular de un derecho conexo. Esto supone un cambio respecto de lo analizado en la industria editorial donde la Ley reconocía al editor determinados derechos puntuales en el marco de una relación contractual. En este caso, la Ley reconoce al productor un verdadero derecho autónomo e independiente del otorgado al autor sobre la fijación. Esto implica que este empresario disfrutará de un derecho de exclusividad sobre la grabación que le permitirá ejercer el *ius prohibendi* propio de los monopolios legales con independencia del autor.

---

<sup>376</sup> R. BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, «Comentario al artículo 114 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1534.

Se produce un trato discriminatorio entre empresarios, otorgando mayor protección al productor de fonogramas que al editor. La justificación parece encontrarse en la mayor inversión realizada por el productor y, en un segundo término, por su mayor influencia sobre el resultado de la grabación, que si bien no es una función creativa, tiene relevancia sobre la configuración de la obra. Sin embargo, dicho derecho se reconoce al productor tanto si el objeto de la grabación es una obra como si es un sonido que no alcanza a tener la consideración de obra (haciendo inútil el segundo argumento sobre la influencia en la configuración de la obra).

Nos podemos plantear por qué el legislador rompe la filosofía de proteger exclusivamente las creaciones originales para abrir la mano y otorgar la protección a la grabación de un sonido, reúna o no reúna la condición de obra. Si argumentamos que el fundamento de la protección del productor se realiza por la función de introducir obras en el mercado (y en este caso a través de un derecho conexo por la mayor inversión que esto requiere), ¿por qué también se le protege cuando introduce sonidos que no son obras?

Creo que la respuesta se puede encontrar en dos motivos. El primero es el de otorgar un marco de seguridad jurídica al productor. Si éste tiene la certeza de que la inversión que realice para llevar a cabo una grabación va a gozar de protección con independencia de si el contenido grabado alcanza la condición de obra, el productor tendrá menos obstáculos para decidir realizar la inversión<sup>377</sup>. El segundo es la función social que también tienen muchas grabaciones aunque no sean obras. Pensemos en aquellas que tienen la función de informar o de entretener (por ejemplo, determinados programas de radio) y que también son vistas como dignas de protección, aunque en ocasiones el contenido de algunas de estas grabaciones no tengan la altura intelectual que sería deseable.

Una vez descrita la figura del editor y del productor nos podemos preguntar qué función realiza cada uno. Conceptualmente, el editor se dedicaría a la promoción de la obra y conseguir la grabación por parte de un productor de fonogramas. Este último se limitaría a grabar la obra y explotar la grabación. Sin embargo, la figura del editor se encuentra desplazada en importancia por la del productor fonográfico, quien también puede llegar a realizar labores de promoción. Los grandes grupos discográficos disponen de filiales

---

<sup>377</sup> Dicho de otra manera, «no se puede dudar que la falta de una protección específica hace que el productor del fonograma quede expuesto a las copias que los demás tengan a bien realizar con los fines más diversos, beneficiándose de esta manera del esfuerzo e inversiones ajenos. Si además tales copias, obtenidas a bajo coste, se efectúan con el fin de comercializarlas a cambio de un precio inferior del que hubiera sido necesario pagar por el soporte original, o bien para emitirlas o comunicarlas al público sin dar cuenta de ello a su realizador, se compromete fácilmente la oportunidad de una tutela legal que permita controlar semejantes actuaciones al titular de los intereses en juego» (J. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, «Comentario al art. 108 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, pp. 414 y 415).

dedicadas a la edición musical y condicionan la firma con el sello discográfico a la previa cesión de los derechos al editor musical. Además, en la práctica no es infrecuente que, si el compositor también es intérprete, acuda directamente al productor, prescindiendo del editor o que editor y productor respondan a una única dirección empresarial en un mismo grupo de sociedades.

Todo ello nos lleva a plantearnos si tiene sentido la convivencia en la Ley de dos figuras que, en cierta medida, pueden realizar las mismas funciones. En mi opinión, la función del editor la puede asumir perfectamente el productor, aunque puede que en ocasiones los autores prefieran separar funciones, razón por la que no me parece adecuado unificar las dos figuras (en este segundo caso, quizá la función del editor se aproxime más a la de agente o intermediario que a la de empresario que asume el riesgo, como el editor en el sector editorial).

También podemos preguntarnos si estas dos figuras se ven afectadas con la aparición de nuevos agentes en el mercado. Creo que tanto en el modelo tradicional como en los nuevos modelos de negocio digitales hemos constatado que el coste de la producción se ha abaratado considerablemente: la fijación de obras se puede realizar a un coste asequible y con una excelente calidad. A la luz de esta realidad, podemos intuir que el valor añadido que necesitarán compositores e intérpretes no será tanto el de producción como el de la distribución y promoción. En los nuevos modelos de negocio, son empresas ajenas al sector (normalmente provenientes del sector de la tecnología) las que han irrumpido en el mercado ofreciendo plataformas digitales que permiten el acceso a la música. Incluso muchas de ellas (iTunes, entre otras) ofrecen la posibilidad de incorporar la música a sus listas (a veces a cambio de una cierta cantidad, otras no) y realizar promoción.

Lo descrito podría llevar a una realidad en la que compositores e intérpretes se autoprodujesen y contactasen con alguna plataforma para la distribución y promoción de sus interpretaciones. No es un escenario irreal. En este caso, ¿qué inversión justificaría el otorgamiento de un derecho afín al productor? La inversión realmente importante estará en la promoción y distribución. ¿No bastaría con los derechos de autor y el derecho conexo del intérprete? Creo que son preguntas inquietantes y que pueden llevar a la conclusión de que el derecho del productor fonográfico puede perder sentido en el largo plazo. Mientras convivan sistemas de distribución físicos y digitales, la figura del productor y sus derechos tienen todo el sentido. También tiene sentido este derecho conexo desde el momento en el que se

protegen grabaciones que no son obras<sup>378</sup>. La figura del editor tampoco creo que se vea alterada por estos nuevos sistemas.

#### 4. El artista intérprete o ejecutante

La figura del artista intérprete o ejecutante viene definida en el artículo 105 LPI como «la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra». A los efectos de este capítulo sólo nos interesan aquellos artistas que intervienen en la industria de la música, es decir, aquellos que canten o ejecuten una obra musical. Se puede decir que la interpretación, en palabras de ROMÁN PÉREZ, «constituye un importante nexo de conexión entre la obra musical y el público»<sup>379</sup>.

Al acercarnos a esta figura creo que es necesario apuntar, muy sucintamente, dos cuestiones en torno a los artistas y que deben ayudarnos a contextualizar mejor esta figura para posteriormente definirla.

La primera hace referencia a su evolución histórica. No se hace necesario reconocer jurídicamente la figura del artista musical hasta la aparición de nuevos medios mecánicos que permiten la fijación y difusión de las interpretaciones y ejecuciones, ya que hasta entonces, las representaciones eran «efímeras y reducidas sólo al grupo de público que asistiera a ver el espectáculo. Su representación quedaba únicamente fijada en la memoria del espectador»<sup>380</sup>. Por tanto, se pasó de un escenario en el que el artista era imprescindible cada vez que se quería interpretar o ejecutar una obra musical, percibiendo una remuneración por actuación, a una situación en la que bastaba una única interpretación de los artistas para que la obra musical interpretada pudiese ser fijada en un soporte y comercializada infinitas veces sin que los artistas percibiesen más que una única remuneración. Ésta era una situación económicamente insostenible para los artistas musicales que se vieron sin trabajo a causa de la evolución tecnológica. La respuesta del Derecho a esta situación no fue excesivamente rápida<sup>381</sup>.

---

<sup>378</sup> Sería absurdo que el productor tuviese reconocido un derecho conexo en caso de que el objeto de la grabación no fuese una obra y que no gozase de éste si lo fuese.

<sup>379</sup> R. ROMÁN PÉREZ, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, p. 98.

<sup>380</sup> F. ZAPATA LÓPEZ, «La delimitación entre el derecho de autor y los derechos conexos», en *Estudios sobre Derecho Industrial*, pp. 594 y 595, citado en L. HURTADO GONZÁLEZ, *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y seguridad social*, pp. 206 y 207.

<sup>381</sup> La primera vez que se lleva a cabo un estudio sobre la protección de los artistas se produce en el seno de la Organización Internacional del Trabajo en 1926. No obstante, debemos esperar hasta la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión de 1964 hasta que podemos hablar de una protección uniforme y con obligatoriedad de aplicación para los firmantes. España no ratificó la Convención hasta 1991 (sobre la evolución histórica A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario al Libro Segundo-Título Primero de la LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., pp. 1536-1545).

Pese a que la protección del artista se estudió desde dos lógicas diferentes (el Derecho laboral y la propiedad intelectual), fue la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 la primera en reconocer en España los derechos del artista. Posteriormente, esta protección también se da en el marco laboral, como analizaremos más adelante, aunque con una lógica distinta a la mercantil.

La segunda cuestión que debemos analizar es la que hace referencia a la terminología utilizada por la ley para designar esta figura («artistas intérpretes o ejecutantes») ya que la redacción del precepto suscita dudas.

Se pueden realizar tres posibles interpretaciones del texto: i) entender que estamos hablando por un lado del artista intérprete y por otro del ejecutante como figura autónoma (y por ende, no calificable como artista); ii) entender que la Ley se refiere a tres categorías distintas (el artista, el intérprete y el ejecutante) o iii) entender que estamos hablando de una sola figura (el artista) con dos vertientes distintas: la dedicada a la interpretación y la dedicada a la ejecución.

Entre las tres opciones planteadas, que han sido muy discutidas por la doctrina<sup>382</sup>, se puede descartar aquella que parte del supuesto de que nos encontramos ante tres figuras distintas, dado que dicha interpretación es imposible desde un punto de vista gramatical, al faltar una coma que separe al artista del intérprete.

Entre las otras dos opciones, se nos plantea un problema de difícil solución. Dado que estamos hablando de una realidad prejurídica, entiendo que lo más acertado es acudir al Diccionario<sup>383</sup> para entender la realidad de la que estamos hablando, independientemente de que finalmente el concepto jurídico de esta o estas figuras no coincida con el facilitado por la Real Academia Española.

El Diccionario define como «intérprete» (mediante la remisión al verbo «interpretar») tanto a aquel que representa una obra teatral, cinematográfica, etc., como a aquel que ejecuta una pieza musical mediante canto o instrumentos. Incluso es intérprete, según la Real Academia Española, quien ejecuta un baile con propósito artístico y siguiendo pautas coreográficas.

---

<sup>382</sup> Un impecable resumen de las distintas posiciones es el que realiza CABANILLAS SÁNCHEZ en su comentario al artículo 105 de la Ley (A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentarios al artículo 105 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 1547-1550).

<sup>383</sup> RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LwUON38>.

Si analizamos los otros dos conceptos, artista y ejecutante, vemos que se encuentran contenidos en el concepto de intérprete puesto que artista es quien «actúa profesionalmente en un espectáculo teatral, cinematográfico, circense, etc., interpretando ante el público»<sup>384</sup> y ejecutante quien «ejecuta una obra musical»<sup>385</sup> (entendiendo por «ejecutar» «tocar una pieza musical»).

Llegados a este punto, creo que la conclusión más lógica, a la vista de lo establecido en el Diccionario, consiste en entender que el «ejecutante» es un caso particular del concepto más amplio «intérprete». Pese a que la doctrina mayoritaria suele identificar al intérprete con la persona que canta y al ejecutante con la persona que «ejecuta una obra musical con un instrumento distinto de la voz»<sup>386</sup>, entiendo que no es erróneo, a la luz de lo expuesto, que consideremos al ejecutante como un tipo de intérprete.

El concepto de «artista»<sup>387</sup>, siempre según el Diccionario, añade la condición de «profesional» para quien realice estas actividades, así como la necesidad de que actúe ante un público. Independientemente de lo que diremos a continuación (ya que entiendo que a la luz de la Ley no son cualidades aplicables al concepto legal de artista), creo que esas dos cualidades se podrían predicar por igual de los intérpretes y de los ejecutantes. Esto significa que podemos concluir que estamos ante una única categoría. En consecuencia podemos hablar de «artistas intérpretes» y «artistas ejecutantes». Reafirma esta argumentación el hecho de que la regulación del Título Primero de este Libro Segundo trata al artista, independientemente de que sea intérprete o ejecutante, como una figura unitaria.

Ciñéndonos al caso de la industria musical, el artículo 105 LPI califica como artista a tres figuras: el cantante, el director de orquesta y el músico que toque algún instrumento. El legislador busca proteger a todo aquel que realice una actividad artística, para lo que utiliza la técnica legislativa de enumerar todas aquellas actividades que entiende que son artísticas (entre las que incluye «cantar»). Tras la enumeración se establece una cláusula de cierre en la que se da entrada a todas aquellas actividades artísticas que no han sido citadas («interprete o ejecute en cualquier forma una obra»), donde encuadraríamos a los músicos que toquen cualquier tipo de instrumentos (aunque no sean instrumentos convencionales, tales como cubos de basura)<sup>388</sup> y a todo aquel que exteriorice una obra musical por cualquier medio que sea adecuado, como el silbido<sup>389</sup>.

<sup>384</sup> RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=3ryMAo1>.

<sup>385</sup> RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LwZs3t5>.

<sup>386</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 105 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 400.

<sup>387</sup> RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=3ryMAo1>.

<sup>388</sup> Aunque parezca un fenómeno extraño, existen multitud de grupos que se dedican a interpretar música con instrumentos no convencionales tales como cubos de basura, sillas o botellas y que cosechan

El caso del director de orquesta es peculiar porque se le reconoce expresamente su condición de artista en el articulado, siendo de vital importancia para esta discusión el caso *Furtwängler*<sup>390</sup>, en el que se reconoce al director de orquesta como artista sobre su interpretación. Se planteaban fundadas dudas sobre la calificación que merecía esta figura, puesto que el director de orquesta no interpreta ni ejecuta ningún instrumento, sino que se limita a dar instrucciones a quienes realmente lo hacen, por lo que es difícil subsumir su actividad en alguna de las que corresponden a los artistas. Por otra parte, también hay quien ha planteado reconocer al director de orquesta como un verdadero autor (por asimilación al derecho de traducción, ya que el director lo que hace es «traducir» una obra a su propio lenguaje musical). No obstante, nuestra ley zanja esta discusión calificando expresamente al director de orquesta como artista<sup>391</sup>.

Como decíamos antes, debemos diferenciar el concepto de artista que nos facilita la Ley de Propiedad Intelectual del concepto que establece la legislación laboral puesto que responden a lógicas distintas. El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores, declara «especial» las relaciones de los artistas en espectáculos públicos. Como dice HURTADO, «el trabajo objeto de atención viene delimitado en torno a dos rasgos o condicionantes básicos; uno subjetivo, atinente a la persona que lo realiza, que es un artista; y otro objetivo, referido a la específica circunstancia de su realización, que acontece “en espectáculos públicos”»<sup>392</sup>.

No obstante, y siguiendo a este autor, entiendo que la definición de artista que hemos analizado no es compatible con la definición laboral (que se nos ofrece a través de la descripción de la relación especial), por dos elementos básicos. El primero es que desde un punto de vista de la LPI se exige, para otorgar la condición de artista, que se ejecute o interprete una obra preexistente<sup>393</sup>, lo que no es necesario desde la

---

un gran éxito, tales como Stomp o Mayumaná. Cuestión distinta es si están interpretando una obra, tal y como exige la condición de artista, pero en caso de que así lo hiciesen, no se les podría negar su condición de artistas.

<sup>389</sup> A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentarios al artículo 105 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1549.

<sup>390</sup> S. Cour de Cassation, 4 de enero de 1964. (Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006964861>).

<sup>391</sup> Sobre esta discusión véase A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentarios al artículo 105 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 1553 y 1554, y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 105 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., pp. 400 y 401. RIVERO HERNÁNDEZ muestra una posición clara: «pienso que deben ser considerados autores, directa y legalmente, el director de escena y el director de orquesta, igual que lo es el director-realizador de cine», F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Interpretación y obra derivada», en Carlos ROGEL (coord.), *Interpretación y autoría*, p. 126.

<sup>392</sup> L. HURTADO GONZÁLEZ, «Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y seguridad social», p. 17.

<sup>393</sup> L. HURTADO GONZÁLEZ, *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y seguridad social*, pp. 24 y 25.



óptica del Derecho laboral, siendo el concepto de artista mucho más amplio en este campo. Y el segundo es que desde un punto de vista laboral es necesario que el artista actúe en un «espectáculo público<sup>394</sup>» y en el marco de una organización empresarial<sup>395</sup> para calificarlo como tal, lo que no es necesario en el ámbito de la propiedad intelectual.

Desde el punto de vista de los cambios en el modelo, no parece que esta figura se vea afectada por los mismos.

## **B. La relación del autor y el empresario: el contrato de edición musical**

### **1. Intereses, riesgos y medidas de protección en la relación editor-autor**

Una vez identificados y delimitados, desde un punto de vista jurídico, los sujetos que intervienen en la cadena de valor (salvo el consumidor, que no requiere análisis específico desde el punto de vista de la Ley de Propiedad Intelectual), debemos analizar cómo se relacionan entre ellos, para poder determinar los intereses, riesgos y medidas que les afectan y si éstos siguen siendo procedentes con los cambios de los modelos de negocio.

Como ya hemos visto, la relación entre quien crea y quien comercializa se canaliza a través del contrato de edición musical<sup>396</sup>, regulado en el artículo 71 de la LPI y supletoriamente por el artículo 58 y siguientes.

La gran diferencia que aporta el contrato de edición musical respecto del régimen general es la inclusión de la cesión del derecho de comunicación pública. Como ya se ha apuntado, las nuevas formas de comercialización de las obras musicales, pasando de formatos escritos a grabaciones, hacen lógico que se ceda el derecho de comunicación pública. Como hemos defendido en el capítulo segundo, este derecho también entendemos que debería incorporarse como

---

<sup>394</sup> «[...] será artística en espectáculo público aquella actividad cuya propia ejecución y desarrollo sea, precisamente, lo ofertado a la contemplación del público, para atraer la atención de éste y mover su ánimo, en el sentido que sea» (L. HURTADO GONZÁLEZ, *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y seguridad social*, p. 28).

<sup>395</sup> El artículo 1.2 del Real Decreto 1437/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación especial de los artistas en espectáculos públicos establece como requisito para la aplicación de la legislación laboral que ésta se establezca entre «un organizador de espectáculos públicos o empresario y quienes se dediquen voluntariamente a la prestación de una actividad artística por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de aquellos, a cambio de una retribución».

<sup>396</sup> Recordemos que los elementos que nos llevan a determinar que estamos ante el tipo especial del contrato de edición son dos: que se refieran a obras musicales o dramático-musicales y que junto con los derechos de reproducción y distribución se ceda el de comunicación pública (M. Á. ENCABO VERA, *Las obligaciones del editor musical*, p. 51).

contenido típico del contrato de edición general, debido al impacto de la digitalización y a la conversión de los medios de comunicación, aunque existirán diferencias entre las modalidades de objeto de cesión en función de si estamos hablando de una obra musical o una obra escrita, como analizaremos a continuación.

Esto nos plantea una cuestión consistente en si mediante el contrato de edición musical es necesario que se cedan todas las modalidades del derecho de comunicación o si basta que se ceda alguna de ellas.

Siguiendo a DE PABLO CONTRERAS y VENTURA, entiendo que el artículo 71 LPI únicamente exige que se ceda alguna de las modalidades del derecho de comunicación pública<sup>397</sup>, ya que cada una de éstas es autónoma en cuanto a su explotación y, por ende, posible objeto de un contrato de edición musical.

Siguiendo a los mismos autores, se pueden identificar los siguientes actos de comunicación pública de las obras musicales y dramático-musicales, sin que ésta sea una lista cerrada:

«a) Las representaciones escénicas y ejecuciones públicas de las obras dramático-musicales y musicales mediante cualquier medio o procedimiento [art. 20.2.a)].

b) La emisión de dichas obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen [art. 20.2.c)].

c) La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras [art. 20.2.d)].

d) La transmisión de las mencionadas obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono [art. 20.2.e)].

---

<sup>397</sup> Los citados autores fundamentan su afirmación en dos elementos: las distintas modalidades de derecho de comunicación pública van dirigidas a públicos distintos y pueden ser objeto de distintas explotaciones, dado que son autónomas. En segundo lugar, la utilización del plural al referirse a los «derechos de comunicación» del artículo 71 no obsta dicha interpretación. Al contrario, entiendo que refuerza la concepción de explotación individual de las modalidades; P. DE PABLO CONTRERAS y J. M. VENTURA, «Comentarios al artículo 71», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 1123 y 1124).

e) La retransmisión, por cualquiera de los medios indicados, y por entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada [art. 20.2.f)].

f) La emisión o retransmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida [art. 20.2.g)]». <sup>398</sup>

Siguiendo la línea trazada en el capítulo segundo, entendemos que a estas modalidades de comunicación pública se debería añadir la de puesta a disposición, ya que como se defendió en el citado capítulo, se hace imprescindible ceder dicha modalidad en el entorno digital.

Aclarada esta cuestión, iniciaremos el análisis con el estudio de los intereses que afectan al autor. Se debe advertir que, como el análisis del régimen general del contrato de edición ya se ha realizado, nos limitaremos a continuación a analizar las peculiaridades que recoge el artículo 71 en relación con el régimen general.

## **1. Protección de los intereses del autor**

Como sucede con el resto de las obras editoriales, el autor es el creador de la obra musical y, en consecuencia, posee todas las facultades posibles sobre ésta, siendo algunas disponibles y otras no. En el momento en el que el autor decide comercializar su obra y dejar esta labor en manos de un editor, debe cederle todos aquellos derechos que hagan posible la labor empresarial que asume el editor.

Realmente, la regulación del contrato de edición musical no comporta ninguna medida adicional de protección de los intereses del autor sino todo lo contrario, como veremos en el siguiente epígrafe.

Partimos del sistema de garantías previsto en la Ley, que bascula en torno a la previsión del artículo 61 LPI consistente en exigir forma escrita para el contrato de edición (siendo una excepción al principio general de transmisión de los derechos)<sup>399</sup>. Esta exigencia tiene una doble finalidad: la de forzar la reflexión del autor, como cualquier forma *ad solemnitatem*, y la de dar

---

<sup>398</sup> P. DE PABLO CONTRERAS y J. M. VENTURA, «Comentarios al artículo 71», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1124.

<sup>399</sup> Como dice TORRES GARCÍA, esto supone una excepción «no sólo al principio general que en materia de contratación se consagra en nuestro Código Civil (art. 1278), sino también frente al principio que preside para la transmisión de derechos de explotación la propia normativa de propiedad intelectual»; T. F. TORRES GARCÍA, «Comentarios al artículo 61 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 995. En el mismo sentido M. Á. ENCABO VERA, *Las obligaciones del editor musical*, p. 85.

seguridad jurídica al autor sobre los términos de la cesión. Dado que en el caso de la edición musical es necesario aportar el contrato escrito a la entidad de gestión para percibir los rendimientos económicos, se puede afirmar con ENCABO VERA que «en la edición musical, tiene aún si cabe, un mayor protagonismo el carácter formalista, por los efectos típicos que vienen produciendo, y que ha dado lugar en la práctica a un cierto contrato por escrito habitualmente utilizado»<sup>400</sup>.

En relación con la comunicación pública, la ventaja que incorpora al autor es que las posibles explotaciones a través de la comunicación pública son muchas y cabría la posibilidad de que se firme más de un contrato de edición con más de un editor, según la modalidad de explotación que se pretenda.

Más allá de estos dos matices, la regulación del contrato de edición no incorpora medidas de protección de los intereses del autor.

## **2. Protección de los intereses del editor**

A continuación procede analizar aquellas modificaciones sobre el régimen general que se han introducido para la protección de los intereses del editor.

### **(i) *No exigencia del número mínimo y máximo de ejemplares***

Al analizar el régimen general del contrato de edición analizábamos la exigencia del artículo 60.3º LPI conforme en el contrato se debía recoger el número máximo y el número mínimo de ejemplares que se iban a imprimir. Entendíamos que dicho precepto favorecía el normal funcionamiento de la cadena editorial y lo considerábamos una medida de equilibrio entre los intereses del autor y del empresario.

El artículo 71.1ª LPI elimina dicha exigencia para la edición de obras musicales aunque obliga al editor a «confeccionar y distribuir ejemplares de la obra en cantidad suficiente para atender las necesidades normales de la explotación concedida, de acuerdo con el uso habitual en el sector profesional de la edición musical». Por tanto se deja a criterio del editor el número de ejemplares, estableciendo como referencia los usos del sector. Dicho precepto no impide que las partes, si así lo desean, establezcan un número máximo y mínimo de ejemplares.

---

<sup>400</sup> M. Á. ENCABO VERA, *Las obligaciones del editor musical*, p. 86.

El problema puede surgir para el autor en caso de tener que demostrar el incumplimiento de la obligación del editor de confeccionar y distribuir ejemplares suficientes, ya que demostrar el uso habitual del sector puede ser complicado. Además, la producción va ligada a la modalidad de explotación, por lo que variará si estamos ante una modalidad de venta de partituras al público o si la publicación está pensada para la ejecución por parte de una orquesta.

Esta medida entiendo que se apoya en el *intuitu personae* que se presume en la relación entre editor y autor, confiando en el primero y en su conocimiento del sector para que tenga libertad de poder gestionar la explotación de la obra. Entiendo que este cambio sobre el régimen general es una medida que favorece al editor ante la mayor dificultad de concretar la impresión de ejemplares para este tipo de obra, lo que parece justificado pese a las críticas de los creadores<sup>401</sup>.

En cuanto a la edición en soportes digitales, si se distribuye la obra en forma de partitura o letra, el problema se reduce puesto que no es necesario realizar impresiones o, si son *on demand*, se realizan a petición del usuario sin que el editor deba tomar una decisión al respecto. Ya existen experiencias exitosas en este sentido, como Music Notes, que permite la compra y descarga de partituras. Se podrían introducir indicadores como el periodo de tiempo a disposición del usuario o el número de descargas, si las partes así lo considerasen. Si la comercialización de la obra se produce en forma de archivo sonoro, se requerirá la previa grabación por parte del productor fonográfico con los correspondientes acuerdos con editor y autor.

## (ii) **Ampliación del plazo de puesta en circulación: cinco años**

El artículo 71.2<sup>a</sup> LPI amplía el plazo de dos años que se establece con carácter general para la puesta en circulación de la obra en el contrato de edición (artículo 60.6<sup>o</sup> LPI) a cinco años para las obras sinfónicas y dramático-musicales.

La ampliación del plazo no se produce para toda obra musical sino únicamente para aquellas que requieren más complejidad organizativa. En las obras sinfónicas especialmente, para las que se requiere la participación de multitud de intérpretes necesitando

---

<sup>401</sup> J. M. VENTURA VENTURA, «Comentarios al artículo 71», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.<sup>a</sup> ed., p. 1072.

cada uno de ellos su propia partitura, las necesidades financieras y organizativas hacen que sea prudente otorgar mayor margen al editor para la explotación de la obra, en especial si se va a producir la grabación. Dada la complejidad y el coste de este tipo de interpretación suele ser habitual el alquiler de partituras y no la compra.

Esta modificación del régimen general introduce una medida para proteger los intereses de editor. Parece razonable esta ampliación del plazo.

Si atendemos a los nuevos modelos de negocio, puede que se reduzcan los costes de la gestión de las partituras, incluso podemos plantearnos que en un futuro los intérpretes puedan acceder a las mismas a través de pantallas, prescindiendo de la partitura en papel. Esa circunstancia podría justificar la reducción del plazo de cinco años en interés del autor y del público, no obstante, parece difícil considerarlo en la actualidad.

### (iii) ***Supresión de la causa de resolución por venta a saldo o destrucción***

Otra modificación que introduce el régimen del artículo 71 LPI en su apartado tercero es el de dejar sin efecto la facultad de resolución del autor en caso de que el editor proceda a la venta a saldo o a la destrucción de ejemplares sin atender al régimen establecido en el artículo 67 LPI.

Entiendo, como dice VENTURA VENTURA, que lo único que suprime este artículo es la facultad de resolución, siendo el régimen del artículo 67 LPI aplicable y pudiendo reclamar el autor indemnización si la acción del editor le causa un perjuicio, pese a lo improbable de este supuesto en la realidad<sup>402</sup>.

Esta medida se introduce para la defensa de los intereses del editor. Sin embargo, entiendo que no resulta razonable que se excluya la resolución del contrato como medida de protección de los derechos del autor en este supuesto. Dado el alto valor que pueden tener los ejemplares de la obra parece razonable que el autor pueda disponer de esta facultad en caso de que se niegue por parte del editor la posibilidad de mantener los ejemplares en su poder. El editor debe ver protegida su inversión, pero no creo

---

<sup>402</sup> Añade VENTURA VENTURA que en la realidad éste será un supuesto poco frecuente, tanto porque no existirá un número máximo o mínimo de ejemplares como porque en muchas ocasiones el sistema de distribución es el alquiler, donde no procede la destrucción; J. M. VENTURA VENTURA, «Comentarios al artículo 71», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1073.

que la eliminación de la facultad le pueda reportar ningún beneficio adicional, en especial si puede acabar respondiendo por daños y perjuicios ante el autor.

En el entorno digital, se debería regular el tiempo que puede estar a disposición del público la obra. Sería lógico que, en caso de retirada de la obra, el autor pudiese disponer del archivo digital para su posterior uso.

**(iv) *Supresión de la causa de extinción por venta de la totalidad de ejemplares***

El artículo 71.3<sup>a</sup> LPI también excluye la extinción por la venta de la totalidad de ejemplares.

Dado que se ha suprimido la obligación de determinar el número mínimo y máximo de ejemplares, parece razonable que se excluya esta causa de extinción (aunque las partes podrían pactarla). Además, la introducción de la cesión de la comunicación pública y la explotación a través de alquiler, hacen que esta causa pierda fuerza.

En todo caso, considero que ésta es una medida que protege los intereses del editor ya que se deriva de la supresión de la mención al número mínimo y máximo de ejemplares.

En el modelo de negocio digital no parece que una causa como la presente tenga cabida, aunque sí que se podría pactar la edición con un número máximo de descargas, que equivaldrían a una edición, dando la oportunidad al autor de renegociar las condiciones en caso de éxito de la obra.

**(v) *Supresión de la causa de extinción por transcurso del tiempo***

Finalmente, el artículo 71.3<sup>a</sup> LPI también suprime la causa de extinción del contrato cuando han transcurrido diez años para las cesiones a tanto alzado y quince con carácter general (artículo 69 3<sup>a</sup> y 4<sup>a</sup>).

Claramente, esta medida se introduce para permitir que los editores dispongan de más tiempo para la explotación de la obra. Seguramente el legislador pensaba en aquellas obras que no tienen éxito inicialmente pero que lo adquieren con el paso del tiempo.

Si bien es cierto que la inversión del editor musical en estos casos puede ser superior a la de los editores literarios y el mercado más complicado, no creo que eso justifique la prolongación de la cesión a favor del editor quien, lógicamente, se asegurará de obtener los derechos para todo el periodo de vigencia de la protección legal. Con esta medida se está limitando la posibilidad de que el autor pueda buscar nuevas vías y editores para dar a conocer su obra en el caso de que no lo haya conseguido con un determinado editor. Por tanto, considero que no está justificada esta medida de protección.

(vi) **Originalidad, autoría y ejercicio pacífico de los derechos**

Ya vimos que uno de los grandes riesgos que debería preocupar al editor en el momento de acometer la iniciativa empresarial de lanzar una obra al mercado es el de la autoría de la misma. El editor no dispone de ningún mecanismo para tener una certeza absoluta de que el autor es el titular legítimo de los derechos de la obra que va a editar y de que está exento del riesgo de que un tercero no reclame derechos sobre la obra, poniendo en peligro su inversión. Esto es especialmente crítico en los casos en los que la obra es fruto de la colaboración de varios autores o se basa en una obra preexistente (circunstancias que el editor puede desconocer), casos en los que se debe recabar el consentimiento de los coautores o autores. Este riesgo tiene una especial transcendencia en el sector musical.

Como se expuso en el capítulo segundo, la Ley de Propiedad Intelectual establece dos mecanismos para intentar minimizar ese riesgo. En primer lugar, establece una presunción *iuris tantum* en el artículo 6.1 LPI a favor del autor que aparezca como tal en la obra. En segundo lugar, establece una obligación de garantía, consistente en que el autor garantice la autoría y originalidad de la obra, así como el ejercicio pacífico de los derechos cedidos, debiendo demostrar dichos extremos (si es posible) y responder de su incumplimiento (artículo 65.2).

En relación con la garantía de las obras musicales, únicamente queríamos añadir que, como señala ENCABO VERA, existen dos momentos bien distintos: antes y después de la publicación. Si aparece un tercero con mejor derecho antes de la publicación el editor estará facultado para resolver el contrato y reclamar a la otra parte contratante daños y perjuicios. Sin embargo, si el tercero aparece tras la publicación, el editor podría llegar a



responder de manera solidaria frente al tercero, independientemente de su derecho de repetición<sup>403</sup>. Todo esto se ve agravado si la edición da lugar a posteriores grabaciones.

Si bien ambas medidas no eliminan el riesgo por completo, sí que dotan de instrumentos que procuran minimizarlo. Además, la obligación de garantía también tiene un efecto de prevención o disuasorio respecto de quien tenga poco respeto por los derechos ajenos.

Con la digitalización este riesgo se ha extendido puesto que las tecnologías disponibles permiten de manera mucho más sencilla que un compositor pueda atribuirse la obra de otro o que presente como suya una obra derivada de un tercero.

### **3. Medidas de equilibrio entre los intereses del autor y del empresario**

Siguiendo la estructura del capítulo anterior, es evidente que el análisis que acabamos de hacer no estaría completo si no tuviésemos en cuenta las medidas establecidas para equilibrar los intereses del autor y del empresario, que tienen el efecto indirecto de preservar el sistema y fomentar la producción artística al alcance del público.

Las relaciones que mantengan el compositor y el editor no pueden desarrollarse de espaldas a ese efecto (o función social) de la propiedad intelectual que apuntábamos como una de las justificaciones del sistema de protección, es decir, fomentar y hacer accesible la cultura al consumidor. Éste es un aspecto esencial también de la edición de la obra musical<sup>404</sup>, aunque las medidas de protección no difieren de las ya expuestas para el contrato de edición, a las que nos remitimos.

### **4. Conclusiones en relación con la regulación del contrato de edición musical en relación con los intereses de autor y editor**

Tras el análisis realizado, podemos concluir que la regulación del contrato de edición musical escora la protección de los intereses a favor del editor. De entre las modificaciones introducidas entiendo que existen algunas razonables, por la complejidad de la

---

<sup>403</sup> M. Á. ENCABO VERA, *Las obligaciones del editor musical*, pp. 69 y 70, y 76.

<sup>404</sup> «La edición comparte con la publicación la idea de cumplir en cierta manera, una función social, como la de *satisfacer razonablemente las necesidades del público*» (M. Á. ENCABO VERA, *Las obligaciones del editor musical*, p. 38).

explotación de este tipo de obras y el *intuitu personae* de la relación como la supresión del número máximo y mínimo de ejemplares o la ampliación del plazo de dos a cinco años de la puesta en circulación.

Sin embargo, no comparto la supresión de la causa de resolución por el incumplimiento de la venta a saldo o destrucción ni de las causas de extinción por transcurso de los diez años, para cesiones a tanto alzado, o quince para el resto de obras. Creo que en el primer caso se está privando al autor de resolver el contrato en caso de que se vea traicionado el *intuitu personae* por parte del editor (que, además, estará sometido a la obligación de indemnizar al autor en caso de daños y perjuicios). En el segundo, se está vinculando indefinidamente al autor con un editor sin posibilidad de poder probar otras vías de explotación en caso de que no haya funcionado la relación con un determinado editor, perjudicando injustificadamente al autor y el interés general.

Por lo que se refiere a los nuevos modelos de negocio, la distribución digital puede resolver algunos de estos problemas, como el del número máximo y mínimo de ejemplares, el plazo de puesta en circulación que se puede ver reducido o la venta a saldo o destrucción. Hemos determinado que en el entorno digital se podrían configurar las ediciones en función del tiempo que se ponga a disposición de los posibles usuarios como por el número de descargas. Esto permitiría al autor, en caso de éxito, renegociar las condiciones. No sería precisa la venta a saldo o destrucción de ejemplares en el entorno digital, aunque sería conveniente establecer la obligación de entrega del formato digital al autor como equivalente a la destrucción en el entorno digital.

### **C. El caso particular de la edición de partituras**

Aunque sea de manera breve, considero adecuado realizar un comentario específico sobre la edición en forma de partituras, que es la forma tradicional del contrato de edición.

VENTURA VENTURA defiende la indeterminación respecto al número máximo y mínimo de ejemplares que introduce el artículo 71 LPI, práctica habitual del sector, por «los elevados costes que la confección de partituras de obras musicales lleva consigo –hoy aminorados por la existencia de *software* especialmente pensado al efecto–, sobre todo tratándose de obras orquestales, y ha preferido dejar entera libertad a las partes, fijando, eso sí, mediante el recurso

a los “usos”, un criterio o parámetro que permita discernir sobre la suficiencia o no de los ejemplares efectivamente confeccionados»<sup>405</sup>.

El alto coste que comenta este autor hace que la forma de distribución habitual suela ser el ya comentado alquiler para orquestas y coros y que la venta quede reducida al ámbito doméstico. Junto a la distribución onerosa surge, como forma habitual de comercialización, la distribución gratuita de ejemplares ya que puede interesar rentabilizar la obra, no tanto por el alquiler de partituras, como por los ingresos de entrada de los conciertos y por los ingresos que puedan estar asociados al éxito de la obra. Dicha distribución gratuita se realiza al amparo de los ejemplares para la promoción (artículo 60.4 LPI), cuando creo que esto es una anomalía ya que realmente este tipo de distribución no es sólo promoción sino un modelo de negocio. Tal y como he definido en sede del contrato de edición, creo que es necesario dotar de un instrumento jurídico a este tipo de transacciones gratuitas para las que la donación no es una solución eficaz.

### **III. LA RELACIÓN ENTRE EL AUTOR Y EL EMPRESARIO ESCÉNICO: EL CONTRATO DE REPRESENTACIÓN TEATRAL Y EJECUCIÓN MUSICAL**

Junto a la relación entre el autor y el editor, la Ley de Propiedad Intelectual regula la relación existente entre el autor (o sus derechohabientes)<sup>406</sup> y quienes asumen la actividad de organizar la representación o ejecución de la obra para hacerla llegar al público.

Estamos ante otra forma de explotación por la que el público puede acceder a la obra musical. La Ley dedica el Capítulo III del Título V a regular esta forma de explotación, que en definitiva ordena la relación entre autor y empresario teatral o musical.

Como hemos adelantado, pese a que estamos ante un contrato que también incluye aspectos teatrales que escapan a lo puramente musical, considero que el tratamiento de este contrato en el ámbito de la industria musical se justifica por ser la organización de conciertos y eventos una ventana más de explotación de la industria. Antes de entrar en el análisis de la relación entre autor y empresario, enmarcaremos dicha relación en el contrato de representación teatral y ejecución musical.

El contrato regulado en el artículo 74 LPI establece que el contrato de representación teatral y ejecución musical es aquel por el que «el

---

<sup>405</sup> J. M. VENTURA VENTURA, *La edición de obras musicales*, p. 47.

<sup>406</sup> Por razones de economía gramatical, cuando me refiera al autor a lo largo de este apartado lo estaré haciendo también a los derechohabientes, salvo que se diga expresamente lo contrario.

autor o sus derechohabientes ceden a una persona natural o jurídica el derecho de representar o ejecutar públicamente una obra literaria, dramática, musical, dramático-musical, pantomímica o coreográfica, mediante compensación económica». Siguiendo a PÉREZ DE ONTIVEROS, estamos ante un contrato que «tiene un evidente carácter consensual, bilateral y oneroso»<sup>407</sup> pese a que algunos autores han entendido que es de carácter real y unilateral, como HERNÁNDEZ MORENO y MÉNDEZ GONZÁLEZ, ya que entienden que «no hay obligación de ceder, sino cesión»<sup>408</sup>, por lo que defienden que no existe ninguna obligación por parte del autor y las obligaciones del cesionario surgirán únicamente tras la cesión, lo que lo convierte en unilateral y real. No obstante, me sumo a quienes entienden que estamos ante un contrato bilateral y consensual, puesto que como argumenta RAGEL SÁNCHEZ el autor no se limita a ceder los derechos sino que «tiene otras obligaciones principales que cumplir y que pueden resumirse en el ejercicio pacífico de los derechos cedidos»<sup>409</sup>.

Hay que mencionar que genera una cierta confusión la presencia del artículo 83 LPI, en el que se hace referencia a la «ejecución pública de composiciones musicales» para decir que se aplicarán las normas del Capítulo III a los contratos de representación que tengan por objeto la ejecución pública de una composición musical, siempre que lo permita la naturaleza de la obra y la modalidad de comunicación autorizada. No parece que existan diferencias<sup>410</sup> que hagan inaplicable esta regulación a las ejecuciones musicales por lo que, en palabras de RODRÍGUEZ TAPIA, este artículo parece «extraordinariamente inútil»<sup>411</sup> y creo que sería recomendable su supresión. En consecuencia, y por lógica expositiva, trataremos de manera conjunta estos dos contratos, haciendo menciones expresas en el momento en el que no nos refiramos a los dos conjuntamente.

---

<sup>407</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 74 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 54. En el mismo sentido RAGEL SÁNCHEZ (*El contrato de representación teatral*, p. 17) y RODRÍGUEZ TAPIA con algún matiz respecto de la onerosidad que será tratado más adelante [«Comentario al artículo 74 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 462]. Para una explicación más extensa sobre los caracteres de este contrato recomiendo la lectura de la exposición realizada por RAGEL SÁNCHEZ (*El contrato de representación teatral*, pp. 14-20).

<sup>408</sup> A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 74 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1149. Dicha línea es seguida en la tercera edición de la obra por ANDERSON, quien actualiza el comentario al artículo 74 y ya colaboró en la revisión del texto en la segunda edición [M. ANDERSON, «Comentario al artículo 74 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1091].

<sup>409</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 17.

<sup>410</sup> HERNÁNDEZ MORENO y MÉNDEZ GONZÁLEZ entienden que la principal diferencia puede residir en que las obras teatrales suelen prolongarse en el tiempo mientras que las musicales suelen ser una función única. Aunque en la práctica sea así, nada obsta a que existan conciertos permanentes en determinadas ciudades (por ejemplo, de música folclórica) o funciones teatrales únicas. Por tanto, no creo que se pueda decir que ésta es una diferencia a nivel conceptual para la distinta aplicabilidad de la normativa [A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 83 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1190].

<sup>411</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 83 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 485.

Por tanto, según la definición legal, podemos decir que las partes del contrato serán, de un lado el autor y, por otro, el adquirente de los derechos al que identificaremos con el empresario. A continuación analizaremos ambas figuras, atendiendo únicamente a las peculiaridades que presentan en el ámbito del contrato de representación teatral y ejecución musical.

## 1. Las figuras del autor y el empresario teatral

### 1. El autor

Como sabemos por el artículo 5.1 LPI el autor es la persona natural que crea una obra, en este caso, musical o teatral (literaria, dramática, dramático-musical, pantomímica o coreográfica), según lo dispone el artículo 74 LPI, y podrá actuar bajo su nombre o bajo pseudónimo<sup>412</sup> o de forma anónima. En ese caso identificaremos al autor con el dramaturgo o compositor, según nos refiramos a obras teatrales o a composiciones musicales, respectivamente.

Como ya analizamos en sede del contrato de edición, la creación puede ser tanto una actividad individual o una actividad en la que intervengan una pluralidad de creadores. Dado que la pluralidad de autores se ha analizado con ocasión del contrato de edición, me limitaré aquí a realizar algunas matizaciones respecto del contrato de representación teatral y ejecución.

La obra en colaboración, aquella que según el artículo 7 LPI es el resultado unitario de la colaboración de varios autores, no es infrecuente en el teatro o en la música (por ejemplo, la existencia de un compositor y un letrista para una canción o de varios guionistas para la realización de un monólogo). En principio, los derechos sobre la obra corresponderán a todos los autores en la proporción que determinen, aplicándose el Código Civil a falta de pacto (art. 7.4 LPI). En el Reglamento sobre Propiedad Intelectual, el artículo 111 presumía que los «derechos de los coautores son iguales, cualquiera que sea la parte que hayan tomado en el pensamiento fundamental y en el desarrollo y redacción de la obra, salvo acuerdo en contrario», siguiendo lo establecido en el artículo 393 del Código Civil, pero con un matiz que hoy en día puede resultar disonante como el de primar

---

<sup>412</sup> Recordemos que el pseudónimo puede que encubra la personalidad del autor, al que se refiere el artículo 6 LPI, o que simplemente sea un nombre artístico (lo que parte de la doctrina denomina «pseudónimo notorio» o «transparente») que no encubra la personalidad del autor. En este segundo caso no aplicará el artículo 6 LPI. [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 6 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., pp. 77 y 78, y L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, pp. 42-46].

de forma explícita la igualdad en las cuotas frente a la aportación real de cada autor. Si bien es una cuestión de matiz (ya que en ambos casos pueden pactar los coautores), parece más acertado anteponer el pacto como solución preferida al reparto igualitario de cuotas, entendiendo derogado el artículo 111 del Reglamento.

La segunda cuestión que se debe comentar es la de la explotación que puede realizar cada autor sobre su aportación a la obra colectiva.

El artículo 7.3 LPI permite dicha explotación salvo que exista pacto en contrario o se cause un perjuicio a la explotación común. El caso del pacto en contrato no presenta mayor dificultad, aunque sí el del perjuicio a la explotación común ya que se hace difícil determinar (y probar) cuándo se produce un perjuicio. Me parece muy representativo el ejemplo de RAGEL SÁNCHEZ, que considera que si en una obra dramático-musical lo único que merece la pena es la aportación musical, el compositor estaría causando un perjuicio a la obra si organizase una ejecución musical de la misma sin la representación escénica<sup>413</sup>. Entiendo acertado el ejemplo, aunque el criterio adoptado para resolver la cuestión presenta la dificultad de condicionar el perjuicio a una cuestión tan subjetiva como determinar cuándo una representación escénica es relevante. Lo razonable parece analizar cada caso con problema probatorio considerable.

Debemos traer a colación el supuesto del artículo 72 del Reglamento sobre Propiedad Intelectual de 1880, que regula la situación en la que la obra dramática o musical creada por dos o más autores i) no llega a terminarse o ii) se termina pero los autores acuerdan no publicarla o representarla. En ambos casos existe una creación, pero bien porque no se finaliza como conjunto o por voluntad de los coautores no se va a explotar. En ese caso, la normativa permite la explotación separada de la creación de cada autor. Dicha disposición tiene sentido puesto que no se va a causar daño alguno a la obra resultado de la colaboración puesto que ésta no va a ser objeto de explotación por una u otra circunstancia y es lógico que las creaciones que sean susceptibles de explotación individual puedan ver la luz.

La obra también podría ser calificada de obra colectiva, lo que es frecuente en las obras musicales. En las obras teatrales rara vez sucede. Si se da el caso de que sea calificada como obra colectiva (que será lo que presentará mayor dificultad)<sup>414</sup>, los derechos

---

<sup>413</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 48.

<sup>414</sup> En palabras del Tribunal Supremo, «para establecer el concepto de obra colectiva no valen conjeturas más o menos fundadas, sin previa fijación de los datos de hecho concurrentes exigidos por el supuesto normativo, ya que así como la vinculación de la persona natural con la autoría de la obra que crea (sea científica, literaria o artística) (artículo 1) se basa en un nexo claro de existencia o inexistencia, las especificaciones de «obra en colaboración» u «obra colectiva», «obra compuesta o independiente», reclaman la fijación de circunstancias fácticas previas, configuradoras del concepto, en términos inequívocos, que resulten de documentos o actos concluyentes, por cuanto son delimitadoras y también limitadoras de los derechos de autor» (STS 738/2000 de 11 de julio; RJ 2000\4669).

pertenecerán a quien la divulgue y edite, siendo necesario el consentimiento de éste para que cualquier persona que haya realizado su aportación pueda explotar ésta de manera separada<sup>415</sup>.

En el caso del uso de obras preexistentes, nos podemos encontrar ante una obra compuesta (en el caso de que el autor tome una obra teatral o musical y le añade su propia obra, resultando una nueva) o ante una obra derivada (en el caso de que se transforme una obra preexistente dando lugar a una nueva, fenómeno bastante común tanto en la actualización de obras teatrales como en la realización de versiones de obras musicales). En ambos casos, como ya se ha puesto de manifiesto, el autor que añade o versiona la obra preexistente deberá obtener los derechos del autor originario, en caso de que la obra todavía no haya pasado al dominio público.

## 2. El empresario teatral

Comentábamos que de la definición del artículo 74 LPI se extrae que las partes son el autor y el adquirente de los derechos, correspondiendo ahora realizar el análisis de este segundo.

El adquirente entiendo que debe identificarse, como regla general, con la figura del empresario. Desde un punto de vista económico, dado que el cesionario es quien dirigirá la actividad y asumirá el riesgo, creo que está justificada dicha calificación, aunque desde el punto de vista legal podemos tener nuestros inconvenientes, como veremos a continuación.

Es bien sabido que el concepto económico y el jurídico de empresario no están completamente alineados. No obstante, a los efectos de este contrato creo que identificar al cesionario, con carácter general, con un empresario está justificado y es interesante a los efectos del propósito de este trabajo, pese a los matices que seguidamente se expondrán.

La condición de empresario creo que se concluye tanto de los artículos 75.2, 77, 79, 81 y 85 de la Ley, en los que se denomina<sup>416</sup>

---

<sup>415</sup> Pese a que el artículo 8 LPI habla de una «creación única y autónoma» entiendo, siguiendo a BÉRCOVITZ, que «puede existir obra colectiva aunque la aportación de cada uno de ellos sea claramente diferenciable» [R. BÉRCOVITZ, «Sentencia del T. S. de 29 de marzo de 2001», *CCJC*, 57, octubre-diciembre, 2001, pp. 795 y ss., citado por L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 51).

<sup>416</sup> En apoyo de esta argumentación se debe traer a colación que el Real Decreto de 3 de septiembre de 1880 por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual, y que está en vigor en todo lo que no contradiga a la actual Ley de Propiedad Intelectual según la Disposición Transitoria Séptima de esta última, utiliza el término «empresa» para referirse al cesionario en la regulación de esta materia (artículos 73 y ss.). Si bien la terminología es incorrecta desde el punto de vista de la moderna doctrina, que diferencia claramente entre los conceptos de empresa y empresario, creo que transmite claramente que estamos ante una función empresarial frente a la creativa del autor.

expresamente al cedente como empresario<sup>417</sup>, como de las obligaciones del cesionario establecidas en el artículo 78 de las que se extrae que la principal función de éste es llevar a cabo la actividad empresarial consistente en organizar la representación o ejecución de la obra. Además, es lógico pensar que, tratándose de un contrato típicamente oneroso, el empresario estará asumiendo un riesgo empresarial pese a que en ocasiones (como sería el caso de un empresario del sector público o de un aficionado, cuyo objetivo no sea recuperar la inversión sino fomentar la cultura) el retorno no se pueda medir en términos económicos.

Como adelantábamos, pese a lo comentado parte importante de la doctrina reconoce (y yo con ellos) que pese a denominarse al cesionario «empresario» (también «empresario teatral», «organizador de espectáculos», «difusor» o «productor») no debe ser considerado empresario en un sentido técnico-jurídico estricto<sup>418</sup>, admitiendo la posibilidad de que el cesionario no sea empresario en ocasiones. RAGEL SÁNCHEZ comenta que «no se trata de una acepción técnica, sino que responde al modo tradicional como se le ha venido llamando desde el siglo pasado»<sup>419</sup>.

Si entendemos, siguiendo a SÁNCHEZ CALERO, que el empresario, desde un punto de vista jurídico, es «la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los medios precisos para la producción o cambio de bienes o servicios para el mercado»<sup>420</sup>, es cierto que técnicamente puede que no siempre quien organice una representación o ejecución pueda ser considerado empresario, en especial aquellos que lo hacen de manera *amateur*, ya que pese a dirigir la actividad y realizarla en nombre propio, no podrán acreditar su dedicación profesional a esta actividad<sup>421</sup>. Sin embargo, creo que es defendible que en el mayor

---

<sup>417</sup> Se podría plantear si esos preceptos deben ser aplicados únicamente a aquel cesionario que, además, reúna la condición de empresario. No obstante, me parece que de una lectura conjunta del capítulo debe descartarse dicha posibilidad puesto que no sería coherente que únicamente se aplicasen las causas de resolución del artículo 81 LPI a los cesionarios en los que coincidiese la condición de empresarios. Parece lógico que las causas de resolución deben aplicarse a cualquier cesionario, por razón de la seguridad jurídica, ya que no hacerlo supondría tener que buscar remedios diferentes a los previstos en el artículo 81 LPI en caso de que el cesionario no fuese empresario. Por otra parte, parece razonable fijarse en las conductas tipificadas y no distinguir en función del sujeto cuando el fin perseguido (la representación o ejecución) es único.

<sup>418</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, en Rodrigo BÉRGOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, p. 184. En sentido parecido, ANDERSON afirma que las cesiones pueden realizarse a persona que no reúna la condición de empresario, aunque entiendo que eso es válido en el marco del régimen general de transmisión de los derechos, pero no en el marco del contrato típico que se está analizando en este epígrafe [M. ANDERSON, «Comentarios al artículo 74 LPI», en Rodrigo BÉRGOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1088].

<sup>419</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, pp. 67-68.

<sup>420</sup> F. SÁNCHEZ CALERO y J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Parte Segunda, Capítulo 4.III.A.a, edición para Proview.

<sup>421</sup> Podría ser el caso de una representación teatral de una obra en un colegio, en el que los actores sean los alumnos. Puede suceder lo mismo con el editor o con el productor audiovisual, en el sentido de que lleven a cabo ediciones para fomentar la cultura y regalen los libros o las películas y se podría realizar la misma crítica, pese a que creo que en este caso es más evidente la duda sobre la condición de empresario.



número de casos será un empresario quien ocupe la posición del cesionario, lo que unido al afán de intentar identificar y distinguir las distintas funciones (empresarial o creativa) de los intervinientes en los procesos de creación y comercialización de los bienes inmateriales, me llevará a tomar esta pequeña licencia de referirme al cesionario como empresario, aun cuando no sea exacta en la totalidad de supuestos.

La relación entre el autor y el empresario, al igual que sucedía en el caso del editor, se puede decir que está presidida por un fuerte carácter *intuitu personae*. Si parecía compleja la edición de un libro y argumentábamos que el autor se ponía en manos del editor, más compleja es si cabe la organización de una representación. El autor debe confiar plenamente en que el empresario no sólo conseguirá convertir la obra en un éxito de público, sino que la representación se organizará conforme a la concepción artística del autor.

Entre el autor y el empresario que va a llevar a cabo la representación o ejecución de la obra puede que existan, en ocasiones, terceras personas: o bien i) derechohabientes que son meros titulares de los derechos del autor (p. ej. los herederos del autor tras el fallecimiento), que tendrán una posición más próxima al autor, en el sentido de que no serán profesionales de la industria cultural y que velarán por el ejercicio de los derechos del autor, o bien ii) derechohabientes que son intermediarios que hayan adquirido los derechos de autor con la intención de comercializarlos, por sí mismos (utilizando el mecanismo del artículo 85 LPI del que hablaremos más adelante) o mediante la cesión a terceros empresarios (por ejemplo, buscando un empresario en cada ciudad para que pueda llevar a cabo la representación o ejecución o las entidades de gestión en relación con los derechos que les encomiendan los autores).

El Reglamento sobre Propiedad Intelectual de 1880 plasma de manera muy gráfica la diferencia entre los distintos sujetos que intervienen en la relación, refiriéndose al i) autor, al ii) propietario y a la iii) empresa. La figura del propietario parece concebirse de manera próxima a la figura del intermediario que hemos descrito. Incluso parece que el Reglamento da por sentado que la figura del propietario va a existir y convivir con la del autor, ya que son múltiples los artículos que hacen referencia a los dos, tanto de manera alternativa como acumulativa<sup>422</sup>. Las funciones que se le atribuyen al propietario<sup>423</sup> son de defensa de los derechos autorales (por ejemplo, acordar la época de la representación o ejecución del artículo 76 RPI),

---

<sup>422</sup> Como en el caso del artículo 68 RPI en el que deben prestar el consentimiento tanto autor como propietario para adaptar una novela u obra literaria a obra dramática.

<sup>423</sup> Que coincidirá con el autor en caso de que no haya cedido los derechos.

reservando las de contenido más moral exclusivamente al autor (como el derecho a la corrección de la obra del artículo 66 RPI).

Pese a ser ambos derechohabientes, a efectos del contrato que estamos analizando es necesario realizar esta diferenciación para el posterior análisis, incidiendo especialmente en que, en el segundo caso, la función realizada por el propietario es una función empresarial de comercialización de los derechos.

Junto a las figuras descritas, para poder llevar a cabo la obra aparecerán otros sujetos imprescindibles para la representación o ejecución (director, actores, músicos, operarios, etc.). Estos sujetos se vincularán con el empresario a través de un nuevo contrato, el de producción teatral, que en ocasiones podrá incluir también el contrato de representación teatral y ejecución que estamos analizando. Incluso, en caso de que la obra pretenda ser radiodifundida, puede llegar a aparecer otro sujeto, la entidad de radiodifusión, cuyo cometido será llevar a cabo la radiodifusión, lo que es objeto de regulación en el artículo 84 LPI.

### **3. El director de escena y el director de orquesta: definición del objeto de la cesión y polémica sobre su condición de autor**

#### **(i) *El objeto de la cesión***

El objeto de la cesión que realiza el autor al empresario mediante la suscripción de este contrato son los derechos de representar y ejecutar públicamente una obra literaria, dramática, musical, dramático-musical, pantomímica o coreográfica, mediante compensación económica.

Por tanto, se entiende que la cesión que opera en virtud de este contrato afecta únicamente al derecho de comunicación pública, en concreto, únicamente a dos de sus actos, según los define la letra a) del artículo 20.2 LPI: la representación y la ejecución.

Es necesario detenerse, aunque sea someramente, en la terminología utilizada por la Ley para referirse a los actos de comunicación pública comprendidos en el marco del contrato de representación teatral y ejecución pública.

Creo que la terminología utilizada es algo confusa, tanto por la utilización de múltiples términos similares para referirse a una

misma realidad como por la falta de definición de los mismos, lo que nos puede llevar a varias posibilidades de interpretación en relación con el objeto.

En primer lugar, el artículo 74 LPI se refiere a «representación» (que por el título del capítulo deberemos entender como «representación teatral») y «ejecución pública», mientras que el artículo 20.2.a) LPI se refiere a «representaciones escénicas» y «ejecuciones públicas», introduciendo la duda sobre si el calificativo de «escénico» debe de entenderse como diferente al de «teatral».

Y en segundo lugar, el artículo 20.2.a) LPI también se refiere a «recitaciones» y «disertaciones» como actos de comunicación pública distintos al acto de representación escénica. No obstante, en el artículo 76 LPI se vuelve a realizar una referencia a la recitación que, por su ubicación sistemática, nos da a entender que es una forma de representación escénica y no un acto de comunicación pública diferente. El artículo 76 LPI no realiza ninguna referencia a la disertación.

Pese a la equívoca terminología, parece lógico entender, con RIVERO HERNÁNDEZ (y la doctrina en general), que representación escénica debe entenderse como sinónimo de «representación teatral»<sup>424</sup>.

También me inclino a entender que la recitación es una forma de representación escénica o teatral, fundamentándome en que así parece entenderlo el artículo 76 LPI.

En cuanto a las disertaciones, entendidas según la Real Academia Española como el razonamiento o el discurrir detenido y metódico sobre alguna materia para exponerla<sup>425</sup>, y que RIVERO HERNÁNDEZ identifica con las «conferencias científicas» (incluyendo las explicaciones académicas y clases)<sup>426</sup>, creo que se apartan de lo que podría ser el objeto del contrato de representación teatral y de la ejecución musical ya que el marco en el que se celebran son diferentes de los escenarios propios de las interpretaciones teatrales o ejecuciones musicales, además de que entiendo que no estamos ante una obra, la científica, propia de este tipo de

---

<sup>424</sup> F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentarios al artículo 20», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 340.

<sup>425</sup> La Real Academia Española define disertación como «acción y efecto de disertar» y, a su vez, define disertar como «razonar, discurrir detenida y metódicamente sobre alguna materia, bien para exponerla, bien para refutar opiniones ajenas» (RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=DuX6Cup>).

<sup>426</sup> F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentarios al artículo 20», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 340.

escenificaciones. No creo que se pueda llegar al extremo de afirmar que las universidades contratan representaciones escénicas a sus profesores.

Por último, entiendo que lo más correcto sería reservar el término «ejecución»<sup>427</sup> para las interpretaciones puramente musicales, y representación para el resto de interpretaciones. Sin embargo, no se puede decir que la Ley sea tan estricta con la aplicación de la terminología. En el artículo 74 parece que utiliza ambas expresiones como sinónimas y, posteriormente, en el artículo 83 establece que la «representación» puede tener por objeto una «ejecución pública de una composición musical», lo que nos lleva a interpretar que el término representación es más amplio que el de ejecución pública e incluye a este segundo.

Aclarados estos términos y entrando en el análisis de las obras que pueden ser objeto de representación o ejecución, la primera cuestión que llama la atención es que las obras descritas en sede del contrato objeto de estudio (art. 74 LPI) son, sólo en parte, coincidentes con las mencionadas en el artículo 20.2.a) LPI al hablar de la representación y la ejecución como actos de comunicación pública. El artículo 20.2.a) LPI concibe como obras susceptibles de representación o ejecución las i) obras musicales, ii) literarias, iii) dramáticas y iv) dramático-musicales. Por su parte, el artículo 74 LPI cita como obras susceptibles de representación y ejecución a los efectos del contrato estudiado las siguientes: i) literaria, ii) dramática, iii) musical, iv) dramático-musical, v) pantomímica y vi) coreográfica. Por tanto, vemos que únicamente difieren respecto de las obras pantomímicas<sup>428</sup> y coreográficas<sup>429</sup>, que no son mencionadas en el artículo 20 LPI aunque sí que son mencionadas en el artículo 10.1.c) junto a las obras dramáticas y dramático-musicales y a las obras teatrales en general<sup>430</sup>.

Por tanto, creo que lo más razonable es tomar la referida «obra teatral» del artículo 10.1.c) LPI como categoría general, de la cual el resto de las obras mencionadas deberán ser consideradas especies. La falta de referencia a las obras pantomímicas y coreográficas del artículo 20.c.a) no debe ser

---

<sup>427</sup> El término «ejecución» (en el sentido de interpretación) únicamente aparece en dos ocasiones en el Capítulo: en la definición del artículo 74 y en artículo 83 dedicado específicamente a las representaciones musicales.

<sup>428</sup> Se debe entender por pantomima la «representación realizada por medio de gestos y movimientos sin emplear palabras», según definición de la Real Academia Española (RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=RjZARXo>).

<sup>429</sup> La coreografía es, según la Real Academia Española, el «arte de la danza» (RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=As8Dj6e>).

<sup>430</sup> Quizá era más sencilla la distinción que realizaba el Reglamento de propiedad intelectual de 1880, en el que sólo existían dos categorías: dramáticas y musicales (artículos 61 y ss.).

entendida como una imposibilidad de incluir la representación de dichas obras como modalidad de comunicación pública, ya que la enumeración del artículo 20 no es una lista cerrada.

De las distintas definiciones que ofrece la doctrina más reputada<sup>431</sup> de lo que debe de entenderse por obra teatral, creo que el elemento diferencial que la define es el hecho de estar destinada a representarse en un escenario frente al público (de manera directa o indirecta). Junto al elemento diferencial, la obra deberá cumplir con los requisitos propios de cualquier obra protegible (art. 10.1 LPI), es decir, que sean expresadas de manera suficiente y que sean originales.

En la obra teatral tiene especial peso el título y el argumento, como pone de manifiesto el artículo 64 del Reglamento, que «castigará como defraudación el hecho de tomar en todo o en parte [...] el título, el argumento o el texto para aplicarlos a obra dramática»<sup>432</sup>. Entiendo que la obra teatral dispone de amplio margen para la originalidad y se le debe exigir una originalidad objetiva, no obstante, si entendemos por argumento, tal y como hace la Real Academia Española, «asunto o materia de que se trata en una obra», me parece excesivo prohibir que terceros utilicen el mismo argumento para otras obras, en especial bajo el criterio de originalidad objetiva. Tal y como exige el artículo 10.1 LPI, el argumento deberá tener un desarrollo suficiente como para ser considerada obra y el juicio sobre el potencial plagio del argumento debe basarse sobre el desarrollo concreto del argumento, no sobre el argumento en sí. Lo contrario sería coartar en exceso la creación<sup>433</sup>.

En cuanto a los tipos de obras, generalmente se pueden atribuir los siguientes rasgos:

- Obra dramática: aquella cuyo elemento central es la palabra. Son obras literarias cuyo destino es la

---

<sup>431</sup> BÉRCOVITZ, que las denomina «obras escénicas», las define como aquellas «destinadas a ser representadas en un escenario, directa o indirectamente ante el público» (R. BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al artículo 10.1», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 170). RAGEL SÁNCHEZ entiende que es «aquella obra original que tiene argumento dramático, dramático musical, pantomímico o coreográfico (art. 10.1 c) del T.R.), y está destinada a ser representada a través de un espectáculo público propio de la escena» (L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, pp. 74 y 75).

<sup>432</sup> Reproducimos a continuación el artículo 64 del Reglamento:

«El plan y argumento de una obra dramática o musical, así como el título, constituyen propiedad para el que los ha concebido o para el que haya adquirido la obra.

En su consecuencia se castigará como defraudación el hecho de tomar en todo o en parte de una obra literaria o musical manuscrita o impresa, el título, el argumento o el texto para aplicarlos a otra obra dramática».

<sup>433</sup> En contra L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, pp. 77-79.

escenificación, incluyendo los monólogos y declamaciones.

- Obra dramático-musical: aquella en la que, junto con el argumento, se combina la música como parte de la obra, ya sea música creada *ad hoc* para la obra o preexistente. Se diferencia de la obra musical en que esta última se debe entender como puramente instrumental (con o sin letra).
- Obra pantomímica: aquella en la que el argumento se desarrolla mediante el lenguaje corporal, sin la palabra.
- Obra coreográfica: aquella en la que el lenguaje principal es el baile. Puede presentarse incluida en una obra dramático-musical<sup>434</sup>.

## (ii) ***La condición de autor del director de escena y del director de orquesta***

Pese a todo lo comentado hasta aquí, parte de la doctrina entiende que la «obra teatral» no es la obra literaria destinada a representarse sino que es la propia representación o escenificación de la obra literaria. Quienes defienden esta postura distinguen entre la obra literaria (escrita por el dramaturgo con el destino de ser representada) y la escenificación (que sería una obra autónoma cuya autoría correspondería al director de escena de manera individual o, en caso de que la haya codirigido con el dramaturgo, a ambos como coautores de una obra en colaboración<sup>435</sup>). Esta es la postura adoptada por la legislación portuguesa, que considera como obra original la escenificación de las obras dramáticas y dramático-musicales<sup>436</sup>.

Como comenta RAGEL SÁNCHEZ, «esta tendencia doctrinal tiene como objetivo fundamental *eleva el rango del director de escena, como responsable directo de la representación, a la de*

---

<sup>434</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 81.

<sup>435</sup> El artículo 84 del Reglamento otorga al autor el «derecho a hacer el reparto de los papeles de su obra, y a dirigir los ensayos, de acuerdo con el director de escena. Tiene asimismo el derecho de permanecer entre bastidores siempre que se representen sus obras». En caso de que el dramaturgo haga uso de este derecho y participe en la dirección escénica de la obra junto con el director de escena, entiendo que se debe considerar que estamos ante una coautoría.

<sup>436</sup> El artículo 2.1 del Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos establece:  
«Artigo 2.º(Obras originaís)

1 – As criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, quaisquer que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objectivo, compreendem nomeadamente:

[...]

c) Obras dramáticas e dramático-musicais **e a sua encenação**».

*coautor o segundo autor de la obra teatral*, puesto que el director va más allá, trasciende el texto, al aportar la escenificación del mismo»<sup>437</sup>. Este argumento no es sólo aplicable al director de escena sino que es extrapolable a los directores de orquesta (atendiendo a lo dispuesto en el artículo 105 LPI) así como a los directores de coro y de *ballet* por analogía<sup>438</sup>.

Pese a que no existe una definición de la figura del director de escena en la vigente legislación, sí que podemos encontrarla en la derogada Ordenanza de Trabajo de Teatro, Circo, Variedades y Folklore aprobada por la Orden Ministerial de 28 de julio de 1972. El artículo 8.b) disponía que el director de escena es «quien, de acuerdo con la idea o texto previo que le haya sido encomendado, realiza el montaje de la obra, dirige sus ensayos y tiene absoluta autoridad sobre todos los componentes artísticos y técnicos de la Compañía».

A la luz de dicha definición OSSORIO SERRANO, citando a GUAL, entiende que estamos ante una creación: el director de escena realiza la interpretación del texto, sugiere a los actores para que lo interpreten, se preocupa de la ambientación, de la luz y múltiples aspectos que le llevan a concluir que estamos ante una creación. También entiende que el director de orquesta lleva a cabo una creación: debe interpretar cuántos instrumentos forman parte de la partitura y ha de ensamblarlos para que el resultado de la interpretación sea perfecto<sup>439</sup>. El segundo párrafo del derogado artículo 8.b) de la citada Ordenanza parecía acoger esta concepción: «Por su función artística y creadora es responsable absoluto de su obra durante todo el tiempo que su montaje se mantenga en cartel».

En efecto, si la escenificación es una creación original, el director de escena y el de orquesta deberán ser considerados autores y, por tanto, disfrutar de los derechos del Libro I<sup>440</sup>.

---

<sup>437</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 87.

<sup>438</sup> La doctrina admite esta equiparación sin dificultad [J. M. OSSORIO SERRANO, «Comentario al art. 101 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 350; R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 105», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 1446 y 1447, y A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentarios al artículo 105», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1554].

<sup>439</sup> A. GUAL DE SOJO, «La Ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987», en *Estudio crítico*, primera parte, citado por J. M. OSSORIO SERRANO, «Comentario al art. 101 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 350.

<sup>440</sup> Como comenta RAGEL SÁNCHEZ: «En caso de ser admitida en nuestro Derecho esta tendencia, los efectos jurídicos serían importantísimos. El director de escena tendría sobre su obra todos los derechos de autor, tanto morales como patrimoniales [...]. Además de obtener un beneficio económico superior (posiblemente a costa de la parte del dramaturgo), una duración más prolongada de los derechos de explotación (art. 26 del T. R.), sus sucesores *mortis causa* podrían ejercitar, sin límite de tiempo, los derechos morales de paternidad e integridad de la obra (art. 15 del T. R.)». L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 87.

Quienes defienden esta postura, encuentran su principal argumento en el diferente tratamiento que realiza la legislación de la figura del director de la obra audiovisual, por una parte, y del director de escena (o de orquesta), por otra. El artículo 87 LPI reconoce al director (o realizador) de la obra audiovisual como autor mientras que reduce la figura del director de escena y del director de orquesta a la de mero artista en el artículo 105 LPI. Para parte de la doctrina no existe razón alguna para este tratamiento desigual e injusto del director de escena (y de orquesta) ya que ambos cumplen las mismas funciones, uno para la obra audiovisual y otro para la obra teatral. En palabras de RIVERO HERNÁNDEZ «el director de orquesta y de escena son en muchos casos, y no menos que en el cine, perfectos y efectivos autores de una obra derivada, que es la dirigida por ellos, cuando su trabajo interpretativo y dirección respectiva lleven incorporado el sello de su genio, de su talento, de su creatividad e imaginación, que es la originalidad requerida jurídicamente»<sup>441</sup>.

También hay quien ha llegado a equiparar al director de orquesta con el traductor, considerando que el director traduce la obra a los músicos de la orquesta, realizando su propia interpretación<sup>442</sup>.

La polémica sobre el reconocimiento de la condición de autor a los directores de escena y de orquesta no es nueva ni exclusiva de nuestro derecho. Es famosa la ya mencionada sentencia de la Cour de Cassation de 4 de enero de 1964, en la que se discutían los derechos que correspondían al brillante y controvertido director de orquesta Wilhelm Furtwängler sobre una interpretación de la Tercera Sinfonía de Beethoven grabada para la Oficina de Radiodifusión del III Reich, y que, tras la guerra, acabó comercializándose por Urania Records<sup>443</sup> en forma de disco. El alto tribunal reconoció en esa ocasión que el director de orquesta disponía de derechos intelectuales y existe consenso (no exento de polémica entre la doctrina) en que éstos deben ser considerados derechos conexos y no derechos de autor. ROGEL VIDE cita las sentencias recaídas en los casos *Darnel* y *Las muy ricas horas de Chambord*, en las que se

---

<sup>441</sup> RIVERO HERNÁNDEZ citado por RODRÍGUEZ TAPIA [«Comentario al artículo 105», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., p. 588, nota 49].

<sup>442</sup> A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentarios al artículo 105», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1553.

<sup>443</sup> Las grabaciones fueron encontradas por el ejército soviético al ocupar Berlín. Dichas grabaciones fueron vendidas con posterioridad a Urania Records, quien comercializó la obra en forma de disco. Fue la comercialización en Francia la que dio lugar a este procedimiento (S. Cour de Cassation, 4 de enero de 1964. Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006964861>).



reconoce como autor a los directores de escena<sup>444</sup>. También hemos mencionado el caso de la legislación portuguesa.

En el caso de la legislación española, el artículo 105 LPI parece zanjar esta discusión al incluir al director de escena y al director de orquesta en la definición de artista intérprete o ejecutante. Existe la duda en la doctrina de si el artículo 105 LPI está considerando al director de escena y al director de orquesta como una subcategoría dentro de la categoría de los artistas o si simplemente les equipara en derechos pero sin considerarlos artistas (la expresión literal del artículo es «tendrán los derechos reconocidos a los artistas», lo que parece equipararlos en derechos sin considerarlos artistas). Esta discusión suele concluir con el hecho de que a efectos prácticos no hay diferencia entre las dos posturas, puesto que la realidad es que el director de escena y el de orquesta gozan de los derechos reconocidos en el Título I del Libro II de la Ley<sup>445</sup>.

Pese a la equiparación en derechos, hay quien entiende que no se puede negar la condición de autor al director de escena o de orquesta ya que «su omisión en el artículo 105 sólo se explica por una concepción equivocada [...]: que la asignación a uno de estos sujetos de derechos de autor impide atribuirle simultáneamente derechos como artista y viceversa»<sup>446</sup>. Por tanto, esta postura defiende que el reconocimiento del artículo 105 es un «reconocimiento de mínimos»<sup>447</sup>, pudiendo estas figuras alcanzar la condición de autor si su aportación reúne las condiciones para considerarla una obra (entiendo que derivada).

Mi posición ante esta discusión es la de entender que el director de escena y el director de orquesta no deben ser considerados autores. Tal y como está configurado el artículo 105 entiendo, con parte de la doctrina<sup>448</sup>, que el legislador español ha zanjado la discusión, se esté o no de acuerdo con la solución adoptada.

---

<sup>444</sup> Sentencias del Tribunal de París de 8 de julio de 1971 y Tribunal de Apelación de Bourges de 1 de junio de 1965, respectivamente. En el segundo caso se reconocía la posibilidad de reconocer como autor o coautor de la obra al encargado de realizar los juegos de luz de la obra (C. ROGEL VIDE, «Directores de Escena y Derechos de Autor», en *Estudios Completos de propiedad intelectual*, pp. 405 y 406).

<sup>445</sup> J. M. OSSORIO SERRANO, «Comentario al art. 101 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 349.

<sup>446</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 105», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1447.

<sup>447</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios al artículo 105», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1447.

<sup>448</sup> Comenta CABANILLAS que el texto de nuestra Ley, sin ningún género de dudas, ha resuelto satisfactoriamente el problema en el artículo 105, reconociendo a los directores de orquesta y de escena los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, no considerándolos, en definitiva, como autores. Confirma esta conclusión el artículo 111, que parece dar un mismo tratamiento a solistas y a los directores de orquesta y de escena [A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentarios al artículo 105», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1554]. En el mismo sentido L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, pp. 92 y 93.

Eso no significa que no exista una cierta creatividad en la labor del director, que sin duda dejará su impronta personal en las obras representadas (al igual que sucede con los artistas intérpretes o ejecutantes) y razón por la cual se le reconocen los derechos morales de paternidad e integridad en el artículo 113, aunque con menor intensidad que a los autores.

Por tanto, nos encontramos ante una figura que es merecedora de protección no por su labor empresarial (ya que no es parte del contrato de representación teatral o ejecución musical) sino por su labor creativa. La labor empresarial corresponderá al empresario que suscribirá con el autor el contrato de representación teatral o ejecución musical y, posteriormente (salvo que se realice en un mismo contrato), suscribirá el contrato de producción teatral o musical con el director de escena o de orquesta, respectivamente.

La figura del director es imprescindible para que la obra llegue al público pero es cierto que se basa en una obra, la teatral o musical, que está concebida para que el director de escena o de orquesta la interprete. En otras palabras, el dramaturgo o el compositor crean una obra con la finalidad específica de ser representada o ejecutada y la función de estas dos figuras es la de ejecutar lo dispuesto por el creador. De ahí que crea acertado no atribuir la condición de autor a estos dos directores, ya que su labor es desarrollar el contenido de la obra, con cierto margen de creatividad ceñido a lo marcado por el autor. Eso no significa tener en menor consideración su trabajo, sino todo lo contrario: son funciones diferentes.

Además, creo que si la Ley ya reconoce al director un derecho conexo generaría cierta inseguridad jurídica abrir la puerta a que pueda ser considerado autor. En ese caso, ¿pierde la condición de artista o acumula los derechos conexos y los derechos de autor? Creo que el primer escenario es imposible a la luz de la disposición legal. El segundo, en mi opinión, otorgaría una protección desproporcionada al director ya que por una misma actividad disfrutaría de la doble condición de autor y artista. Sería como si un fotógrafo pudiese percibir, cumulativamente, beneficios como autor de una obra fotográfica y de una mera fotografía.

A esto se suma que la condición de autor se basaría en una apreciación (siempre subjetiva) sobre si la ejecución tiene entidad suficiente para considerarse obra a los efectos de la Ley. Si admitiésemos dicha posibilidad, creo que estaríamos contribuyendo a la inseguridad jurídica ya que el empresario

siempre estaría sujeto a la posibilidad de que el director acabe reclamando beneficios como autor o coautor de la obra.

En relación con la equiparación entre el director de escena y el de una obra audiovisual, entiendo que la naturaleza de la obra audiovisual hace que el director tenga un papel de mayor creatividad que el que tiene el director teatral respecto de la obra teatral. En la obra audiovisual el guión, pese a tener una importancia capital, tiene menos peso que en la teatral. Se transmite al espectador mucho más que un diálogo, escenarios y vestuarios. La obra audiovisual tiene su propio lenguaje de imágenes, planos y secuencias y un sinfín de recursos adicionales que hacen que la impronta del director sea muy superior en la configuración de la obra. El director no se limita únicamente a poner en escena un guion con un cierto margen de creatividad, sino que pone en marcha una obra irrepetible cuyo resultado será radicalmente distinto en función de quién lo dirija.

Pese a lo comentado, creo que el director de escena o el de orquesta pueden ser considerados autores de una obra derivada en el caso de que realmente transformen la obra que debe escenificarse. No valdrían unos meros retoques propios de la dirección de cualquier obra, sino que tendrían que ser modificaciones sustanciales de la obra teatral. El matiz es que la transformación debe producirse sobre la obra a representar y no en la ejecución, es decir, que serían autores de una obra teatral o musical derivada y, después, directores de la misma.

## 2. Relación del autor y el empresario: el contrato de representación teatral y ejecución musical

A la vista de lo analizado, entiendo que se puede afinar y afirmar que este capítulo de la Ley realmente describe dos figuras contractuales diferentes: el contrato de representación teatral y el de ejecución musical. Incluso autores como RODRÍGUEZ TAPIA distinguen hasta cinco contratos: «Lo cierto es que en este Capítulo hay varios contratos regulados, de manera sobresaliente, los de representación escénica y ejecución musical con obligación de efectuar la comunicación pública (art. 74), los contratos que autorizan pero no obligan a efectuar la representación o ejecución (art. 85), el que se refiere a la cesión de derechos para la radiodifusión de obras (art.

84), y el contrato que tiene por objeto una composición musical (art. 83)»<sup>449</sup>.

El elemento común de esta figura contractual consiste en que el público va a acceder a la obra a través de una actuación en directo (o en vivo) en un espacio habilitado al efecto. No obstante, en función de la obra que se desarrolle en el escenario podremos distinguir entre representación y ejecución: si la obra es puramente musical, estaremos ante una ejecución musical, si es una escenificación de la obra (con o sin música) estaremos ante una representación teatral<sup>450</sup>.

Como comenta RAGEL SÁNCHEZ, «las normas reguladoras del llamado «contrato de representación teatral y ejecución musical» son lo suficientemente genéricas como para aplicarse a los dos contratos que son en realidad. Sólo cuando un precepto se refiere específicamente a uno de los dos contratos (v. gr., arts. 75.2, *in fine*, 82 y 89.2 del T.R.) debemos interpretar que no se aplica al otro».<sup>451</sup>

A continuación se analizarán estas relaciones, para identificar los intereses protegidos y las medidas de protección de los mismos, pero sin perder de vista la función de las labores creativa y empresarial de cada parte, absolutamente complementarias. En las descriptivas palabras de RAGEL SÁNCHEZ refiriéndose al contrato de representación teatral: «El dramaturgo no sabe o no quiere dedicar sus energías y su dinero a la búsqueda de las personas idóneas y de los objetos más adecuados para representar públicamente su obra. Si él mismo se dedicara a realizar el montaje de su obra, no haría falta el contrato que vamos a estudiar. Por su parte, el empresario teatral cuenta con los medios materiales para llevar a cabo la comunicación pública, pero no tiene tiempo para crear la obra y prefiere “utilizar” la de un autor de reconocido prestigio, o, en ciertos casos, pocos o muchos, no tiene la capacidad intelectual que se necesita para crear la obra, en el excelso sentido de nuestra legislación de propiedad intelectual. Si tuviera la capacidad y empleara su tiempo en crear la obra, no haría falta el contrato que vamos a estudiar»<sup>452</sup>.

También se hará referencia a aquellas medidas que procuren el equilibrio de los intereses del autor y del empresario.

---

<sup>449</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 74 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 461.

<sup>450</sup> No obstante, RODRÍGUEZ TAPIA entiende que «se suele convenir que la obra dramática no se ejecute sino que se represente, que la musical y la coreográfica se ejecuten, que las canciones (obra literario-musical) se ejecute e interpreten y que las dramático musicales se representen» [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 75 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 461].

<sup>451</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 28.

<sup>452</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, pp. 9 y 10.

## **1. Medidas de protección de los intereses del autor**

El presente contrato también está presidido por el ánimo de protección al autor que orienta toda la Ley de Propiedad Intelectual. Veremos que se repiten intereses protegibles y medidas ya descritas, como no podría ser de otra manera, pero desde una perspectiva diferente.

### **(i) *Exigencia de forma escrita***

A diferencia de lo que sucede con el contrato de edición, el texto refundido no hace referencia alguna a que el contrato deba ser redactado por escrito, por lo que se deberá aplicar el régimen general del artículo 45 LPI que establece que «toda cesión deberá formalizarse por escrito. Si, previo requerimiento fehaciente, el cesionario incumpliere esta exigencia, el autor podrá optar por la resolución del contrato».

Al margen del texto refundido encontramos una única referencia a la forma en el artículo 76 del Reglamento, donde se establece que «la empresa [...] y el propietario fijarán de común acuerdo y por escrito la época de la representación o ejecución». Corresponde, por tanto, entender cómo afecta esta doble regulación al contrato.

Creo que se ha de partir de la premisa de que el legislador ha manifestado claramente su voluntad allí donde ha querido que la forma escrita sea una medida de protección reforzada para el autor por encima de lo establecido en el régimen general del artículo 45 LPI, como sucede en el contrato de edición. Por tanto, la omisión a la forma escrita en la regulación del contrato objeto de análisis debe entenderse como una voluntad de someter al contrato de representación teatral y ejecución musical al régimen general.

Al analizar la regulación del contrato de representación teatral y ejecución musical en el Reglamento y en la Ley de Propiedad Intelectual, lo primero que se tiene que hacer notar es que el artículo 76 del Reglamento se enmarca en unas disposiciones que conciben la negociación entre el autor y el empresario casi como un contrato de adhesión. El marco de negociación que plasma el legislador en el texto refundido (artículos 74 y ss.), pese a que presume la mayor capacidad negociadora del empresario, no lo plantea como un procedimiento de adhesión. Por tanto, aunque haya diferencias conceptuales, creo que en ambos casos se deduce el ánimo de proteger al autor frente a la mejor posición del empresario.

Partiendo de esa base, no creo que la regulación del artículo 76 del Reglamento contradiga lo dispuesto en el artículo 45 LPI, aunque tenga un ámbito más amplio, ya que en ambos casos se obliga a la forma escrita para proteger al autor.

En consecuencia, la cuestión no es tanto la obligación de la forma escrita, común a ambos preceptos, sino el hecho de que el artículo 45 LPI obligue a la forma escrita en el caso de cesiones sin determinar cuál debe ser el contenido del contrato (más allá de la cesión y lo dispuesto en el Capítulo I del Título V) y que el artículo 76 del Reglamento se refiera a un elemento concreto del mismo. A mi juicio, la pregunta que surge es si el artículo 76 del Reglamento, al obligar a plasmar por escrito la mención a la época de la representación o ejecución la está convirtiendo en un contenido obligatorio del contrato, como puede suceder con la exclusiva, por ejemplo.

A mi entender, la mención a la época que realiza el Reglamento es la misma mención a la que obliga el artículo 75 LPI, por lo que podemos decir que sí que estamos ante una mención obligatoria, pese a que la consecuencia de la omisión no es grave al aportarnos el apartado segundo del citado precepto la solución a este silencio.

El artículo 75 LPI, al regular las modalidades, está regulando indirectamente la época en la que se debe de llevar a cabo la función puesto que el punto segundo de dicho precepto obliga a estipular el plazo en el que se deberá llevar a cabo la comunicación única o primera de la obra que es tanto o más que establecer la época, en especial cuando hace referencia a la «temporada» en el segundo párrafo del punto 2 del artículo.

Entiendo que tanto la regulación del reglamento como la de la Ley persiguen el mismo fin: que la obra no quede sin ser representada o ejecutada. No creo que se contradigan ambos preceptos, pero parece que la regulación del texto refundido es más completa que la del Reglamento en este sentido, por lo que esta segunda deberá entenderse superada por la nueva fórmula del artículo 75 LPI.

Esto me lleva a la cuestión de la importancia de la exigencia de la forma escrita como medida de protección de los intereses del autor. Como ya se ha comentado, el autor, al ser la parte débil necesita poder demostrar las condiciones pactadas en el contrato. No obstante, como comenta RODRÍGUEZ TAPIA, «este requisito de forma *ad probationem* a quien más interesará, por lo general, será al propio cesionario de derechos, pues en caso de litigio, es el cesionario el que debe disponer de la misma, dado que la propiedad (intelectual) se presume libre y se presume que el autor tiene todos los derechos que

no se demuestren cedidos»<sup>453</sup>. Vemos que ambos actores salen favorecidos de la forma escrita, por lo que no parece un riesgo que vaya a afectar mucho a la vida del contrato.

A diferencia de lo que sucede en el contrato de edición, en este caso el legislador no ha considerado adecuado sancionar con la nulidad la falta de reflejo escrito, aunque eso no es sinónimo de indefensión. El artículo 45 LPI faculta al autor a compeler al empresario y, en caso de no obtener la plasmación por escrito, optar por resolver el contrato, siendo válido, *a sensu contrario*, el contrato verbal. Ésta es una fórmula más flexible, pero no encuentro justificado el diferente tratamiento en un caso y en otro, aunque se pueda argumentar que el contrato de edición tiene mayor transcendencia. Tampoco encuentro razonable que la facultad de resolver el contrato se reconozca de manera expresa únicamente al autor cuando para el empresario puede suponer un riesgo igualmente grave la falta de la forma escrita.

Los nuevos modelos digitales no afectan en este punto.

## (ii) ***Protección de los intereses patrimoniales: remuneración del autor y transparencia***

El contrato de representación teatral y ejecución musical se concibe como un contrato oneroso (artículo 74 LPI), por lo que la protección económica del autor se encuentra en el núcleo de la definición del contrato.

Como ya se ha argumentado, uno de los intereses esenciales que debe proteger la Ley para incentivar la creación es el interés económico del autor.

En el caso del presente contrato, además de la onerosidad que lo define en el artículo 74, existen otros tres preceptos que procuran asegurar dicho incentivo: i) el artículo 78.4º, que obliga al empresario a «satisfacer puntualmente al autor la remuneración convenida, que se determinará conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de esta Ley»; ii) el artículo 81.3º, que asocia la facultad de resolución para el autor en caso de incumplimiento de dicha obligación y, por último, iii) el artículo 79, que establece una garantía para el cobro de la remuneración por parte del autor.

### **(a) Mención a la remuneración del autor**

---

<sup>453</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 45 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 364.

En este caso no hay una obligación de mencionar en el contrato la remuneración, como sucedía con el contrato de edición (artículo 60.5 LPI), aunque parece que será uno de los contenidos razonables a incluir además de que el artículo 78.4º habla de la remuneración «convenida», lo que no lo convierte en una mención obligatoria pero hace pensar que formará parte del contenido del contrato.

### **(b) Sistema de retribución**

El primero de estos artículos (78 LPI) consagra la remuneración proporcional como el sistema a aplicar en la relación entre el autor y el empresario, ya que nos remite al régimen general del artículo 46 LPI que únicamente permite el sistema a tanto alzado como algo excepcional. Como comenta PÉREZ DE ONTIVEROS, «en lo que respecta al contrato de representación teatral y ejecución musical, el sistema no es nuevo, como se deduce de lo preceptuado en los artículos 96 y siguientes del Reglamento. Desde siempre se ha tratado de justificar la remuneración proporcional considerando que ésta es una medida de protección de los intereses del autor»<sup>454</sup>.

No es necesario reproducir los comentarios realizados sobre uno y otro sistema en sede del contrato de edición, por lo que nos centraremos en las cuestiones que afecten específicamente al contrato objeto de análisis en este apartado.

El primer aspecto a comentar es que la base sobre la que aplicar el porcentaje acordado por las partes son los ingresos brutos, tal y como defendimos para el contrato de edición. En el caso del contrato de representación teatral y ejecución musical encontramos un refuerzo a este argumento atendiendo a lo dispuesto en el artículo 102 del Reglamento<sup>455</sup>, que concibe la remuneración proporcional sobre el ingreso bruto de cada actuación, matizado por el artículo 110, que excluye del concepto de ingreso bruto (y por tanto, de la base de cálculo en la que aplicar el porcentaje pactado) las entradas sobrantes que se regalen.

---

<sup>454</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 79 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 72.

<sup>455</sup> El artículo 102 del reglamento dispone:

«El tanto por 100 que han de percibir los propietarios de obras dramáticas o musicales se exigirá sobre el total producto de cada representación, incluso el abono y el aumento de precio en la contaduría o en el despacho, cualquiera que sea su forma, sin tomar en cuenta ningún arreglo o Convenio particular que las empresas puedan hacer vendiendo billetes a precios menores que los anunciados al público en general.

Se exceptúa la rebaja que las empresas conceden a los abonados».



En caso de que no exista mención en el contrato a la remuneración proporcional, entiendo que sigue vigente<sup>456</sup> la solución del artículo 96 del Reglamento<sup>457</sup>, que establece unas tarifas consistentes en el 3, 7 y 10 % de los ingresos brutos en función de si la obra consta de uno, dos o más de dos actos, respectivamente. En las tres primeras representaciones el autor percibirá el doble de esos porcentajes y si se trata de obras de teatro antiguo, arreglos, imitaciones y traducciones, la mitad.

Este sistema aplica a las obras dramáticas. En las dramático-musicales se aplicarán los mismos porcentajes pero repartiendo los ingresos a mitad entre el libreto y la música. Las obras literarias «de cierta extensión» (que entiendo que serán todas aquellas que se representan) se remunerarán como obras dramáticas de un solo acto. Las obras musicales que tengan cierta entidad se retribuirán con un porcentaje de entre el 1 y el 3 % dependiendo de los tiempos y los actos, así como de su originalidad<sup>458</sup>. Aquellas que sean de duración menor podrán ser retribuidas, excepcionalmente, por un sistema de remuneración a tanto alzado.

Este sistema premia las obras con mayor número de actos, asumiendo que implican más esfuerzo por parte del autor, criterio del que discrepo puesto que no siempre será así. Lo que sí que es cierto es que seguramente el coste marginal para el empresario de cada acto será descendente y no le supondrá una merma importante el aumento del porcentaje a percibir por el autor. Por otra parte, el sistema disminuye el porcentaje del autor a partir de la cuarta representación, presumo que con la asunción de que disminuirá la asistencia (criterio que tampoco comparto) y quizá procurando que el empresario tenga un

---

<sup>456</sup> En el mismo sentido L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, pp. 135 y 136.

<sup>457</sup> El artículo 96 del Reglamento establece:

«Los derechos de representación de las obras dramáticas y musicales se considerarán como un depósito en poder de las empresas de teatros y espectáculos públicos, las cuales deben tenerlos diariamente a disposición de sus propietarios o representantes.

Cuando éstos no los hayan fijado al conceder el permiso para la representación de las obras, se observará la siguiente:

TARIFA

Obras dramáticas originales en un acto, el 3 por ciento.

Obras dramáticas originales en dos actos, el 7 por ciento.

Obras dramáticas originales en tres o más actos, el 10 por ciento.

En las tres primeras representaciones del estreno, el doble de estos derechos.

Las refundiciones del teatro antiguo, los arreglos, imitaciones y traducciones devengarán la mitad de los mismos.»

<sup>458</sup> El artículo 100 del Reglamento dispone:

«Las obras de música puramente instrumental que no sean del dominio público devengarán los derechos siguientes por la ejecución de una gran sinfonía o fantasía en tres o más tiempos, el 3 por ciento; por una obertura original, en un acto, del género español o extranjero, el 1 por ciento; por un divertimento de baile, original, en un acto, del género español o extranjero, el 1 por ciento. Las demás clases de música instrumental o de canto que se ejecuten en conciertos, circos o bailes públicos, así como los preludios, acompañamientos de melodramas y canciones sueltas, se considerarán para el pago de los derechos de propiedad, si no se ha convenido un tanto alzado, según su importancia artística y dimensiones con relación a la anterior tarifa».

menor coste y un incentivo para continuar. Por último, aquellas obras que requieren menos esfuerzo creativo (traducciones, etc.) también son remuneradas con la mitad del porcentaje previsto inicialmente. En las musicales también se sigue el mismo criterio de la duración de la obra y la originalidad como premio al autor.

No creo que el sistema previsto en el Reglamento sea el más eficiente para los intereses de las partes, pero no hay argumentos para entender que el contenido del artículo 96 contradice lo dispuesto en la vigente Ley y, por tanto, concluir que está derogado.

Como ya se ha explicado, si atendemos a lo dispuesto en el artículo 46 LPI, el sistema de remuneración a tanto alzado sólo se podría aplicar excepcionalmente en cuatro casos: i) cuando exista una dificultad grave en la determinación de los ingresos o su comprobación sea imposible o desproporcionada, lo que se hace difícil de imaginar cuando existe un cobro de taquilla por función; ii) cuando la obra teatral o musical sea accesoria a la principal, como la introducción de un monólogo en una celebración empresarial o un cuarteto de cuerda en una boda; iii) cuando la obra no suponga una creación intelectual esencial de otra mayor en la que se integre, como utilizar un fragmento de una obra teatral en una película, o iv) en la primera o única edición de antologías o traducciones<sup>459</sup> de obras de teatro o musicales.

Junto con estos supuestos del artículo 46 LPI encontramos el mencionado artículo 100 del Reglamento, que también permite la remuneración a tanto alzado para los preludios, acompañamientos de melodramas y canciones sueltas, junto con las demás clases de música instrumental o de canto que se ejecuten en conciertos, circos o bailes públicos que no se incluyan entre las susceptibles de remuneración proporcional establecidas en el mismo artículo 100.

Considero que este artículo no sería de aplicación, ya que el artículo 46 LPI ha reducido a cuatro los supuestos en los que se permite la remuneración a tanto alzado, por lo que los supuestos del artículo 100 sólo podrían ser remunerados a tanto alzado en la medida en que encajasen en los casos establecidos en el artículo 46.2 LPI. Otra interpretación sería contravenir la nueva regulación.

---

<sup>459</sup> Siguiendo a RAGEL SÁNCHEZ son la dos únicas obras susceptibles de subsumirse en el supuesto del artículo 46.2.d) (L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 136).

Si el contenido del artículo 100 del Reglamento es *contra legem*, es obvia cuál es mi postura sobre el artículo 103 RPI, que establece que los titulares de las obras pueden fijar la remuneración a tanto alzado cuando lo estimen conveniente. Creo que se debe entender derogado este artículo, ya que contraviene lo dispuesto en el artículo 46 LPI, en el que no se da la libertad de elección del artículo 103 RPI al titular de los derechos sobre el sistema de remuneración sino que se establece un sistema como regla general (el proporcional) y otro como excepción en determinadas circunstancias (a tanto alzado).

Que entienda que dichas disposiciones reglamentarias están derogadas y no pueden ser aplicadas desde un punto de vista técnico-jurídico no significa que esté de acuerdo con este resultado, sino todo lo contrario. Al igual que RAGEL SÁNCHEZ (y como ya he manifestado en el capítulo anterior), soy partidario de que se otorgue a las partes la libertad necesaria para que se establezcan fórmulas flexibles de remuneración, consagrando el principio de autonomía de la voluntad.

El excesivo proteccionismo de la Ley para con el autor, sin duda bienintencionado, no se adapta a la actual realidad y provoca el efecto contrario.

El sistema proporcional parte de la base de que la obra va a experimentar un gran éxito comercial y que el empresario, al tener una mejor posición negociadora frente al autor, va a abusar de la misma y, como consecuencia, va a dejar al margen de las ganancias al autor. Sin embargo, en el mercado actual, complejo y competitivo, la norma general es la contraria: pocas obras son rentables. Si bien es cierto que, por regla general, el empresario puede que tenga una mejor capacidad negociadora, no es cierto que siempre vaya a abusar de la misma. Por otra parte, pueden existir formas de explotación que no se adapten a esta manera de explotación, como cuando una administración pública organiza un concierto o una representación gratuita para los asistentes.

Además, no sólo las circunstancias del mercado son variables sino que las circunstancias de cada titular de los derechos también son diferentes. Por ejemplo, puede que el autor novel esté dispuesto a arriesgar más que otro consagrado y admita percibir una remuneración totalmente variable, corriendo el riesgo del fracaso con el empresario. Sin embargo, puede que otro autor, en una situación personal o momento vital diferente, prefiera una mayor estabilidad y cobrar un tanto alzado, excluyendo la remuneración variable. Una remuneración fija

para este segundo autor puede suponer unos menores ingresos en caso de éxito pero quizá no esté dispuesto a excluir la posibilidad de no cobrar nada en caso de fracaso de la obra. Incluso en el caso de este segundo autor, puede que una remuneración a tanto alzado también tenga el efecto de ser un incentivo para el empresario, ya que puede controlar los costes y tener un mayor beneficio en caso de éxito, lo que le puede llevar a arriesgar más. Además, la Ley otorga un mecanismo de protección a este segundo autor para el caso de que el empresario obtenga unos beneficios desproporcionados a lo que le satisfizo (el derecho a revisión que le brinda el artículo 47 LPI).

Si la Ley se reformase para acoger la autonomía de la voluntad, también se estarían permitiendo fórmulas más flexibles, como las fórmulas mixtas (parte en fijo y parte en variable o mínimos garantizados) que se adaptan mejor a la realidad y a las necesidades de las partes.

Las fórmulas mixtas permiten una mínima remuneración al autor sin que tenga que unir totalmente su suerte a la del empresario, acotando su riesgo (lo que estimo que es más protector con el autor, en un mercado complejo como el actual, que lo que establece la legislación vigente). Además, un sistema mixto también puede adaptarse bien a la realidad de un empresario que está dispuesto a realizar un pago inicial no muy elevado y evitar una barrera económica para llevar a cabo la obra. Si se da más cancha a la autonomía de la voluntad, las partes, entre las que existirá un fuerte *intuitu personae*, podrán decidir la mejor forma de organizarse para que la obra sea un éxito según sus propias circunstancias.

Pese a lo dicho y estando de acuerdo con RAGEL SÁNCHEZ<sup>460</sup>, en el fondo discrepo con este autor en que con la actual normativa se pueda aplicar un sistema mixto, en concreto en la aplicación del artículo 103 del Reglamento.

La argumentación de este autor a favor de la legalidad de este precepto se basa en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1996<sup>461</sup>, en la que se resuelve un conflicto entre la productora Paraíso Films Producciones, S. A. y los herederos de Federico García Lorca con ocasión de la cesión de derechos para la explotación comercial de la obra *La casa de Bernarda Alba* en versión cinematográfica.

---

<sup>460</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, pp. 136-139.

<sup>461</sup> STS 7771/1996 de 29 de enero de 1996. (Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=4304259&links=&optimize=19960101&publicinterface=true>).

El conflicto consistía en el impago de determinadas cantidades pactadas en el contrato a los herederos titulares de los derechos. En el relato de los antecedentes, se explica que las partes pactaron una remuneración fija de doce millones de pesetas y una variable en función de los beneficios de la explotación durante un plazo de ocho años. Pese a que el alto tribunal se pronuncia sólo sobre dos cuestiones procesales y la inaplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* al caso, sin que la forma de remuneración sea objeto del litigio (únicamente lo era el cobro de lo pactado), el autor entiende que si el alto tribunal no hace mención a la ilegalidad del sistema mixto de remuneración pactado entre las partes es porque el mismo es legal. Entendiendo que si bien es una interpretación razonable, no es suficiente en un sistema de justicia rogada como el español. Albergo dudas de si la omisión de un pronunciamiento sobre el sistema de remuneración, que no es cuestionado en el procedimiento, es equivalente a reconocer su legalidad. La Ley obliga a un sistema proporcional y, excepcionalmente, a un sistema a tanto alzado.

En conclusión, y muy a mi pesar, creo que el sistema mixto no es aplicable si no concurren algunas de las circunstancias establecidas en el artículo 46.2 LPI. No obstante, la solución que estimo legal bajo la actual normativa sería la de establecer una remuneración variable con un mínimo garantizado, que no difiere mucho del concepto de anticipo que veíamos para el contrato de edición. En este caso, estaríamos ante un sistema de remuneración proporcional, y no contradice ni la letra ni el espíritu de la Ley el establecer un mínimo garantizado que actúa *pro auctoris*.

Trasladando la reflexión realizada para el contrato de edición sobre si es mejor para los intereses del autor un sistema de remuneración proporcional o un sistema de remuneración a tanto alzado, se puede decir que como regla general el sistema proporcional es conceptualmente más apropiado, pero que la realidad es mucho más compleja. De ahí que creo que se debe apostar decididamente por la autonomía de la voluntad, permitiendo a las partes pactar lo que consideren conveniente, en especial posibilitando las fórmulas mixtas.

### **(c) La obligación de pago del empresario y garantía del cobro de la remuneración**

En el apartado precedente hemos realizado una crítica al sistema de remuneración impuesto por la Ley. Al margen de la

misma, debemos asumir que el sistema de remuneración proporcional es el escogido por la Ley. Bajo esa premisa, no es necesario realizar ningún comentario adicional a la obligación de pago del artículo 78.4º LPI, ya que «no existe especialidad alguna en cuanto a la remuneración del autor en el contrato estudiado»<sup>462</sup>.

Donde sí debemos detenernos es en la garantía del cobro de la remuneración otorgada por el artículo 79 LPI. Como he comentado, este precepto es una pieza esencial del engranaje del sistema de protección de la remuneración del autor.

El artículo 79 establece que «los empresarios de espectáculos públicos se considerarán depositarios de la remuneración correspondiente a los autores por la comunicación de sus obras cuando aquella consista en una participación proporcional a los ingresos. Dicha remuneración deberán tenerla semanalmente a disposición de los autores o representantes».

Por tanto, dicho depósito sólo será aplicable en el caso de que estemos ante una remuneración proporcional y la doctrina coincide en que se trata de un depósito irregular, ya que se trata de dinero, y necesario, puesto que nace de una obligación legal (1781.1º CC)<sup>463</sup>.

Este precepto plantea algunas cuestiones. La primera de ellas, como apunta PÉREZ DE ONTIVEROS, es la de si debemos entender que eéste precepto sólo se aplica a los «empresarios de espectáculos públicos», siguiendo la interpretación literal de la norma, o si debe aplicarse a todos los cesionarios, tengan o no la condición de empresario. La citada autora entiende que se debe realizar una interpretación amplia y entender que se aplica a cualquier cesionario por dos motivos: i) la ambigüedad en el uso del término empresario por el legislador, empleado en muchas ocasiones como sinónimo de cesionario, y ii) la finalidad del precepto, que es la protección del autor, lo que no se lograría si se discriminase en función de la condición del cesionario<sup>464</sup>. En mi opinión, entiendo que dicha interpretación es correcta. Como ya he manifestado antes, creo que la

---

<sup>462</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 79 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 72.

<sup>463</sup> M. ANDERSON, «Comentario al artículo 79 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 1110 y 1111; C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 79 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 75; L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, pp. 140 y 141, y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 79 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 473.

<sup>464</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 79 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, pp. 74 y 75.

organización de una obra se puede calificar de empresarial prácticamente siempre.

Una segunda cuestión, como apunta ROGRÍGUEZ TAPIA<sup>465</sup>, es que, pese a la rúbrica del artículo, no nos hallamos ante una verdadera garantía crediticia sino ante un derecho a retirar los importes que le corresponde al autor por su participación en los ingresos brutos en taquilla.

De la configuración de esta falsa garantía parece deducirse que los ingresos de taquilla se reparten directamente entre el autor y el empresario en el momento del pago por parte del espectador, es decir, que la totalidad de ingresos de taquilla no será del empresario (quien posteriormente pagará al autor la cantidad pactada), sino que el dinero pasará de las manos del espectador directamente al autor en la proporción que corresponda.

Esta configuración hace que se desvirtúe la obligación de pago del empresario dispuesta en el artículo 78.4º LPI, ya que ésta debe ser cumplida por el empresario y no por el espectador. Incluso pone en tela de juicio la onerosidad del contrato establecida en el artículo 74 LPI, ya que el empresario se limitará a custodiar el dinero del autor y permitir su retirada, pero no a pagarle.

Como es lógico, un artículo discordante con el resto del capítulo como el artículo 79 LPI no puede contradecir el resto de artículos que regulan el contrato de representación teatral y ejecución musical hasta el punto de desconfigurar sus características esenciales o una obligación principal. Por tanto, debe ser interpretado de conformidad con el resto de las disposiciones que afectan a este acuerdo. No se puede negar que existe una obligación de pago del empresario. La interpretación más sensata sería entender, por un lado, que el artículo 79 LPI establece una periodicidad semanal de pago (derogando la periodicidad diaria del artículo 96 del Reglamento). Por otro, que los propios ingresos de taquilla actúan como garantía (dándole sentido a la rúbrica) a primer requerimiento para el cobro de las cantidades debidas, por lo que el empresario podrá cumplir la obligación de pago como considere conveniente y, en caso de incumplimiento, el autor podrá cobrar las cantidades debidas de los ingresos de taquilla sin necesidad de requerir previamente al empresario y debiendo estar éstas a disposición del autor (y, por tanto, no siendo

---

<sup>465</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 79 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., pp. 473 y 474.

disponibles para el empresario) en entidad bancaria o lugar designado. Como comenta RODRÍGUEZ TAPIA, se establece un sistema de mora automática de los cesionarios<sup>466</sup>.

Además, atribuir las cantidades que pagan los espectadores directamente al autor, al margen de suponer un problema fiscal, generaría el riesgo de que plantearía la apropiación indebida sobre cualquier retraso o discrepancia entre empresario y autor. Aunque haya autores<sup>467</sup> que consideren que precisamente ésta es la fuerza del artículo, considero que si el Derecho penal debe considerarse una *ultima ratio*, sería abusivo utilizar una norma civil para precisamente poner una espada de Damocles como ésta sobre una relación normal de mercado que no debería recibir un tratamiento más severo ante el impago que otros contratos, como por ejemplo el de edición.

Una vez analizada la medida que intenta establecer la Ley en el artículo 79 LPI, podemos concluir que la intención del legislador es, claramente, la de proteger al autor y conseguir que éste perciba efectivamente su remuneración.

Dada la compleja redacción del artículo, la primera observación que se debe realizar es la de que debe ser reescrito de manera urgente para aportar la seguridad jurídica necesaria de modo que sea una herramienta efectiva para garantizar la remuneración del autor.

La segunda observación, que implica la inutilidad de la primera, es la de que no encuentro sentido a este precepto ni creo que haya motivos para privilegiar el cobro de los autores en sede del contrato de representación teatral y ejecución musical frente a otros contratos.

Creo que el legislador concibe el negocio teatral como un negocio en el que el espectador paga en efectivo. Esta concepción está plasmada incluso en el lenguaje del artículo: la expresión «deberán tenerla [la remuneración] semanalmente a disposición de los autores» nos reafirma en la idea de que la taquilla actúa como banco (en el sentido financiero del término) en la mente del legislador. El artículo 79 LPI da la sensación de que incluso busca que el propio autor o su representante puedan cobrar directamente por ventanilla. Esta forma de entender el negocio ya estaba plasmada en el Reglamento, donde incluso se pensaba en la llevanza de un «libro de entradas» en el que apareciesen los precios y la recaudación

---

<sup>466</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 79 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 474.

<sup>467</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 142.



(artículo 106 RPI), se hablaba de la figura del «contador del teatro» (artículo 108 RPI), de la intervención de los autores o representantes en la cuenta de billetes vendidos e incluso de que éstos marcasen los billetes que les correspondían (artículo 109 RPI), así como la recolección diaria del dinero por parte del autor (artículo 96 RPI).

Esta idea de un negocio en el que tradicionalmente se paga en efectivo en taquilla pudo llevar al legislador a pensar que la caja del teatro podía ser una buena garantía para el cobro de las cantidades adeudadas al autor. Bajo esta premisa, un precepto como el comentado podía tener sentido ya que convierte en indisponible la parte de la recaudación cobrada por ventanilla que corresponde al autor. Evita así que el empresario teatral utilice dicha cantidad con otros fines y garantiza que ese dinero se utilizará para satisfacer las remuneraciones del autor que sólo saldrán de la caja del teatro para pagar a los titulares de los derechos.

Esta realidad descrita por el legislador parece que ha quedado obsoleta. Por una parte, el uso mayoritario de tarjetas y teléfonos móviles para el pago por parte de los espectadores hace que la circulación de efectivo sea cada vez menor. Por otra parte, la normativa fiscal y en materia de blanqueo de dinero conllevará que los pagos que realice el empresario al autor tampoco se hagan en efectivo.

En consecuencia, esta medida legislativa muy ligada a la operativa en efectivo de las salas de conciertos y teatros que pudo tener sentido en su día, creo que hoy ha perdido su sentido con los nuevos modelos de negocio. Soy partidario de eliminarla ya que no es en sí misma una medida de protección de los intereses del autor, salvo por un efecto que no creo que fuese buscado por el legislador: las posibles consecuencias penales de configurarlo como depósito (que como he manifestado, me parecen desproporcionadas, considerando que hay otras medidas que pueden dar respuesta a un ilícito penal en cualquier relación comercial, sin necesidad de forzar).

#### **(d)El coste de las copias necesarias para la comunicación pública**

Un coste históricamente considerable de la producción teatral y musical ha sido el coste de las copias que se utilizan para la representación o ejecución. Lógicamente, el coste era superior cuanto mayor era el número de actores y/o músicos.

El gasto en copias en el ámbito teatral solía ser inferior que en el musical debido a que en este último era frecuente contar con orquestas numerosas en las que cada miembro debía disponer de su propia partitura. En épocas en las que no existían medios de reproducción mecánica esto suponía un importante desembolso por parte del empresario.

Aunque hoy en día la tecnología ha facilitado la obtención de ejemplares a la vez que ha disminuido el coste por copia, nuestra legislación sigue manteniendo en el artículo 80.1ª LPI una clara posición al respecto: el coste de las copias que sean necesarias para llevar a cabo la representación o ejecución será a cargo del empresario<sup>468</sup>. Este artículo sigue la línea del Reglamento sobre Propiedad Intelectual que mantenía el mismo criterio sobre la asunción de los costes de las copias (artículo 79 RPI). La diferencia entre ambos artículos, como apunta RAGEL SÁNCHEZ<sup>469</sup>, consiste en que en el Texto Refundido se deja abierta la puerta a que las partes pacten que el coste lo pueda asumir el autor, lo que no era posible en virtud del texto del Reglamento. En consecuencia, debe tenerse por derogada la primera parte del artículo 79 RPI<sup>470</sup>.

Si bien considero acertada esta delimitación de los gastos que debe asumir cada parte, ya que es parte de la actividad de producción de la obra que corresponde al empresario, entiendo que la importancia de este precepto para las partes ya no es tan relevante como en el pasado. El interés económico del autor no se ve amenazado hoy en día por quién asuma el coste de las copias de la obra. Tanto es así que el legislador, como hemos comentado, ha abierto la puerta al pacto en contrario.

Sí que es relevante, en cambio, desde el punto de vista de la organización de la obra y de las responsabilidades de cada parte. La asunción del coste por parte del empresario implica que será éste quien deba realizar las copias para posteriormente distribuirlas. Una vez entregado el original por parte del autor (si es que está obligado a hacerlo, ya que si existen ejemplares en el mercado el empresario deberá acceder

---

<sup>468</sup> El artículo 79 del Reglamento establece que:

«La empresa que acepta una obra nueva debe hacer a su costa las copias manuscritas necesarias para el estudio y representación de ella, devolviendo el original al autor antes de empezar los ensayos. El autor o propietario, por su parte, revisará y rubricará una de las copias completa y foliada para resguardo de la empresa. Esta copia hará fe en juicio».

<sup>469</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 147.

<sup>470</sup> También creo que se debe considerar derogado el resto del artículo, ya que el sistema establecido en éste conforme el autor debe rubricar una copia foliada que deberá ser guardada por la empresa como prueba de juicio ha quedado superado por el sistema de visar que establece el artículo 80.1ª LPI.

a los mismos sin necesidad de que el autor le facilite la obra)<sup>471</sup>, la responsabilidad será del empresario.

### **(e) Medidas de control de los intereses económicos: información y transparencia**

Como también sucede con el contrato de edición, el legislador quiere dotar al autor de una serie de herramientas que permitan la supervisión de sus intereses económicos en la relación con el empresario. Esto lo hace básicamente con dos artículos: el 78.5º y el 81.3º de la Ley de Propiedad Intelectual.

El artículo 78.5º LPI establece la obligación para el empresario de «presentar al autor o a sus representantes el programa exacto de los actos de comunicación, y cuando la remuneración fuese proporcional, una declaración de ingresos. Asimismo, el cesionario deberá facilitarles la comprobación de dichos programas y declaraciones» (78.5º LPI). La consecuencia del incumplimiento de esta obligación es recogida en el 81.3º LPI, que sanciona dicho incumplimiento con la resolución del contrato.

A continuación examinaremos el contenido de ambos preceptos con la finalidad de analizar cómo afectan a los intereses de las partes.

#### **a. Obligación de presentar el programa exacto de los actos de comunicación y la declaración de ingresos**

La obligación establecida en el artículo 78.5º LPI es una obligación complementaria a la obligación de pago de la remuneración establecida en el artículo 78.4º LPI, pero que la Ley eleva al rango de obligación principal<sup>472</sup>, entiendo que con buen criterio.

El autor o su representante están habilitados legalmente para obtener dos tipos de información: i) el programa exacto de los actos de comunicación y ii) la declaración de los ingresos en los casos de remuneración proporcional que, como ya hemos analizado, debería ser el sistema de remuneración normal. Bajo mi punto de vista no estamos ante una obligación sino ante dos.

---

<sup>471</sup> M. ANDERSON, «Comentarios al artículo 80 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1113.

<sup>472</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, pp. 143 y 144.

Creo que es importante destacar que la Ley asume que el autor no es experto en cuestiones contables y le permite escoger a un profesional que pueda realizar las comprobaciones necesarias<sup>473</sup>, alejándole de las funciones empresariales.

Además de esta información que deberá presentar el empresario al autor o al representante designado, la Ley también prevé que el autor o representante puedan realizar las comprobaciones pertinentes de la información recibida (artículo 78.5º *in fine*), lo que constituiría una tercera obligación.

Antes de tratar cada una de estas obligaciones se deben realizar dos matizaciones que considero interesantes para enmarcar el análisis. La primera es que da la sensación de que el legislador esté pensando en varias representaciones o ejecuciones al hablar de actos públicos en plural. No hay razón alguna para pensar que este precepto no es aplicable a los supuestos de representación o ejecución única. La segunda es que la interpretación *a sensu contrario* del artículo 78.5º nos lleva a la relevante conclusión de que el programa se establece unilateralmente por parte del empresario, pese a que la redacción de la comunicación deba pactarla con el autor (artículo 80.3º LPI).

- *Presentación del programa exacto de los actos de comunicación*

El programa exacto de los actos de comunicación puede servir como forma de control al autor o su representante, ya que conocer la previsión de actos que se van a celebrar permite un seguimiento de las representaciones. Del literal del artículo, parece que se trata de una información que se debe presentar con antelación a la celebración de las representaciones, aunque la doctrina entiende que también debe presentarse *a posteriori* para realizar las comprobaciones pertinentes<sup>474</sup>. En mi opinión, la obligación de presentar el programa debe cumplirse antes del inicio de cada sucesión de representaciones o ejecuciones (por ejemplo, antes de cada temporada). La comprobación se realizará en virtud de la obligación de

---

<sup>473</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS destaca que «el legislador, quizá previendo la poca pericia del autor para la comprobación de datos económicos relacionados con el sistema remuneratorio, establece la posibilidad de que la declaración de ingresos pueda efectuarse por sus representantes» [C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 78 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 73].

<sup>474</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 145.

facilitar la comprobación de los programas que establece el artículo 78.5º *in fine*.

Parte de la doctrina entiende que tampoco es una información muy relevante ya que el programa puede sufrir alteraciones, disminuyendo los actos si es un fracaso (incluso suspendiéndolos) o celebrando más funciones en caso de que sea un éxito<sup>475</sup>. Si bien entiendo esta postura, considero que la obligación de ofrecer una información «exacta» implica la obligación de informar de las modificaciones del programa, por lo que no se debe considerar cumplida la obligación por la mera comunicación del programa inicial. Aunque quizá no sea una información determinante, creo que es importante que se facilite.

También considero que la obligación de presentar un programa, si es con carácter previo a las representaciones, contribuye a poder valorar si la obra se estrenará en plazo y si se están llevando a cabo las actividades previas al estreno de la obra.

- *Presentación de la declaración de ingresos*

Se obliga al empresario a presentar la declaración de ingresos, la cual se producirá en un momento posterior a cada acto de comunicación (aunque entiendo que con una frecuencia mínima semanal a juzgar por lo establecido en el artículo 79 LPI). No es una obligación nueva ya que la declaración se exigía con carácter diario en el Reglamento (artículo 108).

Ésta debería ser una medida efectiva para que el autor pueda comprobar la exactitud de las liquidaciones que le realice el empresario. Para liquidar las cantidades debidas al autor, primero debe determinarse el importe de los ingresos brutos. Es lógico que se permita al autor (o a su representante) acceder a dicha información para realizar las comprobaciones mencionadas.

Pese a que la Ley establece la obligación de la declaración de ingresos sólo para los casos de remuneración proporcional, la doctrina entiende que también se debería facilitar la información en casos de pago a tanto alzado

---

<sup>475</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, pp. 144 y 145.

para poder ejercer el derecho de revisión conferido en el artículo 47 LPI<sup>476</sup>, opinión que me parece lógica.

Por tanto, para el legislador, el cruce de la información de los actos de comunicación pública realizados y los ingresos de cada acto debería darle al autor una información suficiente para contrastar si las cantidades abonadas por el empresario coinciden con la remuneración pactada en el contrato.

En mi opinión, estos dos preceptos se han quedado obsoletos. Quizá en el momento de promulgación de la Ley esta información era suficiente y obligar al empresario a facilitar más información podría suponer un coste desproporcionado. En la actualidad, con los medios informáticos disponibles en teatros y salas de conciertos, entiendo que dicha información no es suficiente para cumplir con la función de control<sup>477</sup>. Hoy en día se pueden obtener datos como el número de asistentes, el desglose entre abonados y no abonados, precios pagados (que pueden variar en función de edad, grupo, etc.), funciones, etc. con relativa facilidad y bajo coste. No es cuestión de que la Ley entre en una lista exhaustiva de la información a proporcionar, que será una cuestión que las partes definirán en el contrato, pero sí creo que es necesario que no se limite la información a los ingresos, sino que se obligue a aportar la información que realmente será útil al autor: el número de espectadores y lo abonado por cada uno en concepto de entrada.

- *Obligación de facilitar la comprobación de programas e ingresos*

El artículo 78.5º LPI establece una tercera obligación, no menor para el empresario, de facilitar la comprobación tanto del cumplimiento del programa de actos de comunicación como de las declaraciones de ingresos.

La comprobación del programa entiendo que puede referirse tanto a la comprobación de que lo programado responde a la realidad (por ejemplo, pidiendo una prueba del alquiler de los teatros o salas de conciertos como prueba de que se va a cumplir lo previsto en el

---

<sup>476</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 145.

<sup>477</sup> Los sistemas informáticos se puede considerar que cumplen la misma función que el libro de entradas y deberían poder ser accesibles al autor como establecía el artículo 106 del Reglamento de Propiedad Intelectual.

programa), lo que sucederá en un momento anterior al inicio de las representaciones o ejecuciones, como a que el programa se haya cumplido en la realidad (por ejemplo, solicitando noticias de prensa sobre la función), lo que sucederá una vez finalizado el programa. Para este segundo caso, entiendo que la presentación de ingresos detallada por función es prueba de la realización de las mismas.

La comprobación de los ingresos aportados por el empresario se antoja más compleja. En este caso, el autor o su representante deberían poder acceder a la información necesaria para sus comprobaciones, pudiendo el empresario limitar toda aquella que no esté relacionada con los ingresos. Incluso sostengo que este derecho de comprobación podría traducirse en una auditoría (limitando la información), preferentemente realizada por un tercero, asumiendo el coste el autor. Estas auditorías también deberían limitarse en el número precisamente por el principio de proporcionalidad. Una auditoría supone un coste elevado de gestión administrativa para quien lo sufre, en este caso el empresario. Sería desproporcionado que se efectuasen auditorías regularmente amparadas en el artículo 78.5º LPI.

En este sentido, soy partidario de que el empresario facilite información detallada al autor, ya que cuanto más detallada sea la información, menor será el riesgo de comprobaciones. Incluso si un tercero independiente se encarga de la gestión de la taquilla, el riesgo disminuye considerablemente.

Se podría argumentar que el contrato de representación teatral y ejecución musical debe estar presidido por un cierto *intuitu personae* y que eso debería llevar a considerar que la información que facilita el empresario al autor es cierta (tanto el programa como los ingresos) y que no es necesario realizar comprobaciones, salvo situaciones en las que haya surgido cierta desconfianza. Sin embargo, precisamente por ese carácter de confianza, creo que la relación debe ser transparente entre las partes y no debería haber inconveniente en que el autor (o seguramente su representante) realizasen comprobaciones de la información, de manera rutinaria y no desproporcionada, por si existen errores que no sean fruto de la mala fe. La mera existencia de esa posibilidad creo que es positiva para las partes y, en especial, para los intereses económicos del autor.

- *Resolución por falta de información*

Las diferentes obligaciones que acabamos de analizar se ven completadas por el artículo 81.3º LPI, que establece el incumplimiento de las mismas como causa de resolución del contrato.

En mi opinión, el incumplimiento de cualquiera de las tres obligaciones que hemos visto (presentar el programa, la información de ingresos o negar las comprobaciones) es causa de resolución.

Como ya hemos analizado, éste es uno de los supuestos de resolución que requiere un requerimiento previo por parte del autor al empresario, a diferencia de lo que sucede con el incumplimiento del plazo de estreno de la obra, diferencia que no parece apoyarse en unos sólidos fundamentos jurídicos. En estos casos, al igual que en el caso de impago, un requerimiento previo puede cumplir la función de subsanar fácilmente el incumplimiento si existe voluntad y capacidad para cumplir. Eso es lo más acorde con la finalidad de protección de los intereses económicos del autor. El coste de oportunidad de realizar un requerimiento no es elevado y, en caso de que no se subsane el incumplimiento, el autor dispondrá de una prueba fehaciente de la falta de voluntad o de capacidad para cumplir y podrá proceder a la resolución. Veámoslo en cada una de estas obligaciones.

El incumplimiento de la obligación de presentar el programa creo que puede ser un síntoma de que las actividades preparatorias no van en buen sentido e incluso de que la obra no va a representarse o no será representada en las condiciones pactadas. Esta resolución brinda al autor la posibilidad de resolver el contrato cuando tiene indicios fundados de que la obra no se va a celebrar, sin necesidad de tener que esperar formalmente al momento del estreno, evitando el coste de oportunidad de tener que esperar innecesariamente. Si no se ha presentado el programa en la fecha pactada para el estreno el precepto deviene inútil y lo lógico sería instar la resolución por incumplimiento del plazo de estreno (artículo 81.2º LPI).



En cuanto al incumplimiento por no facilitar los ingresos, parece lógico que también se prueben medios menos drásticos que la resolución, como el requerimiento previo. Si el empresario está en mora, por ejemplo, porque el sistema no ha procesado los datos, se resolverá sin problemas. Si no hay intención de facilitar la información, el requerimiento previo constata este extremo.

Por último, en las obligaciones de comprobación, dado que siempre requerirán una solicitud previa del autor o su representante al empresario (ya que la información no la facilitará este último *motu proprio*), parece un medio lógico de prueba que se le manifieste esta solicitud de manera formal mediante el requerimiento.

Entiendo con CLEMENTE MEORO que estos requerimientos no es necesario que sean notariales o judiciales<sup>478</sup>, pese a que no toda la doctrina es unánime al respecto<sup>479</sup>.

#### **(f) Resolución por impago de la remuneración**

Finalmente, la Ley otorga la facultad de resolución al autor en caso de impago por parte del empresario en el artículo 81.3º LPI. No es ninguna novedad que se pueda instar la resolución del contrato por impago. Como comenta ANDERSON, este artículo «constituye un desarrollo particular de la normativa general sobre la cuestión contenida en el artículo 1.124 C.C.»<sup>480</sup>.

Esta medida no presenta especial dificultad, más allá de dos cuestiones que afectan a todo el artículo 81 LPI. La primera es si estamos ante un *numerus clausus* de causas de resolución. A este respecto se debe de señalar que la doctrina acepta unánimemente que no estamos ante una lista cerrada de causas ya que, como he citado, se considera una ley especial del precepto general del Código Civil<sup>481</sup> y al epígrafe precedente me remito para su demostración.

---

<sup>478</sup> M. CLEMENTE MEORO, «Comentario al artículo 81 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 481.

<sup>479</sup> A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 81 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1178. Postura mantenida por ANDERSON en la actualización del comentario [M. ANDERSON, «Comentarios al artículo 81 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1118].

<sup>480</sup> M. ANDERSON, «Comentario al artículo 81 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1116.

<sup>481</sup> M. ANDERSON, «Comentario al artículo 81 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1116; C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 81 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 81; L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación*

La segunda cuestión es por qué ante un impago<sup>482</sup> por parte del deudor el artículo 81.3º obliga al acreedor a realizar un requerimiento previo antes de la resolución, otorgándole un plazo para subsanar el incumplimiento, y no es necesario ese requerimiento previo en el caso del incumplimiento de la obligación de no llevar a cabo la comunicación pública de la obra en el plazo convenido (artículo 78.1º LPI), donde el autor puede resolver directamente.

La verdad es que no parece que exista una razón de peso para esta diferencia de trato, en especial cuando el artículo 92 del Reglamento de Propiedad Intelectual no exigía dicho requerimiento previo para resolver el contrato. Ambas son obligaciones esenciales, por lo que deberían ser tratadas de igual manera. HERNÁNDEZ MORENO y MÉNDEZ GONZÁLEZ entienden que la diferencia de tratamiento vendría dada porque el artículo 78.4º obliga al empresario a pagar «puntualmente» la remuneración. La causa de resolución del 81.3º se ceñiría a los supuestos de «impuntualidad» del pago, es decir, a los casos de *mora debitoris*. A *sensu contrario* si estamos ante un caso de incumplimiento total, aplicaríamos el 1124 CC y no sería necesario requerir al deudor con carácter previo a la resolución<sup>483</sup>. Pese a que técnicamente es sostenible dicha interpretación, entiendo junto con PÉREZ DE ONTIVEROS que dicha interpretación tiene el problema de que es difícil determinar cuándo se está ante un caso de *mora debitoris* y cuándo ante un caso de incumplimiento completo<sup>484</sup>, por lo que en la práctica se acabará requiriendo siempre al deudor.

Creo que tiene más sentido plantearse si la distinción de tratamiento entre las dos causas de resolución tiene algún sentido desde el punto de vista de los intereses protegidos.

Si analizamos el interés protegido en el caso de la facultad de resolución en caso de impago, está claro que se quiere dotar al autor de una herramienta para romper el vínculo contractual con el empresario y poder explotar la obra por otras vías, sin perjuicio de la indemnización que proceda reclamar por los perjuicios sufridos. En el caso de la resolución por no estrenar

---

teatral, p. 182, y M. CLEMENTE MEORO, «Comentario al artículo 81 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 477.

<sup>482</sup> El requerimiento previo también es necesario en los casos de incumplimiento de las obligaciones del empresario de no alterar la obra (78.2º LPI), de permitir la inspección o la asistencia gratuita (78.3º LPI) y de presentar el programa exacto (78.5º LPI).

<sup>483</sup> A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 81 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1177.

<sup>484</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 81 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, pp. 82 y 83.

en plazo, el interés protegido, como se ha comentado, es el interés de que el autor haga accesible su obra, pero no sólo éste, sino también se está protegiendo el interés del acceso a la cultura por parte del público.

Al igual que con las obligaciones de información, nos podemos plantear si el hecho de que exista un requerimiento previo puede ayudar a la mejor protección del autor en el caso del impago pero no en el del estreno.

Desde este punto de vista, tal y como sucede con las obligaciones de información, el impago del empresario puede verse fácilmente subsanado mediante un requerimiento previo en aquellos casos en los que haya voluntad y medios para cumplir (por ejemplo, haya un error sobre la fecha de pago, la cuenta corriente, etc.). En los casos en los que no haya voluntad o medios por parte del empresario, el requerimiento servirá para constatarlo y tener la certeza de que la resolución es la mejor vía para proteger los intereses del autor. El coste de oportunidad para el autor de enviar un requerimiento en caso de impago es mínimo, en especial si estamos ante una situación subsanable, frente al coste que puede tener para las partes (e incluso para el sistema judicial) una resolución precipitada.

Por el contrario, no sucede lo mismo en el caso de no estrenar la obra en el momento pactado. Para llegar al estreno de la obra es necesario que el empresario despliegue una cierta actividad previa (contrataciones, ensayos, vestuario, decorado, etc.), que entiendo como parte de su obligación para cumplir con la obligación de estrenar en plazo. Prueba de esta planificación es la obligación de presentar el programa exacto que se establece en el artículo 78.3º LPI o la necesidad de pacto entre las partes para la publicidad, dispuesto en el artículo 80.3ª de la misma Ley.

Además, la fecha del estreno se pactará entre las partes como exige el artículo 75.2 LPI y tendrá su importancia de cara a la promoción de la obra. Por tanto, si llegados a la fecha pactada el estreno no se produce, parece que estaremos ante un supuesto difícilmente subsanable. O las partes retrasan de común acuerdo la fecha con cierta antelación o es difícilmente imaginable la situación en la que llegado el día del estreno éste no se produzca y se deba requerir al empresario para que fije nueva fecha para el estreno.

Como decimos, dada la complejidad que requiere organizar un estreno teatral o musical, si éste no se ha producido en la fecha acordada, parece lógico que el autor no deba esperar más para

poder resolver. No parece razonable obligarle a requerir y perder más tiempo confiando en que el empresario que no ha cumplido con su obligación lo vaya a hacer. No estamos ante una solución poco reflexionada, ya que habrá existido un periodo suficiente de tiempo entre la firma del contrato y la fecha fijada para el estreno. Además, el coste de oportunidad en este caso sí que es elevado puesto que organizar un nuevo estreno requerirá su tiempo. Es lógico que, esta vez sí, se ponga esta espada de Damocles sobre el empresario. Incluso creo que es posible que ante la negligencia del empresario que no lleva a cabo la obligatoria actividad necesaria para que se produzca el estreno, se pueda resolver el contrato con antelación a la fecha pactada si es evidente que no va a producirse el estreno, según lo dispuesto en el artículo 1124 CC tal y como he argumentado en el epígrafe anterior.

### (iii) **Medidas de protección de los intereses morales del autor**

Toca ahora analizar cómo se protegen los intereses morales del autor a través de las distintas disposiciones legislativas establecidas en el Capítulo III del Título V del Libro I relativo al contrato de representación teatral y ejecución musical.

Si bien todas las partes tienen interés en el estreno de la obra y ésta se debe llevar a cabo en el plazo pactado (artículo 78.1º LPI), para el autor también es importante que la misma se represente o ejecute según lo pactado con el empresario<sup>485</sup>. Como sabemos, la obra es el reflejo de la personalidad del autor y éste será el principal interesado en que la obra representada o ejecutada transmita al público ese reflejo.

Para lograr el objetivo de que la obra se represente o ejecute según su concepción, el legislador incluye esta necesidad en la propia definición del contrato como elemento esencial: «el cesionario se obliga a llevar a cabo la comunicación pública de la obra en las condiciones convenidas y con sujeción a lo dispuesto en esta Ley» (artículo 74, *in fine*, LPI). Esta obligación esencial guía todo el Capítulo III de la Ley. Si bien esta disposición no sólo se refiere a las cuestiones de índole moral, sí que creo que les afecta como marco de desarrollo de las relaciones entre autor y empresario en esta materia y es el punto de partida para la defensa de los mismos.

---

<sup>485</sup> Autores como RAGEL SÁNCHEZ explican conjuntamente la obligación del artículo 74 *in fine* de la Ley de Propiedad Intelectual y la obligación establecida en el artículo 78.1º LPI, entendiendo a la segunda como una forma de completar la primera (L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 128).

No se debe perder de vista que la producción de una obra de teatro o un concierto es compleja ya que, una vez cedidos los derechos por parte del autor, el empresario (convertido en productor) deberá contratar una serie de personas y servicios (director, actores, músicos, técnicos de iluminación, vestuario, promoción, financieros, etc.) que harán realidad la obra y de los que el empresario responde, como auxiliares suyos que son. La intervención de tantos factores hace que exista un elevado riesgo de que la obra no refleje la concepción del autor, por lo que es necesario que la obligación genérica de que la obra se represente según lo convenido (artículo 74, *in fine*, LPI) que guía la actuación del empresario se traduzca en otras obligaciones más concretas que analizaremos a continuación.

### **(a) Paternidad e integridad de la obra**

El artículo 78.2º LPI ayuda a entender el contenido de la obligación genérica establecida en el artículo 74 LPI, centrándose en los derechos morales. Dicho precepto establece la obligación para el empresario de «efectuar la comunicación sin hacer en la obra variaciones, adiciones, cortes o supresiones no consentidas por el autor y en condiciones técnicas que no perjudiquen el derecho moral de éste». Esta disposición se ve reforzada mediante dos mecanismos de control que permiten al autor o su presentante la inspección y la asistencia a la representación (artículo 78.3º LPI) y revisar las copias que van a ser utilizadas para la función (artículo 80.1ª LPI). Finalmente, se sanciona con la resolución la vulneración del derecho moral (artículo 81.3º LPI).

La obligación de respetar los derechos morales del autor no es nueva. En el artículo 14 LPI ya se establecen claramente estos derechos, que evidentemente vinculan al empresario teatral.

#### **a. Paternidad**

Respecto del derecho de paternidad no se dice nada específico en relación con el presente contrato en la Ley. Sin embargo, en el Reglamento sobre Propiedad Intelectual sí que existe regulación al respecto que entiendo parcialmente vigente, al no contravenir en parte lo dispuesto en la Ley.

Por un lado, el artículo 85 RPI establece que en los carteles y programas de la obra deben aparecer los nombres de los autores o traductores, estableciendo una clara defensa del derecho de paternidad. Sin embargo, no creo que se pueda considerar vigente la parte del artículo que regula la sanción

administrativa que debe imponer la autoridad competente por la infracción de dicho precepto. Dado que es un precepto sancionador, debe considerarse derogado. A continuación, el artículo 86 RPI concede el derecho de inédito a los autores o traductores que no quieren que aparezca su nombre en el cartel.

Estas disposiciones concretan un aspecto muy particular relativo al derecho de paternidad, y no es incompatible con el artículo 14 en sus apartados segundo y tercero que constituyen el régimen general, aplicable también a este tipo de contratos. Es más, si la obra es nueva y estamos ante un caso de divulgación, los artículos 85 y 86 concretan lo establecido en el artículo 14.2º LPI, pudiendo el autor determinar si la obra debe divulgarse bajo nombre, pseudónimo o anónimamente.

#### b. Integridad

El artículo 78.2º LPI regula claramente el respeto al derecho de integridad de la obra, lo que ya es objeto de regulación del artículo 14.4º LPI. Eso nos debe llevar a preguntarnos qué sentido tiene regular nuevamente esta materia en sede del contrato de representación teatral y ejecución musical.

El artículo 14.4º LPI exige «el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación».

Si comparamos ambos preceptos vemos que los términos utilizados para definir las conductas atentatorias contra la integridad de la obra en el artículo 78.2º LPI («variaciones, adiciones, cortes o supresiones») son más concretos que los utilizados en el artículo 14.4º LPI («deformación, modificación, alteración o atentado»).

En mi opinión, los términos utilizados en el 78.2º son más objetivos que los establecidos en la norma general, que tiene un mayor grado de subjetividad en alguno de ellos («deformación» o «atentado»). Da la sensación de que el legislador ha recogido las conductas concretas que se producen en el mundo de la representación teatral y ejecución musical frente a las conductas recogidas en el 14.4º LPI, que deben tener mayor alcance al ser una norma

de aplicación general<sup>486</sup>. En todo caso, entiendo que ésta es una apreciación de matiz.

A mi juicio, la gran diferencia entre ambos preceptos radica en la introducción del consentimiento del autor en sede del contrato de representación teatral y ejecución musical y en la ausencia de referencia al perjuicio del autor. El artículo 78.2º LPI matiza que las conductas definidas («variaciones, adiciones, cortes o supresiones») vulnerarán el derecho a la integridad en la medida en la que no sean consentidas por el autor. Por su parte, el artículo 14.4º LPI exige que se produzca un perjuicio para los intereses o la reputación del autor (ya sea atentando contra la forma o en el fondo de la obra)<sup>487</sup> para que las conductas definidas («deformación, modificación, alteración o atentado») vulneren el derecho a la integridad.

En otras palabras, se puede decir que en el contrato de representación teatral y ejecución musical<sup>488</sup> se sustituye el requisito de que se cause un perjuicio al autor por el de que se vulnere su consentimiento para apreciar una vulneración al derecho de la integridad.

Ante este diferente tratamiento, MARTÍNEZ ESPÍN entiende que es posible adoptar una de las dos posturas siguientes: i) considerar que el artículo 78.2º LPI contempla el ámbito contractual, por lo que cualquier alteración supone un incumplimiento contractual y sólo estaremos ante una vulneración del derecho de integridad si se produce un perjuicio a los intereses o reputación del autor, o ii) entender que dicho artículo tiene un carácter absoluto y que se debe apreciar la vulneración del derecho moral independientemente de la existencia del citado perjuicio<sup>489</sup>.

MARTÍNEZ ESPÍN se adhiere a la primera postura<sup>490</sup>. Yo, sin embargo, entiendo que estamos ante una norma especial de carácter absoluto, sumándome a la segunda

---

<sup>486</sup> De hecho, la expresión «atentado» se incorporó en la modificación del 96 con una finalidad de abarcar realidades amplias, lo que apoya esta percepción. Como dice PLAZA PENADÉS, «concede un cierto *numerus apertus* a las conductas descritas en dicho precepto» [J. PLAZA PENADÉS, «Comentario al artículo 14 LPI» en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 140].

<sup>487</sup> P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentarios al artículo 14 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 224.

<sup>488</sup> Esto también sucede en el caso del contrato de edición (artículo 64.1 LPI) y en el de producción de obras audiovisuales (artículo 92.2 LPI).

<sup>489</sup> P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentarios al artículo 14 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 223.

<sup>490</sup> P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentarios al artículo 14 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 223.

interpretación<sup>491</sup>. Como bien expone RAGEL SÁNCHEZ, no puede configurarse como una obligación de carácter contractual algo que quizá ni ha sido incorporado al contrato. Según este autor, la intención del legislador es reforzar el derecho moral en un ámbito en el que puede ser habitual la modificación de la obra tanto por el director de escena o de orquesta como por los intérpretes<sup>492</sup>. Esta interpretación cuadra con los términos concretos utilizados en el artículo 78.2º LPI («variaciones, adiciones, cortes o supresiones»).

Como hemos defendido en el caso del contrato de edición, entiendo que no toda alteración puede vulnerar el derecho moral del autor. Es decir, las alteraciones menores que no afecten a la percepción del público sobre la obra no podrán vulnerar el derecho moral del autor ni requerirán del consentimiento del autor (por ejemplo, el cambio de mobiliario del escenario que no cambie la percepción del espectador). Argumentar lo contrario sería considerar el derecho moral un derecho absoluto.

Las consecuencias prácticas de la aplicación de uno y otro precepto son claras: desde un punto de vista probatorio el artículo 14.4º LPI es más exigente que el 78.2º LPI para que el autor pueda demostrar una vulneración. La infracción del artículo 14.4º LPI requiere que el autor demuestre: i) una alteración y ii) un perjuicio a sus intereses o reputación. Demostrar este segundo extremo suele ser harto complicado para el autor, además de generar costes asociados a la prueba. Por el contrario, la vulneración del artículo 78.2º LPI necesita que el autor demuestre: i) la alteración y ii) que no ha habido consentimiento. Como el segundo aspecto no se puede demostrar por parte del autor, ya que sería una *probatio diabolica*, se invertiría la carga de la prueba debiendo ser el empresario quien demuestre que existe consentimiento. A la luz de este examen está claro que este segundo sistema tiene mayor beneficio para el autor.

---

<sup>491</sup> Adopta esta postura BONDÍA en su comentario al artículo 14 LPI en la edición de los comentarios de 1997 [F. BONDÍA ROMÁN, «Comentario al artículo 14 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., p. 77]. Sin embargo, en el comentario de la edición de 2007, encomendada a PLAZA PENADÉS no se hace mención al debate, limitándose el autor a decir que «sólo se considera que existe lesión al derecho de respeto a la integridad de la obra cuando los actos de modificación, alteración, deformación o destrucción de la misma «supongan perjuicio a los legítimos intereses o menoscabo a la reputación del autor» lo que está en plena sintonía con el artículo 6 bis de la Unión de Berna» [J. PLAZA PENADÉS, «Comentario al artículo 14 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 139].

<sup>492</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, pp. 131 y 132.



Falta por comentar la relación que existe entre la norma general del artículo 14.4º y la norma especial del artículo 78.2º. Como hemos comentado, el artículo 78.2º fortalece el derecho moral del autor al establecer como requisito el consentimiento del autor. En otras palabras, alteraciones que quizá no serían un atentado contra el derecho moral del autor a los efectos del artículo 14.4º al no existir perjuicio, sí que lo podrían ser a los ojos del artículo 78.2º por no existir el consentimiento del autor, independientemente del perjuicio. Esto hace que el contenido del derecho moral del autor «crezca» a efectos del contrato de representación teatral y ejecución musical.

El hecho de que el artículo 78.2º LPI establezca como requisito el consentimiento implica que el autor puede otorgar su consentimiento para determinadas modificaciones. Entiendo que no es válido un consentimiento previo y genérico que abarque cualquier modificación, sino que este consentimiento debe de ser expreso y sobre una modificación concreta que le sea presentada para su autorización, como exige la jurisprudencia<sup>493</sup>. En consecuencia, la aceptación de la modificación por parte del autor en el fondo es una renuncia al derecho moral, que por definición es irrenunciable.

En este contexto, si bien hemos defendido que se aplicará preferentemente la norma especial, eso no significa que la norma general quede sin aplicación. Por tanto, aunque el autor renuncie a su derecho moral, en función del artículo 78.2º LPI, el artículo 14.4º protegerá al autor en caso de que realice una renuncia que caiga en el supuesto de hecho del artículo 14.4 LPI. A efectos prácticos, el autor sólo podrá renunciar al derecho moral en la medida que no contradiga al artículo 14.4º LPI, que actúa como núcleo esencial irrenunciable y mínimo común denominador a todos los autores.

Pensemos que este derecho a la integridad también puede afectar al derecho de divulgación en caso de que sea la primera vez que la obra accede al público, puesto que la forma en la que vaya ser comunicada al público la obra (sin modificaciones) debe encajar con el artículo 14.1º LPI.

El artículo 78.2º *in fine* añade que atentará al derecho de integridad la representación o ejecución que sea realizada

---

<sup>493</sup> RAGEL SÁNCHEZ cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2001 (L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 133).

en condiciones técnicas que perjudiquen el derecho moral del autor. Por tanto, no sólo vulnerará el derecho del autor cualquier variación, adición, corte o supresión de la obra no consentida sino que también lo hará el representarla o ejecutarla en condiciones técnicas que no cumplan con la diligencia del empresario<sup>494</sup>. Creo que lo más razonable es acudir a la diligencia que debería emplear un empresario medio como criterio para entender si ha existido vulneración o no del derecho del autor.

## **(b) Medidas de control de los derechos morales**

Como adelantábamos, acompañando a la obligación del artículo 78.2º LPI se establecen dos medidas de control a favor del autor.

### **a. Inspección de la representación o ejecución**

La primera medida se plasma en el artículo 78.3º LPI en forma de obligación para el empresario. La Ley quiere que el autor o sus representantes puedan i) realizar una inspección de la representación pública de la obra<sup>495</sup> así como que puedan ii) asistir gratuitamente.

El Reglamento de la Propiedad Intelectual ya establecía, en su artículo 84, el derecho del autor a permanecer entre bastidores siempre que se representen sus obras. También reconocía el derecho a asistir gratuitamente, diferenciando entre el día del estreno y el resto de funciones en el artículo 105. La doctrina considera estos dos artículos como precedentes y, al entender que siguen vigentes, complementarios del artículo 78.3º LPI. Sin embargo, yo albergo mis dudas de que así sea.

El artículo 84 del Reglamento está sistemáticamente ubicado en el Capítulo II, en el que el derecho de estar entre

---

<sup>494</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS considera que esta última parte del artículo 78.2º «dice que la comunicación pública ha de llevarse a efecto en condiciones técnicas de no perjudicar el derecho moral del autor, precepto que incluye tanto el respeto de la obra, como cualquier atentado al derecho moral que implique alteración de la forma de divulgación y que técnicamente no pueda considerarse susceptible de ser incluido en el punto 4º del artículo 14» [C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 78 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, pp. 71 y 72].

<sup>495</sup> Aunque el precepto diga literalmente «representación pública» debe entenderse que es aplicable tanto a obras dramáticas como a ejecuciones musicales [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 78 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 471].

bastidores comparte artículo con el derecho de hacer el reparto y dirigir los ensayos. Los artículos precedentes también regulan los ensayos por lo que creo que es razonable pensar que el derecho del autor (excluyendo aquí al representante) es a permanecer entre bastidores en los ensayos, en especial si ha renunciado al derecho a dirigirlos. En cambio, el artículo 105 RPI se ubica en el Capítulo III en el que se regula la remuneración del autor y le concede al autor (no a su representante) dos asientos gratis de primer orden para las representaciones regulares y un palco de primera clase con seis entradas el día del estreno. Creo que es evidente que la motivación de conceder «gratis» dos butacas «de primer orden» y un «palco» con seis butacas el día del estreno no corresponde a una finalidad de inspección sino de contraprestación, visibilidad del autor e incluso promoción, pudiendo invitar a críticos, al igual que el autor tiene derecho a ejemplares para la crítica en el contrato de edición (artículo 60.4 LPI).

Por eso mantengo que los dos artículos comentados responden a realidades distintas. El artículo 84 sí que tiene una finalidad de control por parte del autor, aunque no se diga expresamente. En los ensayos es donde puede contribuir y remediar cualquier daño a la integridad de su obra. El artículo 105 no tiene esa finalidad, aunque también es evidente que la asistencia del autor a la obra implica, aunque sea como efecto indirecto, una cierta supervisión sobre la integridad de la obra.

La vigente Ley parece mezclar estos dos preceptos. Se ha de alabar, en todo caso, que hable claramente de «inspección», dándole una finalidad clara a la presencia del autor durante la representación. Por lo que se refiere a la asistencia gratuita, por la ubicación sistemática del precepto, y dado que se ciñe al autor o sus representantes (a diferencia del artículo 105 RPI que no exigía que los asientos fuesen para el autor o sus representantes), debe entenderse que ya no cubre esa finalidad de promoción o retribución, sino que la asistencia gratuita está destinada a la inspección.

Cuestión distinta es si la inspección se debe realizar desde bastidores o desde una butaca y si únicamente se puede realizar durante la representación pública o también durante los ensayos.

En relación con la primera cuestión, desde dónde debe realizar la inspección el autor o sus representantes, entiendo

que debe realizarse desde donde sea más efectivo a los efectos de la comprobación de que la obra se representa respetando los derechos morales del autor. Parece lógico que sea desde una butaca para tener la misma percepción que el espectador, pero creo que no es una cuestión definida en la Ley y que debe resolverse según la finalidad para la que está concebido el precepto.

Respecto a la segunda, es decir, si la inspección únicamente se puede realizar el día de representación pública, es preciso hacer una breve introducción. Se discute en la doctrina si la utilización del adjetivo «pública» que califica a «representación» en el artículo 78.3º LPI se debe interpretar en el sentido de que la inspección y la asistencia sólo se deben garantizar al autor y sus representantes para aquellas representaciones que sean ante el público o, por el contrario, esta obligación también abarca a los ensayos (que no son públicos).

Mi opinión al respecto es clara: se debe interpretar como un derecho de inspección sólo para las representaciones públicas. Prueba de que el legislador está pensando en este sentido es el hecho de que se refiera en el mismo artículo a garantizar la asistencia «gratuita». Si estuviese pensando en los ensayos, en los que no se cobra entrada, no haría mención alguna a la gratuidad.

RODRÍGUEZ TAPIA es partidario de entender que el artículo 78.3º LPI permite al autor o a sus representantes asistir a los ensayos para realizar la inspección. Manifiesta que «carece de todo sentido que el autor elija intérpretes, vise las copias y convenga la publicidad de las comunicaciones, pero que no pueda asistir a los ensayos. Al contrasentido se añade una finalidad que, aunque incómoda para el cesionario, es preferible a una demanda multimillonaria a posterior, cuando la obra ya ha sido divulgada o estrenada y difundida con alguna infracción a la integridad de la obra o a los derechos de autor»<sup>496</sup>.

Compartiendo el sentido común del profesor y creyendo que su postura es la más razonable en cuanto a prevenir conflictos entre las partes, creo que no es la apoyada por el legislador, quien está pensando en la obra representada como objeto de inspección. Elegir intérpretes, visar copias o

---

<sup>496</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 78 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 471.

consensuar la publicidad no implica la presencia en los ensayos.

Sin embargo, creo que la solución se encuentra en entender que el artículo 84 del Reglamento no contradice ninguna disposición legal, por lo que se debe considerar vigente<sup>497</sup>. Por tanto, atendiendo a la interpretación que he expuesto, entiendo que el autor podría asistir a los ensayos entre bastidores. Incluso, al referirse el artículo únicamente a «representaciones» sin matizar si deben ser públicas o no, también abarcaría las representaciones públicas.

Por último, concluir diciendo que el derecho de inspección debe someterse al principio de proporcionalidad en el sentido de que el ámbito de la inspección sólo puede ser la integridad moral de la obra y el respeto al derecho del autor, sin que la inspección pueda conllevar un coste desproporcionado para el empresario (por ejemplo, pensemos en una situación en la que el autor quiera estar entre bastidores para realizar la inspección pero su ubicación entorpece el desarrollo de la función haciendo difícil el trabajo de técnicos, o para que pueda estar allí se deben realizar modificaciones en el escenario. A mi juicio sería totalmente desproporcionado acceder a esa petición).

En definitiva, se otorga al autor la facultad de realizar una inspección de la obra para garantizar la integridad de la misma. Como apuntaba RODRÍGUEZ TAPIA, quizá la solución legal no sea la más adecuada puesto que si la inspección se produce sobre la obra estrenada el daño ya estará hecho y, aunque se puedan pedir daños y perjuicios y su corrección para la siguiente interpretación (o incluso la resolución, como veremos a continuación), un grupo de espectadores se irá con una concepción de la obra que no corresponde con la impronta personal del autor, por no decir si estamos ante una representación o ejecución única. Sería partidario de que claramente se estableciese el derecho a la inspección antes del estreno de la obra para evitar daños.

#### b. Visado de copias

El artículo 80.1ª *in fine* de la Ley de Propiedad Intelectual otorga otro mecanismo de control al autor para garantizar la integridad de su obra consistente en que vise los ejemplares que utilizarán el director y los actores o músicos para

---

<sup>497</sup> Así lo hace L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 159.

ensayar y, posteriormente, representar ante el público la obra.

Garantizar que los textos o partituras que se van a utilizar para representar la obra son los correctos es fundamental para que la representación respete la integridad de la obra. Cualquier alteración sobre el texto o la partitura se traducirá en una interpretación de la obra alterada. Esta preocupación ya estaba presente en el artículo 79 del Reglamento, que obligaba al autor a «revisar y rubricar una de las copias completa y foliada para resguardo en su empresa» y añadía que esa copia tendrá carácter de prueba fehaciente en juicio. En la redacción actual no se dice cómo se debe visar, por lo que se podrán utilizar métodos más ágiles que den la misma confianza de que el texto usado es el correcto. Por otra parte, la vigente norma obliga al autor a visar todas las copias, a diferencia del Reglamento que sólo obligaba a visar una, dado el trabajo que conlleva revisar y rubricar en una época en la que la falta de medios mecánicos de reproducción conllevaba grandes dificultades para obtener copias.

Como se desprende del texto estamos ante un derecho al que el autor puede renunciar, ya que el artículo 80 LPI admite pacto en contrario, no siendo derecho imperativo y actuando en defecto de la voluntad de las partes. En una relación que debería de estar presidida por el *intuitu personae* no parece que exista un riesgo para los intereses del autor en el sentido de verse sometido a presiones por parte del empresario, en caso de desigualdad negociadora, para obtener una renuncia. Creo que el disponer de los textos o partituras correctas y visadas por el autor favorece más al empresario, evitando futuros conflictos, que al autor. En consecuencia, parece razonable que si existe confianza entre las partes (por ejemplo, por haber trabajado juntos con anterioridad), el autor pueda renunciar a visar los ejemplares.

Una cuestión que varía respecto de lo establecido en el Reglamento es que la capacidad de visar los textos, como es lógico, se confiere al autor y no a su representante (o al propietario en el caso del Reglamento). Encuentro lógico este cambio ya que lo que se está procurando es proteger unos derechos del creador íntimamente vinculados con su personalidad, lo que hace que su defensa sea compleja a través de representante o del titular de los derechos.

No obstante, reconocer este derecho únicamente al autor produce una extraña situación en caso de que el contrato se firme entre un titular de derechos diferente del autor y un empresario. En este caso el autor no es parte y podría surgir la duda de si también tiene derecho a visar las copias, en especial, si atendemos a que este derecho se ubica en un artículo que regula la ejecución del contrato<sup>498</sup>. Podríamos llegar a pensar que este artículo sólo es aplicable cuando el cedente es el autor, si atendiésemos a una interpretación literal, pero sería una interpretación extrema que no protegería los intereses del autor. Dado que lo que interesa es la protección del derecho moral, que tiene efectos *erga omnes* que no se basan en un acuerdo contractual, parece lógico admitir la posibilidad de que las partes deban acudir al autor en estos casos<sup>499</sup>. Esto también implica que la renuncia a visar las obras debe ser manifestada por el autor.

Como comenta la doctrina<sup>500</sup>, este precepto está pensado para el caso en el que no esté disponible para el empresario en el mercado la versión definitiva de la obra (por ejemplo, publicada en forma de libro o en la página web del autor). En caso de que la obra ya esté accesible, no será necesario que el autor vise los ejemplares que se van a utilizar ya que la exactitud del texto o partitura está garantizado y, por ende, la protección del derecho moral del autor. Las situaciones en las que el empresario no disponga de la obra pueden ser tres: i) el autor no ha finalizado la obra, ii) el autor no la ha publicado o iii) el autor va a introducir modificaciones en la obra publicada para la representación.

En conclusión, el legislador pretende ofrecer al autor un mecanismo para la defensa de su derecho de integridad, incluso aunque no sea parte del mismo. Entiendo que es una medida que contribuye a que la obra se represente o

---

<sup>498</sup> HERNÁNDEZ MORENO y MÉNDEZ GONZÁLEZ entienden que «la rúbrica que el Texto Refundido ha dado al precepto –“Ejecución del contrato”– es, ciertamente, demasiado ambiciosa, pues, como hace patente la lectura de los preceptos de este Capítulo III, en otros artículos ubicados en él se contienen normas relativas a la ejecución del contrato» [A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 80 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1170, nota 1].

<sup>499</sup> En sentido similar RODRÍGUEZ TAPIA quien, pese a no dar un motivo, manifiesta en relación con la elección de los intérpretes y ejecutantes, que «si el cedente no fuera el autor, podrá intervenir en esta decisión, pero es difícil que el autor pueda ser marginado de la misma cuando no sea parte del contrato» [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 80 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 475].

<sup>500</sup> M. ANDERSON, «Comentario al artículo 80 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1113. En el caso de PÉREZ DE ONTIVEROS, pese a estar de acuerdo con el razonamiento, entiende que no se puede generalizar, ya que en ocasiones las copias pueden no ser exactas [C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 80 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 79].

ejecute respetando el derecho a la integridad y que también es positiva para los intereses del empresario, ya que la versión visada por el autor le exime de responsabilidad y evita problemas futuros. Parece lógico que la Ley permita la renuncia de esta medida de control ya que puede que el autor tenga la confianza necesaria en el empresario que le asegure que no haya problemas respecto de los textos.

### **(c) Resolución por vulneración de los derechos de paternidad e integridad**

Como adelantaba al principio de este epígrafe, la Ley de Propiedad Intelectual sanciona con la resolución cualquier vulneración a los derechos de paternidad e integridad. Lo hace a través de su artículo 81.3º, en el que faculta al autor a resolver el contrato en caso de que el empresario vulnerase las obligaciones analizadas, tanto la establecida en el artículo 78.2 LPI (el respeto a la integridad de la obra, que creo que es el núcleo esencial de la protección del autor) como de la obligación establecida en el artículo 78.3º (la posibilidad de inspección por parte del autor). Este último precepto es, a mi juicio, una medida que complementa la garantía del respeto a la integridad establecido en el artículo 78.2 LPI<sup>501</sup>.

En todos los casos previstos en el artículo 81.3º LPI, como ya se ha visto, es necesario que el autor requiera previamente al empresario antes de resolver el contrato. Como también se ha expuesto, entiendo que la razón que lleva al legislador a establecer el requerimiento previo en estos casos y no en otros (en concreto, el supuesto del artículo 78.1º LPI ya analizado) es la intención de proteger los intereses de las partes de la manera más eficiente posible. Un requerimiento previo tiene dos efectos alternativos: i) resolver una situación en la que el empresario tenga firme voluntad de cumplir y, al ponerle el autor sobre aviso, reaccione removiendo las causas de incumplimiento, o ii) constatar la mala fe o negligencia del empresario que abre la puerta a la resolución.

Entiendo que merece la pena la solicitud de un requerimiento previo ante el incumplimiento descrito en el punto 3.º del artículo 78 LPI, ya que es fácilmente subsanable y el coste de oportunidad no es elevado para el autor. Es más, creo que resolver directamente sería desproporcionado para los intereses del empresario.

---

<sup>501</sup> Me parece muy gráfica la manera que tiene de expresar esta circunstancia RAGEL SÁNCHEZ al hablar de «obligaciones complementarias, elevadas a principales por el Texto Refundido» (L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 143).



Sin embargo, existe una circunstancia en la que me parece que este sistema es ineficiente. El requerimiento previo es útil en cuanto se tenga conocimiento del incumplimiento antes de que se produzca y pueda evitarse. Determinados incumplimientos, una vez producidos, no son subsanables y la eficiencia del requerimiento previo decae.

Me estoy refiriendo al caso de la obligación de garantizar la integridad de la obra del artículo 78.2º LPI e, incluso, a la inspección del artículo 78.3º. El requerimiento previo en estos casos es útil en la medida en que el autor conoce de la modificación de la obra antes de la representación o ejecución o si es consciente de que no le van a dejar asistir a la obra a inspeccionar. Si la modificación de la obra se produce el día del estreno, de poco servirá el requerimiento previo porque se ha infligido ya el daño a los intereses del autor. Lo mismo sucede si se niega la entrada al teatro al autor o sus representantes el día de la representación o ejecución.

En estos supuestos, si la representación o ejecución es única, es evidente que no deberá ser exigible el requerimiento previo. Si estamos ante un contrato que contempla una sucesión de escenificaciones o conciertos, entiendo que se debe interpretar que el objeto del contrato son todas las representaciones, por lo que sí que será exigible el requerimiento previo para las sucesivas representaciones aunque nada impide la reclamación de los daños y perjuicios por los incumplimientos consumados.

Por otra parte, nada se dice en el artículo 81 de la resolución por la vulneración del derecho de paternidad o de la medida del artículo 80.1ª LPI (la necesidad de que el autor vise las copias). En ambos casos deberemos acudir al régimen general.

#### (iv) ***Interrupción de las representaciones por un plazo superior al año***

La Ley de Propiedad Intelectual recoge, en su artículo 81.1º, una causa de resolución que faculta al autor a finalizar la relación en el caso de que el empresario interrumpa las representaciones por el plazo de un año tras el estreno. Recordemos que entendemos que el contrato de representación teatral y ejecución musical es un contrato sinalagmático, por lo que es de aplicación el artículo 1124 CC, siendo las causas establecidas en el artículo 81 LPI un concreción del primero en un intento de cristalizar por parte del legislador aquellos

incumplimientos que ha considerado que afectan de manera más grave al autor, en un intento de protegerlo. Nada obsta a que se pueda resolver por causas no recogidas en el artículo 81 LPI, aplicando el artículo 1124 CC.

Antes de entrar en el pormenor de esta causa, se debe realizar una consideración previa: todas las causas de resolución recogidas en el artículo 81 se configuran como la sanción al incumplimiento de las obligaciones establecidas para el empresario en el artículo 78. En este caso estamos ante una excepción puesto que la presente causa de resolución (artículo 81.1º LPI) no se corresponde con ninguna obligación del empresario que se encuentre recogida explícitamente en el Capítulo que estamos analizando. Esta obligación creo que es evidente y se puede extraer del texto legal (por ejemplo, del segundo párrafo del artículo 48 para las cesiones en exclusiva), pero dada la técnica legislativa utilizada en la que se quieren establecer las obligaciones de manera clara y taxativa para mayor seguridad jurídica de las partes, creo que sería conveniente la inclusión de una obligación para el empresario por la que se deba comprometer a la explotación continua de la obra, tal y como sucede con el contrato de edición (artículo 64.4º LPI), no ya sólo desde un punto de vista de técnica legislativa, sino para dejar patente que es tan importante para los intereses del autor y del público tanto la obligación de continuar la explotación de la obra como la de estrenar.

Entrando ya en el análisis del contenido concreto del precepto, se puede establecer que la causa de resolución recogida en el artículo 81.1º LPI se caracteriza por: i) configurarse como una causa de resolución a favor únicamente del autor<sup>502</sup>; ii) requerir que se hayan iniciado las representaciones públicas; iii) que la cesión pactada de los derechos sea en exclusiva y iv) que se haya producido la interrupción de las representaciones por el plazo de un año.

En cuanto a los puntos i) y ii) no es necesario hacer especial comentario. Configurar la causa de resolución como una facultad del autor ya nos indica que la intención del legislador es la de proteger al autor, dándole una herramienta para proteger sus intereses. La necesidad de que se hayan iniciado las representaciones también es lógica, puesto que si éstas no se han iniciado estaríamos en el supuesto del apartado segundo de este artículo 81, es decir, en un incumplimiento por no haber llevado a cabo la representación en plazo.

El punto iii) sí que requiere un mayor comentario desde el punto de vista de los intereses del autor. La cesión en exclusiva conlleva que el

---

<sup>502</sup> Causa de resolución que no requerirá de requerimiento previo, a diferencia de las enumeradas en el apartado tercero del artículo 81.

autor otorgue toda su confianza a un determinado empresario (aunque sea para un determinado ámbito territorial), de quien dependerá el éxito comercial de la obra y, por ende, su remuneración y fama. En este supuesto, si el empresario cesa en la representación de la obra el autor no tiene vías alternativas para obtener ingresos o fama, por lo que parece lógico que en esta situación se brinde al autor una salida en la que pueda recuperar sus derechos (reclamando, en su caso, la correspondiente indemnización por daños y perjuicios) y continuar la explotación con otro empresario. No sucede lo mismo con una cesión que no sea exclusiva<sup>503</sup>, ya que se presupone que en ese caso el autor sí que tiene otras vías de ingreso y de difusión de su obra.

Entiendo que el legislador ha querido recoger únicamente los ataques más graves a los intereses del autor, pero tampoco tiene mucho sentido que por no tratarse de una cesión en exclusiva se deje esta situación en el limbo jurídico. Creo que el caso de inacción por parte del empresario es un incumplimiento grave de sus obligaciones y, por tanto, puede proceder la resolución en virtud del artículo 81.2º LPI, si se da el caso<sup>504</sup>, o del 1124 CC. Cuestión distinta es que el daño en este caso será menor que si la cesión fuese en exclusiva y, en consecuencia, la indemnización será menor o prácticamente inexistente. En definitiva, sería partidario de ampliar el supuesto de hecho a cesiones no exclusivas para reducir la inseguridad jurídica.

El punto iv), la necesidad de que haya transcurrido un año, quizá es el requisito más extraño. Como dicen HERNÁNDEZ MORENO y MÉNDEZ GONZÁLEZ «siempre se producirán interrupciones, aun cuando el cesionario despliegue toda la diligencia exigible conforme a la naturaleza de la obligación contraída»<sup>505</sup>. Por tanto, no cualquier interrupción debe juzgarse un incumplimiento. Las interrupciones que perjudican el interés del autor, y del público en general, son aquellas que conllevan una pérdida de ingresos y de difusión de la obra debido a una conducta negligente del empresario. El plazo de un año establecido por el legislador parece una presunción de que esa negligencia se ha producido. Objetivar dicha negligencia parece una buena solución para proteger al autor, eximiéndole de una actividad probatoria compleja. En caso de que la interrupción no sea debida a la negligencia, que es lo que aquí nos ocupa, y sea debido a una imposibilidad sobrevenida fortuita o inimputable al empresario (como puede ser el incendio o derrumbe de un teatro)<sup>506</sup> se deberá estar a

---

<sup>503</sup> Como hemos comentado, no será muy común el supuesto de que se produzca una cesión que no sea exclusiva ya que éstas tienen menor valor para el empresario interesado en un retorno de su inversión y, por tanto, menor atractivo empresarial.

<sup>504</sup> En este sentido L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 176.

<sup>505</sup> A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 81 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1179.

<sup>506</sup> El artículo 95 del Reglamento sobre Propiedad Intelectual de 1880 recogía casos fortuitos y de fuerza mayor en los que la empresa puede suspender la representación:

si es definitiva o transitoria. En caso de que sea definitiva, estaremos a lo que establece el artículo 1184 CC. En caso de que sea transitoria, el autor no podrá instar la resolución<sup>507</sup>.

No obstante, el plazo de un año considero que es excesivo y lo es tanto desde el punto de vista del empresario, quien tiene la capacidad de organizar las representaciones en menor lapso de tiempo, como desde el punto de vista de los intereses del autor puesto que el coste de oportunidad para éste es excesivo ya que al año de espera se le debe de añadir el tiempo de encontrar nuevo empresario.

Además de ser un plazo excesivamente largo por los dos motivos señalados, creo que tiene un efecto práctico negativo: el autor que se vea en la circunstancia de que el empresario interrumpe las representaciones escogerá otros caminos para defender sus intereses, convirtiendo este precepto en difícilmente aplicable. Dado que entiendo que es perfectamente aplicable el artículo 1124 CC a las interrupciones inferiores al año que frustren «el fin práctico perseguido por el negocio o las legítimas expectativas del autor»<sup>508</sup>, parece difícil que algún autor tenga la paciencia de esperar un año si realmente se le está causando un perjuicio. La ventaja que debería aportar el artículo 81.1º al autor es la de protegerle permitiéndole tener una causa objetiva de resolución sin tener que entrar en cuestiones probatorias, disminuyendo los costes de transacción. El plazo de un año hace que se pierda este atractivo y se fomenta acudir al 1124 CC.

Para solucionar esta problemática parte de la doctrina propone tomar como criterio temporal «un plazo prudencial», como sucede en otras legislaciones vecinas<sup>509</sup>, no obstante, un concepto jurídico indeterminado como ése vuelve a introducir la necesidad de cierta actividad probatoria. Sería más partidario de establecer un plazo más corto para no perder una herramienta objetiva y ágil de resolución que permita al autor la defensa de sus intereses y al empresario, como profesional del sector, prever la organización necesaria para no interrumpir la obra.

---

«Los casos fortuitos en que una empresa puede suspender sus contratos con acuerdo de la autoridad son: 1.º Peste; 2.º Terremoto; 3.º Luto nacional; 4.º Perturbaciones del orden público que obliguen a suspender las representaciones; 5.º La prohibición de una obra por orden de la autoridad, ya sea por causa de orden público o por resolución de los Tribunales en lo que se refiere a la misma obra.

El incendio o ruina del edificio se considerará como caso de fuerza mayor para la rescisión de los contratos».

<sup>507</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 81 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 84. También tratan este aspecto M. ANDERSON, «Comentario al artículo 81 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1119, y L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, pp. 167-171.

<sup>508</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 81 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 478.

<sup>509</sup> A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 81 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1179.

Por otra parte, entiendo que este precepto sólo será aplicable cuando en el contrato no se hayan mencionado el número de funciones o no se haya entregado el programa exacto que requiere el artículo 78.5º LPI. En caso de que se conozcan las fechas en las que se deben llevar a cabo las representaciones o alguna indicación en cuanto al plazo que debe mediar entre una y otra, entiendo que el artículo analizado sería prescindible puesto que estaríamos ante un incumplimiento contractual que lo haría innecesario.

Si las partes hubiesen pactado un número de representaciones determinado y no han especificado el plazo en el que deben de llevarse a cabo, como permite el artículo 75.1 LPI (siempre que no sea superior a cinco años), no será de aplicación la causa de resolución del artículo 81.1º, como tampoco para los contratos de duración inferior a un año y aquellos a los que les quede menos de un año de vigencia<sup>510</sup>. En estos dos últimos casos, la razón es sencilla: si aplicamos el artículo 81.1º, que establece un plazo de un año, superior al periodo de vigencia restante del contrato, sería tanto como alargar artificiosamente un año la vida del contrato, lo que vulneraría la voluntad plasmada en el contrato por las partes y, además, causaría un perjuicio a los intereses del autor, razón por la que no se puede admitir dicha posibilidad en el marco de una norma que procura todo lo contrario. En estos dos casos, el incumplimiento se producirá en el momento de extinción del contrato o, en caso de incumplimiento, en virtud del artículo 1124 CC, como ya se ha comentado.

Entrando ya en el análisis de la protección de los intereses del autor, como ha quedado demostrado, esta medida pretende proteger tanto los derechos patrimoniales como los derechos morales del autor. Si bien favorece indirectamente al público, considero que, al ser un derecho a favor del autor, debe encuadrarse entre las medidas de protección de los intereses de este último.

La explotación continua de la obra tiene efectos tanto patrimoniales (la remuneración) como morales (la difusión de la obra). En mi opinión, es acertado el sistema establecido para la defensa de estos intereses, puesto que establecer un plazo a partir del cual la interrupción de las funciones se considerará una causa de resolución, es una medida que aporta un criterio objetivo, exento de los costes de transacción propios de la actividad probatoria, que facilita una salida rápida al autor de una situación de exclusiva evitando costes de oportunidad para éste. Incluso en el caso de que pretenda reclamar daños y perjuicios (con su correspondiente actividad

---

<sup>510</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 81 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 83.

probatoria), la resolución del contrato le permitirá la libertad necesaria para operar en el mercado en paralelo a su posible reclamación.

Si bien el sistema me parece adecuado, el plazo de un año resulta excesivo y hace que este mecanismo de protección pierda toda su eficiencia, de manera que se hace imprescindible reducirlo a un plazo más corto. Pensemos que esta resolución no se aplica en caso de que las partes pacten un calendario, por lo que se debería dar un periodo de tiempo suficiente para pactar un calendario o reorganizar la actividad (p. ej., cinco meses). También sería partidario de establecer el mismo régimen para los casos en los que la cesión no sea exclusiva para que el autor pueda recuperar los derechos.

#### (v) ***Limitación del poder de negociación del empresario***

Finalmente, en cuanto a la protección de los intereses del autor, deben mencionarse dos aspectos. El primero es la limitación del periodo de duración de la cesión de cinco años que establece el artículo 75.1 LPI. El segundo, la interpretación restrictiva que dicta el artículo 76 LPI.

##### **(a) Plazo máximo de la cesión: cinco años**

El citado artículo 75.1 LPI establece que «en todo caso, la duración de la cesión en exclusiva no podrá exceder de cinco años», tras estipular que la cesión puede configurarse como una cesión por plazo cierto o por número determinado de comunicaciones al público.

La primera conclusión que puede extraerse del redactado, *a sensu contrario*, es que si la cesión no se realiza en exclusiva, no aplicará plazo máximo alguno a la duración de la cesión<sup>511</sup>, por lo que nos centraremos únicamente en las cesiones en exclusiva.

El límite de los cinco años no parece presentar problemas interpretativos en caso de que se pacte una duración de la cesión por un plazo cierto. Sin embargo, respecto de la posibilidad de pactar en el contrato una cesión por un número determinado de comunicaciones al público puede plantearse el problema interpretativo sobre si dicho límite aplica a esta

---

<sup>511</sup> La cesión únicamente se verá limitada por la duración de los derechos de explotación establecida en el artículo 26 LPI: toda la vida del autor y setenta años tras su muerte o declaración de fallecimiento.

modalidad de contratación y, en caso afirmativo, cómo se debe aplicar el límite temporal.

Si aceptásemos la hipótesis de que la limitación de la cesión a cinco años únicamente aplica a los contratos en los que se pacta un plazo cierto, entiendo que se estaría eludiendo la aplicación imperativa de este precepto. Bastaría que las partes pactasen un número elevado de representaciones (por ejemplo, mil funciones) para eludir la aplicación del límite ya que resultaría difícil celebrar mil representaciones en cinco años<sup>512</sup>. Obras como *Cats* necesitaron veintiún años para llegar a las 8.500 representaciones. Por tanto, se debe negar la posibilidad de que el artículo 75.1 2º LPI no sea de aplicación a las cesiones exclusivas pactadas por un número determinado de funciones.

En cuanto a la segunda cuestión, es decir, cómo se aplica el límite de los cinco años en el supuesto que acabamos de mencionar, es razonable interpretar que el número de funciones pactadas debe llevarse a cabo antes del transcurso de los cinco años, teniendo en cuenta que el estreno debe producirse antes de los dos años<sup>513</sup>.

La doctrina está dividida en cuanto al momento desde el que debe computar el plazo de los cinco años. Mientras que para unos debe computar desde el momento de conclusión del contrato<sup>514</sup>, para otros el inicio del plazo debe ser desde el momento en el que el autor pone a disposición del empresario la obra<sup>515</sup>, si es que dicha obligación existe<sup>516</sup>. Creo que es más lógico pensar que los cinco años deben computarse desde que el empresario está en disposición de desarrollar su actividad, es decir, desde que el autor le ha facilitado el texto.

Una vez analizado el contenido del texto legal y sus principales problemas, procede analizar el sentido del límite de los cinco años. En palabras de PÉREZ DE ONTIVEROS el contenido de

---

<sup>512</sup> Hablo desde un punto de vista organizativo, dejando al margen si sería viable desde un punto de vista comercial la organización de mil funciones.

<sup>513</sup> HERNÁNDEZ MORENO y MÉNDEZ GONZÁLEZ entienden que puede aplicarse por analogía el artículo 75.2, segundo párrafo, «a propósito de la duración de la temporada correspondiente al año en que finaliza el número de comunicaciones pactadas» [A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentarios al artículo 75 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1152].

<sup>514</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 75 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 58, y A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentarios al artículo 75 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1152.

<sup>515</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 114.

<sup>516</sup> Esta obligación de entregar la obra para el autor existirá únicamente en caso de que la obra no esté accesible en el mercado, ya sea porque es una obra inédita, se haya agotado o el autor deba realizar modificaciones sobre la obra publicada.

este precepto «se encuentra claramente imbuido del espíritu proteccionista que se confiere al autor»<sup>517</sup>. Un precepto como éste no puede tener otro sentido que intentar proteger al autor, cuya capacidad de negociación se presume menor, frente al empresario. En otras palabras, se pretende evitar que el autor se convierta en rehén del empresario.

El primer aspecto que llama la atención es que el límite temporal de la cesión no aplica a las cesiones no exclusivas. La razón de esta diferencia de trato no puede ser otra que la concepción de que en las cesiones no exclusivas el autor siempre tiene la posibilidad de explotar la obra a través de diversos empresarios, lo que le beneficia económicamente y desde un punto de vista de sus intereses morales, puesto que la obra puede tener mayor difusión. No obstante, la no exclusividad implica un menor valor económico de la obra para el empresario que la adquiere y la pretende explotar, lo que hace que la norma general sea la cesión en exclusiva, aunque sea en relación con el ámbito territorial en el que se deba producir la representación<sup>518</sup>.

En cuanto al límite temporal, cinco años parece una cifra bastante elevada, teniendo en cuenta que son muy pocas las obras que van a superar el año (junto al conocido ejemplo de *La ratonera*, que estuvo 59 años en cartel, son pocas las obras longevas: *Los miserables*, 27 años en Londres; *The fantasticks*, 42 años o *The black woman* con 22 años, junto con un corto etcétera)<sup>519</sup>. Por tanto, se hace difícil pensar en contratos que contemplen una duración inicial de cinco o más años para que se les pueda aplicar el precepto. Aun suponiendo que se diese el supuesto de hecho, es decir, que se pactase inicialmente la cesión de los derechos para la representación de una obra por un plazo superior a cinco años (quizá una obra que ya haya tenido éxito en el extranjero) la limitación temporal del artículo 75.1 2º LPI sólo aplicará en caso de que la obra haya llegado a los cinco años de vida. Esto me lleva a concluir que este precepto afecta únicamente a casos de obras que tengan éxito comercial<sup>520</sup>. En esta situación, el límite sí que puede ser

---

<sup>517</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 75 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 57.

<sup>518</sup> Como comenta RODRÍGUEZ TAPIA, el pacto de una cesión no exclusiva parece improbable «a nivel local, a menos que se trate de concesionarios sin ánimo de lucro o amateur» [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 75 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 465].

<sup>519</sup> Noticia publicada en *ABC* el 16 de enero de 2013. Disponible en: <http://www.abc.es/cultura/20130115/abci-obras-longevas-201301141900.html>.

<sup>520</sup> Podría pensarse que este artículo también se aplica al supuesto en el que un empresario adquiera los derechos únicamente para impedir que otros exploten la obra (y proteger así sus representaciones de la competencia), sin ánimo de representarla. No obstante, este supuesto ya está cubierto por la combinación de la obligación de estrenar del artículo 75.2 LPI y de la causa de resolución del artículo 81.1º por interrumpir la representación durante el plazo de un año.



beneficioso para los intereses económicos del autor puesto que obligará a las partes a negociar un nuevo contrato, pudiendo el autor (ya con una presumible mejor posición negociadora) obtener condiciones contractuales más beneficiosas del empresario. En este sentido, tendría una función económica parecida a la del derecho de revisión del artículo 47 LPI, como apunta RAGEL SÁNCHEZ<sup>521</sup>.

Entiendo que este artículo también es de aplicación a aquellos contratos en los que se produce una prórroga automática del contrato sin que el autor pueda optar por la no renovación mediante preaviso (por ejemplo, que se renueven en función de los resultados). En este caso, aunque sean duraciones inferiores a cinco años, si como consecuencia de las prórrogas automáticas se llega al lustro, se deberá entender que el contrato ha finalizado. Entender lo contrario sería vulnerar la medida de protección del artículo 75.1 2º LPI, ya que no se estaría dando al autor la posibilidad de renegociar las condiciones. En caso de que el autor pudiese oponerse a la prórroga y dar lugar a una negociación, entiendo que no sería aplicable dicho artículo ya que está en manos del autor la defensa de sus intereses.

Por tanto, se puede concluir que esta medida protege los intereses económicos de aquellos autores que tengan éxito comercial y que hayan pactado una duración inicial superior a cinco años (o prórrogas automáticas). Como hemos visto, esta es una circunstancia bastante improbable y que no afecta a la mayoría de los autores. Además, se aparta sin motivo aparente del régimen general de la cesión de los derechos en exclusiva que no establece plazo máximo alguno<sup>522</sup>. Es cierto que un plazo máximo es una medida que, en caso de éxito, fuerza la renegociación del contrato normalmente en beneficio del autor. La no limitación de la cesión podría llevar a que el empresario teatral adquiriese los derechos durante todo el periodo de vigencia de los mismos, solución de la que no soy partidario, como he manifestado en el contrato de edición musical, puesto que imposibilita al autor para buscar otras vías de explotación de la obra y, en definitiva, perjudica al interés general del público, que no puede acceder a la misma. En este caso, ese efecto no se daría puesto que la resolución por suspender la representación o concierto durante un año (artículo 81.1ºLPI) evitaría que el autor fuese rehén del empresario. Además, partiendo de la base de que estamos ante el sistema de remuneración proporcional (establecido como sistema general

---

<sup>521</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 113.

<sup>522</sup> En este sentido C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Comentario al art. 75 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 58.

por la Ley) no parece que se pueda producir ese enriquecimiento injusto del que parece protegerse al autor (salvo que el porcentaje sea irrisorio). En todo caso, se podría incluir un derecho de revisión en caso de enriquecimiento injusto por parte del empresario.

Por tanto, no pareciéndome mala solución el establecimiento de un plazo máximo como hace la Ley, creo que sería partidario de una solución más acorde con la autonomía de la voluntad que permitiese a las partes establecer el pacto que consideren necesario, con la opción de recurrir a un derecho de revisión.

### **(b) Interpretación restrictiva del contrato**

La segunda medida que corresponde analizar en este apartado es la interpretación restrictiva a la que obliga el artículo 76 LPI, el cual se propone completar la voluntad de las partes en caso de que éstas no hayan determinado en el contrato los actos de comunicación pública que se llevarán a cabo en desarrollo del objeto del contrato. Esta situación parece poco probable en la realidad ya que, como comenta RODRÍGUEZ TAPIA, se antoja difícil que «dos personas que se han molestado en contratar dejen ese aspecto fuera del pacto por imprevisión»<sup>523</sup>. También entiendo que servirá este criterio de interpretación para el caso en el que el contrato no haya llegado a formalizarse por escrito ya que aunque la forma escrita sea obligatoria, hemos comprobado que el contrato verbal es válido.

El primer aspecto que se debe analizar es la relación existente con el artículo 43.2 LPI, el cual proporciona los criterios para suplir la voluntad de las partes en caso de determinadas omisiones contractuales en la transmisión *inter vivos*. El artículo 43.2 suple la falta de mención contractual de la duración de la cesión (estableciendo el plazo de cinco años) y del ámbito territorial (limitándolo al país en el que se realiza la cesión). Estos dos criterios serán de aplicación igualmente al contrato de representación teatral y ejecución musical ya que no están regulados en el artículo 76 y no existe conflicto alguno entre ambos artículos que genere duda alguna sobre su aplicación.

No sucede lo mismo con la omisión de las modalidades de explotación cedidas ya que ambos artículos regulan este aspecto con criterios aparentemente distintos. El artículo 43.2 establece como criterio interpretativo que «la cesión quedará

---

<sup>523</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 78 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 466.

limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir con la finalidad del mismo» mientras que el 76 recoge que las modalidades «quedarán limitadas a las de recitación y representación».

Parece lógico entender que el artículo 76 debe considerarse una norma especial respecto de la general del 43.2 y, por tanto, de aplicación preferente. No obstante, comparto la opinión de PÉREZ DE ONTIVEROS conforme el «carácter supletorio de esta norma implica su aplicación cuando no sea posible delimitar la voluntad concreta de las partes [...]. La especialidad de la norma consiste precisamente en la referencia concreta a las formas autorizadas, pues resulta claro que en primer lugar el ámbito de la cesión deberá limitarse al que se deduzca necesariamente del contrato». <sup>524</sup> Parecería *contra natura* aplicar el criterio formalista del artículo 76 si del contrato se puede deducir claramente la voluntad de las partes.

La segunda cuestión objeto de análisis debe focalizarse en los actos de comunicación pública a los que abarca el criterio del artículo 76 LPI. Partimos de la base de que en virtud del contrato de representación teatral y ejecución musical el autor cede determinados actos que se encuentran bajo el paraguas de la modalidad de comunicación pública, excluyendo el resto de modalidades <sup>525</sup>. De ahí que se pueda realizar una primera crítica a la confusa terminología utilizada puesto que creo que sería más correcto hablar de los «actos de comunicación pública» en vez de las «modalidades» <sup>526</sup>. También me parece confuso utilizar el término «autorizadas» para referirse a modalidades, ya que encuentro que la palabra adecuada sería «cedidas». La segunda crítica es la de hacer referencia a la «recitación» y a la «representación» como actos diferentes cuando la recitación es una forma de representación. Por último, el artículo 76 parece dejar fuera las ejecuciones musicales pues no las menciona. Como hemos defendido en este trabajo, el término representación es inclusivo de la ejecución musical, como bien demuestra el artículo 83 LPI al hablar de la representación de una ejecución pública de una obra musical <sup>527</sup>.

---

<sup>524</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 76 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 64.

<sup>525</sup> Entiendo que los actos de reproducción que son necesarios para llevar a cabo la comunicación pública (p. ej. las copias de los textos o partituras para poder ensayar) están implícitos en la cesión de la comunicación pública al ser instrumentales e imprescindibles.

<sup>526</sup> También hay que señalar el poco acierto de utilizar el término «modalidad» en dos artículos consecutivos, el 75 y el 76, pero con distinto sentido.

<sup>527</sup> En este sentido C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 76 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 63, y M. ANDERSON, «Comentario al artículo 76 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 1098 y 1099.

La tercera y última cuestión es el lugar en el que se ha de llevar a cabo la representación. El artículo 76 entiende que la cesión se realiza i) para teatros, salas o recintos ii) en los que el público debe pagar una entrada.

El hecho de que se deba realizar en un lugar público con una pluralidad de asistentes se puede decir que es el destino natural de la representación, que como decíamos se caracteriza por llevarse a cabo «en directo».

El requisito de que se deba pagar entrada por parte del público para acceder al recinto, la doctrina lo vincula a la onerosidad del contrato<sup>528</sup>. Si bien es cierto que la contraprestación afecta únicamente a las partes del contrato, el pago de la entrada es relevante puesto que el sistema de remuneración proporcional es la regla general establecida por la Ley. Nos podemos plantear qué sucede en el caso de que la omisión se produzca en un contrato en el que las partes cedan los derechos para una representación en la que no se cobra entrada por la razón que sea (por ejemplo, estar organizada por un organismo público para fomentar la cultura o disponer de un patrocinador, lo que no significa que la cesión del autor al empresario sea gratuita). En ese caso, el criterio interpretativo principal, como he defendido, debería ser el de entender cuál fue la voluntad de las partes. Del contrato debería extraerse la gratuidad: seguramente, en el texto aparecerá la finalidad de la representación o se hará mención a la forma de pago, de lo que podrá inferirse la voluntad de las partes. En caso de que aun así no fuese posible conocer la voluntad de las partes, lo que se antoja difícil en la práctica, entiendo que no se entenderían cedidos los derechos para una representación gratuita para el público, aunque parezca inconcebible<sup>529</sup>. El problema se presentaría si se llevara a cabo la representación sin cobrar entrada y la interpretación se realizase *a posteriori*, puesto que ya se habrían vulnerado los derechos del autor.

En conclusión, en caso de que el contrato omita la mención a los actos de comunicación pública cedidos y en caso de que no se infiera del contrato la voluntad de las partes, el artículo 76 considerará cedidos los derechos para la representación pública (incluidas las obras musicales) en lugares públicos en los que se cobre entrada para disfrutar de la obra.

---

<sup>528</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 76 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 63, y M. ANDERSON, «Comentario al artículo 76 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1098.

<sup>529</sup> En contra J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 76 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., pp. 466 y 467.

Desde el punto de vista de la protección de los intereses del autor, en línea con el espíritu del artículo 43.2 LPI, el legislador intenta que éste se desprenda únicamente de lo necesario, conservando el mayor contenido posible de su derecho, lo que busca principalmente defender los intereses económicos del autor. En este sentido, el artículo 76 procura reducir la cesión de derechos a lo imprescindible para la representación en directo, dejando fuera cualquier otro tipo de actos de comunicación pública como la retransmisión o incluso otras modalidades como la reproducción<sup>530</sup> y la distribución. También procura que, en caso de duda, se garantice la retribución del autor, exigiendo que la representación sea a cambio de entrada. Sin embargo, la ejecución de este propósito es algo confusa. Desde el punto de vista técnico, no utiliza un criterio flexible y claro como el del artículo 43.2 sino que emplea un criterio formalista y con mejorables deficiencias terminológicas que inducen a confusión.

Considero que los citados intereses económicos del autor ya se encuentran suficientemente protegidos por la norma del artículo 43.2 LPI, que impedirá la cesión de los derechos que van más allá de la representación en directo. En cuanto al cobro de la entrada, dada la cada vez mayor diversidad del mundo cultural, considero que es un requisito innecesario, debiéndose dejar a la autonomía de las partes la forma de retribución. No por obligar a cobrar entrada se garantiza el cobro de los derechos por parte del autor. Incluso puede que el autor prefiera otro tipo de remuneraciones como ya hemos defendido.

## **2. Medidas de protección de los intereses del empresario**

Una vez analizadas las medidas de protección de los intereses del autor toca ver cómo ha articulado el legislador la protección de los intereses del empresario. En esta ley, concebida desde la protección del autor, son pocos los preceptos en defensa del empresario. Seguramente el legislador entiende que el empresario se encuentra en una mejor posición para defender sus intereses por lo que no es necesario que el texto legal le reconozca una especial protección frente al creador.

### **(i) *Entrega del texto de la obra***

---

<sup>530</sup> Salvo por aquellos actos imprescindibles para llevar a cabo la representación (p. ej. la reproducción de las copias, que estaría amparada por el 80.1ª LPI).

El artículo 77.1º del Texto Refundido obliga al autor a entregar al empresario «el texto de la obra con la partitura, en su caso, completamente instrumentada», salvo que la obra se encuentre publicada en forma impresa.

Está claro que la intención de este artículo es que el empresario disponga del material necesario para poder empezar a desarrollar su actividad. Si no dispone de los textos o de la partitura el empresario no podrá planificar y organizar la función (no es viable contratar al director de escena o a los autores, por ejemplo, sin que vean el texto). En otras palabras, no podrá llevar a cabo el objeto del contrato.

No basta con que el empresario disponga de los textos, sino que estos deben ser los textos exactos de la obra, de ahí que se establezca la obligación de entrega y, posteriormente, se refuerce con la posibilidad de que el autor vise las copias (artículo 80.1ª LPI). Como hemos comentado, la exactitud de los textos protege tanto el interés moral del autor como el interés económico del empresario al tener la certeza de que no vulnerará los derechos del autor y evitará posibles demandas.

En el momento de la firma del contrato la obra puede encontrarse: i) inacabada, ii) finalizada pero no publicada, (ii) publicada pero necesitada de modificación para la representación o iv) publicada tal y como debe ser usada en la función.

En el caso de que esté inacabada<sup>531</sup> [punto i)], a la obligación de entrega del autor se añade la obligación personalísima<sup>532</sup> de finalizar la obra, al igual que en el caso de que la obra se encuentre publicada pero necesite de cierta adaptación [punto iii)]. Entiendo que si la versión final difiere sustancialmente del texto sobre el que se acordó el contrato, el empresario podrá rechazarla por modificación del objeto. Si la obra se encuentra finalizada pero no publicada [punto ii)], también deberá el autor entregar la obra al empresario ya que éste no la podrá obtener de ningún otro modo. Estas tres situaciones requieren una conducta por parte del autor (en algunos casos sólo una obligación de dar y en otros también de hacer)<sup>533</sup>, para que el

---

<sup>531</sup> En este caso me estoy refiriendo a una obra que está prácticamente acabada puesto que en otro supuesto estaríamos ante un contrato de encargo de obra, previo al contrato de representación teatral y ejecución musical.

<sup>532</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 160

<sup>533</sup> Tanto HERNÁNDEZ MORENO y MÉNDEZ GONZÁLEZ como PÉREZ DE ONTIVEROS consideran que esta obligación es accesorias, pese a que los primeros niegan el carácter bilateral y oneroso del contrato frente a la segunda que lo afirma [A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 77 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., pp. 1158 y 1159; y C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 77 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales* p. 65]. Opino, como RAGEL SÁNCHEZ, que no se trata de obligaciones accesorias, ya que tienen una importancia radical para que el contrato pueda llegar a desarrollarse (L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 161).

empresario pueda llevar a cabo sus obligaciones. Además, esta entrega del texto y partitura tiene el efecto añadido de garantizar al empresario la disposición del texto correcto para la representación.

El momento de la entrega será el que se haya pactado en el contrato y, en su defecto, el momento de la conclusión (aplicando las normas generales del Derecho)<sup>534</sup>. El texto y la partitura se deberán entregar en un formato óptimo para que el empresario pueda utilizarlo, lo que se deduce de la expresión «completamente instrumentada» del artículo 77<sup>535</sup>. Curiosamente no se obliga a devolver el original al autor como sucede con el contrato de edición (artículo 64.6º LPI) o en la regulación reglamentaria (artículo 79 RPI). Dado que en este caso no es necesario entregar el original, basta con que se proporcione un ejemplar del que se puedan obtener copias para llevar a cabo la representación. Como comentamos en sede del contrato de edición, las tecnologías digitales han provocado que decaiga el interés por esta cuestión ya que no hay diferencia entre el original y la copia. No obstante, no veo inconveniente a la aplicación del artículo 79 del Reglamento en caso de que el original tenga valor para el autor.

No sucede lo mismo con la situación descrita en el punto iv) en la que el texto está a disposición del empresario, al ya estar publicado<sup>536</sup>, y éste puede empezar a desarrollar su actividad sin la colaboración del autor. Razón por la que el legislador exime en este caso, con un espíritu muy práctico, al autor de la obligación de entrega. En este caso, cobra especial importancia para el empresario que el autor vise las copias para prevenir problemas futuros, en especial si la obra se encuentra publicada en formatos digitales<sup>537</sup>. Parece lógico que uno de los puntos que se deben pactar en el contrato sea la referencia a la publicación exacta a la que debe acudir el empresario (lo que si sucede, hace innecesario que el autor la vise).

La fijación del texto definitivo que se utilizará para la representación tiene su relevancia también a los efectos del artículo 78.2º LPI ya que la obra entregada por el autor o, en su caso, la publicada, será la referencia sobre la que se podrán valorar las posibles modificaciones que impide el apartado 2º del artículo 78.

---

<sup>534</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 77 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 66.

<sup>535</sup> A. HERNÁNDEZ MORENO, y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 77 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1159.

<sup>536</sup> Como comenta RODRÍGUEZ TAPIA: «Si con posterioridad al pacto, es publicada la obra (se edita), no se exime al cedente de cumplir esta obligación» [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 77 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 467].

<sup>537</sup> Para ediciones antiguas también es relevante tener en cuenta si el texto es exacto ya que en ocasiones la acción de la censura provocaba modificaciones que deberían ser subsanadas.

En vista de la importancia del cumplimiento de esta obligación para que el empresario pueda llevar a cabo sus obligaciones, se puede afirmar que las mismas no le serán exigibles si el autor no ha entregado la obra. El incumplimiento de la obligación otorgará al empresario la facultad de resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 1124 CC.

En mi opinión se deberá estar a lo dispuesto en el contrato que es donde se podrá comprobar la relevancia del plazo de entrega: si bien un retraso de unos días parece que no podría justificar la resolución del contrato con carácter general, sí que podría ser un incumplimiento grave y justificar la resolución si así se deduce del contrato que el plazo es esencial (por ejemplo, para poder organizar a tiempo la representación para un festival de verano, habiendo dejado constancia contractual de dicho extremo). No comparto la opinión de cierta doctrina<sup>538</sup> que considera que el artículo 77 no establece realmente una obligación del autor sino una simple «carga», por lo que imposibilita al empresario a resolver el contrato, debiendo acudir en su caso al artículo 1184 CC<sup>539</sup> como única salida.

Vemos que, en el caso de la obligación de la entrega del texto y la partitura, el legislador no ha entendido preciso otorgar un precepto específico para regular las causas de resolución de las que dispone el empresario, como ha hecho con las causas que afectan al autor en el artículo 81 LPI. Esta asimetría en el trato se justifica por la orientación protectora del autor que inspira la Ley. Considero que sería oportuno regular este extremo, en especial para otorgar seguridad jurídica al empresario sobre la no exigibilidad de sus obligaciones en tanto en cuanto no disponga del texto y partitura, así como para explicitar qué sucede con el plazo para el estreno estipulado en el artículo 75. En mi opinión, dicho plazo no puede empezar a computar hasta que el empresario esté en disposición de llevar a cabo sus obligaciones, es decir, desde que dispone del texto o partitura<sup>540</sup>.

Además, regular las causas de resolución dispararía la discusión sobre si estamos ante una verdadera obligación o ante una carga, aportando la seguridad jurídica necesaria al empresario. Una

---

<sup>538</sup> A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 77 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1160.

<sup>539</sup> Artículo 1184 CC:

«También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible».

<sup>540</sup> Aunque el efecto práctico sea el mismo, no creo que se pueda decir que se «suspenden» las obligaciones del empresario (no corriendo el plazo para el estreno del artículo 75 LPI), como argumenta PÉREZ DE ONTIVEROS [C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 77 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, pp. 66 y 67], pero sí que no le son exigibles, por eso sostengo que el cómputo del plazo para el estreno empezará a contar desde que el empresario esté en disposición de organizar el estreno. En sentido parecido L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 161.



inversión como la que requiere una obra no puede quedar en un limbo jurídico que genere la indefensión del empresario.

Por tanto, vemos que la presente obligación procura defender los intereses económicos del empresario pero sin excesivo éxito. La inseguridad jurídica de la redacción y la inexistencia de una sanción al incumplimiento en forma de causa de resolución hacen que la defensa del empresario sea insuficiente.

## (ii) **Garantía de autoría, originalidad y ejercicio pacífico de los derechos**

Quizá sea éste el aspecto más relevante para el empresario. Una vez realizada la apuesta por una determinada obra y su consiguiente inversión, el mayor interés del empresario es poder desarrollar su actividad sin injerencias de terceros relacionadas con los derechos adquiridos.

El Texto Refundido articula la defensa de este interés a través de la garantía recogida en el artículo 77.2º LPI en forma de obligación de «responder ante el cesionario de la autoría y originalidad de la obra y del ejercicio pacífico de los derechos que le hubiese cedido». La fórmula utilizada, aunque seguramente no es la más precisa<sup>541</sup>, es un calco de la establecida para el contrato de edición en el artículo 65.2º LPI, por lo que me limitaré a comentar aquellas cuestiones que sean relevantes en sede del contrato de representación teatral, remitiéndome para el resto a lo ya dicho en el capítulo segundo.

Recordemos que la autoría, la originalidad y el ejercicio pacífico de los derechos son tres cuestiones distintas, aunque íntimamente relacionadas. La autoría implica que el autor de la obra es el creador de la misma, la originalidad conlleva que el texto no esté copiado y, finalmente, el uso pacífico de los derechos exige que el autor no perjudique la explotación con su conducta. Realmente cualquier incidencia con la autoría o la originalidad ya supone una vulneración del ejercicio pacífico de los derechos del empresario, aunque éstos pueden verse vulnerados por más razones.

Entiende RAGEL SÁNCHEZ que «autoría y originalidad son cosas diferentes, pero el precepto analiza intencionadamente la conjunción de estos términos, para aludir al supuesto en el que el autor

---

<sup>541</sup> HERNÁNDEZ MORENO y MÉNDEZ GONZÁLEZ precisan que la obligación de responder se da automáticamente con el incumplimiento y que sería más conveniente hablar de «recomponer el equilibrio económico alterado» [A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 77 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1161].

contratante se atribuye la paternidad sobre una obra teatral original, que resulta ser *un plagio de la obra creada por otra persona*»<sup>542</sup>. Efectivamente, en este supuesto, se estaría vulnerando tanto la autoría (puesto que un autor dice ser el autor de la obra de otro) y la originalidad (puesto que la obra atribuida ya no es original), aunque entiendo que sí que se pueden tratar de forma diferente ambos conceptos, como el ya citado del autoplagio, que no vulnera la autoría pero sí la originalidad.

En cuanto al ejercicio pacífico de los derechos, el caso más probable es el de la cesión del autor a un tercero de derechos previamente cedidos. En ese caso, el autor responderá frente al primer cesionario en virtud de lo establecido en el artículo 77.2º LPI, y frente al segundo por la nulidad del contrato ya que ha cedido lo que no era suyo<sup>543</sup>.

El Reglamento sobre Propiedad Intelectual regulaba el uso pacífico de los derechos por parte del empresario en sus artículos 5 y 68, que deben entenderse derogados por la nueva redacción del Texto Refundido.

Por tanto, se deben traer a colación aquí los comentarios realizados en el capítulo segundo en relación con los intereses del empresario: estamos ante la protección más necesitada del empresario aunque éste tendrá una difícil situación en caso de vulneración de sus derechos. Aunque jurídicamente tenga la herramienta para protegerse puede que, en ocasiones, no logre resarcirse por los daños sufridos si el autor no tiene la solvencia suficiente. Por tanto, en este caso es recomendable tomar aquellas medidas anteriores a la firma del contrato necesarias para garantizar estos extremos.

### (iii) ***Extinción por rechazo del público***

Junto a las dos obligaciones analizadas, el empresario goza de la posibilidad que le otorga el artículo 82 del Texto Refundido de finalizar el contrato en caso de que la obra no tenga éxito. Realmente la Ley no lo configura como una facultad del empresario pero considero que es una medida que protege principalmente los intereses de éste, razón por la que se debe analizar en el presente apartado.

La causa de extinción prevista en el citado artículo, para poder desplegar sus efectos, necesita que se cumplan los siguientes

---

<sup>542</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 164.

<sup>543</sup> A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 77 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1164.

requisitos: i) se trate de una obra de estreno, ii) sea la representación escénica la única modalidad de comunicación, iii) hubiese sido claramente rechazada por el público, iv) la causa de extinción figure en el contrato y v) sea instada por una de las partes.

El primer requisito, que se trate de una obra de estreno, plantea el problema de definir qué se entiende por estreno. El Diccionario de la Real Academia Española define estreno en su acepción teatral como «Representar o ejecutar un espectáculo público por primera vez. Estrenar una comedia, una ópera»<sup>544</sup>. No obstante, creo que la interpretación que se le debe dar a este término en el artículo 82 debe ser más amplia, puesto que en la función del estreno no se puede calibrar si la obra ha sido comercialmente rechazada. El día del estreno, en el que nadie conoce la obra, puede que el teatro esté abarrotado de estrenistas (público, invitados, críticos, etc.) pero eso no significa que la obra no haya sido rechazada. Tampoco nos podemos basar en el criterio subjetivo de lo que opinen los asistentes al estreno ya que no podremos recabar la opinión de todos y puede ser no representativa del futuro de la obra. Por tanto, entiendo que se necesitarán varias funciones para comprobar si la obra ha sido rechazada o no<sup>545</sup>. Creo que ésta es una diferencia esencial con lo que establecía el artículo 89 RPI en el que habla de rechazo en la primera representación.

Creo que también deben tenerse en cuenta otros criterios para delimitar el concepto de estreno conforme a la finalidad del precepto. El primero de ellos es considerar el estreno en el marco del contrato de representación, es decir, entender que son obras de estreno todas las primeras representaciones que el empresario realice como consecuencia de suscribir el contrato de representación con el autor. El hecho de que una misma obra hubiese sido estrenada por otro empresario teatral (por ejemplo, en la misma ciudad) tiempo atrás no debe excluir la condición de estreno de aquellas que se realicen bajo un nuevo contrato con un empresario diferente<sup>546</sup>. Sostengo esta posición sobre la base de que la causa de extinción debe referirse al contrato concreto de las partes y no a la obra en genérico. Esto responde a que se pretende dar una salida con este precepto a una aventura empresarial concreta que puede fracasar.

El segundo consiste en entender que el estreno debe referirse a un ámbito territorial concreto. Puede que una determinada obra tenga éxito en una determinada población y en otra no. Por ejemplo, se puede pensar en una obra humorística basada en clichés particulares de una población, que puede tener cautivado al público local, pero

---

<sup>544</sup> RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=GyI9095>.

<sup>545</sup> En el mismo sentido L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 191.

<sup>546</sup> Esto incluiría las obras realizadas por un mismo empresario en un lapso de tiempo considerable, ya que previsiblemente se firmará un nuevo contrato.

que probablemente no sea apreciado por el público ajeno al lugar y fracase en otras poblaciones<sup>547</sup>. Si bien no debemos llegar a la paradoja de considerar que cada función es un público nuevo<sup>548</sup>, sí que creo que es razonable considerar que el público es nuevo cuando se cambia de localidad y esa nueva representación en un nuevo lugar debe considerarse estreno a los efectos de la Ley.

El segundo requisito que exige la Ley es que la representación escénica sea la única modalidad de comunicación. Pese a las dudas que puede plantear la desafortunada terminología empleada, creo que hay que adoptar el mismo criterio que adoptamos al analizar el artículo 81.1º y entender representación escénica en sentido amplio<sup>549</sup>, incluyendo las obras musicales, y excluyendo únicamente aquellas otras formas de explotación como la radiodifusión. Esto tiene sentido ya que si existen otros compromisos, como la retransmisión por televisión, se sigue que no se extinga el contrato al haber terceros afectados (las televisiones, por ejemplo).

El rechazo por el público, tercer requisito, considero que no debe verse desde una óptica cualitativa sino cuantitativa. Se debe dejar al margen la opinión sobre la calidad de la obra o lo que opine la crítica y fijarse en la asistencia como criterio para el rechazo. El contrato de representación tiene como consecuencia el desarrollo de un negocio que requiere inversión y produce gasto (además de tener consecuencias sobre el buen nombre del autor), por lo que la cláusula de extinción debe ser interpretada bajo ese prisma y no desde un criterio subjetivo de calidad. En caso de que la asistencia no sea suficiente para mantener la actividad empresarial debe considerarse rechazada. Creo que la asistencia debe ser el criterio para evaluar el rechazo, y no la recaudación, por dos cuestiones: i) en caso de que la obra sea de asistencia gratuita (y haya habido una contraprestación al autor), como el caso de una obra o concierto organizado por un organismo público, la recaudación no nos sirve como criterio. No obstante, en este caso también hay un gasto y una inversión que deberían poder ser paralizados en caso de que no haya público y el único criterio válido será el de asistencia. En el caso de ii) una representación con abono de entrada, puede que la recaudación sea mínima debido al bajo precio de las entradas o a la existencia de promociones, pero que el aforo esté completo. En este caso, no podríamos tomar como criterio la recaudación ya que una posible mala planificación comercial del espectáculo por el empresario no

---

<sup>547</sup> Un ejemplo podría ser el del humorista mallorquín Agustín «El Casta», con sus monólogos y personajes como Klaus Kartoffen o Lorenzo Llamas, que pese a su éxito local en Mallorca no ha triunfado fuera de la isla.

<sup>548</sup> Como manifiesta RAGEL SÁNCHEZ, quien está en contra de esta postura y manifiesta que únicamente se debería entender como estreno aquellas obras que presentan un montaje diferente al que había conocido el público, considerado en general (L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 188).

<sup>549</sup> En contra M. CLEMENTE MEORO, «Comentario al artículo 82 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 483.

puede justificar la extinción del contrato, pese a que si se han calculado bien los números asistencia y recaudación irán de la mano.

El cuarto requisito consiste en que esta causa se haya reflejado en el contrato. En mi opinión, condicionar la causa de extinción a que las partes lo hayan pactado, en la práctica hace que este precepto tenga poca utilidad para las partes<sup>550</sup>.

En primer lugar, si partimos de la base de que debe existir consenso entre autor y empresario para aplicar esta cláusula, podríamos pensar que el consenso se podría alcanzar en el momento del rechazo de la obra y finalizar la relación por *mutuo disenso*, sin necesidad de incluir la cláusula. En este caso, la única bondad de la mención contractual sería la de evitar un arrepentimiento de alguna de las partes en el momento del fracaso de la obra.

Y, en segundo lugar, si las partes deciden pactar una cláusula de estas características en el contrato parece lógico que decidan ir más allá y definir parámetros más concretos y objetivos (número mínimo de asistentes, recaudación, etc.) por los que se extinguirá el contrato, no siendo de aplicación por tanto el artículo 82 sino la cláusula contractual.

Estas dos razones me llevan a pensar que en la práctica, con la actual redacción, esta cláusula no tiene gran atractivo real. Creo que, precisamente, la utilidad de esta cláusula y su verdadera protección se producen en situaciones de conflicto entre las partes, no de consenso. Es decir, esta cláusula debería facilitar la resolución al conflicto entre las partes en el que una de ellas quiera resolver (por estar sufriendo un perjuicio) pero la otra no (por ejemplo, por estar convencida de que sólo es un mal inicio pero que la obra finalmente tendrá éxito). Como hemos visto, esto sólo se produce tangencialmente.

En conclusión, creo que esta cláusula se debería aplicar en todo caso y no condicionarla a que se haya incluido en el contrato. Precisamente su utilidad reside en proteger a las partes cuando nada han pactado<sup>551</sup>, evitando que la parte perjudicada siga soportando el perjuicio. También sería partidario de procurar aportar algún dato objetivo, consensuado con el sector, para entender qué se entiende por «rechazo» en términos de asistencia en relación con el aforo. Esto

---

<sup>550</sup> HERNÁNDEZ MORENO y MÉNDEZ GONZÁLEZ albergan «serias dudas sobre la utilidad del precepto, pues, a la postre, lo único que expresa es la posibilidad de que, tratándose de un contrato de representación teatral que tenga por objeto la representación escénica de una obra de estreno, las partes puedan introducir en él, explícitamente, una causa de extinción del mismo» [A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 82 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1187].

<sup>551</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 192.

no obsta para que si las partes estuviesen de acuerdo en continuar lo pudiesen hacer, como veremos en el próximo párrafo.

El quinto y último requisito establece que no es suficiente con que se produzca la causa de extinción sino que una de las partes debe instarla. Creo que es una buena solución, en aras de la autonomía de la voluntad, que una de las partes deba instar la extinción ya que se deja la puerta abierta a que las partes, si están de acuerdo, continúen con las representaciones. Si se produjese la extinción de forma automática se podría perjudicar los intereses de las partes que desean continuar, y no sería la primera vez que una obra que no tiene éxito en las primeras representaciones lo obtenga con el tiempo, como por ejemplo la famosa obra *Tío Vania* de Antón Chejov, que pese a haberse convertido en una obra teatral de referencia no tuvo éxito en sus primeras representaciones llevadas a cabo por el famoso director escénico Konstantín Stanislavski, creador del método interpretativo que lleva su nombre.

Dos consideraciones adicionales antes de concluir. En primer lugar, al tratarse de una causa de extinción<sup>552</sup>, no correspondería indemnización alguna entre las partes, compartiendo autor y empresario el fracaso de la obra<sup>553</sup>. No obstante, la extinción del contrato va a tener efectos más allá del contrato de representación para el empresario, quien tendrá que paralizar la organización de las funciones. Por eso es conveniente que el empresario traslade esta cláusula de extinción al contrato de producción teatral que mantenga con los intervinientes en la obra (director de escena, actores, etc.), con la correspondiente previsión de lo que sucederá en caso de extinción (indemnizaciones a pagar, si procede, etc.).

En segundo lugar, la previsión del artículo 82, como comenta CLEMENTE MEORO, no puede ser interpretada a *sensu contrario* en el sentido de impedir la inclusión contractual de causas diferentes a la regulada en este artículo<sup>554</sup>, como puede ser ampliar la causa a otras modalidades o a periodos que no sean de estreno<sup>555</sup>.

Podemos concluir que esta medida está enfocada a proteger principalmente el interés económico del empresario. Si bien es cierto que parte de la inversión ya estará realizada y no será recuperable el coste hundido, esta cláusula permite al empresario no incrementar su

---

<sup>552</sup> RAGEL SÁNCHEZ argumenta que la Ley yerra al utilizar la palabra «extinción» para una causa que no opera automáticamente, sino que encajaría mejor con «una denuncia o desistimiento del contrato basada en una justa causa» (L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 187).

<sup>553</sup> M. CLEMENTE MEORO, «Comentario al artículo 82 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 482.

<sup>554</sup> M. CLEMENTE MEORO, «Comentario al artículo 82 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., pp. 483 y 484.

<sup>555</sup> Expresado en forma de pregunta retórica, parece estar a favor de esta argumentación C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Comentario al art. 82 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 89.

pérdida con costes futuros en caso de fracaso de la obra. El autor también puede verse beneficiado por este precepto en caso de que considere un desprestigio el continuar con representaciones cuyo aforo esté vacío. No obstante, considero que a quien más beneficia una medida como ésta es al empresario, ya que el autor asume también el lucro cesante y, si cree en la calidad de su obra, la imposibilidad de darla a conocer.

Pese a la buena intención del legislador, hemos visto que la medida es imperfecta dado que se debe pactar contractualmente en vez de aplicarla por defecto. Y los términos utilizados para precisar su aplicación son ciertamente vagos e imprecisos, tanto en la definición de «estreno» o «rechazo» como en el tipo de obra que está sujeta a la cláusula.

#### (iv) ***Elección de los intérpretes principales y del director***

El apartado segundo del artículo 80 LPI dispone que el autor y el empresario elegirán de mutuo acuerdo a los intérpretes principales y, en su caso, al director de la orquesta, de los coros, de los grupos de baile o de los conjuntos artísticos análogos.

Atribuir al autor el reparto de los papeles ha sido una tradición en nuestro Derecho<sup>556</sup>. El artículo 84 del Reglamento de Propiedad Intelectual recogía esta tradición estableciendo que el autor «siempre tiene derecho a hacer el reparto de los papeles de su obra». El actual precepto (artículo 80 LPI) deroga sin duda este derecho e introduce varios cambios que restringen la capacidad de elección: i) en primer lugar, desposee al autor de esa capacidad exclusiva de elección y prevé que sean las partes, de manera consensuada, quienes escojan a los intérpretes y al director; ii) en segundo lugar, se permite el pacto en contrario, por lo que el autor podrá renunciar a realizar la elección en favor del empresario o viceversa, y iii) por último, la letra del artículo 80.2º LPI limita la capacidad de elección consensuada únicamente a los intérpretes más significados (excluyendo a los secundarios). Sobra decirlo, pero este precepto tan sólo aplicará en caso de que la elección de los intérpretes o del director se produzca en un momento posterior al contrato, ya que si están seleccionados los intervinientes en el momento del contrato, este artículo no tiene sentido.

Para el caso de que se aplique este artículo, el primer punto i) enumerado implica que la contratación se debe realizar

---

<sup>556</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS cita a ADENIS para ilustrar que en el siglo XVII la legislación recogía esta facultad del autor [C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 80 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 79].

conjuntamente entre las dos partes. Es decir, se debe encontrar el equilibrio entre los intereses de autor y de empresario o, lo que es lo mismo, de los intereses morales del autor y los económicos del empresario. Entiendo que la colaboración entre las partes se reduce a consensuar los nombres de las personas que deban ser contratadas. Una vez acordados los nombres, la gestión de las negociaciones y de la contratación debe corresponder al empresario ya que esta actividad es una actividad empresarial propia de la organización del espectáculo y será este último quien negocie y firme, en nombre propio, el contrato con los intérpretes y el director.

El artículo 80.2º LPI únicamente hace referencia al autor como sujeto capaz de participar en la elección de los intervinientes. Nos podemos plantear qué sucede si el autor no es parte del contrato por ser el titular cedente de los derechos un tercero que los haya adquirido previamente al autor o un heredero. Entiendo que, dado que se admite el pacto en contrario, se podrá excluir dicha posibilidad contractualmente. En caso de que no se excluya, entiendo que el autor, aunque no sea parte, podrá exigir su participación (gratuita) en la elección de los intérpretes principales o del director. Creo que es una posibilidad que no aplica a los herederos puesto que este precepto protege una faceta moral del autor que sólo éste puede llevar a cabo de manera personalísima. Como ya hemos comentado, el intérprete será el vehículo por el que llegue al público la obra.

El punto ii) es relevante en cuanto el autor participará en la elección de los intérpretes y del director siempre que no se excluya esta posibilidad. Este punto me hace pensar que la mejor posición negociadora del empresario aquí va a tener transcendencia pues parece lógico que éste quiera asesorarse por el autor pero tener la última palabra sobre la contratación. En este sentido, la configuración del artículo me parece más favorable al empresario que al autor.

El punto iii), la elección de quienes van a aparecer en escena, plantea un problema interpretativo. El artículo 80.2º LPI limita la elección conjunta a aquellos intérpretes que ocupen un lugar «principal» en la obra, es decir, los protagonistas en el caso de obras de teatro o solistas en el caso de las ejecuciones musicales. Determinar quiénes son los intérpretes principales no siempre será sencillo. ¿Y para el resto? La respuesta será que el empresario tendrá total libertad<sup>557</sup> para escoger a aquellos intérpretes o ejecutantes secundarios siempre que puedan desarrollar su papel con solvencia<sup>558</sup>. En el caso

---

<sup>557</sup> HERNÁNDEZ MORENO y MÉNDEZ GONZÁLEZ argumentan que la elección corresponde al empresario en virtud del *favor debitoris* [A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 80 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1173].

<sup>558</sup> Curiosamente, HERNÁNDEZ MORENO y MÉNDEZ GONZÁLEZ sostienen que el empresario «no podrá contratar a los peores, o menos cotizados, ni deberá contratar a los mejores, o más cotizados», lo que puede interpretarse como un deber de contratar a los mediocres. Creo que realmente se debe contar con



de los «conjuntos artísticos» (orquestas, coros y grupos de baile según la Ley) el empresario también estará legitimado para contratar libremente a los miembros de los mismos, debiendo también configurar o contratar un grupo capaz de representar o interpretar la obra<sup>559</sup>. La elección conjunta sólo recaerá sobre el protagonista del conjunto, es decir, el director.

No es extraño que se produzcan conflictos en este terreno puesto que el empresario generalmente partirá de una visión de negocio, tendiendo a la contención de costes, y el autor tendrá una visión más artística. Esto puede llevar a discrepancias en cuanto a quién debe interpretar o ejecutar la obra (atendiendo al caché de cada artista). También puede suceder que los intérpretes seleccionados de común acuerdo rechacen la propuesta o que no puedan llevarla a cabo por algún imprevisto y el conflicto se produzca con el sustituto si no está seleccionado de antemano. Entiende la doctrina<sup>560</sup> que en caso de discrepancia sobre la elección de los intérpretes o del director, será el juez quien dirima el asunto.

Por tanto, parece que el legislador plantea una concepción más empresarial de la elección de la representación de la obra, apartándose del criterio tradicional recogido en el Reglamento. Se ha reducido la capacidad de decisión del autor en favor del empresario que, en definitiva, es quien va a contratar a los intervinientes. Se le otorga al empresario una mayor flexibilidad en el momento de contratar y se centra la participación del autor en aquellos que van a influir de manera más decisiva en la percepción que tenga el público de la obra (los intérpretes principales y el director).

Parece claro que se están protegiendo los intereses económicos del empresario al darle total libertad en cuanto a la contratación de los participantes secundarios, pudiendo negociar con éstos autónomamente. Por otra parte, se protege el interés moral del autor al darle la oportunidad de contribuir a que la representación de su obra sea lo más próxima posible a su idea artística mediante la elección de aquellos intérpretes o directores que la pueden hacer realidad. Este interés se encuentra limitado por el interés del

---

intérpretes y ejecutantes capaces de desarrollar perfectamente su función y cuánto más capaces sean, mejor [A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 80 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1173].

<sup>559</sup> Entiende RODRÍGUEZ TAPIA que es un equívoco que el autor no pueda participar en la elección del grupo, ya que lo lógico es que el autor deba prestar su consentimiento sobre el total del grupo, no sobre cada uno de sus miembros [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 78 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 470]. Creo que tal y como está redactado, corresponde a la voluntad del legislador excluir al autor de la elección del grupo.

<sup>560</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 80 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 80, y A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 80 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1172.

empresario, al exigir consenso con éste, y porque se reduce a las figuras principales de la función. También puede limitar la protección del interés del autor la posibilidad de renunciar a este derecho.

### (v) ***Elaboración de la publicidad***

Un aspecto crucial para el éxito de la obra suele ser la promoción que se realiza de la misma. Bajo mi punto de vista la función de promoción es claramente una competencia del empresario como parte de la organización de la representación. No obstante, el Texto Refundido permite al autor participar, salvo pacto en contrario, en la redacción de la publicidad de los actos de comunicación (artículo 80.3º LPI).

Este artículo sugiere varios interrogantes. El primero de ellos es el empleo de la expresión «redacción de la publicidad», que la doctrina conviene en que el término redacción debe ser entendido en sentido amplio<sup>561</sup> como sinónimo de elaboración de cualquier acto publicitario por el que se ponga en conocimiento del público la obra, con lo que estoy totalmente de acuerdo<sup>562</sup>.

La segunda cuestión es cómo se compagina la regulación de la Ley de Propiedad Intelectual con los artículos 85 y 86 del Reglamento<sup>563</sup>. Los artículos 85 y 86 no hacen referencia a la «publicidad», como la Ley de Propiedad Intelectual, sino que únicamente hablan de «carteles y programas impresos o manuscritos» y de «carteles», respectivamente. Además, el artículo 85 obliga a i) respetar los títulos de la obra tal y como han sido concebidos por el autor («sin

---

<sup>561</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 80 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 80; y A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 80 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1173.

<sup>562</sup> HERNÁNDEZ MORENO y MÉNDEZ GONZÁLEZ manifiestan que el «programa exacto» al que hace referencia el artículo 78.5º LPI debe considerarse como parte de la publicidad en la que el autor debe de participar. Discrepo con esa afirmación en el sentido de que el programa al que se refiere el artículo 78.5º es realmente la planificación de las funciones que seguramente será previa (y servirá de base) para la redacción del programa definitivo al que va a acceder el público [A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 80 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1173].

<sup>563</sup> Se transcriben a continuación los artículos 85 y 86 del Reglamento sobre propiedad intelectual de 1880:

«Artículo 85.

En los carteles y programas impresos o manuscritos de las funciones se anunciarán precisamente las obras con sus títulos verdaderos sin adiciones ni supresiones, y con los nombres de sus autores o traductores, salvo la facultad que el artículo 86 de este Reglamento reserva a los autores, castigándose con multa, que podrán imponer los Gobernadores o los Alcaldes donde aquellas autoridades no residiesen, la omisión de cualquiera de estos requisitos, los cuales se observarán aun para las obras que hubiesen pasado al dominio público, sin que tampoco puedan en ningún caso anunciarse con sólo los títulos genéricos de tragedia, drama, comedia, zarzuela, sainete, fin de fiesta y otros».

«Artículo 86

La redacción del cartel, en lo que concierne a una obra nueva, corresponde al autor o autores, quienes pueden impedir o exigir que se publique su nombre antes del estreno».

adiciones ni supresiones») y a ii) que aparezcan los nombres de los autores o traductores.

Del análisis de estos elementos citados del artículo 85 RPI se puede extraer una primera conclusión: este precepto está protegiendo tanto el derecho de integridad como el de paternidad (incluso del traductor). La segunda es que no creo que dicho contenido contravenga lo dispuesto por la Ley de Propiedad Intelectual sino que debe interpretarse como una concreción del artículo 14 LPI para la integridad y la paternidad en un género concreto. Esto significa que dicho precepto debe considerarse vigente en estos dos extremos, no en otros que mencionaremos a continuación.

Estas dos conclusiones nos deben llevar a que la obligación de convenir la redacción de la publicidad quedará circunscrita únicamente a los carteles y programas impresos de la obra. Para el resto de formatos publicitarios se deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 14 LPI para los derechos de integridad y paternidad. No tendría sentido aplicar el artículo 85 RPI a nuevos formatos publicitarios que, por su brevedad, no permiten la aparición del nombre (pensemos, por ejemplo, en los denominados «*banners*» de publicidad).

Considero que no será de aplicación la sanción administrativa prevista en el artículo 85 para el incumplimiento del precepto, debiéndose acudir, para la defensa de los derechos del autor, a los cauces del Derecho privado.

El artículo 85 también hace una referencia final a que estas obligaciones se aplicarán a las obras en dominio público. Considero que dicho mandato sigue vigente dada la imprescriptibilidad de los derechos morales.

El artículo 86 hace referencia a los carteles de una obra nueva, facultando al autor a i) exigir que su nombre aparezca o a ii) prohibir dicha aparición. Creo que también es perfectamente compatible este precepto con la legislación actual, ya que no deja de ser una concreción del derecho de divulgación, en el que el autor puede decidir si la divulgación «ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente» (artículo 14.2ª LPI).

La tercera cuestión es qué sucede si el autor no es parte del contrato (ya sea por haberlo cedido *inter vivos* o *mortis causa*). Como defenderé para el caso del artículo 80.2º LPI, entiendo que se debe realizar una interpretación literal del precepto y facultar únicamente al autor para estas cuestiones puesto que se trata de una defensa que podríamos denominar personalísima. Por tanto, si el autor no es parte del contrato pero está vivo, entiendo que estará legitimado

para participar en la redacción de la publicidad, salvo que las partes hayan pactado lo contrario. Si ha fallecido, no podrán sus herederos participar en la redacción bajo ningún supuesto. Cuestión distinta es si el resultado de la publicidad atenta contra sus derechos morales. En ese caso, tanto el autor que no haya participado en la redacción como el heredero, en caso de haber fallecido el autor, podrán defender los intereses morales según el artículo 14 LPI.

La cuarta cuestión es relativa a la admisión del pacto en contrario. Por una parte, esta posibilidad hace que los artículos 85 y 86 del Reglamento se conviertan en artículos dispositivos. Por otra, se vuelve a someter la defensa de los intereses morales del autor a la capacidad de negociación que tenga con el empresario. En todo caso, si bien se podrá renunciar al contenido del artículo 80 LPI, no se podrá renunciar al del artículo 14 LPI en ningún caso.

A la vista de lo expuesto, considero que el Texto Refundido adopta una postura más próxima a la concepción de negocio que el Reglamento, al convertir la participación del autor en la publicidad en una cuestión dispositiva. El precepto sigue protegiendo los intereses morales del autor para que la publicidad de su obra respete la paternidad de la misma y no transmita una imagen equivocada que pueda menoscabar su crédito o el de su obra. Es lógico que sea una cuestión a convenir entre las partes, puesto que es una relación presidida por el *intuitu personae* entre ambos. Puede que el autor se fíe suficientemente del empresario y no crea necesario participar en la elaboración de la publicidad. Además, siempre tendrá a su disposición (*a posteriori* aunque antes de que se inicie la campaña) el artículo 14 LPI para la defensa de sus intereses si los soportes de la campaña dañasen sus intereses.

He argumentado que la función de promoción es claramente parte de las competencias del empresario, por lo que considero que la iniciativa de la campaña, medios, diseño y demás detalles de la misma deben corresponder a éste. Se debe entender la participación del autor (la «redacción» en palabras de la Ley) bajo el principio de proporcionalidad y en la medida que sea necesaria para la protección de sus derechos, es decir, su participación se deberá limitar a que no se vulneren sus intereses, pero en ningún caso podrá cuestionar u oponerse a la campaña en otros aspectos. Entiendo que el mandato legal debe entenderse en sentido de supervisión, sin perjuicio de que el empresario pueda valerse de la colaboración que estime oportuna del autor al margen de la obligación legal. Desde un punto de vista práctico, la ventaja de incorporar al autor en la fase de elaboración de la publicidad es la de prevenir conflictos futuros que retrasen la campaña una vez diseñada por oposición del autor.

Es complejo determinar si esta medida protege al empresario o al autor. Por una parte, ya hemos hecho referencia a los artículos 85 y 86 RPI al hablar de las medidas de protección de la paternidad y la integridad. Sin embargo, me he decantado por incluir este análisis en las medidas para la defensa de los derechos del empresario a fin de destacar la mayor autonomía que le concede la Ley para la defensa de sus intereses. Creo que esta norma avanza en la protección del interés empresarial en detrimento del derecho moral amplio.

#### (vi) **Comunicación mediante radiodifusión**

Se ocupa también la Ley de regular la radiodifusión de la representación escénica o ejecución musical. Cabe la posibilidad de que el autor pacte con el empresario o con un tercero (normalmente una entidad de radiodifusión), la cesión de los derechos de la representación o ejecución de la obra para su radiodifusión (pensemos en un concierto). Esto puede suceder en el momento de suscribir el contrato o en un momento posterior.

Si el derecho se cede en el mismo contrato de representación teatral o ejecución musical, seguramente se cederá al empresario el derecho exclusivo para la radiodifusión con el objetivo de que éste lo comercialice y, a su vez, lo acabe cediendo a un radiodifusor (salvo que el mismo empresario realice la radiodifusión, cosa poco probable). Podría también ocurrir que el autor cediese directamente al radiodifusor los derechos, supuesto aún más extraño. En todo caso, el contrato con la entidad de radiodifusión (lo firme el autor o el empresario), que denominaremos contrato de radiodifusión de la representación teatral y ejecución musical, se deberá someter a las normas analizadas en este capítulo, con algunas excepciones.

La primera excepción es la inaplicación del artículo 81.1 LPI por mandato legal (84.1 LPI). Se excluye, por tanto, la interrupción del contrato de radiodifusión por el cese de la emisión o retransmisión de la obra por el plazo de un año. Esta excepción es lógica atendiendo a que la radiodifusión de una representación teatral o ejecución musical suele ser única, ya que el televidente no estará dispuesto a visionar la misma obra periódicamente. El mayor alcance de público de la radiodifusión hace que el legislador opte por excluirla expresamente.

Junto a esta exclusión explícita, la doctrina reconoce varias disposiciones que no serán de aplicación por la propia naturaleza de la radiodifusión, como son i) el rechazo del público a la obra (artículo 82 LPI)<sup>564</sup>; ii) la aplicación del sistema de remuneración proporcional

---

<sup>564</sup> RODRÍGUEZ TAPIA entiende que es inaplicable. Sin embargo, PÉREZ DE ONTIVEROS entiende que sí que sería aplicable si la obra se radiodifundiese por capítulos. En mi opinión, cada capítulo sería una

(78.4º LPI); iii) la declaración de ingresos (78.5º LPI) y la garantía del cobro de la remuneración (79 LPI), puesto que lo normal será el pago a tanto alzado y, por último, iv) la interpretación restrictiva del contrato, al ser la representación una realidad sobre la que nada cabe interpretar (76 LPI)<sup>565</sup>.

En el caso de que sea el autor quien ceda los derechos a la entidad de radiodifusión al margen del empresario, cabe hacerse una pregunta: ¿debe el empresario soportar la radiodifusión o se necesita su consentimiento para llevarla a cabo? Creo que es posible defender, desde un punto de vista teórico y bajo el prisma únicamente de la propiedad intelectual, que no es necesario su consentimiento aunque no tendrá la obligación de soportar la grabación<sup>566</sup>. Desde un punto de vista práctico la respuesta será la contraria: el empresario tendrá el control de acceso al local, pudiendo impedir la grabación. Por tanto, seguro que será preciso recabar el consentimiento del empresario. A esto se añade otro problema para el autor cedente como el de que los intérpretes y ejecutantes también deberán autorizar la radiodifusión de la representación para que ésta se pueda llevar a cabo (108 LPI). Esto sin tener en cuenta que suele ser habitual que los intérpretes cedan al empresario sus derechos en el contrato de producción teatral o musical.

Al margen del caso excepcional de la cesión directa por parte del autor, lo habitual es que sea el empresario quien trate con la entidad de radiodifusión. Por tanto, sería lógico que el empresario trasladase tanto al contrato de producción teatral como al de radiodifusión aquellas obligaciones contractuales que haya asumido con el autor en el contrato de representación teatral (si las mismas pueden afectar a la entidad de radiodifusión o a los intérpretes y ejecutantes).

Por mandato del artículo 76 LPI, que impone la interpretación restrictiva de la cesión, la transmisión de los derechos necesarios para la radiodifusión se debe pactar expresamente entre las partes. Aun así, en el caso de que se pacte la cesión pero nada más se diga en el contrato, el artículo 84 LPI suple la voluntad de las partes limitando la cesión de la siguiente forma: i) la cesión se entenderá hecha para una sola comunicación pública, ii) la comunicación

---

representación diferente, por lo que no cabría esa opción. Creo que la única opción para la aplicación de este precepto sería fragmentar la obra en pequeños capítulos de corta duración y emitirlos en diferentes días. Sin embargo, eso contravendría la obligación de respetar la integridad de la obra [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 84 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 486; y C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 84 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 96].

<sup>565</sup> Respecto de los puntos ii) y iii): C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 84 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 96.

<sup>566</sup> En contra A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 84 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1193.

únicamente podrá ser realizada por medios inalámbricos y a través de centros emisores de la entidad de radiodifusión autorizada y iii) el ámbito territorial será el determinado en el contrato de representación teatral o ejecución musical.

Sigue el artículo 84 LPI la línea protectora del autor (o del empresario causahabiente) estableciendo una cesión restrictiva de los derechos, en caso de falta de mención en el contrato. En caso de silencio, es muy razonable que se limite la cesión a una sola comunicación pública (en coherencia con lo establecido en el artículo 36.3 LPI) para evitar un uso indiscriminado de la obra que pueda perjudicar su explotación, en especial con el uso de las tecnologías disponibles hoy en día. De todas formas, en la práctica parece raro que las partes no concreten este extremo, en especial si una de las dos es una entidad de radiodifusión. Puede presentar especiales problemas prácticos si el contrato entre el autor y el empresario no dice nada y posteriormente se acuerdan varias comunicaciones públicas entre el empresario y el radiodifusor.

Dispone también el artículo 84 LPI que la comunicación pública deberá ser realizada por medios inalámbricos y a través de centros emisores del radiodifusor. La distinción entre medios alámbricos o inalámbricos que recoge nuestra Ley de Propiedad Intelectual (artículo 20 LPI) creo que ha quedado obsoleta<sup>567</sup>. La tecnología utilizada dará una idea al cedente del público al que va a llegar su obra y le ayudará a calcular el impacto que eso va a tener sobre la explotación de la representación y, por qué no, sobre la remuneración que puede obtener. También le ayudará a perfilar otros aspectos (como la manipulación a la que puede verse sometida la obra, la facilidad de copia, etc.). Hoy en día, con la irrupción de las nuevas tecnologías y su traducción en el derecho de «puesta a disposición», la diferencia entre tecnologías creo que se ha tornado algo confusa. Si la función de este artículo es la de recoger el impacto que puedan tener las tecnologías de la comunicación sobre la representación teatral, sería más práctico fijarse en las ventanas de explotación de las obras que no en las tecnologías concretas que las soportan. Además, se hace necesaria una mención al nuevo derecho de puesta a disposición del artículo 20.2.i) LPI, que entiendo que entraría en el ámbito de aplicación del artículo 84 ya que la puesta a disposición puede ser «por procedimientos alámbricos o inalámbricos».

Por último, dice el artículo 84 que el ámbito territorial será el ámbito territorial determinado en el contrato. Tanto para el supuesto en el que el empresario sea quien firme con el radiodifusor como para el supuesto en el que lo haga el propio autor directamente, entiendo

---

<sup>567</sup> Incluso la doctrina entiende, con lógica, que es viable transmitir la representación por cable [C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 84 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 97].

que el «contrato» al que se refiere este precepto no es al acuerdo que se suscribe con el radiodifusor sino al contrato de representación teatral entre autor y empresario que dará lugar a la escenificación que será radiodifundida. Por tanto, el legislador establece una íntima relación entre ambos contratos, en cierta manera condicionando el del radiodifusor al de representación teatral.

En conclusión, el artículo 84 pretende regular, sin mucho éxito, el destino de la obra cuando sale de su hábitat natural, que es la representación en vivo en el teatro. Este precepto impone una interpretación restrictiva, que favorece la explotación de la propia obra, por lo que se protegen indirectamente los intereses patrimoniales de autor y empresario. Sin embargo, creo que el más favorecido con esta regulación es el empresario, al que se facilita una regulación protectora para la explotación a través de una nueva ventana. En especial si se tiene en cuenta que habitualmente será el titular de los derechos. También hay que comentar que el precepto no responde a la realidad de la explotación de las obras a través de redes y hace que sea difícilmente aplicable y esté necesitado de urgente revisión.

#### (vii) ***Sistema de simples autorizaciones***

El Capítulo III, dedicado al contrato de representación teatral y ejecución musical, cierra con un precepto dedicado a las que denomina «simples autorizaciones», cuya interpretación no es sencilla.

El artículo 85 dispone que será de aplicación toda la regulación del capítulo a «las autorizaciones que el autor conceda a un empresario para que pueda proceder a una comunicación pública de su obra, sin obligarse a efectuarla».

Por su ubicación sistemática parece lógico interpretar que este precepto se está refiriendo a las comunicaciones públicas y a las obras que son objeto del contrato de representación teatral y ejecución musical (y, por extensión, del contrato de radiodifusión de las mismas).

Lo lógico sería entender el concepto «autorización» como contrapuesto al de «cesión», en el sentido de una cesión más limitada en la que el autor sigue disponiendo de la titularidad<sup>568</sup>. Eso

---

<sup>568</sup> C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 85 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 98.



implicaría que la autorización no pudiese ser en exclusiva<sup>569</sup> puesto que si se concediese en exclusiva el autor estaría desposeído de la titularidad. Dado que no existe la obligación por parte del empresario de llevar a cabo la obra, no se le deberían aplicar las obligaciones que le obligan a organizar la representación (artículos 75, 78.1º, 81.1º, ya que no es una cesión exclusiva, y 81.2º LPI). Si finalmente se lleva a cabo la representación o ejecución, se aplicará el régimen estudiado. Por tanto, entre la cesión no exclusiva operada en un contrato de representación teatral y ejecución musical y la simple autorización únicamente hay una diferencia: la no obligación de representar la obra. Esta interpretación podría ser entendible como una forma de someter un contrato atípico (lo que sucedería al extraer la obligación de llevar a cabo la representación de las obligaciones del contrato de representación teatral) a esta regulación.

Sin embargo, en mi opinión, no tiene sentido una interpretación en la que precisamente se elimina una obligación que es piedra angular de los intereses del autor y del público<sup>570</sup>. Creo que una disposición como la presente pretende cubrir el periodo de incertidumbre que se produce desde que el empresario<sup>571</sup> decide organizar la función hasta que ésta es viable. El empresario no organizará la función sin haber garantizado la financiación suficiente y la participación de directores o intérpretes clave. Sin embargo, quizá no sea posible conseguir el dinero y la participación de éstos sin un compromiso de cesión por parte del autor.

En definitiva, por un lado, este precepto evita que el empresario se vea obligado a una representación en caso de no conseguir financiación o los elementos imprescindibles para la misma (aforo, músicos, actores, etc.). La obligación de tener que llevar la representación a cabo bajo cualquier circunstancia podría ser un freno para aquel empresario que quiere, por ejemplo, organizar una representación de una obra transgresora. Por otra, le otorga la suficiente garantía sobre la adquisición de los derechos como para poder convencer a los agentes implicados (bancos, administraciones públicas, músicos, actores, etc.) de llevarla a término. Por tanto, considero que estaríamos ante una «opción de contrato» tal y como argumenta RAGEL SÁNCHEZ<sup>572</sup>. Dicha autorización, además de gratuita u onerosa, entiendo que también podría otorgarse en exclusiva para no frustrar el fin perseguido por el empresario.

---

<sup>569</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 85 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 488.

<sup>570</sup> PEREZ DE ONTIVEROS dice que «será frecuente su atribución en atención a la concurrencia de determinadas circunstancias marcadas por las relaciones de carácter personal entre el concedente y el autorizado». Personalmente, no acierto a identificar qué circunstancias pueden permitir la supresión de esta obligación en el marco de la interpretación descrita [C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al art. 85 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 98].

<sup>571</sup> Se debe entender empresario en sentido amplio, incluyendo iniciativas *amateurs*.

<sup>572</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 38.

También considero que se debería facilitar por parte del autor los textos necesarios, en cumplimiento del artículo 77.1º, para que el empresario pueda llevar a cabo su actividad.

Esta medida creo que está pensada para favorecer la labor de gestión y aliviar de riesgo al empresario. Es cierto que, indirectamente, favorece al autor ya que tiene más posibilidades de que su obra vea la luz, así como al público en general puesto que facilita la organización de conciertos y representaciones. Pero el elemento fundamental, a quien protege, considero que es al autor y al interés de su inversión.

### **3. Medidas de equilibrio entre los intereses del autor y del empresario**

Como se puede observar, a medida que la explotación de la obra se vuelve más compleja y requiere mayor inversión, se protegen de manera más clara los intereses de autor y, en especial, del empresario. Esto hace que en este apartado únicamente nos refiramos a una medida de equilibrio (aunque también es principal para el autor).

#### **(i) *Plazo para el acceso del público a la obra***

El legislador quiere impulsar a las partes del contrato para que la obra llegue a representarse o ejecutarse de manera efectiva, razón por la cual el artículo 75 LPI obliga a realizar la mención obligatoria en el contrato, verbal o escrito, del plazo dentro del cual debe llevarse a efecto la primera o única comunicación, estableciendo un límite de dos años para dicho plazo (sea la cesión en exclusiva o no).

Nos podemos plantear si dos años es un plazo razonable. Se ha de tener en cuenta que dicho plazo afecta tanto a obras que requerirán de una producción larga (pensemos en una ópera como *Aida*, con múltiples músicos, escenario, vestuario, etc.) como a obras cuya producción no será tan compleja (como la representación de *Cinco horas con Mario* o un concierto a capela de Bobby McFerrin). Eso implica que debemos tomar como referencia la organización de las obras de mayor complejidad, que son las que necesitan de mayor tiempo. Entiendo que atendiendo a la complejidad, a la necesidad de financiación y a los posibles compromisos comerciales previos del empresario, parece que dos años es un plazo suficiente.

En caso de omitir el plazo en el contrato el artículo 75.2, en su segundo párrafo, dispone que éste será de un año, con el matiz de

que si se trata de una representación escénica se entenderá que el plazo para la representación es el tiempo que quede hasta la finalización de la temporada teatral en la que se firma el contrato. Aquí nos encontramos ante el problema de la ambigüedad de definir qué es una temporada teatral, ya que puede ser, como indica RODRÍGUEZ TAPIA, anual, estival, navideña, etcétera<sup>573</sup>. Sectorialmente, la mayoría suelen estar definidas (Festival de Salzburgo, Fiesta Internacional de Teatro Clásico de Mérida, etc.), debiendo acudir a las prácticas del sector para averiguarlo<sup>574</sup>.

Lo habitual será que el autor haya entregado la obra al empresario en el momento de formalización del contrato, ya que éste habrá querido examinarla antes de obligarse contractualmente. Si el empresario ya está en posesión de la obra o la misma está disponible en el mercado, el empresario ya podrá empezar a desarrollar su actividad, por lo que el momento de firma del contrato será el que marque el inicio del cómputo del plazo para el estreno de la obra.

Sin embargo, puede suceder que la obra no esté en manos del empresario en el momento de la suscripción del contrato (p. ej. porque deba de ser finalizada o retocada por el autor). En ese caso, el empresario dependerá del autor para poder empezar a llevar a cabo su labor ya que hasta que no disponga del texto o la partitura, estará atado de pies y manos. En este supuesto, sería injusto que el plazo para el estreno computase desde la firma del contrato, por lo que el legislador adopta una medida para la protección del empresario consistente en que el plazo compute desde el momento en el que «el autor puso al empresario en condiciones de realizar la comunicación» (artículo 75.2 LPI).

En mi opinión, la solución del plazo de un año (o de la temporada en el caso de las representaciones escénicas) que establece el legislador en caso de omisión actúa como incentivo para que las partes (especialmente el empresario) establezcan contractualmente un plazo. Si la obra conlleva cierta complejidad organizativa, financiera o comercial puede que el plazo de un año (o la temporada) no sea suficiente, por lo que el empresario se esforzará en estar atento a los plazos y fijarlos en el contrato para evitar situaciones difíciles. No hay que olvidar que la parte a la que se presume el conocimiento y la pericia necesaria para la explotación de las obras es el empresario.

Esta fijación del plazo con un límite máximo para la representación o ejecución se ve reforzada por la obligación que establece para el

---

<sup>573</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 75 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, p. 465.

<sup>574</sup> La «temporada» parece ser la medida de tiempo habitual del teatro, a juzgar por el criterio del legislador. Ya en los artículos 81 y 82 del Reglamento lo era, junto a una concepción muy local del teatro en la que la «población» parece ser la medida de espacio.

empresario el artículo 78.1 LPI consistente en llevar a cabo la comunicación pública de la obra en el plazo estipulado o, en su defecto, en el plazo de dos años (o en la temporada teatral para las representaciones escénicas).

Nos podemos plantear, junto con la doctrina, si el hecho de que el artículo 78.1 LPI hable de «comunicación pública» en singular significa que sólo afecta al estreno de la obra o si la obligación también se extiende a las sucesivas representaciones o interpretaciones de la obra. Parece que el precepto, al referirse al artículo 75.2 LPI, sólo afecta a la primera o única representación de la obra. Este hecho es calificado por la doctrina como «imperfección técnica»<sup>575</sup> aunque de ahí no se puede interpretar que el empresario no está obligado a cumplir con las sucesivas representaciones pactadas. Aunque no lo establezca expresamente el artículo 78, la obligación es clara para el empresario si se ha pactado contractualmente.

Por otra parte, hay que mencionar que cuando la ley se refiere a la «primera» o «única» representación de la obra no debe entenderse como sinónimo de divulgación (artículo 14 LPI). Debemos entender que se está refiriendo a la primera representación que se realiza en el marco del contrato<sup>576</sup>. Se plantearían dudas sobre si estamos ante una primera representación cada vez que el empresario estrena en un teatro nuevo (por ejemplo, en distintas poblaciones en el marco de una gira, que sería la concepción más próxima al Reglamento). Entiendo que, realizando una interpretación gramatical, debemos entender por primera obra la que se realice en el marco del contrato de representación teatral y ejecución musical suscrito entre las partes (el primer concierto).

Finalmente, un tercer precepto se une para redondear la protección de los intereses en juego. El 81.2º LPI faculta al autor a resolver el contrato en caso de incumplimiento de la obligación de llevar a cabo el estreno en el plazo convenido (78.1 LPI). Se ha de resaltar que la no mención en el contrato del plazo para llevarla a cabo no es causa de resolución porque el plazo máximo que opera en caso de omisión lo hace innecesario.

Estamos ante una obligación de resultado: el estreno se realiza o no se realiza en el plazo determinado. Para llegar a ese resultado, como en casi todas las obligaciones de resultado, se deberá desarrollar una labor previa de preparación (ensayos, confección de vestuarios,

---

<sup>575</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 78 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 470.

<sup>576</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 78 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 469.

etc.)<sup>577</sup>. Además, esta resolución se podrá instar sin requerimiento previo al empresario, contrariamente a lo que sucede con las causas de resolución previstas en el artículo 81.3º donde sí es necesario el requerimiento previo. Creo que la exclusión del requerimiento previo da idea de la importancia que le otorga el legislador al estreno de la obra.

Nos podríamos plantear si un estreno poco preparado podría considerarse un incumplimiento de la obligación de estrenar. En mi opinión no lo sería, ya que el estreno se produce. No obstante estaríamos ante un incumplimiento de la obligación esencial del empresario de «llevar a cabo la comunicación pública de la obra en las condiciones convenidas» (74 LPI), y si no se hubiesen convenido, se podría considerar que se estaría vulnerando la obligación del artículo 78.2º conforme el empresario debe realizar la representación o ejecución en «condiciones técnicas que no perjudiquen el derecho moral» del autor. En última instancia también se podría apreciar, en casos graves, negligencia grave del empresario, que podría llevar a la resolución del contrato por el régimen general (por ejemplo, el estreno con mala acústica por no haber pagado a los técnicos de sonido).

Por tanto, empleando un sistema similar al que utiliza para el contrato de edición, el legislador utiliza un engranaje de tres artículos para lograr que la obra vea la luz: i) el artículo 75, que exige la mención obligatoria en el contrato del plazo en el que se producirá el estreno de la obra con un máximo de dos años (equivalente al artículo 60.6 del contrato de edición); ii) el artículo 78.1, que establece la obligación del empresario para que represente la obra en el citado plazo (equivalente al artículo 64.3º en sede de edición) y, finalmente, iii) el artículo 81.2º, que faculta al autor para resolver el contrato en caso de que el empresario incumpla su obligación [equivalente al artículo 68.1.a) para el contrato de edición].

A la luz de esta revisión, el hecho de que la obra llegue efectivamente a representarse o ejecutarse ante el público es el fin que guía (y debe guiar) al legislador ya que afecta directamente al autor y, de forma indirecta, al público.

Respecto a qué intereses protege este conjunto de medidas, la doctrina discrepa. Para parte de la doctrina estas medidas están pensadas en beneficio del empresario, ya que «dicho plazo, que parece convenido o, en su caso, determinado, en beneficio del deudor (cesionario) (cfr. arts. 1127 ss. del Código Civil), quiere dar un

---

<sup>577</sup> Esta obligación ANDERSON la califica como de accesoria [M. ANDERSON, «Comentarios al artículo 78 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1107] y RAGEL SÁNCHEZ habla de que estamos ante una prestación de hacer y resultado (L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 129).

margen de tiempo suficiente para que el cesionario de los derechos de explotación pueda desarrollar una actividad tal que permita la puesta en práctica de la comunicación al público (puesta en escena, contratación de intérpretes, ensayos, etc.)»<sup>578</sup>. Otra parte entiende que este conjunto de medidas están establecidas para proteger los intereses del autor<sup>579</sup>.

ANDERSON defiende una posición conciliadora entre las dos posturas al entender que «se trata de un problema terminológico. En el texto se afirma que el plazo opera en beneficio del cesionario, por cuanto que no se le puede exigir el cumplimiento inmediato (lo cual, por lo demás, sería del todo irracional, debido a las preparaciones necesarias para la representación); por tanto, y a diferencia de lo que establece la regla general enunciada en el artículo 1127 CC, en nuestro caso se entiende claramente que el plazo debe estimarse establecido en beneficio del cesionario (es decir, del deudor de la obligación de comunicación pública). Lo que sí fija la Ley en beneficio del autor, y esto nadie lo duda, es el plazo máximo dentro del cual debe llevarse a cabo la representación. Se trata, como puede verse, de acepciones bien distintas de la expresión «plazo»<sup>580</sup>.

En mi opinión, todas estas normas deben valorarse conjuntamente, puesto que persiguen un mismo fin y éste no es otro que proteger, en primer lugar, el propio sistema. En segundo lugar, el hecho de que exista una correlación clara entre el plazo del artículo 75 y la obligación del empresario del artículo 78 indica que estamos ante una medida de protección del autor y no del empresario. Sí que es cierto que esta medida de protección produce un beneficio para el empresario, que es el de poder evitar el cumplimiento inmediato, lo que sería del todo irracional (como dice ANDERSON) y, añadido, inexigible desde el punto de vista jurídico, aunque no existiese este precepto. Sí que es cierto que el plazo de un año ante la omisión de la mención en el contrato otorga seguridad jurídica a las partes, en

---

<sup>578</sup> A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentarios al artículo 78 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1166. Idéntica redacción se mantiene en la revisión realizada por ANDERSON en la tercera edición de los *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* [M. ANDERSON, «Comentarios al artículo 78 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1107]. La misma opinión se mantiene en el comentario al artículo 81.1 [A. HERNÁNDEZ MORENO y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, «Comentarios al artículo 81 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1181; y M. ANDERSON, «Comentarios al artículo 81 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1121]. En el mismo sentido CLEMENTE MEORO, quien entiende que esta circunstancia le permite estrenar antes del plazo pactado, lo que negaré al no estar de acuerdo con que el plazo se establezca en beneficio del empresario [M. CLEMENTE MEORO, «Comentario al artículo 81 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 481].

<sup>579</sup> Así opina RAGEL SÁNCHEZ cuando comenta que «a nuestro juicio, el plazo para llevar a cabo la comunicación pública de la obra se establece en beneficio del autor, de ahí que esté en su mano resolver el contrato o exigir el cumplimiento (art. 81.2ª del T. R.) en caso de incumplimiento» (L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 115).

<sup>580</sup> M. ANDERSON, «Comentarios al artículo 81 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1121, nota 14.

especial al empresario, ya que pasado un cierto tiempo pueden surgir dudas de si es posible la exigibilidad o no y este precepto evita acudir al 1128 CC.

Además, este curioso equilibrio de intereses tiene el efecto de que el público podrá acceder a la obra, lo que no debería perderse de vista en el momento de interpretar la norma. Desde un punto de vista utilitarista, se podría decir que no tendría sentido un monopolio como el derecho de autor si, además de generar un incentivo para el autor, no hubiese un beneficio social como que los ciudadanos pudiesen acceder a la obra que, en definitiva, es acceso a la cultura. Hay autores que entienden que precisamente la comunicación pública de la obra, es decir, el estreno de la misma, es la causa del contrato<sup>581</sup>.

Por lo que se refiere a la relación entre las partes, entiendo que estas medidas se escorgan ligeramente a favor de autor, aunque también tengan ciertos resortes que equilibran la relación, dando seguridad jurídica al empresario.

---

<sup>581</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *El contrato de representación teatral*, p. 109.

# CAPÍTULO IV: LA INDUSTRIA AUDIOVISUAL

## *Parte primera: el mercado audiovisual*

### **I. DESCRIPCIÓN DEL MERCADO AUDIOVISUAL TRADICIONAL**

Describir la industria audiovisual es un trabajo complejo, puesto que no es un concepto unívoco y está plagado de matices que hacen difícil su exposición sistemática. Creo que la forma más adecuada de hacerlo es definiendo el proceso de producción y comercialización de una obra cinematográfica, puesto que ésta abarca todas las formas de comunicación a través de las cuales disfrutamos de las obras audiovisuales y, por tanto, nos ofrecerá una visión global de lo que es la industria audiovisual.

No debemos olvidar que esta descripción pretende proporcionar un instrumento para entender el funcionamiento del mercado y realizar un mejor análisis jurídico de la relación entre el autor y el empresario a la vista de los derechos de propiedad intelectual. Eso significa que no se pretende un análisis detallista de la industria sino un análisis conceptual que, por fuerza, omitirá los pormenores del funcionamiento del mismo.

Como cualquier obra de propiedad intelectual, el inicio del proceso se encuentra en los autores, quienes crean la obra bajo el manto del productor. Este último será quien coordine todas las gestiones desde el inicio del rodaje hasta la edición. Al igual que sucedía en el mercado musical, partimos de un escenario en el que tradicionalmente han existido pocos productores que forman un oligopolio cultural<sup>582</sup>.

En relación con todo el proceso productivo es útil recordar que la digitalización ha reducido considerablemente lo que hemos denominado «costes de expresión» de la producción gracias al uso de cámaras digitales y otros equipos, así como por el empleo de nuevas técnicas de edición. Esto no sólo ha favorecido a la industria

---

<sup>582</sup> A. B. ALBARRAN, *Media Economics: Understanding markets, industries and concepts*, 1.ª ed., pp. 130-131; C. HOSKINS, S. MCFADYEN y A. FINN, *Global Television and Film*, pp. 21 y 22. En 2004, el 70% de la facturación por la producción de películas correspondía a seis empresas (Fte.: Ministerio de Cultura, año 2004).



tradicional sino que también supone una oportunidad para las películas independientes<sup>583</sup>.

También es importante destacar que en las obras audiovisuales el proceso creativo y el productivo no están tan claramente separados. Hemos visto que en obras como los libros existen dos fases claramente diferenciadas: la creación del libro y, una vez finalizado, entra en juego el empresario para iniciar el proceso de producción y comercialización. La parte creativa y la empresarial son compartimentos cuasi estancos<sup>584</sup>. En las obras cinematográficas (y audiovisuales en general), el proceso creativo no es ajeno a la influencia del empresario, quien está presente durante la fase de rodaje y de edición, teniendo más influencia en la obra que los empresarios del sector editorial y musical.

Una vez ha finalizado la fase de producción, se dispone de la versión definitiva de la obra y comienza la fase de comercialización. Lo que resulta peculiar de esta última fase es que no se produce una comercialización simultánea de la obra a través de distintos canales, como sucede en otras industrias, sino que la comercialización a través de los distintos canales se lleva a cabo de forma sucesiva. Siguiendo la jerga del sector, a cada uno de esos canales los llamaremos «ventana».

La primera ventana a través de la que se comercializa una película es la exhibición en cines<sup>585</sup>. Por lo que a ingresos se refiere, no suele ser la ventana más importante. Sin embargo, el éxito de esta primera fase es crucial: en esta ventana es donde se establecerá el grado de popularidad de la película<sup>586</sup>. Si la exhibición es un fracaso, éste se repetirá, con casi toda seguridad, en las demás ventanas<sup>587</sup>.

---

<sup>583</sup> Ejemplo de esto son películas como *Dogma*, que demuestran la viabilidad comercial de películas independientes que han visto la luz a gracias a la reducción de costes producida por la digitalización. No obstante, no todas las películas realizadas digitalmente son forzosamente más baratas, como se puede comprobar con los costes multimillonarios que afrontó el segundo capítulo de la trilogía *Star Wars* (D. GILLIAN, *Understanding media economics*, p. 116); (C. HOSKINS, S. McFADYEN y A. FINN, *Global Television and Film*, pp. 19 y 20).

<sup>584</sup> Es cierto que sí que existe cierta injerencia tanto en el sector editorial como en el musical ya que en ambos casos el empresario puede sugerir cuestiones al autor que modifiquen la obra. Sin embargo, en este caso no es una posibilidad sino que, por la propia naturaleza de la obra, el empresario va a tener influencia durante el proceso creativo.

<sup>585</sup> Tradicionalmente suelen ser salas multicines de distribuidoras americanas asociadas con distribuidores locales, como Warner Bros. y Sogecable (GRETEL 2000, *Convergencia, Competencia y Regulación en los Mercados de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet*, vol. 1, p. 481). Además, el grado de concentración es aún mayor que en la producción, puesto que las tres primeras distribuidoras representan la mitad de la facturación, concentrando las siete primeras cerca del 85 % de la facturación. (Fte.: Ministerio de Cultura, año 2004).

<sup>586</sup> D. GILLIAN, *Understanding media economics*, p. 103.

<sup>587</sup> A nivel mundial, el mayor número de películas se realiza en Estados Unidos (con la excepción de la India), por lo que se suele diferenciar entre la exhibición en Estados Unidos y en el resto del mundo, existiendo una diferencia de hasta tres meses (D. GILLIAN, *Understanding media economics*, p. 104). No obstante, en los últimos tiempos existe una tendencia a realizar estrenos mundiales. En todo caso, el desdoblamiento de esta ventana en dos no afecta al análisis jurídico que vamos a realizar.

Una vez finalizada la exhibición en cines, se procede a la comercialización a solicitud del usuario (inicialmente a través del pago por visión (*pay-per-view* o PPV) que hoy en día ha sido superado por el vídeo bajo demanda (*video on demand* o VoD)<sup>588</sup>). Este servicio se ofrece actualmente a los usuarios de las plataformas de televisión de pago y consiste en que éstos puedan ver una película, previo abono de una cantidad<sup>589</sup>.

Tras la comercialización del pago por visión, se abre la ventana del vídeo, tanto en su faceta de compra como en la de alquiler. Esta ventana ha adquirido gran relevancia desde la aparición del reproductor de vídeos (VCR) en los años ochenta (sistema analógico) y, sin perder importancia, ha ido evolucionando hacia el alquiler y venta de vídeos en sistema digital (DVD), suponiendo una de las principales vías de ingresos de las productoras en el pasado<sup>590</sup>. Hoy en día su importancia va menguando día a día.

La penúltima ventana es la televisión de pago. Los operadores de este tipo de televisión incluyen en sus canales películas que ya han pasado por las citadas ventanas, pero que todavía no han llegado a las televisiones en abierto, lo que les da una ventaja competitiva frente a estas televisiones. Si bien el modelo inicial fue el de suscripción a este tipo de canales mediante pago (Canal + en España puede ser el ejemplo pionero), hoy en día estos canales ya no se comercializan de forma autónoma sino que se incluyen en la parrilla de las plataformas de televisión de manera que el usuario que quiere disfrutar de estos canales que no están accesibles en abierto debe abonarse a alguna plataforma de televisión.

Por último, las películas son comercializadas a través de las televisiones que emiten en abierto y que obtienen sus ingresos de la publicidad, y no de los abonados. Una vez producida la comercialización, las televisiones en abierto están permitiendo a los espectadores acceder a sus contenidos de nuevo a través de plataformas propias (p. ej. Atresmedia) o de terceros (p. ej. Youtube). Incluso, dentro de la categoría de televisiones en abierto puede que primero se emitan en las generalistas y, al cabo de un

---

<sup>588</sup> La diferencia básica entre el PPV y el VoD consiste en que en el primer sistema se establecen unos horarios determinados para poder visionar el programa y el usuario que abona el precio debe adaptarse a ellos. En el segundo sistema, el usuario puede ver el programa deseado en cualquier momento. Hoy en día habitualmente el PPV ha quedado reducido a eventos que se transmiten en directo (p. ej. partidos de fútbol).

<sup>589</sup> Actualmente, bajo este servicio únicamente se ofrecen películas de reciente estreno, pero no sería de extrañar que en un futuro también se pudiese acceder a películas más antiguas a precios inferiores. Por otra parte, parece lógico que esta tecnología tienda a ser suplantada por el vídeo bajo demanda (*video on demand*) en cuanto sea técnicamente posible. La diferencia entre un sistema y otro radica en que, en el caso del pago por visión, la compañía realiza pases de la película (codificados) en horarios determinados, por lo que el usuario, tras el pago, puede ver la película descodificada, pero únicamente en el horario preestablecido. Por su parte, en el caso del vídeo bajo demanda, la película se encontraría almacenada en un disco duro propiedad del proveedor, siendo accesible por parte de los usuarios en cualquier momento.

<sup>590</sup> D. GILLIAN, *Understanding media economics*, p. 103.

tiempo y con menor coste, en televisiones especializadas por géneros.

Las ventanas descritas son el camino tradicional de una película. Eso no significa que todas las obras audiovisuales pasen por todas las ventanas puesto que hay obras que se crean únicamente para una, como por ejemplo, los telefilmes que se estrenan directamente en televisión en abierto.

## **II. EL MERCADO Y CAMBIOS EN LOS MODELOS DE NEGOCIO**

Expuesto a grandes trazos el proceso audiovisual, interesa ahora detenernos en describir cómo puede cambiar el panorama descrito a la luz de los nuevos modelos de negocio. No se trata de predecir el futuro sino de ver qué puertas se abren para ver si la legislación puede responder a las necesidades de los agentes implicados.

El primer cambio, ya apuntado, se produce en el proceso de producción. Éste ha sufrido una transformación considerable, en especial en lo que al cine se refiere. Como afirma QUINTANA, hablando específicamente de la obra cinematográfica, «entre las diferentes mutaciones que ha experimentado el cine después de cumplir cien años, la más significativa ha sido su transformación en un medio expresivo surgido de las tecnologías mecánicas a un medio integrado en la nueva cultura informática. El paso no ha venido condicionado únicamente con la transformación del cuerpo humano en cuerpo cibernético, ni por el declive de la sala como espacio público, ni por la reformulación del ordenador como nuevo instrumento del ocio familiar. La digitalización ha estado acompañada por una serie de fenómenos básicos que han cambiado todos los oficios del cine y la realización que la imagen establecía con la realidad referencial, considerada como materia prima de la estética fotográfica de carácter analógico»<sup>591</sup>.

Partiendo de esta base, vamos a ver cómo se concretan los cambios en cada una de las ventanas.

### **A. Salas de exhibición**

Las nuevas tecnologías y los nuevos hábitos sociales abren varias posibilidades en torno al modelo de negocio de la exhibición.

En relación con el proceso productivo, podemos citar una importante innovación para el modelo de negocio. Tradicionalmente las productoras debían hacer llegar copias del celuloide para cada sala de

---

<sup>591</sup> A. QUINTANA, *Después del cine. Imagen y realidad en la era digital*, p. 37.

exhibición. Dado que cada copia tiene un coste elevado (aparte del coste de transporte), se puede obtener un ahorro considerable si las productoras proporcionan (incluso a través de la red) copias digitales a los cines, siempre y cuando éstos dispongan de equipos digitales para la exhibición<sup>592</sup>. Según los últimos datos disponibles de Media Salles, el 91 % de las salas europeas estaban equipadas con equipos digitales a finales de 2014<sup>593</sup>. La adopción del sistema digital por parte de los exhibidores puede suponer una mejora en la calidad de la proyección, así como cierto ahorro en costes de distribución, pese a la reticencia inicial de los exhibidores por migrar a la tecnología digital<sup>594</sup>.

En cuanto a las salas de exhibición como medio de que el público acceda a la obra se pueden exponer dos posturas. Por una parte, puede que no haya razones para pensar que los espectadores dejen de acudir al cine porque proliferen sistemas como el *video on demand*, dado que estos últimos no son sustitutivos de la experiencia social de asistir al cine.

Quienes defienden esta postura argumentan que el espectador de cine busca unas características de imagen, sonido e instalaciones que actualmente no ofrecen los demás sistemas. Y no sólo eso, sino que muchas veces nos encontramos ante una actividad de ocio que va más allá del hecho de ver una película, como la oportunidad de realizar un plan en familia o de coincidir con las amistades para hacer algo diferente.

Por otra parte, el elevado precio de la experiencia de asistir al cine (el coste de las entradas, a lo que se debe sumar el de otros productos tradicionalmente consumidos en las salas de cine, como palomitas, bebidas o chocolatinas) hace que se pueda poner en duda el anterior argumento. También puede que el público no valore dicha experiencia y prefiera o bien otros tipos de bienes culturales o bien otra forma de consumo de los mismos.

Intentando aportar algún dato a la incógnita que se nos plantea, la *Encuesta de hábitos culturales* nos revela que el 63,5 % de la

---

<sup>592</sup> D. GILLIAN, *Understanding media economics*, pp. 118 y 144.

<sup>593</sup> MEDIA SALLES, *Anuario estadístico del cine europeo*. Disponible en: <http://www.mediasalles.it/ybk2015/>.

<sup>594</sup> «Los espacios que han ofrecido más resistencia al cambio han sido las salas de exhibición, que durante tiempo se han negado a renovar sus viejos proyectores. Este hecho ha provocado que los distribuidores gastaran importantes partidas para transferir en celuloide analógico determinadas películas que habían sido rodadas y concebidas directamente en formato digital. La irrupción progresiva de proyectores de alta definición -2k y 4k- en las salas de exhibición comercial ha empezado a generalizar el uso de la proyección digital a partir de películas que los exhibidores descargan en sus discos duros mediante la introducción de unos códigos que les ofrecen las empresas de distribución. Este proceso ha generado la indefinición de la sala y de su futuro. Hoy la sala ya no es un espacio dedicado exclusivamente al cine, sino que se debate entre la proyección de películas y la transmisión de eventos como partidos de fútbol, óperas o conciertos de rock» (A. QUINTANA, *Después del cine. Imagen y realidad en la era digital*, p. 72).

población puntúa su interés por el cine con una nota superior a siete<sup>595</sup> (en una escala del 1 al 10) lo que supone una mejora en comparación con el 59,7 % de 2005<sup>596</sup>. El interés por el cine no es sinónimo de asistencia, por lo que debemos atender a los datos de espectadores. Según el mismo estudio el 54 % admite haber ido al cine al menos una vez en el último año y el 38,3 % una vez en los últimos tres meses<sup>597</sup>. Si atendemos a los datos de taquilla podemos constatar que ha habido un descenso desde el pico de asistencia de 2004 (143 millones) a los 87 millones de 2014. La única buena noticia es que el 2014 supone un incremento de 9 millones de espectadores respecto del 2013, rompiendo la tendencia a la baja<sup>598</sup>.

A la luz de estos datos, podemos concluir que existe interés por el cine pero que desciende la asistencia. Si nos preguntamos el porqué de esta situación, constatamos que la principal barrera para no asistir más veces a una sala de cine es el precio de la entrada (28,9 %) mientras que únicamente un 10,2 % prefiere consumirlo en casa<sup>599</sup>. Si comparamos con los datos del 2005, el principal motivo de los encuestados para no ir más veces al cine también era el precio (38%), aunque el porcentaje ha descendido considerablemente. Los que preferían consumir el cine en casa eran el 7,7 %<sup>600</sup>. Un dato curioso es que los que más interés manifiestan tener por el cine (los menores de 35 años) son quienes encuentran mayor obstáculo en el precio, en especial la franja que va desde los 15 a los 19 años: el 84% puntúa por encima de siete el interés por el cine y el 40,4 % manifiesta que el precio es un problema<sup>601</sup>.

Podemos concluir que no ha decaído el interés por el cine pero la asistencia a las salas de exhibición ha descendido, seguramente por los precios. Esto llevará a tener que redefinir el modelo de negocio

---

<sup>595</sup> Datos extraídos de MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, *Encuesta de hábitos y prácticas culturales en España 2014-2015*, p. 293. Disponible en: <http://www.mecd.gob.es/mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/cultura/mc/ehc/2014-2015/Encuesta de Habitoy Practicas Culturales 2014-2015.pdf>.

<sup>596</sup> FUNDACIÓN AUTOR, *Encuesta de Hábitos y Prácticas Culturales en España 2005*, p. 136.

<sup>597</sup> Datos extraídos de MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, *Encuesta de hábitos y prácticas culturales en España 2014-2015*, p. 294. Disponible en: <http://www.mecd.gob.es/mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/cultura/mc/ehc/2014-2015/Encuesta de Habitoy Practicas Culturales 2014-2015.pdf>.

<sup>598</sup> Datos extraídos de MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, *Evolución del mercado cinematográfico 2012-2014*. Disponible en: <http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/cine/mc/cdc/evolucion/mercadocine.html>.

<sup>599</sup> Datos extraídos de MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, *Encuesta de hábitos y prácticas culturales en España 2014-2015*, p. 300. Disponible en: <http://www.mecd.gob.es/mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/cultura/mc/ehc/2014-2015/Encuesta de Habitoy Practicas Culturales 2014-2015.pdf>.

<sup>600</sup> FUNDACIÓN AUTOR, *Encuesta de Hábitos y Prácticas Culturales en España 2005*, p. 147.

<sup>601</sup> Datos extraídos de MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, *Encuesta de hábitos y prácticas culturales en España 2014-2015*, pp. 293 y 300. Disponible en: <http://www.mecd.gob.es/mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/cultura/mc/ehc/2014-2015/Encuesta de Habitoy Practicas Culturales 2014-2015.pdf>.

para aportar valor añadido al espectador y mantener precios o innovar para reducir costes. Muchas salas de exhibición ya están poniendo en marcha nuevas iniciativas, como el desarrollo de nuevas líneas alternativas de negocio, como la retransmisión de eventos deportivos o de óperas, o promociones especiales como la conocida «Fiesta del Cine», que en la pasada edición consiguió 1.598.720 espectadores que pagaron 2,90 euros por entrada (aunque descendió el número de asistentes respecto la edición de 2014)<sup>602</sup>. Pero la realidad es que en España se ha pasado de 1.126 cines y 4.390 pantallas en 2004<sup>603</sup> a 710 cines y 3.700 pantallas en 2014<sup>604</sup>, con un mercado multicine (5,2 pantallas por sala)<sup>605</sup> tendiendo hacia el oligopolio. Está por ver cómo evolucionará este tipo de intermediario en el futuro.

## B. Acceso condicional

En cuanto a la ventana a requerimiento del usuario, parece que el sistema de pago por visión puede quedar relegado a los eventos en directo (fútbol, conciertos, etc.) y que el vídeo bajo demanda será la tecnología más utilizada a medio plazo, ya que permitirá que el usuario acceda a las obras en el momento en el que quiera y no en un horario preestablecido por el emisor.

Este tipo de servicios que denominamos conjuntamente como «de acceso condicional», en la actualidad son accesibles en España a través de plataformas de televisión de pago, tradicionalmente en manos de las operadoras de telecomunicaciones, pero también a través de nuevos operadores que ofrecen películas mediante webs, aplicaciones móviles o de televisión ya sea de forma gratuita o de pago<sup>606</sup>. Son las denominadas televisiones *over the top* (OTT) que utilizan las redes de los operadores para ofrecer servicios propios, como Netflix, y que ya vimos en el primer capítulo que se encuentran en pleno crecimiento.

Además, el acceso a los contenidos no sólo se puede realizar a través de una plataforma como las citadas sino que también podemos acceder a contenidos bajo demanda mediante otras plataformas

---

<sup>602</sup> Noticia publicada en *El País* el 15 de mayo de 2015. Disponible en: [http://cultura.elpais.com/cultura/2015/05/15/actualidad/1431684783\\_934522.html](http://cultura.elpais.com/cultura/2015/05/15/actualidad/1431684783_934522.html).

<sup>603</sup> MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, *Datos cinematográficos del mercado español*, 2004. Disponible en: <http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/cine/mc/cdc/anos-antiores/ano-2004.html>.

<sup>604</sup> MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, *Datos cinematográficos del mercado español*, 2014. Disponible en: <http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/cine/mc/cdc/ano-2014/c/resumen.html>.

<sup>605</sup> ASOCIACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, *18.º censo de salas de cine*, 2015.

<sup>606</sup> Entre las plataformas tradicionales de pago en manos de operadoras nos podemos encontrar Imagenio, Vodafone TV u Orange TV. Existen nuevos operadores que ofrecen estos servicios tanto gratuitos como de pago tales como iTunes, Waki TV o YouTube.

como Youtube o Vimeo, que permiten la creación de canales privados a los que se pueden suscribir los usuarios.

Desde un punto de vista técnico, existen dos posibilidades para que el usuario acceda a las películas bajo demanda: la descarga de la película en el disco duro del ordenador o *set top box*, de manera equivalente a una compra, o la posibilidad de que el abonado pueda ver la película sin que pueda conservarla en el disco duro, lo que equivaldría al alquiler (*streaming*).

### C. Venta y alquiler de películas: videoclubes

El impacto que puede tener la comercialización bajo demanda en el mercado de la venta y el alquiler del vídeo puede ser relevante (por no decir que ya lo es).

En la industria audiovisual el «coste de expresión» será considerablemente más alto que el de la musical o que el de la editorial. Esto es así porque el proceso de creación de una película necesita más personal y más medios, por lo general, que el resto de tipos de obras.

Sin embargo, la digitalización de las obras puede suponer una importante reducción de costes para la comercialización en la venta y alquiler de películas.

Al igual que sucede con la industria musical, la comercialización «bajo demanda» supone una disminución considerable de los costes. En el sistema tradicional, para poder comercializar las películas en videoclubes o en tiendas, era necesario incurrir en gastos de fabricación (de los DVD y las carátulas); de transporte; de gestión y almacenaje de *stocks* y, en su caso, de destrucción. Desde el momento en el que las películas son almacenadas en un servidor y cualquier usuario se puede conectar a éste para comprarlas o alquilarlas<sup>607</sup>, los citados costes desaparecen. Es cierto que tendremos costes de mantenimiento del servidor y del *software* de búsqueda pero éstos serán sensiblemente inferiores.

Si esto es así, los productores serán, seguramente, los primeros interesados en favorecer este sistema puesto que no necesitarán intermediarios o, si optan por externalizar la comercialización, tendrán mayores márgenes o podrán ofrecer precios más competitivos. Desde el punto de vista del usuario, a igualdad de precios y con banda de ancha suficiente, la pregunta es ¿qué sentido

---

<sup>607</sup> Utilizo en este caso los términos alquilar y vender en sentido coloquial, no con la acepción que le da la Ley de Propiedad Intelectual.

tiene desplazarse al videoclub pudiendo acceder al contenido través de la red?

Por tanto, aunque la comercialización física no desaparezca completamente, parece lógico que el acceso condicional acabe sustituyendo la venta y alquiler de películas en formato físico.

En mi opinión, los obstáculos que pueden frenar el cambio son, básicamente, tres. El primero, aunque opino que ya se puede considerar superado, es la presión de los intermediarios de estas películas en formato físico a los productores. Los videoclubes han representado una considerable fuente de ingresos para las productoras (en especial Blockbuster hasta su cierre en 2013) y se han opuesto fuertemente a este sistema del que no son parte, puesto que quien ofrece los servicios bajo demanda no es el intermediario tradicional sino nuevos agentes, normalmente del sector tecnológico.

El segundo es el hecho de que la mayor parte de los derechos se encuentran en manos de un oligopolio, las denominadas «*majors*». Por tanto, éstas pueden tener la tentación de valerse de su situación de monopolio jurídico para bloquear (por voluntad propia o por imposición de sus distribuidores) la comercialización a través de redes de telecomunicaciones u otros operadores en los que no tengan participación.

El tercero es la piratería. Se hace preciso que las películas sean distribuidas a través de plataformas seguras que impidan que puedan piratearse las películas y poner en riesgo el modelo de negocio.

En definitiva, la aparición de una tecnología que permite al usuario acceder a los contenidos bajo demanda, junto con la suficiente capacidad de las actuales redes de telecomunicaciones, hace que se dibuje un incierto futuro para el videoclub, que deberá apostar por dar un valor añadido diferencial para subsistir, como la organización de eventos (mesas redondas con directores, etc.), asesoramiento especializado y personalizado, coleccionismo o la oferta de un tipo de películas que no estén accesibles a través de las plataformas.

#### **D. Televisión**

En cuanto a las ventanas correspondientes a la televisión, también puede producirse un cambio sustancial.

Básicamente existen dos modelos de televisión: por un lado encontramos las televisiones que emiten en abierto (y se financian



con publicidad) y otras que son de pago (que se financian con las cuotas de abonados y puede que también por publicidad).

Independientemente del modelo utilizado, un canal de televisión es configurado por el denominado «programador», es decir, la empresa que se encarga de obtener los contenidos y ordenar los mismos en franjas horarias, es decir, configurando la programación del canal. Los contenidos pueden ser producidos por el mismo programador o adquiridos a un tercero al que denominaremos «proveedor de contenidos» (que en el caso que estamos analizando sería el productor de la película o su distribuidor, aunque el contenido también podría ser un documental, un telediario o un concurso)<sup>608</sup>. El programador decidirá qué contenidos produce por sus medios y qué contenidos adquiere a productores ajenos, existiendo modelos que van desde la producción interna de todos los contenidos hasta modelos que adquieren todos los contenidos de productores externos, pasando por los mixtos.

Una vez configurado el canal, éste llegará al público a través de un «difusor», es decir, la empresa que hace llegar los contenidos a los usuarios. Dependiendo de la tecnología utilizada por el difusor, el usuario accederá a los contenidos por ondas o mediante cable o satélite. Normalmente la difusión por ondas sigue el modelo de televisión en abierto, mientras que por cable o satélite suele ser de pago. Como en todo negocio, puede haber una mayor o menor integración vertical, pero por lo general los canales de grupos de comunicación que emiten en abierto suelen ser programadores y difusores, mientras que las plataformas de televisión (por cable o satélite) suelen limitarse a ser difusores de multitud de canales (incluso algunos que también son accesibles en abierto mediante ondas, prestando el denominado «servicio de antena»)<sup>609</sup>. Lo que es relevante de esta diferenciación es que el control editorial sobre la programación únicamente la tiene el programador, nunca el difusor.

Los difusores suelen hacer llegar la señal a los usuarios través de un operador de red al que contratan para realizar la operación técnica del transporte de la señal. En la mayoría de casos, como es el de las televisiones en abierto, el servicio se subcontrata a otras entidades que realizan el transporte de la señal a través de su red de antenas (p. ej. Abertistelecom). No obstante, hay casos, como el de la televisión por cable, que el difusor coincide con el operador de red, ya

---

<sup>608</sup> En el caso de los telediarios o concursos, no sería de aplicación lo explicado para las salas de exhibición y bajo demanda, ya que son contenidos que se crean directamente para la televisión. En el caso del documental, puede que sí que pase por el proceso descrito.

<sup>609</sup> En otras palabras, grupos como Atresmedia compran o producen los contenidos de sus canales (Antena 3, La Sexta, Neox, Nova y Mega), configuran la programación y ellos mismos la difunden. Plataformas como Movistar se limitan a comprar los canales ya configurados y a difundirlos.

que es la misma empresa la que transporta la señal a través de su red de fibra óptica<sup>610</sup>.

La gran diferencia entre ambos modelos de televisión radica en la manera de obtener los ingresos. Mientras las televisiones en abierto obtienen sus ingresos básicamente de la publicidad, sin cobrar nada a los telespectadores, las televisiones de pago subsisten en su mayor parte de las cuotas de los abonados.

Hoy en día, esta diferencia se acentúa puesto que las denominadas televisiones OTT ni siquiera contratan a un operador para que le transporte la señal sino que cualquier usuario de Internet puede acceder a los mismos a través de la red, con independencia de quién sea su operador.

## 1. El impacto de la modalidad bajo demanda en la televisión

Cabe pensar que la penetración de la modalidad bajo demanda puede tener consecuencias sobre los modelos de distribución de los contenidos audiovisuales. Esta aseveración se basa en que la citada modalidad lleva a que el espectador pueda acostumbrarse a acceder a los contenidos que quiera en el momento que éste decida, sin tener que adaptarse al horario del canal. Además, estas tecnologías permiten acceder a los contenidos desde múltiples dispositivos, no siendo el televisor el único equipo a través del que se puede consumir producto televisivo. Esto ya implica un drástico cambio respecto del modelo televisivo que acabamos de exponer.

Además, este tipo de modalidad no estará disponible sólo para contenidos que se emitan por primera vez sino que lo estará también para contenidos ya difundidos. Existen tecnologías que permiten al usuario la grabación sistemática de los programas de televisión en formato digital<sup>611</sup>, produciendo en la práctica el mismo efecto que si fuesen puestas a disposición «*on demand*». Los programas grabados se presentan al espectador de manera clasificada por programas y sin publicidad, de manera que éste puede escoger, de entre todo lo grabado, lo que quiera ver en el momento que quiera. Se ha mantenido un debate sobre si esta práctica podía perjudicar a la televisión comercial, al eliminar la publicidad y dejarles sin fuente de ingresos, o si no lo haría ya que las funciones de este tipo de equipos son idénticas a las del videocasete y si éste no acabó con la televisión comercial,

---

<sup>610</sup> GRETEL 2000, *Convergencia, competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, el audiovisual e internet*, vol. 2, p. 838.

<sup>611</sup> Los denominados *personal video recorders* (PVR) que vienen a ser el equivalente del VCR.

tampoco lo harán estos equipos<sup>612</sup>. Hoy día parece que la segunda postura es la acertada puesto que son los propios programadores quienes compaginan las emisiones tradicionales de sus programas con volver a ofrecer sus contenidos ya emitidos a través de sus plataformas, webs, *apps* e incluso a través de sus canales de Youtube o Vimeo. Es cierto que se han tenido que redefinir las técnicas publicitarias en los accesos *on demand* para hacer esto viable.

La grabación sistemática de contenidos en formato digital también puede presentar un problema con los derechos morales del autor, ya que la obra será maleable. La piratería de contenidos (en especial si el contenido es de pago) puede ser otro de los graves problemas.

Hasta el momento hemos visto cómo la tecnología bajo demanda puede afectar el modelo de la televisión en la forma de ofrecer los contenidos propios de los canales, obligándolos a repensar el modelo. Además de este cambio, la proliferación de canales y contenidos en la red supone otro reto para el sector.

Los canales de televisión tradicionales deberán hacer frente a la existencia de una considerable oferta de contenidos gratuitos bajo demanda en las redes (especialmente en plataformas como Vimeo o YouTube). Esta mayor oferta puede tener dos consecuencias: i) una mayor competencia por los telespectadores, con el riesgo de perder audiencia y ii) la fragmentación de la audiencia por nichos (disminuyendo los *shares*). Ambas consecuencias se pueden traducir en una pérdida de ingresos publicitarios. La otra cara de la moneda es que esta mayor oferta permite segmentar mejor a los consumidores, pudiendo realizar una publicidad más efectiva (por ejemplo, por canales temáticos). Además, la tecnología digital permite una contabilidad de la audiencia más precisa, siempre disociando los datos de los espectadores (o con su consentimiento) para preservar lo dispuesto por la normativa vigente de protección de datos. Y, por último, existe campo para desarrollar nuevas fórmulas publicitarias interactivas como las que ha llevado a cabo Youtube y que parece que satisface tanto a los titulares de derechos como a los usuarios.

En resumen, ante esta competencia por la audiencia, las televisiones han apostado por la elaboración de contenidos de calidad, que requieren inversión, y por tanto suelen ser mejores que los contenidos gratuitos. Ésta es una estrategia trazada para seguir atrayendo a los espectadores y diferenciarse de otros canales de peor calidad. Además, como ya hemos dicho, muchos

---

<sup>612</sup> D. GILLIAN, *Understanding media economics*, p. 57.

grupos trazan estrategias mixtas en las que, junto con el ofrecimiento de sus contenidos de forma tradicional (en un horario definido y a través de la televisión), han puesto a disposición de los clientes plataformas propias y/o de terceros donde se ofrecen los contenidos ya emitidos (con cierta publicidad). También permiten el consumo de sus productos a través de múltiples dispositivos. No olvidemos que la digitalización también puede traer consigo aplicaciones que supongan nuevas fuentes de ingresos<sup>613</sup>.

Por último, parece que la aparición de redes sociales como Twitter han fortalecido el consumo televisivo, ya que permiten el comentario en directo de los programas de televisión por parte de los telespectadores, aumentando el atractivo de los mismos. Las redes sociales necesitan de los contenidos de la televisión y viceversa.

## 2. El impacto en el concepto de televisión

El segundo factor que puede introducir la digitalización (y que se deduce de lo que acabamos de explicar) es la modificación del concepto mismo de televisión, que arrastra una historia llena de polémicas<sup>614</sup>. Como viene siendo habitual a lo largo de este trabajo, nos encontramos con otro concepto de difícil delimitación. Administrativamente<sup>615</sup> el legislador ha establecido el concepto

---

<sup>613</sup> A. B. ALBARRAN, *Media Economics: understanding markets, industries and concepts*, p. 85.

<sup>614</sup> El concepto de televisión fue objeto de una agria polémica entre los pequeños operadores de cable locales y los operadores de cable que fueron adjudicatarios de las concesiones de cable. Los primeros, que operaban en una situación alegal, fueron provistos de una concesión provisional válida hasta el momento en el que los adjudicatarios empezasen a prestar servicio en el municipio en el que ofrecía sus servicios el operador local, momento en el que debían de dejar de operar y dar paso a la empresa concesionaria.

Los operadores locales obtuvieron el amparo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para seguir operando, dado que esta última consideró que para el servicio de televisión por cable eran suficientes unas autorizaciones generales de tipo C (reguladas en la extinta Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones), enfrentándose así al criterio sostenido por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones.

En mi opinión, la CMT optó por reconocer una realidad a la que no se podía dar la espalda (dado que existen en España en torno a mil empresas de televisión por cable locales), pero no creo que fuese conforme a una interpretación literal de la Ley. Hoy en día dicha polémica, pese a que fue llevada a los tribunales, se encuentra resuelta puesto que la Ley General de Telecomunicaciones liberalizó el sector de la televisión por cable.

<sup>615</sup> Se transcribe a continuación parte del artículo 2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual:

«Artículo 2. Definiciones.

1. Prestador del servicio de comunicación audiovisual.

La persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas. El arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual tendrá la consideración de prestador de servicio.

2. Servicios de comunicación audiovisual.

Son servicios de comunicación audiovisual aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales.

Son modalidades del servicio de comunicación audiovisual:

general de «prestador del servicio de comunicación audiovisual», que es la persona física o jurídica que tiene el control editorial sobre la selección de los programas de un canal. Dicho prestador ofrecerá lo que la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual ha definido como «servicios de comunicación audiovisual», que son aquellos que tienen como finalidad «informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales». Dentro de estos servicios se encuentran los televisivos, que se clasifican en tres grupos: i) el servicio de comunicación audiovisual televisiva (que se realiza en función de un horario); ii) el servicio de comunicación audiovisual televisiva a petición (lo que hemos definido como *on demand*) y iii) el servicio de comunicación audiovisual televisiva en movilidad (aquel que se presta para dispositivos móviles).

Pese al contenido de la definición que ofrece la Ley General de la Comunicación Audiovisual, el hecho decisivo es que el citado prestador está sometido a un régimen de licencia o comunicación previa al ser el servicio de comunicación audiovisual un servicio de interés general. Si bien tiene sentido someter a licencia aquellas tecnologías que necesitan del espectro radioeléctrico, que es un recurso limitado, no sé si es tan necesaria la comunicación previa para el entorno digital. Mi reflexión es doble: ¿tienen sentido las definiciones establecidas en la Ley cuando prácticamente cualquier usuario puede convertirse en prestador?, ¿se pueden utilizar estos conceptos a una realidad tan cercana como la propiedad intelectual?<sup>616</sup>. Creo que la respuesta a ambas preguntas debe ser negativa. El concepto de televisión, tal y como lo entendíamos, se acabará difuminando.

Como puede deducirse de todo lo expuesto, se intuye que la industria televisiva y la publicitaria deberán adaptarse a un nuevo perfil de espectador<sup>617</sup>, multidispositivo, que solicitará los contenidos bajo demanda, con una audiencia fragmentada y una gran oferta de contenidos. El modelo televisivo (y el propio concepto de televisión) está en proceso de transformación.

---

a) El servicio de comunicación audiovisual televisiva, que se presta para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación.

b) El servicio de comunicación audiovisual televisiva a petición, que se presta para el visionado de programas y contenidos en el momento elegido por el espectador y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.

c) El servicio de comunicación audiovisual televisiva en movilidad o "televisión en movilidad", que se presta para el visionado de programas y contenidos en un dispositivo móvil».

<sup>616</sup> Como bien expresa el profesor CASAS VALLÉS, citando a EDELMAN: «Como se ha observado, parece como si estuviéramos en presencia de dos lógicas, "una lógica de derecho de autor y una lógica de política audiovisual, cada una de ellas sirviéndose de conceptos propios"» [R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 86 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 113].

<sup>617</sup> D. GILLIAN, *Understanding media economics*, p. 148.

## ***Segunda parte: la regulación de las relaciones entre el autor y el empresario en el mercado audiovisual***

### **I. INTRODUCCIÓN**

Siguiendo la estructura de los dos capítulos precedentes, una vez descrito el mercado audiovisual y sus tendencias, corresponde analizar cómo refleja la ley esa realidad que acabamos de exponer en cuanto la relación del autor y el empresario. En este caso, los autores serán tres: director, guionista y compositor. Nos referiremos a los tres conjuntamente como autor, salvo que se diga lo contrario. En cuanto al empresario, consideraremos como tal al productor, no existiendo la figura del editor en este terreno.

La exposición se organizará a través de las medidas de protección que afectan a cada uno de los agentes. Eso implica que se han identificado los intereses dignos de protección en nuestra legislación y el agente del mercado al que afecta (al autor o al empresario). Para cada interés se identificarán los riesgos que le afectan y se intentará analizar si las medidas de protección previstas en la Ley mitigan o eliminan el riesgo. Finalmente, nos plantearemos para cada medida la vigencia de los intereses detectados y si se ven afectados por los cambios descritos en la primera parte del capítulo.

Igual que hemos realizado para las industrias editorial y musical se definirán las figuras del autor y del empresario (junto con la de artista intérprete o ejecutante) desde el punto de vista jurídico para analizar, *a posteriori*, los instrumentos legales a través de los cuales se relacionan autor y empresario.

### **II. LAS FIGURAS DEL AUTOR, PRODUCTOR Y ARTISTA INTÉRPRETE O EJECUTANTE**

En cuanto a los agentes que intervienen en el mercado, nuestra legislación reconoce al autor de la obra audiovisual, al productor y al intérprete. Pese a que pueda parecer una exposición simple, nos encontramos ante un problema complejo, ya que determinar quién es el autor de una obra en la que intervienen multitud de personas es tarea ardua.

#### **A. El autor de la obra audiovisual**

Los dos grandes sistemas de protección del autor, el sistema continental europeo y el sistema anglosajón del denominado *copyright* adoptan aproximaciones diferentes en cuanto al reconocimiento de la autoría. El sistema continental europeo, siguiendo la tradición francesa, reconoce la condición de autor sólo a las personas físicas que participan en el proceso creativo (artículo 87 LPI en el caso español). El sistema del *copyright* atribuye la autoría al productor<sup>618</sup>. Ambas concepciones parten de postulados ideológicos diferentes: mientras la concepción del sistema continental sitúa en el centro al autor (sin perjuicio de que éste ceda con posterioridad sus derechos al productor) el sistema del *copyright* sitúa en el centro el mercado, favoreciendo la posición del productor y, por tanto, del tráfico comercial de la obra por encima de otras consideraciones. En los sistemas continentales, puede que se opte por i) determinar taxativamente los autores, como en el caso español; ii) que se establezca una lista de personas que se presumen autores salvo pacto en contrario, como el caso francés, o iii) que se guarde silencio, como en el caso alemán<sup>619</sup>.

Pese a lo dicho, si atendemos a lo dispuesto en el artículo 8 LPI para las obras colectivas, vemos que la forma de creación de una obra audiovisual podría encajar perfectamente en la definición, ya que es una obra «creada por iniciativa y bajo la coordinación de una persona [...] jurídica», el productor, quien la «edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma». En este caso, «los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre». Esta cuestión ha sido largamente debatida por la doctrina, no obstante, el claro reconocimiento de autoría que recoge el artículo 87 LPI hace decantar la balanza, de manera un tanto artificial a mi entender, a favor de asumir que estamos ante una obra en colaboración<sup>620</sup>.

---

<sup>618</sup> Dependiendo del sistema de *copyright* es la propia Ley quien atribuye la condición de autor al productor, como es el caso de Nueva Zelanda [artículo 5(2)(b) de la *Copyright Act: «in the case of a sound recording or film, the person by whom the arrangements necessary for the making of the recording or film are undertaken»*; [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=325892](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=325892)) o se realiza en virtud de la doctrina propia de la obra hecha por encargo (*work made for hire*). Como comenta SERRANO GÓMEZ estos estados «atribuyen los derechos de la obra cinematográfica al productor, ya sea directamente, o por medio de cesiones expresas o presuntas al mismo, y que se basa en que así se favorece el tráfico jurídico y comercial de estas creaciones y se reducen los eventuales problemas que se derivarían de la explotación de estas obras en caso de admitir una pluralidad amplia de titulares con derechos sobre ellas» [E. SERRANO GÓMEZ, «Los autores. Los creadores. Otros intervinientes», en César IGLESIAS REBOLLO (coord.), *La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, p. 55].

<sup>619</sup> A. GONZÁLEZ GOZALO, «Comentario a los arts. 14 y 14 BIS CB», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Convenio de Berna*, pp. 1182 y 1283.

<sup>620</sup> Como comenta CASAS VALLÉS: «Una vez aceptada la obra colectiva y sin un expreso pronunciamiento en contra como el del artículo 87 de la L.P.I., el encaje de la obra audiovisual en el artículo 8 de la L.P.I. habría sido un proceso casi natural». Y concluye diciendo: «Hemos de reafirmarnos en la opinión de que las obras audiovisuales constituyen una categoría especial. Casi se siente la tentación de decir que si se han calificado expresamente como obras en colaboración es porque se sabe que no lo son del todo» [R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 87 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 130].

Entrando en la regulación positiva de Derecho español y atendiendo al literal del artículo 87 LPI, debemos reconocer como coautores de la obra audiovisual al i) director-realizador, a ii) los autores del argumento, la adaptación y los del guión o diálogos y, en su caso, a iii) los autores de la composición musical (con o sin letra) que se haya realizado específicamente para la obra.

Nos planteamos, a continuación, qué lleva a la Ley a reconocer únicamente a estas tres figuras de entre todas las que participan en el proceso creativo.

## 1. Director-realizador

Creo que el reconocimiento del director-realizador como autor es lógico si atendemos a que esta figura tendrá un papel fundamental dirigiendo la obra audiovisual<sup>621</sup>. Su aportación creativa está fuera de toda duda ya que dirige toda la actividad creativa<sup>622</sup> que dará lugar a la obra audiovisual. De hecho, la figura del director como autor de la obra audiovisual es la única reconocida bajo la normativa de la Unión Europea, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan ampliar el número de intervinientes considerados autores<sup>623</sup>.

La ley opta por la denominación «director-realizador» para abarcar tanto la jerga cinematográfica (director) como la televisiva (realizador)<sup>624</sup>. RODRÍGUEZ TAPIA entiende que la labor de un director, que trabajará con material grabado, será por lo general una obra audiovisual. Sin embargo, el resultado del trabajo de un

---

<sup>621</sup> CASAS VALLÉS nos recuerda que no siempre ha sido tan evidente la condición de autor que se le atribuye al autor en la actualidad, tanto en Estados Unidos, donde el productor asumió el «control artístico» relegando al director a un mero «director de actores», como en Francia, donde inicialmente se le asignó un papel parecido al del director de escena, a quien no se le reconoce la condición de autor, como se ha tratado ampliamente en el capítulo precedente [R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 87 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 136].

<sup>622</sup> Como describe RODRÍGUEZ TAPIA, el director de una obra audiovisual «estructura el guión para su rodaje y transformación en imágenes, y ordena, casi siempre asesorado de un equipo, el empleo de los materiales, aparatos y elementos técnicos y escénicos. Elige de acuerdo con el productor y, en ocasiones, el guionista (no existe un precepto análogo al art. 80.2ª LPI, pero sí una realidad análoga), da indicaciones y órdenes a los actores y narradores y a los técnicos que hay en el lugar de captación de las imágenes. Supervisa el calendario de rodaje, ordena las tomas o captación fotográfica de las imágenes, asiste a la elección de músicas y grabación de las elegidas o creadas. Normalmente dirige el proceso de postproducción o montaje en la banda sonora y en la visual de los elementos integrantes de la obra definitiva» [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 87 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 494].

<sup>623</sup> La sentencia del TJUE en el caso *Luksan* es clara al respecto:

«45. Así pues, esa disposición debe interpretarse en el sentido de que, con independencia de cualquier norma del Derecho nacional, el director principal de la obra cinematográfica disfruta en cualquier caso, a diferencia de los demás autores de dicha obra, del estatuto de autor en virtud de la Directiva 2006/116». STJUE, 9 de febrero de 2012, caso *Luskan* (C-277/10). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5392dae3c7f4b4e2781bdc03efb054bc9.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oc30Se0?text=&docid=119322&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=641626>.

<sup>624</sup> N. PÉREZ DE CASTRO, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, p. 50.



realizador que trabaje en directo puede que no contenga los requisitos para considerar la grabación como obra, por lo que estaremos ante una grabación audiovisual en el sentido del artículo 120 LPI<sup>625</sup>.

## 2. Guionista

En cuanto a la persona que crea la historia sobre la que se basa la obra audiovisual, parece razonable que también se le atribuya la condición de autor dado el papel fundamental que juega la trama en la obra audiovisual, al igual que sucede con la obra teatral.

Merece la pena comentar que la historia sobre la que se basa la obra puede adoptar tres formas distintas (protegibles), según el nivel de detalle: argumento, guión y diálogo. El argumento es la explicación escrita de la trama de la obra. Como comenta RAMÓN CASAS<sup>626</sup>, la trama deberá estar mínimamente desarrollada, puesto que de lo contrario estaríamos ante una idea, que no es protegible. El guión, como explica la profesora PÉREZ DE CASTRO<sup>627</sup>, es el esqueleto del filme, palabras que se transforman en imágenes o, como lo define RODRÍGUEZ TAPIA<sup>628</sup>, una expresión desarrollada del argumento. Por último, el diálogo son los textos que son pronunciados por los intérpretes.

La creatividad de los tres elementos que acabamos de describir es evidente. El argumento y el guión se transformarán en las imágenes que conformarán la obra audiovisual y el guión se insertará en el mismo, siendo parte inseparable de la secuencia de imágenes en la que se inserten.

Junto al reconocimiento de la figura como autor de la persona que crea el argumento, el guión y el diálogo, se refiere también nuestra Ley a quien realiza las adaptaciones de una obra preexistente. La visión del legislador es que es autor de una obra aquel que contribuye con alguna actividad creativa y relevante realizada *ad hoc* para la misma. En este contexto, la adaptación es la actividad creativa por la que se convierte una obra preexistente en parte integrante de la obra audiovisual y quien realiza esa actividad *ad hoc* tendrá la condición de autor. En este caso también deberemos contar con la autorización del autor de la obra originaria, salvo que se encuentre en el dominio público. Nada impide que quien realice la adaptación sea el mismo

---

<sup>625</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 87 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 494.

<sup>626</sup> R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 87 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 134.

<sup>627</sup> N. PÉREZ DE CASTRO, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, p. 51.

<sup>628</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 87 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 495.

autor de la obra preexistente, por lo que reunirá las dos condiciones: autor de la obra preexistente y coautor de la obra audiovisual.

### 3. Compositor

Por último, y en consonancia con el espíritu de la Ley, también se considera autor de la obra audiovisual a aquel que realiza una obra musical *ad hoc* para la misma (independientemente de que lleve letra o no). Si la banda sonora no ha sido creada especialmente para la obra audiovisual, no se podrá considerar autor al compositor de la misma.

El razonamiento que subyace a este precepto es el de reconocer la autoría a quién realmente ha realizado una contribución específica a la obra. Como expresa CASAS VALLÉS, «su autor, conocedor del proyecto y bajo la iniciativa del productor, crea *pensando en ella*. En otras palabras: trabaja sobre la base de que su creación verá la luz como ingrediente de una obra audiovisual»<sup>629</sup>. Este razonamiento, como acabamos de ver en los apartados precedentes, se aplica también al director y al guionista pero la ley únicamente lo hace explícito respecto al compositor. Seguramente el legislador optó por mencionar únicamente este extremo en el caso del compositor entendiendo que en el caso de la dirección y del guión está implícito que se han creado específicamente para la obra, mientras que en el caso de la música no es tan evidente, pues es fácil incorporar una obra preexistente a la obra audiovisual. Sin embargo, por lo que al guión se refiere, pese a que lo normal es que se cree específicamente para la obra, puede que no sea así (puede que el guión esté ya creado e incluso publicado y que posteriormente se utilice para una obra o que se utilice un mismo guión para varias versiones que den lugar a distintas obras audiovisuales). Por tanto, entiendo que sería más correcto que la mención a la aportación se hiciese con carácter general para las aportaciones de los tres tipos de coautores.

Se debe puntualizar que si bien los autores de obras preexistentes (musicales en este caso) no pueden ser considerados autores de la obra audiovisual, sí que cabe considerar autor a la persona que realiza la adaptación de una obra musical preexistente a la obra audiovisual, como sucede con el argumento. Estamos ante una aportación *ad hoc* que personaliza la música a la narración para que

---

<sup>629</sup> R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 87 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 134. Añade este autor que la diferencia entre obra preexistente y la aportación específica a la obra audiovisual no debe basarse tanto en un criterio temporal, puesto que hay obras que tardan mucho tiempo en ser realidad, sino en si la creación se realiza en el marco del proyecto audiovisual y bajo la iniciativa del productor. Si se realiza bajo esas circunstancias será una aportación a la obra audiovisual, siendo el creador coautor de la misma. En caso contrario, deberá considerarse una obra preexistente [R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 87 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 133].

forme parte de la obra. Ésta suele ser una vía para que el autor de la composición original pueda ser coautor de la obra, por ello considero que ha de producirse una verdadera adaptación creativa de la obra preexistente a la obra audiovisual para considerar al compositor como coautor. No bastaría con una adaptación meramente técnica (un arreglo) para acceder a la condición de autor.

En conclusión, para considerar al compositor como autor de la obra audiovisual éste debe crear la música (con o sin letra) como parte de la narrativa. Esto no se puede predicar de músicas preexistentes, que si bien pueden encajar a la perfección en la obra, no han sido pensadas en el momento de su creación como parte de la narrativa.

#### 4. Otros intervinientes: ¿pueden tener la consideración de autores?

La Ley 17/1966, de 31 de mayo, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, en su artículo tercero, reconocía que, junto a los tres autores citados, también gozaban de la condición de autor de la obra audiovisual «las restantes personas naturales que mediante una actividad de creación intelectual participen en la realización de dicha obra». Sin embargo, la Ley del 87 cambió este concepto amplio y flexible de autor de la obra audiovisual por el actual criterio de *numerus clausus*. Esta reducción de la autoría sobre la obra audiovisual a tres personas ha sido muy criticada por la doctrina<sup>630</sup>, puesto que en una obra de este tipo existen más personas que realizan actividades creativas.

Desde el punto de vista del Convenio de Berna, no hay ningún impedimento para que se reconozcan más autores de los que recoge la Ley española. Como gráficamente comenta GONZÁLEZ GOZALO, «el Convenio no sólo no establece quién es el autor de una obra cinematográfica, sino que ni siquiera obliga a que los derechos mínimos previstos en su articulado sean reconocidos a los autores de la obra cinematográfica, sean quienes sean. De este modo, viene a permitir que los Estados miembros atribuyan la titularidad de los derechos sobre la obra cinematográfica a las personas físicas o jurídicas que estimen pertinentes, ya sea a título originario, ya sea a título derivativo»<sup>631</sup>.

---

<sup>630</sup> En palabras de ROGEL VIDE al hablar de las obras en colaboración, «en ellas, las primeras tensiones y conflictos, fraticidas, se producen entre autores. En efecto y a pesar de ser el cine, en esencia, imágenes en movimiento dotadas de ritmo, los literatos y los músicos –y, sobre todo, los gestores de las entidades u organizaciones que los representan- se oponen, sin esgrimir razón alguna de peso y solo pendientes del tamaño de su tarta, como diría Claude Masouye, a la integración expresa de los directores de fotografía y de los montadores, cuando menos, en el elenco de los coautores de la obra cinematográfica, que se contiene en el artículo 87 de la Ley de propiedad intelectual» (C. ROGEL VIDE, «Tensiones generales», en *Tensiones y conflictos sobre el derecho de autor en el siglo XXI. Materiales para la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, p. 25). También véase N. PÉREZ DE CASTRO, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, pp. 47-49.

<sup>631</sup> A. GONZÁLEZ GOZALO, «Comentario a los arts. 14 y 14 BIS CB», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Convenio de Berna*, p. 1187.

Es cuestión difícil determinar qué actividades son estrictamente técnicas y qué actividades son creativas en la realización de una obra y recoger en la Ley una norma que equilibre la seguridad jurídica suficiente para el productor con el necesario reconocimiento patrimonial y moral de quien realice actividades creativas.

Si analizamos la cuestión desde el punto de vista del empresario, en este caso el productor, se puede defender que éste necesitará un marco claro sobre los derechos de autor y conexos involucrados en una obra audiovisual antes de iniciar la producción con la finalidad de planificar los costes de la misma y las diferentes eventualidades que puedan afectar a la producción y comercialización de la obra (por ejemplo, el ejercicio de los derechos morales). Si dispone de un marco claro podrá realizar su planificación y decidir si acomete el proyecto o no. El nacimiento de derechos de autor en función de la importancia y creatividad de las aportaciones puede perjudicar sus intereses principalmente por dos motivos. El primero porque determinar la existencia de la autoría en función del grado de importancia y la creatividad de la aportación no está exento de cierta subjetividad que le generará inseguridad jurídica. En segundo lugar, porque la aparición, *a posteriori*, de nuevos autores puede afectar a la planificación financiera y comercial de la obra.

Imaginemos que se considera que la aportación del director de fotografía o del montador son suficientes para considerarles autores una vez estrenada la obra. Desde el punto de vista financiero, si la retribución inicial pactada con el director de fotografía o el montador ha sido una cantidad fija, ésta se tornará variable en el momento en el que pasen a ser autores, en virtud del mandado del artículo 90 LPI (que contempla derechos de remuneración que además son irrenunciables). En el caso de que la obra haya ido bien, para poder retribuir al director de fotografía o al montador (que seguramente deberán percibir una cantidad superior a la fijada en el contrato) no hay otra opción que estrechar los márgenes previstos para la obra o que el porcentaje que corresponde a los tres autores previstos en la Ley (director, guionista y compositor) se comparta con los «nuevos» autores. En caso de que haya ido mal, quizá estén cobrando una cantidad superior a lo que les correspondería en caso de haber pactado una retribución variable. Desde el punto de vista de la planificación comercial, el productor se vería obligado a volver a realizar toda la publicidad para incorporar como autores al director de fotografía o al montador, así como replanificar entrevistas para incluirlos, etcétera.

En conclusión, un sistema totalmente flexible como el de la Ley del 66 no parece adecuado para los intereses del productor ya que

impide una planificación adecuada e incorpora una incertidumbre contraria a la seguridad jurídica.

Si analizamos la cuestión desde la perspectiva de quienes realizan aportaciones relevantes y creativas, podemos considerar atentatorio que una aportación capital para la obra no se vea recompensada con la autoría. Pensemos en aportaciones como la de un montador<sup>632</sup>, cargada de creatividad y que tiene un impacto enorme sobre el resultado de la obra. O la aportación del director de efectos especiales en determinadas producciones, como *Avatar*, en la que la creatividad de los efectos visuales empleados está fuera de toda duda y ha sido reconocida por la Academia de las Artes y las Ciencias Cinematográficas con un Premio Óscar. Parece que una aportación de esa dimensión debería tener reconocimiento por parte de la legislación de derechos de autor, aunque nuestra vigente Ley se lo niegue.

Autores como PÉREZ DE CASTRO abogan por una interpretación flexible de los tres tipos de autor citados, de manera que no quede sin protección ninguna de las personas que realicen actividades creativas en una obra audiovisual<sup>633</sup>. CASAS VALLÉS cree que la forma de flexibilizar el artículo 87 LPI es la de «extender los tipos», en el sentido de entender la figura del director, el guionista y el músico en sentido amplio. Pese a que entiende que se trata de una interpretación difícil, piensa que si, por ejemplo, la aportación del montador es relevante debería poderse interpretar que se está ante un codirector<sup>634</sup>. Comparto la dificultad de esta interpretación.

En una vía intermedia se situaría SAIZ GARCÍA quien cree que, al margen de si se considera a estos intervinientes como autores de la obra audiovisual, los autores de «decorados, vestuario, máscaras, directores de coreografía, escenografía y ambientación, etc., siempre que las mismas gocen de los presupuestos generales de protección de las obras de ingenio, deben ser considerados autores de sus obras quedando, por tanto, asimilados a los autores de obras preexistentes»<sup>635</sup>. Creo que una interpretación como ésta no se ajusta al espíritu de la Ley. En primer lugar, como apunta MAYOR DEL HOYO refiriéndose al montador, porque «el resultado de su actividad creativa, sobre la que en principio deberían recaer derechos de autor, es precisamente parte inseparable de la obra respecto de la cual se le niegan tales derechos. Ese resultado no tiene autonomía como obra – o al menos es difícil de concebir como tal–; solo tiene sentido y cobra virtualidad como parte de la obra respecto de cuya autoría queda al

---

<sup>632</sup> El montador es un ejemplo paradigmático. Sin embargo, existen muchas otras figuras como el operador, el encargado de vestuario, el coreógrafo, etcétera.

<sup>633</sup> N. PÉREZ DE CASTRO, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, p. 49.

<sup>634</sup> R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 87 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, pp. 141 y 142.

<sup>635</sup> C. SAIZ GARCÍA, *Obras audiovisuales y Derechos de Autor*, p. 87.

margen»<sup>636</sup>. En segundo lugar, porque admitir dicha interpretación generaría precisamente el problema que pretende evitar la normativa: el nuevo autor tendría derechos de autor sobre su aportación y, al no ser coautor de la obra audiovisual, el productor debería garantizarse la cesión de sus derechos para poder proceder a la explotación. Y si la aportación se ha realizado *ad hoc* para la obra, no tiene mucho sentido que el productor deba obtener nuevamente los derechos. Si se admitiese esta posibilidad, debería aplicarse la presunción de la cesión de los derechos en favor del productor en línea con lo establecido por el artículo 14.bis.2.b) del Convenio de Berna y el artículo 88 LPI. En la práctica, lo aconsejable es introducir una cláusula de cesión de derechos en favor del productor para evitar futuras discusiones.

Existe otro problema añadido para reconocer la autoría a intervinientes diferentes de los reconocidos en la Ley: muchas de estas actividades creativas son realizadas por empresas, como en el caso de *Avatar*, cuyos efectos especiales fueron llevados a cabo por Weta Digital. Esto nos lleva a tener que identificar quién o quiénes han sido dentro de la empresa los autores de las aportaciones, llevándonos a un complejo caso de coautoría de la posible coautoría.

En este difícil equilibrio entre un precepto flexible como el del 66 y uno rígido como el actual, me inclino por decantarme, no sin dudas, por la seguridad jurídica. Pese a la poca flexibilidad que aporta el artículo 87 LPI creo que es preferible a un sistema abierto en el que se deba entrar en la discusión casuística. Cuestión distinta es si se deberían incorporar a la lista figuras como el montador o los creadores de personajes en las producciones de animación digital, también decisivos en el resultado de la obra audiovisual, lo que creo que sería conveniente y no sería contrario al Convenio de Berna<sup>637</sup>, en especial para los creadores de dibujos<sup>638</sup>.

## **B. Artistas intérpretes y ejecutantes: el actor**

Recordemos que la Ley define al artista como «la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra». Cuando nos referíamos a la industria musical

---

<sup>636</sup> M.<sup>a</sup> V. MAYOR DEL HOYO, *El derecho de autor sobre las obras cinematográficas en el Derecho español*, p. 128.

<sup>637</sup> El apartado segundo, letra a) del artículo 14 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas da libertad a los Estados para determinar quiénes deben de ser autores de la obra audiovisual: «(a) La determinación de los titulares del derecho de autor sobre la obra cinematográfica queda reservada a la legislación del país en que la protección se reclame».

<sup>638</sup> Entiende MAYOR DEL HOYO que los dibujantes podrán explotar el personaje al margen de la película, en virtud del artículo 10 LPI (M.<sup>a</sup> V. MAYOR DEL HOYO, *El derecho de autor sobre las obras cinematográficas en el Derecho español*, p. 130). En este caso, concuerdo con este criterio ya que no se trata de la aportación concreta a la película, sino del personaje creado que puede dar lugar a otras historias.

identificábamos al cantante, al músico que tocaba cualquier instrumento y al director de orquesta. En el caso de la industria audiovisual, a simple vista, vemos que la pluralidad de sujetos que pueden ser considerados artistas es mucho mayor. Al contrario de lo que hace la Convención de Roma, que menciona expresamente tres tipos de artistas, nuestra Ley los define en función de dos elementos: la actividad que realizan (representar, cantar, leer, recitar, interpretar o ejecutar) y el objeto de esa actividad (la obra)<sup>639</sup>. Parece mejor técnica legislativa la de nuestro legislador, optando por describir la actividad y huyendo de sustantivos propios de profesiones, puesto que la actividad (p. ej. cantar) la puede realizar cualquier sujeto, en cambio, si nos referimos al tipo de artista (p. ej. cantante) se pueden generar dudas sobre si esa cualificación la puede tener cualquiera o si es necesario tener determinadas cualidades (p. ej. un título o dedicarse profesionalmente)<sup>640</sup>. Conviene resaltar que la concepción del artista en el Derecho de la propiedad intelectual no coincide con la concepción de Derecho del trabajo: para esta última rama del Derecho, no es necesario que el artista interprete una obra, pero sí es necesario que desarrolle su actividad en un «espectáculo público»<sup>641</sup>. Esto implica que puedan considerarse como artistas, a efectos laborales, figuras como las de los toreros, por ejemplo, que nunca entrarían en el ámbito de la propiedad intelectual.

En todo caso, y entendiendo que cualquiera puede realizar las actividades descritas por el artículo 105, podemos identificar como los principales artistas (sin ánimo exhaustivo, ya que no estamos ante una lista cerrada de actividades) en la industria audiovisual al actor (incluyendo al denominado actor secundario), al bailarín, al director de escena, y en los casos en los que sean filmados, también al cantante, al músico que ejecute un instrumento y al director de orquesta.

Es importante resaltar que la Ley confiere al artista derechos (conexos) sobre su representación, no sobre la obra audiovisual, aunque la representación se integrará de forma inseparable en la obra audiovisual. Por tanto, si se realizan varias versiones sobre una misma película, como sucede con clásicos como Robin Hood, el artista

---

<sup>639</sup> A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentarios al artículo 105», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1547.

<sup>640</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 105 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., pp. 399 y 400.

<sup>641</sup> En palabras de HURTADO: «Es posible trazar, entonces, una nítida frontera entre la condición de artista para el ordenamiento laboral y para la LPI, conforme a sus respectivas definiciones: en el primero es suficiente la realización de cualquier actividad con la finalidad inmediata de su exhibición y contemplación por el público, ya constituya interpretación de una obra (tenor de ópera), ya solamente la ejecución de un plan de acción previamente adoptado con más o menos detalle, escrito o no (pasacalle de payasos), ya constituya, incluso, una simple acción espontánea e irreplicable (lucha libre, corrida de toros) aun sometida a una determinada ordenación; para la segunda, en cambio, sólo es artista el intérprete o ejecutante de una obra reconocida como tal por la propia LPI, lo que excluye de ese ámbito a todos los artistas (en el sentido jurídico-laboral de la expresión) cuya actividad no tenga esa base y fundamento» (L. HURTADO GONZÁLEZ, *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y seguridad social*, pp. 216 y 217).

que vuelva a interpretar el personaje de Robin Hood no vulnerará los derechos de los anteriores intérpretes.

Centrándonos en la figura del actor, se debe entender por tal a quien interpreta un papel en la obra audiovisual<sup>642</sup>. Como regla general, el autor interpretará un papel aunque no hay que descartar que realicen otras actividades delante de la cámara como cantar, bailar o interpretar un instrumento (por ejemplo en musicales como *Cantando bajo la lluvia*)<sup>643</sup>. En el artículo 3.a) de la Convención de Roma<sup>644</sup> se hace una referencia a la figura del actor en la definición del artista intérprete o ejecutante. Dicho artículo entiende que son artistas intérpretes o ejecutantes «actores, cantantes, músicos o bailarines» para añadir posteriormente «u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística». Nuestra Ley, siguiendo la técnica legislativa citada, omite en su definición de artista intérprete o ejecutante (artículo 105 LPI) la mención a cualquier sustantivo, como el de actor, y únicamente se limita a listar las actividades propias del artista («represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma un obra»).

Al igual que sucede en la representación teatral, podemos concluir que el actor es un artista intérprete o ejecutante a los ojos de nuestra ley, pudiendo en su actuación cantar, tocar instrumentos y/o bailar sin perder su condición de actor<sup>645</sup>.

Como ya hemos adelantado en sede del contrato de representación teatral y ejecución musical, la doctrina se ha planteado si al actor se le debe reconocer la condición de autor. Pese a que la labor del actor es altamente creativa<sup>646</sup>, existe consenso en que el intérprete representa una obra preexistente, por lo que no puede tener acceso a la condición de autor de la misma, aunque existen voces disidentes

---

<sup>642</sup> La Real Academia entiende que el actor es quien «interpreta un papel en el teatro, el cine, la radio o la televisión» (RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LwUON38>).

<sup>643</sup> El propio diccionario reconoce que interpretar incluye tanto tocar instrumentos como bailar (acciones 6 y 7 de la voz «interpretar». RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LwUON38>).

<sup>644</sup> El artículo 3.a) de la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, firmada en Roma el 26 de octubre de 1961 define al artista intérprete o ejecutante como «todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística».

<sup>645</sup> Entiendo que el cantante, músico o bailarín son conceptos menos amplios, dedicándose únicamente al canto, la ejecución musical o el baile, respectivamente tal y como reconoce el Diccionario de la Academia Española.

<sup>646</sup> Existen dos corrientes en relación con la actividad creativa del actor: i) quienes consideran que realizan una actividad creativa siempre y ii) quienes consideran que únicamente es creativa cuando es original. La diferencia entre la primera y la segunda corriente es que en el segundo caso se deberá demostrar la originalidad de la interpretación para reconocer al actor los derechos, siendo innecesaria la demostración en el primer caso. Como ya hemos comentado, dado que los intérpretes gozan de un derecho conexo, no serían aplicables estas dos posturas, aunque creo más acertada la segunda [L. F. RAGEL SÁNCHEZ, «Interpretación, derechos de autor y derechos conexos», en Carlos ROGEL (coord.), *Interpretación y autoría*, p. 63].



de esta opinión<sup>647</sup>. La ubicación de los derechos de los actores en el Libro II de la Ley, otorgándoles una posición inferior a la del autor de una obra teatral o a la de los coautores de una obra audiovisual es intencionada y meditada, como comenta RAGEL SÁNCHEZ<sup>648</sup>, pese a su disconformidad con este tratamiento<sup>649</sup>.

Existen algunos casos límites que son comunes a la representación teatral y al campo audiovisual, que mencionaremos brevemente. El primero de ellos es el de los denominados artistas de variedades y de circo. El problema para reconocer estas figuras como artistas radica en determinar si éstos interpretan o no una obra, tal y como exige la definición del artículo 105 LPI. Si atendemos a la Convención de Roma, en su artículo 9, cuya rúbrica es «Artistas de variedades y de circo», podemos interpretar (*a sensu contrario*) que los artistas de variedades y de circo no interpretan obras puesto que el contenido del artículo parece excluirlos de tal actividad por defecto: «cada uno de los Estados Contratantes podrá, mediante su legislación nacional, extender la protección a artistas que no ejecuten obras literarias o artísticas». Pese a que nuestra legislación no hace uso del artículo 9 de la Convención, entiendo que no existe ningún problema para considerar artistas a quienes se dedican al circo y a las variedades, siempre y cuando estén interpretando una obra. Por tanto, deberemos analizar cada caso para determinar si a un determinado sujeto se le puede dar la calificación de artista<sup>650</sup>. Bajo el prisma del Derecho laboral, los artistas de circo y variedades reciben la calificación de artistas sin que se planteen dudas al respecto, siempre que cumplan la condición de actuar en «espectáculos públicos».

El segundo supuesto polémico es el del locutor. La doctrina mayoritaria de nuestro país entiende que los locutores de noticias (ya sean televisivas o radiofónicas) no gozan de la condición de artista puesto que se limitan a leer, «sin que exista ningún tipo de actividad creativa»<sup>651</sup>. En contraposición, RODRÍGUEZ TAPIA realiza una interesante reflexión en la que defiende que los locutores pueden ser calificados como artistas. El fundamento para tal afirmación consiste

---

<sup>647</sup> Autores como SAIZ GARCÍA defienden que el artista puede llegar a transformar la obra preexistente y, entiendo, que crear una obra derivada con su interpretación. Entiende que el hecho de que muchas veces el éxito de la obra dependa del actor y que éste le dé su impronta personal son argumentos a favor de esta interpretación (C. SAIZ GARCÍA, *Obras audiovisuales y Derechos de Autor*, p. 100). Entiendo que puede existir una impronta personal en la interpretación, como defenderé más adelante, sin que exista obra. Tampoco creo que el éxito comercial tenga relación con la consideración de la interpretación como obra.

<sup>648</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, «Interpretación, derechos de autor y derechos conexos», en Carlos ROGEL (coord.), *Interpretación y autoría*, pp. 71 y 72.

<sup>649</sup> L. F. RAGEL SÁNCHEZ, «Interpretación, derechos de autor y derechos conexos», en Carlos ROGEL (coord.), *Interpretación y autoría*, p. 74.

<sup>650</sup> Quizá hubiese sido más acertado desde el punto de vista de la seguridad jurídica citar expresamente los números y espectáculos de circo entre las obras protegidas y los artistas de variedades de circo y marionetas junto con el director de escena y el director de orquesta tal y como sucede en la vecina Francia (C. COLOMBET, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, p. 138).

<sup>651</sup> A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentarios al artículo 105», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 1550.

en que los locutores, aunque no lean un texto calificable como «obra» a efectos de propiedad intelectual, pueden desarrollar cierta actividad original digna de protección según la creatividad de su lectura. Esta locución creativa, si es sacada de contexto (y utilizada, pongamos el caso, en una obra audiovisual) debería ofrecer ciertos derechos para el locutor.

Creo que no podemos negar que la actividad de leer es una de las que se debe calificar como «interpretación» siempre que el objeto de la misma sea una obra, ya que lo contrario sería contravenir el literal del artículo 105. Lo que sí es cierto, y aceptado por todos, es que la lectura debe tener cierta creatividad (en este estudio hemos hecho especial énfasis en que la protección de los artistas se fundamenta en que desarrollan una actividad creativa). Lo curioso es que la argumentación sostenida por RODRÍGUEZ TAPIA se vuelca en demostrar que es posible «leer artísticamente» sin necesidad de que la actividad se realice sobre una obra<sup>652</sup>, cuando CABANILLAS (que es a quien explícitamente rebate RODRÍGUEZ TAPIA) basa su argumentación en la falta de creatividad de la lectura, no en la inexistencia de una obra<sup>653</sup>.

En mi opinión, partiendo de una interpretación gramatical del precepto, si la lectura no se realiza sobre una obra no es posible defender la condición de artista del lector<sup>654</sup>. A mayor abundamiento, entiendo que es muy significativo que, teniendo la oportunidad de hacerlo, el legislador no haya utilizado explícitamente la oportunidad que le brindaba el artículo 9 de la Convención de Roma. RODRÍGUEZ TAPIA se expresa gráficamente cuando dice: «No se entiende que el locutor “real” de noticias del telediario leyendo cualquier noticia “real” de agencia no sea nunca un intérprete y, sin embargo, un actor haciendo de locutor de noticias leyendo la *misma noticia extraída de un telediario*, sí sea un artista intérprete»<sup>655</sup>. Creo que la explicación es clara: el locutor «real» está desempeñando su trabajo, sin reunir las condiciones para que se le reconozca la condición de artista, pero el actor no está «leyendo» una noticia (en el sentido de la LPI), sino que está «interpretando» a un locutor. En otras palabras, al actor no se le reconoce la condición de artista por la lectura, sino por su interpretación de un personaje.

---

<sup>652</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 105 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., pp. 403 y 404.

<sup>653</sup> A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentarios al artículo 105», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1550.

<sup>654</sup> Se debe resaltar la sustitución del verbo «declamar» por el verbo «leer» que hace la Ley española respecto de la Convención de Roma. En mi opinión, esto refuerza que debemos entender que el nivel de creatividad o de aportación personal que debemos exigir en el caso de la lectura es inferior al de la declamación.

<sup>655</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 105 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 404.

Por tanto, los locutores sólo serán artistas si cumplen con dos requisitos: leer una obra y hacerlo de forma creativa, siendo este último requisito de difícil cumplimiento, aunque no imposible. Apoyo que, debido al estrecho margen de creatividad de la lectura, se sea menos riguroso respecto al nivel de creatividad exigido. Con independencia de la interpretación que hagamos de lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual, los locutores tendrán el derecho reconocido en el artículo 7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que califica como ilegítimo el uso comercial, publicitario o análogo de la grabación y también disfrutarán de la protección del Derecho laboral.

El tercer y último caso polémico que vamos a analizar es el de los comparsas o figurantes. La Real Academia define comparsa como «conjunto de personas que en las representaciones teatrales o en los filmes figuran y no hablan»<sup>656</sup>. Es evidente que para ser comparsa o figurante no se necesita desempeñar un papel creativo ni tener especiales cualidades interpretativas, puesto que su función es únicamente figurar en la obra. Por tanto, al no realizar ninguna de las actividades descritas en el artículo 105 y no aportar creatividad, debemos negarles la condición de artistas. Debemos diferenciar a los figurantes de quienes realizan un pequeño papel, que serán actores secundarios o de reparto<sup>657</sup>, y de quienes hacen de acompañamiento musical o coreográfico en una obra audiovisual (que serán el coro o el *ballet*), ambos dentro de la categoría de artista. Por el contrario, el Derecho laboral sí que considera a los figurantes como artistas<sup>658</sup>.

Al margen de los casos particulares que hemos analizado, es evidente que la interpretación de los artistas, en especial de los actores, es esencial para el éxito comercial de la obra. Por tanto, desde un punto de vista de la dinámica del mercado, a diferencia de otros agentes como el productor, la importancia de la protección del artista no radica en su labor empresarial sino en su labor creativa, que influye decisivamente en la conducta del público en el momento de tomar la decisión de ver una obra audiovisual. En otras palabras, la calidad interpretativa de los artistas tiene un peso específico en el éxito de la obra.

---

<sup>656</sup> RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=9zPazv6>.

<sup>657</sup> El Anexo II al «Convenio Colectivo Estatal Regulador de las Relaciones Laborales entre los Productores de Obras Audiovisuales y los Actores que presentan sus servicios en las mismas» distingue entre actor secundario y actor de reparto, siendo este último aquél «cuya interpretación no suponga un texto superior a 20 líneas con un máximo éstas de 60 espacios mecanografiados». *A sensu contrario*, quien interprete un papel que suponga un texto superior a las veinte líneas pero no tenga un papel protagonista, será considerado actor secundario. En todo caso, la propiedad intelectual reconoce protección a ambas figuras sin distinción alguna.

<sup>658</sup> L. HURTADO GONZÁLEZ, *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y seguridad social*, p. 222. Pese a su reconocimiento como artistas a nivel laboral, en el momento de escribirse esta obra no disponen de Convenio Colectivo, siendo una de las principales reivindicaciones de estos profesionales.

Desde el punto de vista del autor, el artista complementa la obra interpretada hasta el punto de que es él o ella quien tendrá en sus manos la responsabilidad de lograr que el público perciba lo que el autor realmente quiere transmitir con su obra. Además, el artista también aportará su propia impronta personal a la interpretación. Este aspecto es importante porque, si admitimos que el artista realiza una actividad creativa, la legislación deberá contemplar necesariamente la protección del aspecto moral de la interpretación, lo que no sucede si el fundamento de la protección es la actividad empresarial. Nuestra legislación, en el artículo 113 LPI reconoce al intérprete los derechos de paternidad, integridad y doblaje.

### C. El productor

El tercer agente que se relaciona con los otros dos anteriores y cuya función es necesaria para que la obra llegue al público es el productor. Nuestra Ley de Propiedad Intelectual define en su artículo 120 como productor a «la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de dicha grabación audiovisual», definiendo previamente grabación audiovisual como «las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de esta Ley».

Como vemos, en este caso se permite la condición de productor tanto a una persona física como jurídica, a diferencia de la regla general de la autoría<sup>659</sup>, que sostiene que la actividad creativa únicamente corresponde a las personas físicas. Otras dos características definitorias del productor (comunes con las de productor fonográfico del artículo 114) son: i) que lleva a cabo la iniciativa de la grabación y ii) que, además, se responsabiliza de la misma. En este caso el artículo 120 no habla, como el 114, de que tenga que ser «la primera fijación». Entiendo que lo lógico es entender analógicamente que sí que se tratará de la primera fijación como elemento diferenciador de quien realiza copias<sup>660</sup>.

Todos estos elementos nos llevan a la conclusión de que el papel que juega el productor es meramente empresarial y no creativo. Como dice claramente ORTÍ VALLEJO: «De todos es sabido que el productor de cine y, en general, de grabaciones audiovisuales, es la persona que realiza la inversión necesaria para que el producto final –la grabación– sea realidad, es decir, que se trata de un empresario»<sup>661</sup>.

---

<sup>659</sup> Regla general que, como hemos expuesto anteriormente, tiene excepciones en cuanto a la obra colectiva y los programas de ordenador.

<sup>660</sup> A. GONZÁLEZ GOZALO, «Comentario al artículo 120 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1576.

<sup>661</sup> A. ORTÍ VALLEJO, «Comentario al art. 112 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 456.

Este mismo autor entiende que el término «iniciativa» se debe entender como iniciativa empresarial y la «responsabilidad» como una consecuencia de esa iniciativa, ya que quien lleva a cabo la iniciativa es el «responsable civil –y en todos los ámbitos– de toda la organización, ejecución y contratación complejas que conlleva la realización de una película»<sup>662</sup>.

Por tanto, estamos ante un caso en el que la legislación no protege a quien lleva a cabo una actividad creativa sino a aquel que lleva a cabo una actividad empresarial<sup>663</sup>. En consecuencia, el productor no podrá tener nunca la condición de autor en función de sus actividades empresariales. Cuestión distinta es que junto a su labor empresarial realice una actividad creativa y acumule la condición de productor y autor<sup>664</sup>.

Conformes con la afirmación de que el productor realiza una actividad empresarial, merece la pena detenerse en otra cuestión relevante: según nuestra legislación el productor será considerado como tal con independencia de que el objeto de su grabación sea una obra audiovisual o no. En otras palabras, el productor siempre ostentará los derechos sobre su grabación, siendo indiferente si el objeto de su grabación es una obra audiovisual, a la luz del artículo 86 LPI, o no (por tanto, una *mera grabación*).

Para analizar esta cuestión, merece la pena detenerse, aunque sea brevemente, en la diferencia entre una obra audiovisual y la mera grabación ya que nuestro texto refundido reconoce dos tipos de protección diferente para cada caso.

## 1. La obra audiovisual

La obra audiovisual encaja en la categoría general de obra que nos ofrece el artículo 10 LPI cuando las define como «todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en un futuro». Es más, la letra d) de

---

<sup>662</sup> A. ORTÍ VALLEJO, «Comentario al art. 112 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 456.

<sup>663</sup> GONZÁLEZ GOZALO entiende que la noción de productor es lo suficientemente amplia como para admitir como productores a personas que no tengan la condición de empresarios. Entiendo que, independientemente de la calificación como empresario desde el punto de vista del Derecho mercantil, sí que se puede concluir que actúan en el mercado desde un punto de vista económico como empresarios [A. GONZÁLEZ GOZALO, «Comentario al artículo 120 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1574].

<sup>664</sup> Como comenta CASAS VALLÉS, esta separación entre la labor empresarial y creativa del productor venía expresamente reconocida en la legislación francesa hasta su supresión «por obvia» en 1985. En palabras de este autor «negarle la condición de autor y la titularidad originaria de derechos es lo más coherente con nuestra tradición. Su contribución es organizativa, no creativa: como subraya la doctrina alemana, su actividad se concreta en una prestación (“*Leistung*”) no en una obra (“*Werk*”)» [R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 88 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 146].

dicho artículo reconoce expresamente comprendida en la definición genérica a «las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales».

Sorprende la mención a la obra cinematográfica en primer lugar (que también se mantiene en la rúbrica del Título VI del Libro I). La explicación de esta, en mi opinión, mala técnica legislativa se debe a razones históricas, ya que la obra cinematográfica fue la primera en ser reconocida legislativamente, abriéndose hueco en el artículo 2 de la Convención de Berna en 1948<sup>665</sup>, y parece que conserva una especial consideración. Con la expansión de la televisión como medio de masas, se ve la necesidad de ampliar la protección otorgada a la obra cinematográfica al resto de obras audiovisuales (que no encajaban en el concepto de obra cinematográfica)<sup>666</sup>, constituyendo legalmente la categoría más amplia de «obra audiovisual» de la que la obra cinematográfica es sólo una especie<sup>667</sup>.

A los elementos de la definición genérica del artículo 10 (originalidad, ya sea objetiva o subjetiva, y expresión) debemos añadir las características específicas que dicta el artículo 86 de la Ley para entender cuándo una obra se debe calificar como «audiovisual». El citado artículo las define como «las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras».

Por tanto, podemos concluir que la obra audiovisual, junto con las características exigidas por el artículo 10, debe presentar otros dos elementos: i) estar conformada por «una serie de imágenes asociadas» que, además, ii) hayan sido creadas con la específica

---

<sup>665</sup> El artículo 2.1 de la Convención de Berna, en su definición de «obras literarias y artísticas» incluye «las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía». Resulta curioso que en dicho texto legal no se use en ningún momento la expresión «obras audiovisuales».

<sup>666</sup> La primera mención a la cinematografía aparece en el Convenio de Berlín de 1908, pero no es hasta la revisión al Convenio de Berna mediante el Acta de Bruselas de 1948 que las creaciones cinematográficas adquieren la condición de obra. Hasta dicha fecha, la gran preocupación era proteger a los autores de las obras preexistentes, dado que no existía consenso sobre si la cinematografía podía ser considerada obra original.

Además, en dicha revisión, y en clara referencia a la televisión (la cual vivía un gran momento de expansión), también se reconoce como obras «las obtenidas por procedimiento análogo a la cinematografía», sustituyéndose ese redactado en la revisión de Estocolmo (1967) por «las expresadas por un procedimiento análogo». Sorprendentemente, en el caso español no se reconoce como obra las producciones televisivas hasta la Ley de 1987.

<sup>667</sup> En este sentido, siguiendo a la profesora PÉREZ DE CASTRO, podemos afirmar que la categoría genérica son obras audiovisuales, siendo la obra cinematográfica una especie de las primeras (N. PÉREZ DE CASTRO, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, p. 35). En la Ley también encontramos referencias a la obra destinada a radiodifusión (art. 92.2 2º LPI) y a la audiovisual publicitaria (art. 90.6 LPI), pese a que no se encuentran definidas.

finalidad de explotarlas a través de la comunicación pública. Tanto la existencia de sonido asociado o el soporte en el que se encuentren las imágenes asociadas son elementos irrelevantes para la definición de la obra audiovisual.

Respecto del primer elemento, de naturaleza descriptiva, existe cierta polémica de lo que se debe entender por «imágenes asociadas». La postura mayoritaria de nuestra doctrina es la de interpretar que las imágenes, para ser consideradas obra audiovisual, deben ofrecer cierta sensación de movimiento<sup>668</sup>. No obstante, el profesor CASAS, basándose en los antecedentes del artículo 86<sup>669</sup> y aplicando una interpretación literal, entiende que la expresión «imágenes asociadas» no es sinónima de movimiento, debiendo interpretar el precepto en un sentido más amplio en el que se puedan considerar obras audiovisuales, por ejemplo, una sesión de diapositivas<sup>670</sup>.

Respecto del segundo, estar «destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación pública», es evidente que el legislador toma como referencia la obra cinematográfica, razón por la cual cita expresamente los aparatos de proyección. Sin embargo, mediante la cláusula de cierre «o por cualquier otro medio de comunicación pública», amplía la definición incluyendo a toda aquella obra cuyo disfrute por parte del público se asemeje al de la obra cinematográfica, es decir, aquellas obras en las que es necesario un equipo de reproducción para disfrutarlas (televisión, vídeo...). Esto nos lleva a concluir que debemos poner el énfasis en el término «medio» como sinónimo de equipo de comunicación y entender que con «comunicación pública» se nos da entender que ese equipo debe ser un aparato utilizado para la comunicación de masas.

Más allá del medio de comunicación utilizado, parece indiscutible que el texto legal sitúa en el centro de la definición la explotación a través de la modalidad de «comunicación pública». Nuestra Ley define la comunicación pública como «todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas» (art. 20). No hay

---

<sup>668</sup> Éste es el sentido que le otorga el art. L. 112-2 6º del Code de la Propriété Intellectuelle:

«Sont considérés notamment comme oeuvres de l'esprit au sens du présent code:

[...]

6º Les oeuvres cinématographiques et autres oeuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble oeuvres audiovisuelles».

<sup>669</sup> El profesor CASAS fundamenta su interpretación en los trabajos del Comité de Expertos de la OMPI, así como en la legislación estadounidense (Ley de 19 de octubre de 1976), antecedente inmediato de nuestra Ley [R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 86 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 114].

<sup>670</sup> R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 86 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, pp. 114-116.

que entender que la expresión «comunicación pública» obliga a que la obra deba estar destinada a ser accesible al público en general, puesto que existen obras destinadas al ámbito doméstico sin que por ello pierdan la condición de obras. Como bien expresa el profesor CASAS: «La obra audiovisual no deja de serlo por el simple hecho de que su realizador no pensara exhibirla o sólo pretendiera hacerlo en el ámbito familiar»<sup>671</sup>.

Junto con el análisis de los elementos constitutivos de la obra audiovisual, es necesario realizar dos comentarios antes de entrar en las distintas tipologías de obra audiovisual. El primero es referente al concepto de fijación de la obra. El segundo es relativo al soporte material de dichas obras.

En relación con el primero, del artículo 86 LPI se deduce que la obra audiovisual no requiere fijación (es decir, plasmar en un soporte la obra). Es antigua la discusión sobre si las obras audiovisuales deben fijarse en algún soporte para acceder a la protección de la propiedad intelectual, habiendo adoptado la Convención de Berna una postura neutral ante la cuestión, dejando que cada Estado firmante decida si exige la fijación como requisito para considerar una grabación como obra audiovisual (art. 2.2 CB)<sup>672</sup>. En el caso español se ha optado por no establecer el requisito de la fijación, siendo de especial relevancia para el caso de las emisiones o transmisiones en directo, dado que éstas se producen simultáneamente al evento que se filma sin que exista fijación previa. Por tanto, se permite que este tipo de emisiones pueda acceder a la condición de obra audiovisual si cumple con los restantes requisitos. Además, el concepto de fijación debe ser sometido a revisión. La digitalización provoca que técnicamente se produzca siempre una fijación de lo que se está emitiendo, aunque no haya intención de llevar a cabo la fijación. Por tanto, la fijación debe ser interpretada a la luz de la intencionalidad del productor de fijar la obra, independientemente de que, por circunstancias tecnológicas, se acabe fijando.

En relación con el segundo comentario, relativo al soporte de las obras, el propio artículo 86 LPI establece que es indiferente para la consideración como obra audiovisual el formato en el que se fijan las obras. Por tanto, como no podía ser de otra manera, se podrá considerar obra audiovisual cualquier fijación en formato digital.

---

<sup>671</sup> R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 86 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 116.

<sup>672</sup> El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas expresa en su artículo 2.2 que «queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material».



En conclusión, para definir a la obra audiovisual sólo es necesario que existan tres elementos: i) que estemos ante una secuencia de imágenes, ii) que ésta vaya a ser proyectada a través de un medio de comunicación pública y iii) que sea original. El resto son matizaciones a estos conceptos<sup>673</sup>.

A continuación analizaremos los distintos tipos de obra audiovisual. La doctrina diferencia entre distintas especies, siendo la clasificación más habitual la siguiente: i) cinematográfica, ii) videográfica, iii) televisiva, iv) publicitaria y v) multimedia. En puridad, el texto legal no hace referencia a todas estas especies puesto que sólo diferencia entre cinematográfica, publicitaria y televisiva. A continuación hacemos una breve referencia:

## 1. Obra cinematográfica

La obra cinematográfica<sup>674</sup>, antecedente de la obra audiovisual, es aquella obra destinada a «ser mostrada a través de aparatos de proyección», según la redacción del artículo 86, o en palabras de MAYOR DEL HOYO, es la obra audiovisual que «tiene como destino inicial y preferente la explotación a través de su exhibición pública en salas de cine, lo cual conlleva su plasmación en soportes idóneos para tal fin y unos procedimientos y técnicas de elaboración apropiados»<sup>675</sup>.

## 2. Obra videográfica

---

<sup>673</sup> La profesora SAIZ GARCÍA entiende que los requisitos contemplados en el artículo 86 (a los que llama «motivos externos») y que acabamos de analizar, no son suficientes para definir la obra audiovisual debido a que en el momento de la redacción del precepto legal los objetivos que se perseguían y circunstancias que se daban no eran las mismas que en la actualidad (en especial la cesión de derechos a favor del productor) y también porque las nuevas tecnologías han permitido una explotación de las obras que no encaja con el concepto de obra cinematográfica en el que se basaba el legislador. En consecuencia, añade a los motivos externos unos «motivos internos» basados en el proceso de creación específico de la obra audiovisual: la existencia de una pluralidad de autores, la presencia de un productor y la referencia al régimen de colaboración (C. SAIZ GARCÍA, *Obras audiovisuales y Derechos de Autor*, pp. 63-102). Esta autora propone que deban darse tanto los motivos internos como los externos para poder calificar una obra como audiovisual. Pese a la brillante exposición sobre los motivos internos que realiza SAIZ GARCÍA no compartimos la necesidad de observar los citados motivos internos, puesto que la existencia de una pluralidad de autores o de un determinado proceso de creación no puede afectar a la naturaleza del resultado, siendo éste siempre el mismo, independientemente del número de creadores o el procedimiento empleado. Por otra parte, entiendo que se debe tender a un sistema simple y transparente, que se apoye en conceptos amplios, aportando mayor seguridad jurídica.

<sup>674</sup> El uso de la terminología realmente no es afortunado en relación con la obra audiovisual. Por ejemplo, la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual introduce el término «película», para mayor confusión, entendiendo en su artículo 2 que «A efectos de la presente Directiva se entenderá por "película" la obra cinematográfica o audiovisual o imágenes en movimiento, con o sin acompañamiento de sonido».

<sup>675</sup> M.<sup>a</sup> V. MAYOR DEL HOYO, *El derecho de autor sobre las obras cinematográficas en el Derecho español*, p. 45.

La obra videográfica se define como «aquella especialmente concebida para ser fijada sobre un videograma»<sup>676</sup>, siendo videograma «el soporte material de toda secuencia de imágenes y sonidos, así como la propia fijación de tal secuencia, independientemente de la protección jurídica reconocida –ya sea a título de derecho de autor, ya sea a título de derecho conexo– a la secuencia incorporada en tal soporte»<sup>677</sup>.

Es importante resaltar que el videograma (el *corpus mechanicum*) puede ser el soporte, tanto de una obra audiovisual (el *corpus mysticum*) como de una mera grabación. Por tanto, el contenido del videograma recibirá una u otra calificación en función de si cumple o no con los requisitos para ser obra audiovisual, los cuales acabamos de citar.

### 3. Obra televisiva

La obra televisiva es aquella que ha sido creada especialmente para ser emitida o transmitida por televisión. Es evidente que gran parte de la programación televisiva puede ser calificada de obra televisiva. Sin embargo, estas obras televisivas conviven en la programación con otras obras que no han sido creadas para la televisión, pero para las que la televisión es una ventana de explotación (por ejemplo, las cinematográficas) y con grabaciones que, pese a haber sido concebidas para la televisión, no pueden ser calificadas de obra por falta de originalidad<sup>678</sup> (meras grabaciones).

Dado que no es necesaria la fijación de la obra televisiva para su reconocimiento como tal, es perfectamente viable considerar obras de esta especie a los programas de televisión en directo (que se emiten simultáneamente). A efectos del productor, que es lo que ahora nos interesa, el problema que se plantea es que si no existe fijación no disfrutará del derecho conexo, lo que hace difícil imaginar que no exista fijación de la obra (pudiendo ser el productor un ente de radiodifusión, que además acumulará los derechos conexos del artículo 126 LPI).

---

<sup>676</sup> *Rapport du Groupe de travail sur les problèmes juridiques découlant de l'utilisation des videocassetes et disques audiovisuels*, Genève, 21 au 25 février, 1977, p. 88, citado en C. SAIZ GARCÍA, *Obras audiovisuales y Derechos de Autor*, p. 171.

<sup>677</sup> *Rapport du Groupe de travail sur les problèmes juridiques découlant de l'utilisation des videocassetes et disques audiovisuels*, Genève, 21 au 25 février, 1977, p. 86, citado en C. SAIZ GARCÍA, *Obras Audiovisuales y Derechos de Autor*, p. 171.

<sup>678</sup> Pese a ser un tema que debe de ser analizado caso por caso, en un análisis a grandes rasgos debemos manifestar que estamos ante producciones que tienen escaso margen para la originalidad, por lo que puede presentar dificultad reconocerlas como obra. Eso no impide que en ocasiones, dependiendo principalmente de la labor de realización, podamos reconocer que la producción goza de originalidad y, por tanto, reconocerle la condición de obra audiovisual si cumple con el resto de requisitos.

Relacionado con la obra televisiva, encontramos la problemática de los formatos televisivos, entendiendo por tal el esquema o esqueleto del programa que contiene la secuencia de acciones, acontecimientos y eventos organizados y ordenados atendiendo a determinados contenidos, susceptible de dar lugar a una o más representaciones de carácter unitario<sup>679</sup>. Dado que los formatos son algo excesivamente genérico, hoy por hoy no gozan de protección al amparo de la propiedad intelectual, pese a que parte de la doctrina abogue por su reconocimiento<sup>680</sup> y que la jurisprudencia les reconozca cierta protección<sup>681</sup>. Tampoco podemos calificarlos de obra televisiva.

#### 4. Obra publicitaria

El artículo 90.6 LPI hace una referencia a las «obras de carácter publicitario» para excluirlas del pago de la remuneración irrenunciable e intransmisible del que gozan los autores de obras audiovisuales que sean exhibidas en salas de cine o transmitidas al público según los apartados 3 y 4 del mismo precepto.

La única diferencia entre las obras publicitarias y el resto de obras audiovisuales es la función de las mismas, que es promocionar empresas, productos o servicios. Como comenta PÉREZ DE CASTRO sobre la obra publicitaria, «no es creada para la contemplación o el disfrute de la obra en sí, sino que su fin es instrumental: la captación de clientes para que adquieran determinados productos o contraten concretos servicios»<sup>682</sup>. Por tanto, no es una obra creada para que genere ingresos *per se*, como el resto de las audiovisuales, sino que es un instrumento para que terceros generen ingresos con otros productos, razón por la que se excluyen de la remuneración<sup>683</sup>.

---

<sup>679</sup> M. MORELLI, *Un programa in cerca di autore. Brevi note in tema di tutela dello schema di programma televisivo*, p. 30, citado en C. SAIZ GARCÍA, *Obras audiovisuales y Derecho de Autor*, p. 194.

<sup>680</sup> No obstante, entiendo que el formato se podría equiparar a lo que es el método en Derecho de patentes, por lo que su reconocimiento podría acarrear grandes riesgos para la creatividad. Es inevitable que cuando un formato funciona se intente imitar por los competidores (pensemos en la competencia de «*late-shows*» o «*reality shows*» que han inundado nuestras televisiones los últimos años). Otorgar una protección al formato en estos casos sería muy peligroso puesto que si autorizamos la protección, como obra original, de algo que es casi una idea podemos eliminar esa competencia creativa entre las cadenas. Entiendo que la protección que otorga la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Marcas es suficiente.

<sup>681</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de diciembre de 2013.

<sup>682</sup> N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 90 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1196.

<sup>683</sup> CASAS VALLÉS plantea que esta exclusión «resulta un tanto engañosa, pues induce a creer que, en lo demás, la obra publicitaria debe tener un tratamiento en todo idéntico al de las demás audiovisuales» [R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 90 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, pp. 186 y 187].

Desde el punto de vista del productor en ocasiones será difícil determinar si éste será el anunciante o la agencia de publicidad<sup>684</sup> que es contratada para llevar a cabo el anuncio. El contrato de creación publicitaria, regulado en los artículos 20 y 21 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad no aporta especial luz ya que regula la relación entre i) quien idea y elabora la publicidad<sup>685</sup> y ii) la agencia o anunciante<sup>686</sup>, presumiendo la cesión de los derechos del primero a su contratante, ya sea la agencia o el anunciante.

Por tanto, el contrato suscrito entre el anunciante y la agencia deberá regular quién de los dos realiza la fijación y, por tanto, si la labor de la agencia es únicamente de ejecutor de un encargo (en cuyo caso el productor será el anunciante) o si realmente lleva a cabo la producción. Del artículo 21 de la Ley General de Publicidad parece inducirse que quien firma con el autor tendrá más posibilidades de ser considerado productor<sup>687</sup>.

En mi opinión, no podemos argumentar que estemos realmente ante una especie de obra audiovisual ya que la excepción del artículo 90.6 LPI se establece porque la finalidad de los anuncios, como se ha dicho, no es obtener una remuneración sino promocionar un producto. Es lógico que si se tuviese que abonar una remuneración en concepto de derecho de autor por proyectar anuncios, nadie estaría interesado en permitir su comunicación pública, haciendo de éstos un producto inútil. Por tanto, fundamentar que existe una especie de obra audiovisual por el hecho de que se suprima uno de los derechos de remuneración no creo que sea justificable ya que no afecta a los elementos esenciales de la definición de obra audiovisual.

---

<sup>684</sup> La Ley General de Publicidad define las figuras de anunciante y agencia de publicidad de la siguiente manera:

«Artículo 8.

A los efectos de esta Ley:

Es anunciante la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad.

Son agencias de publicidad las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante».

<sup>685</sup> El artículo 20 de la Ley General de Publicidad habla de la «persona física o jurídica» que idee o elabore la publicidad. Dado que los autores de la obra audiovisual son el director, el guionista y el compositor no se podría entender que la persona jurídica a la que hace referencia el artículo sea el autor. Difícilmente lo podrá ser la persona física. Eso implica que entran en juego una cadena de presunciones (ya sea en virtud del artículo 51 u 86 LPI) de los autores al encargado de la campaña y de éste a la agencia o anunciante (en virtud del 21 LGP).

<sup>686</sup> El anunciante y la agencia estarán unidos por el contrato de publicidad, definido en el artículo 13 de la Ley General de Publicidad. Ese mismo artículo establece que cuando la agencia realice creaciones publicitarias también se aplicarán las normas del contrato de creación publicitaria.

«Artículo 13.

Contrato de publicidad es aquél por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma. Cuando la agencia realice creaciones publicitarias, se aplicarán también las normas del contrato de creación publicitaria».

<sup>687</sup> El contrato de creación publicitaria regula las relaciones entre el autor y el anunciante o la agencia. En todo caso, el autor podría estar en plantilla de la agencia, en cuyo caso no sería necesaria la suscripción de este contrato. Cuestión diferente es qué empleado de la agencia puede considerarse autor.

## 5. Obra multimedia

A partir de los años ochenta surgen las primeras páginas web y videojuegos para los que hay que buscar un encaje desde el punto de vista de la protección jurídica, siendo la principal característica de estas nuevas creaciones la interactividad así como la combinación de múltiples medios que convergen en uno sólo. No existe en nuestra Ley de Propiedad Intelectual una definición de obra multimedia<sup>688</sup>, aunque es pacífico el uso del término por parte de la doctrina y también en la legislación, introduciéndose «por primera vez, referencia expresa a la posibilidad de inscribir las obras o producciones multimedia y las páginas web» en el Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual.

DELGADO PORRAS se plantea si este tipo de creación constituye un nuevo género de obra. La reflexión de este autor parte del interesante concepto de «producción multimedia», entendiéndolo que «se trata de soportes en los que se ha fijado, mediante la técnica digital, un complejo de textos, sonidos e imágenes fijas y en movimiento, y que pueden constituir la expresión de obras literarias, musicales, “visuales” (de las artes plásticas y fotográficas) y audiovisuales, creadas para su explotación en tales soportes o preexistentes, así como interpretaciones o ejecuciones artísticas destinadas a ser fijadas en ellos o ya grabadas (y explotadas) en fonogramas o en otros soportes audiovisuales»<sup>689</sup>. Tras analizar el encaje de este tipo de producciones en las categorías de bases de datos y de obra audiovisual, acaba concluyendo que «las “producciones multimedia” no siempre son calificables de “obras multimedia” [...]; que las “obras multimedia” no constituyen un género nuevo de obras literarias o artísticas, en el sentido de que sea factible constituir una categoría de obras en la que quepan todos los tipos existentes de “producciones multimedia” que admitan la calificación de obra y a los que sea aplicable un estatuto específico (y ello, tanto en consideración a sus medios expresivos como en atención a la oportunidad de efectuar una tal construcción); y que dichas “obras multimedia” pueden

---

<sup>688</sup> El concepto «multimedia» surge en torno a una discusión que se produce alrededor de un cruce de artículos en la revista *Educational Researcher* entre SHAVELSON y SALOMON por una parte y HAWES de otra entre 1985 y 1986.

<sup>689</sup> A. DELGADO PORRAS, «La tecnología digital y los conceptos de obra y de autor», en *Derecho de Autor y derechos afines al de autor*, p. 25.

beneficiarse, según los casos, de la calificación de bases de datos o de obras audiovisuales»<sup>690</sup>.

Por tanto, admitiendo que algunas de las producciones audiovisuales pueden llegar a tener la consideración de obra, de entre las muchas definiciones posibles que ofrece la doctrina, optaremos por definir la obra multimedia como aquella «que incorpora en un mismo soporte dos o más de los siguientes elementos: texto, sonido, imágenes fijas, imágenes animadas y programas de ordenador, cuya estructura y acceso se rigen por un programa de ordenador que posibilita la interactividad»<sup>691</sup>.

Según esta definición, la existencia de un programa de ordenador es fundamental en la obra multimedia ya que es el pegamento que une a todos los elementos de la obra. No obstante, la protección que otorga nuestra legislación al programa de ordenador (artículo 95 LPI y ss.) únicamente protegerá a éste, como objeto<sup>692</sup>, y al titular de los derechos del programa.

Creo que hay que diferenciar claramente el supuesto en el que i) el producto multimedia únicamente se limita a presentar, ensamblados o encajados, diversos contenidos preexistentes a éste (como podrían ser determinadas página web) y el supuesto en el que ii) el producto multimedia es un resultado unitario (como un relato interactivo en el que se mezcle texto, audio y vídeo)<sup>693</sup>. Opino que en el primer caso sería de aplicación la protección del artículo 12 LPI para las bases de datos o las colecciones (siempre que reúna el requisito de originalidad) y, en su defecto, el derecho *sui generis* sobre bases de datos del artículo 133 LPI y siguientes. En el segundo, podríamos estar ante una obra audiovisual, en el caso de que se cumplan los requisitos de los artículos 10 y 86 de la Ley de Propiedad Intelectual, o de una mera grabación en caso contrario.

Por tanto, el empresario que lleve a cabo la iniciativa de crear un producto multimedia gozará, bien de la protección otorgada a las bases de datos (que en caso de incorporar obras

---

<sup>690</sup> A. DELGADO PORRAS, «Las producciones "multimedia": ¿un nuevo género de obras?», en *Derecho de Autor y derechos afines al de autor*, p. 82.

<sup>691</sup> «Livre Blanc du groupe audiovisuel et multimédia de l'édition», en *Questions juridiques relatives aux oeuvres multimédias*, Edit. Syndicat National de l'édition, Paris, 1994, citado en C. SAIZ GARCÍA, *Obras audiovisuales y Derecho de Autor*, p. 213.

<sup>692</sup> El artículo 96.1 LPI define el programa de ordenador como «toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación».

<sup>693</sup> Seguramente un libro en el que se insertan imágenes o vídeos no podrá ser calificado de obra audiovisual por no cumplir con el requisito de ser una «serie de imágenes asociadas» del artículo 86 LPI.

preexistentes obligará al empresario, fabricante de la base de datos, a disponer de los derechos de autor para explotarla) bien de la protección de la grabación audiovisual (que también podrá ser considerada obra, siendo el empresario en todo caso el productor).

Sin embargo, el encaje de la obra multimedia en la obra audiovisual presenta algunos problemas. El primero es el de la autoría. La lista cerrada de los autores que contempla el artículo 87 LPI no encaja a la perfección con los autores de la obra multimedia, de manera que se debería realizar una interpretación amplia de los mismos, no pudiendo ser considerados autores de la obra multimedia quienes hayan creado una obra preexistente que se incorpora a la misma como sucede con todas las obras audiovisuales.

El segundo problema proviene de si se puede considerar que la obra multimedia cumple con el requisito del artículo 86 LPI por el que éstas deben ser una «serie de imágenes asociadas». Nos hemos posicionado en el sentido de entender que esta expresión no es sinónima de movimiento, debiendo interpretar el precepto en un sentido amplio en el que entrarían las obras multimedia, aunque como comenta PÉREZ DE CASTRO, no todo lo que se pueda visualizar a través de un aparato técnico será una obra audiovisual<sup>694</sup>. Si sólo se trata de texto con imágenes, por ejemplo, no se podrá calificar de obra audiovisual. A esto se añade si el hecho de que exista interactividad en la obra multimedia desvirtúa el contenido del artículo 86 LPI, debiéndose concluir que no, ya que la «posibilidad brindada al usuario de una expectación no secuencial y activa» de la misma no se puede entender que desvirtúe en carácter de obra audiovisual<sup>695</sup>.

Por tanto, compartimos la opinión de DELGADO PORRAS de que no estamos ante un nuevo género de obra. Lo realmente novedoso en la obra multimedia es que presenta un soporte digital innovador pero que no desvirtúa la posibilidad de recibir protección por parte de la Ley. Desde el punto de vista del productor, sigue gozando de su derecho por la fijación de la obra multimedia, aunque sea interactiva<sup>696</sup>.

---

<sup>694</sup> N. PÉREZ DE CASTRO, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, pp. 32 y 33.

<sup>695</sup> C. SAIZ GARCÍA, *Obras audiovisuales y Derechos de Autor*, p. 220. En el mismo sentido N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 90 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1159.

<sup>696</sup> Respecto de los videojuegos, sector que en España contó con una inversión de 763 millones de euros en 2014, se plantea la duda sobre si se puede considerar como obra multimedia o no. Es indiscutible la protección del programa de ordenador que utiliza el usuario para jugar a través del artículo 94 LPI y siguientes. Diferente es si la secuencia de imágenes fruto de la partida tienen protección por sí sola. En mi opinión no hay inconveniente en considerarla obra multimedia. Entiendo que el jugador no puede ser considerado autor de la misma puesto que se limita a una ejecución técnica de los comandos (no exenta

A la luz de lo expuesto, no se puede concluir que haya ninguna característica común a todas las especies de obra audiovisual<sup>697</sup>. Según el medio para el que se crean podemos distinguir la obra cinematográfica y la televisiva; según la finalidad, la publicitaria, y según el soporte, la videográfica y la multimedia.

Atendiendo a la descripción del mercado realizada al inicio de este capítulo entiendo que no existe justificación alguna para diferenciar entre las distintas especies. Es más, creo que dichas diferencias complican más que simplifican: la difusión de contenidos, cada vez más en formatos digitales y multidispositivo, está provocando una tendencia a la uniformidad de las obras audiovisuales como producto cultural, por lo que las distinciones entre las distintas especies de la obra audiovisual deben tender a desaparecer en aras de la claridad conceptual y, en consecuencia, de la seguridad jurídica. Por tanto, la obra audiovisual debería mantener su esencia, como sucesión de imágenes destinadas al público, independientemente del medio o soporte para el que estén destinadas. Este error es especialmente evidente en la referencia a la obra cinematográfica que contiene el artículo 86 LPI en su definición de obra audiovisual. Excluir el medio o soporte de la definición no obsta a que se puedan realizar determinadas matizaciones en su regulación si es necesario.

## 2. La mera grabación

Para comprender qué es una mera grabación se debe analizar previamente el concepto, más amplio, de grabación audiovisual. El artículo 120 LPI, ya en sede de derechos conexos, define las grabaciones audiovisuales como «las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de esta Ley». Atendiendo a dicha definición, vemos cómo la protección legal que otorga el artículo 120 no sólo abarca a la ya estudiada obra audiovisual sino que se extiende más allá, abarcando también fijaciones que no pueden ser consideradas obras desde el punto de vista del derecho de autor y que denominaremos «mera grabación».

---

de pericia) pero cuyos resultados han sido previstos y programados por el diseñador del juego, por lo que en todo caso la protección recaería sobre el autor y el productor del videojuego, nunca sobre el usuario.

<sup>697</sup> Junto a las especies de obra audiovisual que hemos analizado, hay quien incluye el videoclip. La única diferencia que presente el videoclip es la de que su destino es la promoción de un determinado fonograma. Creo que, en aras de simplificar, dicha característica no es suficientemente relevante para considerarlo una especie diferente a las ya analizadas.



Podemos concluir que la grabación audiovisual es una categoría amplia que comprende tanto a las obras audiovisuales como las meras grabaciones<sup>698</sup>. Ambas tienen en común que son una secuencia de imágenes y se diferencian, básicamente, en tres aspectos: i) la mera grabación no requiere de un destino específico para ser considerada como tal (a diferencia de la obra audiovisual, que está destinada a la comunicación pública); ii) requiere la fijación<sup>699</sup> de las imágenes (requisito no exigido en la obra audiovisual), y iii) no necesita ser una creación original (lo que es imprescindible en la obra audiovisual).

Dada la dificultad de establecer el destino de una grabación en el momento en el que se fija, la doctrina se focaliza en el requisito de originalidad para distinguir una obra audiovisual de una mera grabación<sup>700</sup>. En consecuencia, se deberá analizar caso por caso la existencia de originalidad, lo que no siempre es tarea fácil<sup>701</sup>.

Desde un punto de vista económico, venimos defendiendo que la protección otorgada al productor sobre la obra tiene la función de proteger sus intereses económicos para que consiga que la grabación llegue al mercado. En otras palabras, se protege la

---

<sup>698</sup> GONZÁLEZ GOZALO matiza esta clasificación diciendo que no se puede considerar la grabación audiovisual como una especie de las grabaciones audiovisuales como hace BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO [R. BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 120 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1662], ya que entiende que «las obras y las grabaciones audiovisuales conforman conjuntos secantes, pues si bien existen grabaciones audiovisuales que son obras, otras no lo son, de la misma manera que, al menos teóricamente puede haber obras audiovisuales que no constituyan grabaciones por no estar fijadas» y pone como ejemplo una obra televisiva que sea emitida sin grabarse [A. GONZÁLEZ GOZALO, «Comentario al artículo 120 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1574]. Como ya hemos comentado, la lógica empresarial hace que la emisión de un programa televisivo que no se grabe sea un supuesto de laboratorio y más con el uso de la tecnología digital. En todo caso, considero que se debe entender que cuando se fija una imagen sólo caben dos posibilidades: i) que estemos ante mera grabación o ii) ante una obra audiovisual, lo que no excluye la opción teórica de que existan obras audiovisuales que no sean grabaciones audiovisuales.

<sup>699</sup> Aunque no lo diga el precepto, la doctrina entiende que la grabación audiovisual es la primera fijación, al igual que sucede con los fonogramas [A. GONZÁLEZ GOZALO, «Comentario al artículo 120 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1572].

<sup>700</sup> Este extremo lo expone Concepción SAIZ GARCÍA mediante el siguiente silogismo: «Toda obra audiovisual es una secuencia de imágenes. Toda fijación de una secuencia de imágenes es una grabación audiovisual. Por tanto, toda fijación de una obra audiovisual es una grabación audiovisual», aunque no toda grabación es obra audiovisual (C. SAIZ GARCÍA, *Obras audiovisuales y Derechos de Autor*, p. 33).

<sup>701</sup> La pericia técnica no podrá confundirse con la originalidad, por lo que se deberá estar a la actividad creativa, más allá de esa pericia técnica, que se demuestre en cada caso. BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO entiende que, en principio, las películas comerciales con argumento y los reportajes podrán ser considerados como trabajos originales. Sin embargo, hay que considerar que las meras filmaciones de un acontecimiento social o científico, de una representación teatral, de una ejecución musical, de una obra coreográfica o pantomímica carecen, en principio, de originalidad [R. BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 10 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 172]. SAIZ GARCÍA profundiza un poco más en la casuística, llegando a las siguientes conclusiones: como regla general, se podrán considerar como originales las colecciones, los documentales. Carecerán, en principio, de originalidad las filmaciones de acontecimientos de crónica; las cámaras fijas que filmen sin intervención humana; los «talk shows» que versen sobre conversaciones cotidianas; las películas pornográficas y los acontecimientos deportivos, aunque estos últimos sí podrían considerarse originales en caso de que se llevase a cabo una reelaboración de las imágenes con suficiente altura creativa (C. SAIZ GARCÍA, *Obras audiovisuales y Derechos de Autor*, pp. 40-46).

inversión que realiza el productor porque es necesaria para el acceso a la cultura. Dado que en este caso no estamos ante una obra, sino ante una grabación que no es original, se hace obligado plantearse por qué el legislador también protege este tipo de inversiones, quebrando así la lógica de nuestro sistema de derecho de autor, que protege por principio las creaciones originales.

Hay que decir que no es el único caso en nuestra legislación en que se protege la inversión de un empresario. Quizá el caso más explícito es el reconocimiento del derecho *sui generis* sobre las bases de datos (artículo 133 LPI), en el que se «protege la inversión sustancial» del empresario (en este caso, el fabricante de la base de datos) ya sea «de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza». En el caso de las bases de datos, los considerandos 9), 10), 11) y 12) de 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, justifican la protección de la inversión del fabricante (a través de la concesión de un derecho específico) por la necesidad de invertir en el tratamiento de la información, ya que es un elemento imprescindible para el funcionamiento eficiente en una economía del conocimiento donde se genera una ingente cantidad de información a cada instante y su estructuración es necesaria para su uso.

En el caso del productor audiovisual no encontramos una expresión tan clara sobre la inversión como objeto de protección en los textos legales nacionales, aunque sí para algunas modalidades de explotación en las Directivas europeas como la Directiva 2006/115/CE, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (considerando 5)<sup>702</sup> y la Directiva 2001/29/CE del Parlamento

---

<sup>702</sup> El considerando 5 de la Directiva establece:

«El esfuerzo creativo y artístico de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes exige unos ingresos suficientes que sirvan de base a nuevos trabajos creativos y artísticos y que las inversiones necesarias, en particular, para la producción de fonogramas y películas son especialmente cuantiosas y aleatorias. Sólo una protección jurídica adecuada de los titulares de derechos permite garantizar eficazmente dichos ingresos y amortizar dichas inversiones».

Además, dicha finalidad ha sido ampliamente reconocida y protegida por los tribunales como en el caso *Metronome*:

«La Directiva tiene por objeto establecer una protección jurídica armonizada en la Comunidad en lo que atañe al derecho de alquiler y de préstamo y algunos derechos afines al derecho de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Según sus tres primeros considerandos, el objeto de esta armonización es eliminar las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales que pueden ser fuente de obstáculos al comercio y de distorsiones de la competencia que impiden el buen funcionamiento y la realización del mercado interior. Como se desprende más concretamente de los considerandos cuarto, quinto y séptimo de la Directiva, el derecho de alquiler, que tiene cada vez más importancia para el desarrollo económico y cultural de la Comunidad debido a que la piratería constituye una amenaza cada vez más grave, debe, particularmente, permitir garantizar a los autores, artistas intérpretes o ejecutantes unos ingresos suficientes y amortizar las inversiones extremadamente elevadas y aleatorias que, en particular, exige la producción de fonogramas y de películas» (apartado 22) [STJUE de 28 de abril de 1998, caso *Metronome*, (C-200/96). Disponible en:

Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (considerando 10)<sup>703</sup>. Por tanto, desde mi punto de vista, existen dos grandes motivaciones.

La primera consiste en que para fomentar la inversión en una actividad es necesario otorgar una cierta seguridad jurídica a quien va a asumir el riesgo empresarial de forma que pueda ver protegida su inversión (siempre cuantiosa en materia audiovisual) y el posible retorno. En el caso del productor audiovisual, esto se traduce en que su inversión se vea protegida sin tener que depender de que el resultado de la grabación pueda considerarse obra audiovisual, eliminando cierta incertidumbre *a priori*. Hay supuestos, como el de las obras cinematográficas, en los que la calificación de la grabación como obra audiovisual es prácticamente indiscutible. Sin embargo, pueden existir situaciones limítrofes, como un concurso, en el que se puede dudar de si se está ante una obra audiovisual o no. En estos supuestos dudosos, que la protección de la grabación dependa de un juicio *a posteriori* sobre si ésta reúne los requisitos para ser obra audiovisual, puede suponer un repelente para la inversión y, por tanto, desincentivar el impulso de iniciativas empresariales en el sector audiovisual. La salomónica decisión del legislador de otorgar siempre protección al productor, independientemente del resultado de la grabación, otorga la necesaria seguridad jurídica para que éste tenga menos obstáculos para realizar la inversión en un sector en el que la inversión ya es difícil de por sí.

La segunda motivación consiste en fomentar la generación de contenido audiovisual que, aunque quizá no tenga relevancia desde el punto de vista de la creación intelectual, sí que lo puede tener desde otros puntos de vista: la información o el entretenimiento. Fomentar la inversión en contenidos audiovisuales que ayuden a informar (p. ej. tertulias políticas, informativos, etc.) o a entretener (coberturas de eventos deportivos, concursos, etc.) también cumple su función social.

Uniendo las dos motivaciones, pensemos en el caso de unas imágenes filmadas por un equipo de reporteros de guerra. Las imágenes captadas por éstos carecerán seguramente de

---

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=43794&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=158000>].

<sup>703</sup> El considerando 10 de la Directiva establece:

«Para que los autores y los intérpretes puedan continuar su labor creativa y artística, deben recibir una compensación adecuada por el uso de su obra, al igual que los productores, para poder financiar esta labor. La inversión necesaria para elaborar productos tales como fonogramas, películas o productos multimedia, y servicios tales como los servicios "a la carta", es considerable. Es indispensable una protección jurídica adecuada de los derechos de propiedad intelectual para garantizar la disponibilidad de tal compensación y ofrecer la oportunidad de obtener un rendimiento satisfactorio de tal inversión».

originalidad, no obstante, han requerido una inversión (en equipos, personal, desplazamientos, etc.) que necesita de protección, además de cumplir una función social como la de la información. En caso de que no se otorgue protección a este tipo de grabaciones, los productores no tendrían ningún tipo de incentivo para invertir en este tipo de información, por lo que se dejarían de realizar determinadas actividades relevantes para la sociedad, perjudicando el interés común. Un ejemplo desde el punto de vista del entretenimiento es el de las retransmisiones deportivas (por ejemplo un partido de fútbol o las Olimpiadas). Cuestión distinta es si la calidad e impacto social de esos contenidos le pueden parecer adecuados a cada cual, lo que escapa al objeto de este trabajo.

Por tanto, está claro que el fundamento sobre el que se reconoce este derecho es bien distinto al que sustenta la protección de los derechos de los autores. En el caso de las meras grabaciones se protege la condición de empresario y el riesgo asumido por el productor, y no su capacidad creativa. Sin embargo, este distinto fundamento no significa que el objeto de protección sea distinto del que venimos contemplando<sup>704</sup>.

Una vez analizado el objeto del derecho del productor, la grabación audiovisual, se debe poner de manifiesto que, a efectos prácticos, si el objeto de la grabación es una obra audiovisual el productor deberá respetar los derechos de los autores de la obra, con la mayor complejidad de gestión y menor capacidad de disposición que esto conlleva. En caso de que estemos ante una mera grabación (como puede suceder con un partido de fútbol en el que no hay autores)<sup>705</sup>, el productor no verá limitada su capacidad de disposición por terceros.

Otra cuestión relevante y recurrente en cuanto a la condición de productor es la de a quién se le debe atribuir la condición de productor cuando concurren varios sujetos en la grabación. Como comenta GONZÁLEZ GOZALO se deberá analizar caso por caso<sup>706</sup> para determinar qué sujetos de los involucrados en la grabación son los que han tenido la iniciativa y se han responsabilizado de la

---

<sup>704</sup> En este sentido, C. SAIZ GARCÍA, *Obras audiovisuales y Derechos de Autor*, p. 128; A. ORTÍ VALLEJO, «Comentario al artículo 112 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 457. RODRÍGUEZ TAPIA diferencia entre la obra audiovisual y la grabación audiovisual que puede contener una obra audiovisual o no [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 120 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 670].

<sup>705</sup> En palabras de ORTÍ VALLEJO «pasando a las diferencias entre el productor de la obra audiovisual y el de mera grabación, solamente les separan que la posición jurídica del primero se asienta en el contrato de producción que ha suscrito con los autores y artistas e intérpretes, mientras que la posición del productor de mera grabación la ostenta por derecho propio, puesto que en la mera grabación audiovisual no hay autores» [A. ORTÍ VALLEJO, «Comentario al art. 112 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 456].

<sup>706</sup> A. GONZÁLEZ GOZALO, «Comentario al artículo 120 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1576.

misma. El caso más problemático lo presentan aquellos sujetos que externalizan la labor de grabación en terceros (como sucede con los vídeos corporativos, anuncios, etc.) ya que es difícil determinar si el productor es la persona física o jurídica que recibe el encargo de grabar, por ejemplo, el anuncio (que luego deberá ceder los derechos a favor de quien realizó el encargo), o si por el contrario el productor es quien tiene la iniciativa de grabar el anuncio, quien perfectamente puede contar con medios externos para realizar la grabación. En este último caso, la persona física o jurídica a quien se le encarga la efectiva grabación únicamente presta un servicio.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013<sup>707</sup> aporta cierta luz a este conflicto. En el caso, Grupo Santa Mónica Sports, S. L. había demandado a Kutxabank, S. A. por entender que había vulnerado sus derechos como productor al utilizar unas imágenes de la final del Campeonato de España-Copa de S. M. el Rey del año 2009. Kutxabank, S. A., por su parte, entendía que esos derechos le correspondían a Televisión Española, S. A.

Para determinar a quién corresponde la condición de productor, el alto tribunal dictamina que «es posible que la grabación audiovisual se realice materialmente por un tercero distinto del productor. Pero para que éste pueda ser considerado como tal es preciso que se reserve y ejercite facultades y actuaciones que supongan que conserva la iniciativa y la responsabilidad en la grabación audiovisual, al ser éstas las dos notas que caracterizan la figura del productor de grabaciones audiovisuales según el art. 120.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual». Por tanto, si bien es viable que el productor contrate a un tercero para que realice determinados trabajos técnicos, es necesario reservarse determinadas actuaciones<sup>708</sup> que acrediten la dirección y responsabilidad de la grabación para no perder la condición de productor en favor de ese tercero.

Para finalizar este apartado dedicado al productor, podemos concluir que éste realiza una doble función en virtud del objeto. Por una parte, completa la tarea del autor haciendo posible que la obra llegue al público mediante su labor empresarial. Dicha labor puede concretarse principalmente en dos aspectos: i) el significativo papel que

---

<sup>707</sup> STS 3872/2013, de 25 de junio de 2013. <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6810924&links=&optimize=20130729&publicinterface=true>.

<sup>708</sup> Como ejemplo del tipo de facultades que se deben reservar el Tribunal Supremo habla de facultades de «dirección, supervisión, etc. que permitieran afirmar que conservó la iniciativa y la responsabilidad en la grabación». Pese a que el Grupo Santa Mónica Sports, S. L. aporta el contrato con la Real Federación Española de Fútbol por el que se la considera titular exclusiva de los derechos el Tribunal Supremo considera, acertadamente, que el derecho como productor nace en el momento de la grabación. En función de este razonamiento, considera que TVE ha realizado la grabación y, al disponer «de manera notoria» de los medios para hacerlo por sí misma, debe ser considerada productora al no existir prueba que desvirtúe esa realidad.

desarrolla durante la elaboración de la obra (a diferencia de lo que sucede con otro tipo de obras, como la literaria) y ii) la elevada inversión que va a tener que realizar para financiar la producción, dotando de recursos a los autores para que lleven a cabo la creación de la obra y asumiendo un riesgo empresarial elevado (por facilitar alguna cifra, el coste medio de producción de un largometraje en España es de casi tres millones de euros)<sup>709</sup>. A cambio de su labor empresarial, el productor recibe protección por parte de la Ley, la cual le reconoce un derecho conexo. Comparativamente recibe una mayor protección que otros empresarios del sector cultural (como puede ser el editor, a quien se le reconocen ciertos derechos en el marco del contrato de edición, pero no de la entidad y autonomía de un derecho conexo). Tanto la mayor implicación del productor en la elaboración de la obra como la considerable inversión que debe realizar pueden ser razones por las que el legislador ha optado por otorgarle una protección especial en comparación con otro tipo de empresarios del sector.

Junto a esta primera función del productor, el legislador también reconoce el mismo derecho para el caso de que la fijación que realice no sea de una obra sino de una mera grabación, protegiendo una segunda función del productor: la introducción en el mercado de meras grabaciones. En este caso, no se protege al productor como auxiliar del autor sino que se le protege de manera autónoma tanto para establecer un marco de seguridad jurídica que fomente la inversión en productos culturales como para cumplir con otros fines como el de información o el entretenimiento.

### **III. REGULACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE EL AUTOR Y EL PRODUCTOR: CONTRATO DE PRODUCCIÓN AUDIOVISUAL**

La Ley configura dos contratos típicos (edición, en el artículo 58 LPI, y representación teatral y ejecución musical, en el artículo 74 LPI) para regular la relación entre los creadores y los empresarios que van a llevar al público su obra en los sectores editorial y musical. Sin embargo, no sucede lo mismo en el sector audiovisual.

El artículo 88 de la Ley, bajo la rúbrica «Presunción de cesión en exclusiva y límites», esconde una mención al «contrato de producción

---

<sup>709</sup> Según el *Boletín Informativo del Cine 2014* elaborado por el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales de la Secretaría de Estado de Cultura, en el año 2014 el coste medio de un largometraje fue de 2.898.190 euros. Los años 2013 y 2012 el coste fue de 2.302.220 y 2.302.220 millones, respectivamente. El propio *Boletín* manifiesta que las mayores partidas siguen siendo las de personal, siendo «muy escaso el volumen de dinero reservado por los productores a trabajos de promoción, lo que provoca que las películas españolas salgan al mercado en unas condiciones de inferioridad evidentes, si lo comparamos con la labor de promoción y publicidad de películas de otras nacionalidades» (MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, *Boletín Informativo del Cine 2014*. Disponible en: <http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/cine/mc/anuario-cine/anuarios/ano-2014/produccion-espanola.html>).

de la obra audiovisual». Sin embargo, no le atribuye un conjunto normativo claro como sucede con los otros dos contratos mencionados. Esto lleva a que en muchas ocasiones exista cierta confusión y se intente reconducir las relaciones entre el autor y el productor al régimen general de la cesión, contemplado en el artículo 51. Pese a esto, la doctrina mayoritaria afirma la existencia de dicho contrato pese a que no esté claramente enunciado en la Ley<sup>710</sup>.

En el análisis de las relaciones nacidas con ocasión de la representación o ejecución pública de una obra distinguíamos claramente dos contratos: i) el de representación teatral y ejecución musical, por el que los autores (dramaturgos o compositores) cedían los derechos al empresario teatral y ii) el contrato de producción teatral, por el que el empresario contrataba con las personas necesarias para organizar la función (intérpretes, directores, etc.). Esto responde a que la fase creativa es previa a la de producción (salvo excepciones) y ambas están claramente diferenciadas, con cierta intervención del autor en la producción si así lo convienen las partes. En el mundo audiovisual no se da dicha diferenciación y la fase creativa y la de producción van de la mano con una intervención decisiva de los autores. De ahí que, a diferencia de lo que sucede en el mundo del teatro<sup>711</sup>, el contrato de producción contemple la cesión de los derechos junto a otras posibles contrataciones (por ejemplo, intérpretes) con independencia de que se realice en varios documentos.

Ciñéndonos únicamente a la relación entre el autor y el productor, podríamos definir el contrato de producción audiovisual como aquél por el que los autores de la obra audiovisual ceden al productor los derechos necesarios para que éste comercialice la obra a cambio de una contraprestación<sup>712</sup>.

---

<sup>710</sup> RODRÍGUEZ TAPIA afirma que «desde luego no existe un contrato único de producción por el cual el productor acuerda ciertos extremos con los coautores de la obra. Existirá una compleja red de contratos de servicios, de obra y de trabajo, mediante los cuales el productor, una o más personas, naturales o jurídicas, intentan organizar la empresa para llevar a cabo la realización de la obra audiovisual» [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 88 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 499]. PÉREZ DE CASTRO, por su parte, entiende que para producir la obra audiovisual el productor debe entablar múltiples relaciones y de «diversa índole con los autores (contrato de obra, prestación de servicios, relación laboral)», por lo que se estaría ante un contrato complejo [N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 88 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1177].

<sup>711</sup> Cuestión distinta es si el contrato de representación teatral y el de producción se unifican en un único documento.

<sup>712</sup> Existen múltiples definiciones del contrato por parte de la doctrina. RODRÍGUEZ TAPIA dice que son aquellos «por los cuales el productor contrata la obra, los servicios o el trabajo de distintas personas con el objetivo de producir una obra audiovisual» [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 88 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 499]. PÉREZ DE CASTRO habla del «que se celebra entre los autores de la obra audiovisual y el productor y por el cual se presumen cedidos en exclusiva por aquellos a éste los derechos de explotación con la extensión que se contempla en el artículo 88 del TRPI a cambio de la remuneración correspondiente por la cesión de los derechos en la forma establecida a este respecto en el artículo 90» (N. PÉREZ DE CASTRO, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, p. 147).

A continuación, corresponde identificar los intereses y medidas de protección que se les aplican a cada uno de ellos. Empezaremos analizando los intereses del productor.

## A. Medidas de protección de los intereses del productor

Como hemos comentado, el productor es el sujeto que toma la iniciativa de llevar a cabo la obra y, a diferencia de lo que ocurre con el productor en otro tipo de obras, se implica desde antes de que la misma sea una realidad jurídica, asumiendo la gestión desde un principio. Además, la Ley le reconoce este papel de centralizador de las relaciones jurídicas, estableciendo un sistema de presunciones que favorecen que éste sea, en relación con la obra, quien asuma, en nombre de todos los partícipes, las negociaciones con terceros. Por esa razón, nos parece lógico empezar el análisis por esta figura.

El productor, entre sus funciones, es quien contrata a los autores, a los intérpretes y a todas las personas necesarias para filmar la obra. Una vez finalizada, firma nuevos contratos con aquellos agentes necesarios para comercializar la obra (ya al margen del contrato de producción). Como veremos a continuación, para el productor serán básicamente los intereses económicos los necesitados de protección.

### 1. Presunción de cesión de los derechos a favor del productor

Se debe partir de la base de que el productor, para poder llevar a cabo su labor empresarial, precisará de la suficiente libertad de actuación como para producir y comercializar la obra, pese al complejo haz de relaciones que establece.

Este objetivo, compartido con carácter general por las legislaciones de propiedad intelectual, se puede lograr mediante diversas fórmulas. Se suelen distinguir dos grandes sistemas: i) sistema de «*copyright film*» y ii) sistema de «derecho de autor» o sistema «pluralista»<sup>713</sup>.

El primero, propio del sistema anglosajón, considera al productor como titular originario de los derechos sobre la obra audiovisual, que podrá explotar con toda libertad, en especial atendiendo a que los derechos morales son difícilmente reconocidos en dichos sistemas.

---

<sup>713</sup> La exposición de los sistemas se basa en las siguientes obras: R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 88 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, pp. 147-149, y A. GONZÁLEZ GOZALO, «Comentario a los arts. 14 y 14 BIS CB», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Convenio de Berna*, pp. 1180-1183.



El segundo sistema, propio de la Europa continental, reconoce al creador su condición de autor de la obra audiovisual pero establece sistemas para que el productor se convierta en titular derivativo de los derechos del autor. Las fórmulas utilizadas para que el productor se convierta en titular derivativo se pueden sintetizar en tres:

- La autonomía de la voluntad, es decir, dejar en manos del autor y el productor la cesión de los derechos y sus condiciones. Por tanto, la cesión y sus términos dependerá de la capacidad de negociación de cada parte y se reflejarán los acuerdos en un contrato. Si bien ésta es una postura coherente, en líneas generales, con los principios de nuestro Derecho privado, tiene el inconveniente de que el contrato que suscriban el autor y el productor se convertirá en la herramienta necesaria que sustentará todas las transacciones posteriores. Digo que es un inconveniente (quizá menor) porque la negociación de un contrato (en especial si es complejo y hay varias partes) puede añadir costes de transacción. En la relación del productor con terceros adquirentes de los derechos sobre la obra también puede añadir costes de transacción ya que dichos terceros tendrán más dificultades para comprobar que el productor es el legítimo titular de los derechos y los términos en los que lo es (con respeto a la confidencialidad). También es cierto que si el productor tiene una mejor posición negociadora que los autores nos podemos encontrar en un escenario de contratos de adhesión, con riesgo para los intereses de los autores.
- *Cessio legis*, es decir, la cesión automática de los derechos del autor al productor por la mera existencia del contrato, en virtud de mandato legal. En este supuesto, sin necesidad de acuerdo de cesión entre las partes, el productor pasaría a ser titular derivativo de los derechos de autor. Es evidente que en este caso, radicalmente opuesto al de la autonomía de la voluntad, se va a favorecer la transmisión posterior de los derechos por parte del productor, con escasos costes de transacción. Es un sistema prácticamente igual al sistema de *copyright*, salvo por el límite que suponen para el productor los derechos morales. Podemos decir que en este caso se protege la apariencia del productor, como titular lógico de los derechos, de manera radical, protegiendo a terceros de buena fe que puedan actuar en el mercado.
- Presunción de cesión, es decir, la ley establece, por defecto, que el autor cede los derechos al productor, estableciendo un régimen para esta cesión. Sin embargo, se da cierto

margen a la voluntad de las partes para que puedan dejar de aplicar el sistema previsto y configurar su propio régimen. Podemos decir que es una fórmula intermedia entre las dos anteriores. Si bien no tiene los mismos efectos que la *cessio legis* en aras de favorecer la posición del productor para la explotación de la obra (y no reduce de la misma manera los costes de transacción), sí que facilita un régimen supletorio en caso de silencio de las partes (principal escollo de la fórmula de la autonomía de la voluntad). Además, si la configuración que realiza el legislador del régimen de cesión es acertada, las partes dispondrán de un régimen razonable que no tendrán inconveniente en aceptar, disminuyendo los costes de transacción.

La Ley española se suma en su artículo 88.1 a la opción de que sea el productor quien aglutine todos los derechos necesarios para poder comercializar la obra sin obstáculos, apartándose del régimen general. El artículo opta por la fórmula de la presunción de la cesión por parte de los autores de la obra audiovisual al productor, salvo que exista pacto en contrario. Estamos ante una presunción *iuris tantum* y recaerá la carga de la prueba sobre el autor.

Dicha cesión se configura como una cesión en exclusiva, siendo de aplicación el artículo 48 LPI, lo que supone una garantía para los intereses económicos del productor ya que los autores están obligados a «poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida» y, además, el productor estará legitimado para perseguir «las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido».

La cesión en exclusiva tiene sentido desde el punto de vista de los intereses del productor si lo que pretende el legislador es facilitar que el empresario realice su labor sin obstáculos e, indirectamente, establecer las condiciones que favorezcan la inversión en obras audiovisuales. La exclusividad aporta mayor valor al titular de los derechos. Otorgar una cesión no exclusiva pondría en una situación de fragilidad al productor, que podría ver en riesgo toda la inversión realizada si los autores concediesen los derechos a otro empresario diferente que pudiese explotar la obra en paralelo. Cuestión distinta es si la finalidad de la obra no es lucrativa, en cuyo caso la exclusividad no es tan relevante puesto que quizá interese más la difusión que el retorno de la inversión (por ejemplo, una obra audiovisual pagada con fondos públicos o de una fundación con finalidad informativa o documental y que se exhibe gratuitamente para llegar a un espectro amplio del público). En este segundo caso, puesto que el artículo 88 LPI permite a las partes pactar en contrario, no se causa perjuicio a

este segundo modelo de explotación si se pacta una cesión no exclusiva y los autores también pueden conceder cesiones no exclusivas a terceros.

En cuanto a la duración de la cesión, se deberá estar a lo pactado en el contrato. En caso de que nada se mencione en el contrato, la doctrina mayoritaria<sup>714</sup> entiende que se deberá atender a lo dispuesto en el artículo 43.2 LPI, es decir, un máximo de cinco años. Si se admite dicha posibilidad, también deberá entenderse que el ámbito territorial al que se aplica en caso de silencio de las partes es el territorio en el que se realice la cesión. Ambos aspectos pueden ser especialmente perjudiciales para el productor (en especial el territorial), puesto que las posibilidades de explotación cambian radicalmente para éste si se le reduce el tiempo y el mercado potencial al que poder dirigirse. En palabras de LÁZARO SÁNCHEZ, «tal disposición contrasta de manera fehaciente con la finalidad del contrato de producción audiovisual de conseguir, por parte del productor, una exclusiva de explotación de la obra, fruto de aquél, que le permita, con la necesaria libertad, obtener de la misma un rendimiento adecuado»<sup>715</sup>. Este mismo autor discrepa de la aplicación del régimen general del artículo 43 LPI, ya que sostiene que debe diferenciarse entre las concesiones en exclusiva de derechos que impliquen que la titularidad permanece en los autores de la obra (en cuyo caso se aplicaría el artículo 43) y las verdaderas cesiones de derechos, como la del artículo 88.1 LPI, en las que no procede su aplicación<sup>716</sup>.

Analizaremos ahora qué derechos son objeto de la presunción de la cesión. El artículo 88.1 LPI establece que se presumen cedidos los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo. El objeto previsto para la cesión es muy amplio, suficiente para que el productor pueda llevar a cabo la explotación efectiva de la obra<sup>717</sup>, aunque no

---

<sup>714</sup> R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 88 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 160; N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 88 LPI», en Rodrigo BÉRGOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1182, y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 88 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 502.

<sup>715</sup> E. J. LÁZARO SÁNCHEZ, «La obra audiovisual: titularidad en su explotación videográfica», en *Revista Jurídica Española La Ley*, 1992/1, edición electrónica.

<sup>716</sup> En palabras de LÁZARO SÁNCHEZ, «con tal parecer, la operatividad de la tan citada presunción no se vería limitada en el tiempo y en el espacio por lo preceptuado en el art. 43.2, sino, únicamente, por la propia limitación temporal de los derechos cedidos. La cual, en última instancia, será la finalidad causalizante propia del contrato de producción audiovisual, al que en la práctica le son ajenas limitaciones de tales caracteres» (E. J. LÁZARO SÁNCHEZ, «La obra audiovisual: titularidad en su explotación videográfica», en *Revista Jurídica Española La Ley*, 1992/1, edición electrónica).

<sup>717</sup> RODRÍGUEZ TAPIA lo expresa diciendo que «se entiende que los autores ceden los derechos para explotar la parte de sus obras (textos, diálogos, guión, imágenes realizadas por el director y, en su caso, música compuesta de propósito), que integre la versión definitiva de la audiovisual» [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 88 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 502].

abarca todos los derechos del autor. La reproducción legitimará al productor a realizar cualesquiera copias de la obra audiovisual (excluyendo todo el material descartado)<sup>718</sup> para la comercialización de la obra. La distribución abarcará el préstamo, venta y alquiler de ejemplares de la obra en el sentido del artículo 19 LPI (salvo por lo que se dirá de las obras cinematográficas). Por último, nos podemos plantear si dentro de la cesión del derecho de comunicación pública se entiende cedida también la modalidad de «puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos e inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija» [artículo 20.2.i) LPI] prevista para su explotación a través de redes digitales como Internet y que es de incorporación posterior a lo dispuesto en el artículo 88<sup>719</sup>. Entiendo que nada obsta a entender que dicha modalidad se presume cedida, en especial si entendemos que la normal explotación de las obras audiovisuales hoy en día se realiza a través de ventanas digitales. No tendría sentido privar al productor de dichas formas de explotación, lo que también perjudicaría los intereses de los autores. Si el legislador hubiese querido excluir dicha modalidad, podría haber modificado el artículo 88 LPI en ese sentido al introducir la letra i) del artículo 20.2.

Aparte, lógicamente, de los morales, que por su propia naturaleza quedan al margen, el autor sigue reteniendo el derecho de transformación de la obra (artículo 21 LPI), excepto el doblaje y el subtulado que son esenciales para la explotación internacional de la grabación y para el acceso a personas con discapacidad auditiva.

La exclusión del derecho de transformación del objeto de la presunción de cesión de derechos al productor entiendo que está justificada. La finalidad de la cesión es que el productor pueda llevar a cabo su función sin dificultades ni obstáculos legales añadidos a la ya compleja gestión empresarial. Por tanto, el sistema de cesión de derechos debe contemplar únicamente la cesión de aquellos derechos que le otorguen la libertad de actuación necesaria para explotar la obra audiovisual sin perjudicar los derechos del autor. El derecho de transformación (salvo por las dos modalidades citadas) no es necesario ni

---

<sup>718</sup> RODRÍGUEZ TAPIA entiende que un fragmento de la película tampoco puede ser utilizado para otros fines distintos para los que fue concebido (p. ej. un anuncio o eslogan electoral) ya que se atentaría al derecho moral [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 88 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 503].

<sup>719</sup> La modalidad del artículo 20.2.i) se introdujo como consecuencia del apartado tercero del artículo único de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, para la transposición de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

obstaculiza la explotación de la obra. Se puede poner como ejemplo el caso de la realización de una representación teatral basada en la obra audiovisual (como, entre otros, el famoso caso de la representación de Mary Poppins en Londres). El empresario teatral que lleve a cabo la representación necesitará obtener el derecho de transformación de los autores, pero la organización de una obra de teatro no afectará a la explotación, en este caso, de la obra cinematográfica ni a la labor del productor.

A mayor abundamiento, y centrados en el ejemplo del teatro, podemos afirmar que la organización de representaciones es ajena a la actividad ordinaria de un productor. No hay razón alguna para pensar que beneficie a los autores la cesión, por defecto, del derecho de transformación al productor. Al contrario, se estaría obligando al autor a renunciar a la contratación de un empresario teatral que, conceptualmente, será más adecuado para un proyecto de estas características. No obstante, nada impide que si el productor (que conoce la obra y goza de la confianza de los autores) es un buen empresario teatral se acuerde contractualmente cederle el derecho de transformación y confiar en éste para la organización de la representación.

Otro derecho que quedará al margen de la cesión es el controvertido derecho de colección. En opinión de RIVERO HERNÁNDEZ es un derecho que, además de ser irrenunciable, es de naturaleza mixta personal y patrimonial, que incluso contraviene las normas generales de la propiedad intelectual<sup>720</sup> (al situarlo próximo a los derechos morales). Por su parte, comenta CASAS VALLÉS que en «la práctica es muy improbable que, coincidiendo varios coautores, decidan publicar sus obras audiovisuales en “colección escogida o completa”»<sup>721</sup>. Sin embargo no hay que descartarlo. En mi opinión, el hipotético ejercicio de este derecho por parte de los autores creo que podría perjudicar la normal explotación de la obra por parte del productor, por lo que sería partidario de suprimir esta excepción.

Otro aspecto poco claro de este artículo es si queda incluida en la presunción la cesión de los derechos para la explotación de una parte de la obra audiovisual de forma independiente como explotación secundaria, es decir, lo que comúnmente se denomina *merchandising*. La explotación de personajes, escenas u otros elementos de la obra audiovisual entiendo que no son parte de la explotación natural de la obra audiovisual que debe realizar el productor (aunque cada vez adquiere más importancia económica

---

<sup>720</sup> F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentarios al artículo 22», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 401.

<sup>721</sup> R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 88 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 156.

y es más común). Es más, para poder explotar esas partes de la obra es necesario transformarlas, por lo que entiendo que la cesión de estos derechos no está incluida en la presunción y que el productor deberá garantizarse su obtención por vía contractual y de manera expresa ya que el derecho de transformación está excluido de la cesión<sup>722</sup>.

El último aspecto polémico en relación con el objeto de la presunción es que ésta se ve afectada por la excepción que plantea el segundo párrafo del artículo 88.1 LPI. Dicho párrafo excluye expresamente de la presunción la cesión de los derechos de distribución de copias para uso doméstico (es decir, la venta o el alquiler de películas con soporte físico) y de comunicación pública por radiodifusión de la obra cinematográfica (como la venta de los derechos para televisión). La cesión de estos derechos deberá ser «expresa».

Siguiendo a LÁZARO SÁNCHEZ<sup>723</sup>, parece que dos son las razones que llevan al legislador a introducir este precepto: «una, cambio del destino originario, a través de una nueva modalidad de explotación; otra, el agotamiento de las expectativas de explotación». Entiende este autor que, por una parte, el destino natural de la obra cinematográfica es la exhibición en salas, por lo que la explotación a través de otros medios requiere de la autorización expresa que siempre implica mayor reflexión por parte de quien la concede. Por otra, la explotación a través de otros medios (haciendo referencia al videográfico) conlleva una mayor difusión de la obra que se traduce en menor control sobre la misma y menores posibilidades de explotación de ésta.

Esta exclusión no es nada pacífica. Por un lado, parte de la doctrina entiende que dicho precepto debe interpretarse de forma expansiva y aplicarse, *mutatis mutandi*, no sólo a las obras cinematográficas sino también a las obras televisivas y videográficas<sup>724</sup>, ya que no se debe considerar dentro de la presunción de la cesión a aquellas modalidades que no se corresponden con la propia de la obra audiovisual de la que se trate<sup>725</sup>. Entiendo que de una interpretación literal del precepto y por el principio de especialidad, no parece posible aceptar dicha interpretación. La precisión en la terminología utilizada en el precepto es clara y no admite interpretación en contrario.

---

<sup>722</sup> En el mismo sentido, aunque con otro fundamento, MAYOR DEL HOYO, que entiende que la razón por la que no se debe de entender cedido es por la interpretación restrictiva a la que obliga el artículo 43 LPI (M.<sup>a</sup> V. MAYOR DEL HOYO, *El derecho de autor sobre las obras cinematográficas en el Derecho español*, p. 239).

<sup>723</sup> E. J. LÁZARO SÁNCHEZ, «La obra audiovisual: titularidad en su explotación videográfica», en *Revista Jurídica Española La Ley*, 1992/1, edición electrónica.

<sup>724</sup> C. SAIZ GARCÍA, *Obras audiovisuales y Derechos de Autor*, p. 119.

<sup>725</sup> N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 88 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.<sup>a</sup> ed., p. 1180.

Además, la forma de explotación de la obra cinematográfica, en la que una clara ventana es la distribución a través de vídeo, convierte en razonable dicha interpretación.

Por otro lado, la doctrina denuncia la confusa introducción del artículo 90 LPI a consecuencia de la aprobación de la Ley 43/1994, de transposición de la Directiva 92/100/CEE de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo, que introduce mayor inseguridad interpretativa. El citado precepto, cuya finalidad es establecer la remuneración de los autores, sorprende introduciendo en su apartado segundo una nueva presunción que nada tiene que ver con la remuneración: se presumirá que los autores de obras audiovisuales y de obras preexistentes que firmen un contrato de producción audiovisual cederán el derecho de alquiler sobre las mismas al productor<sup>726</sup>. Ciertamente, se deben hacer dos críticas al artículo 90.2 LPI. La primera en relación con su ubicación sistemática. Sería más adecuado que la presunción se regulase en el artículo 88 LPI para no introducir mayor confusión. La segunda respecto a su contenido, ya que es aparentemente contradictorio con el artículo 88 LPI. Este artículo establece una presunción general por la que se entenderá cedido al productor el derecho de distribución (incluyendo el alquiler) de las obras audiovisuales. A renglón seguido, establece que dicha presunción no será válida para el derecho de alquiler de la obra cinematográfica, cuya cesión deberá ser expresa. Y finalmente, el 90.2 vuelve a presumir que se cederá el derecho de alquiler de todas las obras audiovisuales, lo que supone un refuerzo de lo establecido en el artículo 88.1 pero ¿se debe entender que deroga la excepción del segundo párrafo del artículo 88.1 y que el derecho de alquiler de la obra cinematográfica se presume cedido? Mi opinión es que no. La interpretación que entiendo más razonable del artículo 90.2 es que dicho precepto refuerza el sentido del artículo 88.1 (que también presume la cesión del derecho de distribución de la obra audiovisual) pero estableciendo el matiz de la necesidad de una remuneración equitativa e irrenunciable para el caso del alquiler (una de las modalidades del derecho de distribución). Sin embargo, por coherencia interpretativa<sup>727</sup> se debe mantener que esta presunción de cesión sobre el derecho de alquiler de la obra audiovisual sigue excluyendo el derecho de alquiler de la obra cinematográfica, atendiendo a la especialidad del artículo 88.1.2º

---

<sup>726</sup> La norma dice textualmente «productor de grabaciones audiovisuales», introduciendo todavía más confusión puesto que precisamente el Título VI está dedicado a las «Obras cinematográficas y demás obras audiovisuales», no a las grabaciones audiovisuales que, como hemos visto, es un concepto más amplio que incluye también a las meras grabaciones.

<sup>727</sup> Como comenta RODRÍGUEZ TAPIA, no es posible aplicar el criterio de escoger como válida la ley posterior, ya que «hay que advertir que el artículo 90.2 no es ley posterior al artículo 88, porque son contemporáneos dado que son normas del mismo Texto Refundido» [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 88 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 500].

LPI<sup>728</sup>, aunque personalmente crea que esta exclusión es contranatural y que debería modificarse el precepto.

Manteniendo esta postura interpretativa, también nos podemos plantear si, por analogía con el artículo 88.1.2º, se debe excluir de la presunción de cesión para la obra cinematográfica la modalidad de puesta a disposición del artículo 20.2.i) LPI. Si como plantea alguna voz autorizada, las razones de la exclusión de la presunción de la radiodifusión y el vídeo doméstico pueden ser «la diferencia entre la explotación tradicional del cine, presuntamente cedida en el párrafo 1 (del artículo 88), y las nuevas explotaciones no teatrales de la industria cinematográfica» contempladas en el segundo párrafo<sup>729</sup>, podríamos plantearnos si la explotación digital de las obras entra en esa categoría de «nueva explotación» y, por tanto, se debería entender que no está cedida para la obra cinematográfica. Creo que no se debe aplicar la analogía y entender que la cesión de la modalidad de puesta a disposición se encuentra en el marco de la presunción ya que no es claro que esta sea la razón que ha llevado al legislador a exceptuar la cesión del alquiler y la explotación televisada de las obras cinematográficas, además de que hoy en día se estaría vaciando de contenido la presunción. A mayor abundamiento, el legislador tuvo la oportunidad de modificar el artículo 88.1.2º LPI al introducir la modalidad de puesta a disposición al incorporar la Directiva 2001/29/CE y no lo hizo.

Como conclusión de todo lo expuesto en este apartado, lo primero que debo manifestar es que estoy conforme con el sistema de presunción de cesión que ha escogido el legislador español. Creo que este sistema tiene la virtud de suplir las carencias o silencios del sistema de la autonomía de la voluntad pero a su vez evita la rigidez del sistema del *film copyright* y deja margen a la voluntad de las partes, lo que es más acorde con nuestra tradición jurídica, permitiendo un equilibrio entre los intereses de ambos. No obstante, creo que la actual regulación de este sistema en nuestra Ley necesita una reformulación urgente.

En primer lugar, la enorme confusión interpretativa que introduce la excepción del segundo párrafo del artículo 88.1 y la desubicada presunción de cesión del artículo 90.2 introducen en el sistema una gran incertidumbre que se traduce en inseguridad jurídica, en especial para los intereses del productor, que son tener un marco

---

<sup>728</sup> En contra N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 88 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 1181 y 1182. A favor SAIZ GARCÍA, que dice que la contradicción entre ambos preceptos es insalvable a nivel hermenéutico, salvo que se entienda que el art. 90.2 excluye a las obras cinematográficas (C. SAIZ GARCÍA, *Obras audiovisuales y Derechos de Autor*, p. 125).

<sup>729</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 88 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 500.



claro que le garantice la necesaria libertad para llevar a cabo su función empresarial de explotación de la obra.

En segundo lugar, la indefinición del alcance de la cesión en exclusiva, en cuanto a la territorialidad y temporalidad, también introduce una enorme inseguridad, pese a que se presume que el productor profesional no olvidará estos extremos en el contrato. Entiendo que una solución razonable en caso de silencio en relación con este respecto sería prever una duración de cincuenta años, alineada con la prevista en el derecho conexo del productor (artículo 125 LPI). Los autores van a tener que entenderse forzosamente con el productor durante ese periodo de tiempo y, además, es un plazo más que razonable para amortizar la inversión. En cuanto al ámbito territorial, creo que es razonable presumir que se ceden los derechos para todo el mundo, ya que el productor es el más indicado para planificar y explotar la obra (ya sea directamente o revendiendo los derechos) en todo el mundo. Los autores siempre tendrán la capacidad de pactar en contrario.

En tercer lugar, en un entorno de convergencia tecnológica en la que la explotación va a ser multidispositivo y digital, creo que no tiene sentido diferenciar las obras en función del canal para el que va a ser explotado. Las fronteras entre los medios de comunicación cada vez son más difusas y no tiene sentido intentar conceptualizar cada uno de los medios como en el pasado. En el momento en el que los autores confían en un productor, se debe confiar en éste y permitirle la autonomía para que pueda llevar a cabo la explotación como considere necesaria, cediéndole los derechos de reproducción, distribución y el cada vez más importante de comunicación pública de la obra. Esto conlleva que no se realicen excepciones en función de la obra, en especial si se quiere una legislación longeva que perdure a los cambios tecnológicos. No creo que el prever una cesión de este tipo perjudique los intereses del autor. Si se quiere proteger al autor para darle transparencia a la relación y que sea consciente de cuál es el objeto de la cesión sería más adecuado establecer un sistema por el que se obligase a mencionar contractualmente las distintas formas de comercialización de la obra, como obliga el artículo 60 LPI para el contrato de edición.

En cuanto al derecho de transformación, considero que la actual cesión del doblaje y subtítulo es suficiente, pero sería conveniente introducir, en aras de la seguridad jurídica, una mención a los derechos de transformación relativos al *merchandising*<sup>730</sup>. Como ya he manifestado, creo que la cesión de

---

<sup>730</sup> Me refiero aquí únicamente a los derechos de transformación de la obra audiovisual, siendo consciente de que en el *merchandising* también están implicados los derechos de imagen y de marca.

este tipo de derechos al productor no es necesaria para que éste pueda llevar a cabo la explotación natural de la obra. Sin embargo, los ingresos provenientes de este tipo de actividad son cada día más relevantes para determinadas obras audiovisuales por lo que sería razonable incluirlos en el objeto de la presunción de la cesión ya que puede ser una nueva fuente de ingresos que ayude al productor a planificar la explotación de la obra y, por tanto, a llevar a cabo la inversión en la obra audiovisual.

## 2. Presunción de cesión de los derechos del autor de la obra preexistente

El legislador vuelve a utilizar el sistema de presunción de cesión pero en este caso no lo hace en sede del contrato de producción audiovisual sino en sede del contrato que denomina de «transformación de una obra preexistente» (artículo 89 LPI). Podríamos definir este contrato como aquel por el cual el autor cede al productor, a cambio de una remuneración, los derechos de explotación necesarios para que este último pueda llevar a cabo una obra audiovisual.

Este contrato será necesario, por ejemplo, para poder llevar a cabo una obra audiovisual (serie o película) sobre una novela o para realizar una versión o *remake* de una obra audiovisual preexistente<sup>731</sup>. Pese a la denominación de este contrato, la doctrina entiende<sup>732</sup> que también es objeto del mismo la cesión de los derechos de reproducción para la incorporación de una obra preexistente, incluso sin transformación, como puede ser el caso de una obra musical<sup>733</sup>.

Este contrato afecta a aquellas obras audiovisuales cuyos autores no realizan una creación *ad hoc* para la obra sino que se basan en obras preexistentes que, en su caso, podrán ser adaptadas. Por tanto, nos encontramos ante la extraña circunstancia de que el productor, para poder llevar a cabo la obra, únicamente necesita la cesión de los derechos del autor de la obra preexistente, pero

---

<sup>731</sup> Son múltiples los ejemplos de novelas convertidas en películas (desde *El gatopardo* a *Jurassic Park*, pasando por *Harry Potter* o *La colmena*) o en series (*Yo, Claudio*, *Juego de Tronos*, etc.). También hay múltiples ejemplos de *remakes* (*Desafío Total*, *La mosca*, *Alfie*, *La guerra de los mundos*, etc.). Para una exposición detallada de los diferentes supuestos de obras preexistentes utilizadas para la obra cinematográfica véase M.<sup>a</sup> V. MAYOR DEL HOYO, *El derecho de autor sobre las obras cinematográficas en el Derecho español*, pp. 77-90.

<sup>732</sup> R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 89 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 170, y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 89 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 506.

<sup>733</sup> Hay autores, como SÁNCHEZ ARISTI que entienden que aunque no se altere la obra musical el mero hecho de incorporarla a la obra audiovisual la está transformando, salvando así la contradicción entre la denominación del contrato de transformación y la incorporación a éste de obras inalteradas (R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, p. 436).

no su participación en la obra (aunque, por supuesto, se puede pactar). Excluir la participación del autor de la obra preexistente implica que éste no será autor de la obra audiovisual resultante<sup>734</sup>, pero como es lógico tendrá una intensa relación e interés con ésta, que es lo que pretende resolver este precepto.

Desde el punto de vista del productor interesa poder disponer de libertad para poder trabajar sobre la obra preexistente e incorporarla o transformarla en una obra audiovisual. El artículo 89 LPI sigue el mismo planteamiento que el analizado en el artículo 88 y plantea una presunción de cesión de los derechos de explotación necesarios para que el productor lleve a cabo la obra. Sigue tan de cerca ese planteamiento que el precepto dice que la cesión se realizará «en los términos previstos en el artículo 88» (artículo 88.1 *in fine* LPI). Por tanto, damos por reproducidos los comentarios generales a dicho artículo<sup>735</sup> y nos centraremos a continuación en las peculiaridades.

La primera peculiaridad es en relación con el objeto de la presunción de la cesión. El artículo 89.1 LPI habla de cesión de «derechos de explotación» sin concretar cuáles. Entiendo que nos podemos encontrar ante dos escenarios: i) que se pretenda transformar la obra preexistente (sea audiovisual o no), para lo que será necesaria la cesión del derecho de transformación, y ii) que sólo se pretenda la incorporación de la obra preexistente, sin alteración alguna, en cuyo caso este derecho no será necesario, pero sí el de reproducción, como mínimo.

Junto al derecho que permita transformar o, en su caso, incorporar la obra preexistente, se debe entender que también se deben presumir cedidos los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como el de doblaje y subtítulo, que establece el artículo 88 (con las excepciones ya comentadas). La razón de que también se deban incluir estos derechos en la presunción es que tanto el artículo 14.2 del Convenio de Berna como nuestro artículo 21.2 LPI reconocen al autor de la obra preexistente cierto control sobre la obra audiovisual basada en su obra. En concreto, el artículo 21.2 reconoce al autor de la obra preexistente la facultad de «autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación».

---

<sup>734</sup> Aunque hay legislaciones, como la francesa en su Código de la propiedad intelectual, que equiparan al autor de una obra preexistente con el de la obra audiovisual: «*Lorsque l'oeuvre audiovisuelle est tirée d'une oeuvre ou d'un scénario préexistants encore protégés, les auteurs de l'oeuvre originale sont assimilés aux auteurs de l'oeuvre nouvelle*» (artículo L113-7, *in fine*).

<sup>735</sup> Por tanto la presunción será de cesión en exclusiva y admitirá pacto en contrario.

El apartado 2 del artículo 89 excluye expresamente del ámbito de la cesión los derechos para la edición gráfica<sup>736</sup> y para la representación escénica, así como los derechos para realizar una nueva obra audiovisual en los quince años posteriores a la cesión. Junto a esta exclusión expresa, se debe entender que el autor conserva todos los demás derechos sobre la obra preexistente<sup>737</sup> y que puede seguir explotándola con normalidad, salvo que se haya pactado otra cosa con el productor. Además, dicha explotación no estará condicionada a no perjudicar la normal explotación de la obra, como dispone el artículo 88.2 LPI, ya que éste no le será de aplicación al no ser coautor de la obra audiovisual (y, por tanto, tampoco estar ante una obra) y porque la explotación de la obra se venía haciendo con anterioridad a la cesión de derechos y no parece que le pueda a causar ningún perjuicio a ésta sino todo lo contrario.

La otra peculiaridad que presenta este artículo es la de si la facultad de disposición sobre la obra para realizar otra obra audiovisual pasados quince años de la cesión al productor se debe entender, *a sensu contrario*, como una exclusiva del productor para el sector audiovisual. La doctrina entiende unánimemente que así es<sup>738</sup>. Estamos ante una medida de protección de los intereses del productor que se verá libre de competencia al evitar otras obras audiovisuales basadas en la misma obra, aunque siempre quepa el pacto en contrario. Como hemos argumentado en otras ocasiones, dicha exclusiva no puede ser utilizada de manera defensiva por el productor en el sentido de que compre los derechos de la obra para evitar la competencia. El productor deberá realizar efectivamente la obra audiovisual, puesto que en caso contrario el autor de la obra preexistente podrá resolver el contrato.

### 3. Establecimiento de un derecho conexo a favor del productor

---

<sup>736</sup> RODRÍGUEZ TAPIA entiende que «edición gráfica no significa sólo reproducir la obra, sino traducirla, compendiarla, actualizarla o prestarla para que un músico la instrumente. Obsérvese que la edición gráfica no es una modalidad típica (arts. 18 a 21), sino una forma de explotación que abarca distintas. No dice el precepto de forma explícita que el autor conserve los derechos de traducción de su novela y, sin embargo, es inconcebible que se cedan de forma presunta y exclusiva al productor que adapta la novela a la televisión o al cine» [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 89 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 507].

<sup>737</sup> Como comenta CASAS VALLÉS «lo único pretendido, según muestran los trabajos parlamentarios, era distinguir la eventual utilización de la obra preexistente para realizar otra obra audiovisual de formas de explotación inocuas y que, por tanto, debieran permitirse» [R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 89 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 172].

<sup>738</sup> R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 89 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 173; N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 89 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 1186 y 1187.

Ya hemos visto que nuestra legislación prevé la cesión de los derechos sobre la obra audiovisual en el artículo 88 LPI para garantizar al autor la suficiente autonomía como para poder explotar de forma eficiente la obra en beneficio de todos. Sin embargo, la ley refuerza la posición del productor ofreciéndole una doble tutela, ya que a la presunción del artículo 88, por la que se convierte en titular derivativo de los derechos sobre la obra, añade un derecho propio y originario como el ya mencionado derecho conexo sobre la grabación audiovisual.

Este escenario ofrece a los intereses del productor una doble protección: i) por una parte refuerza su posición como gestor único de la obra, de manera que teóricamente no necesitará de la concurrencia de los autores para la defensa de la obra y, por ende, de sus intereses, y ii) por otra, protege su inversión en caso de que la grabación no consiga la originalidad suficiente para ser considerada obra, y por tanto no existan derechos de autor para protegerla. El objeto de su grabación, si bien con diferente intensidad, siempre tendrá protección.

La gran cuestión que se plantea al reconocer un derecho conexo al productor es la siguiente: ¿qué sucede si los autores no ceden todos (o algunos) derechos al productor? En ese caso, muy improbable puesto que el productor seguramente no iniciará la grabación si no dispone de los derechos con carácter previo, puede producirse una situación irresoluble. Si los autores deciden explotar la obra con un tercero, no podrán realizarlo porque no dispondrán del derecho conexo del productor. Tampoco podrá el productor explotar la obra basado únicamente en su derecho conexo puesto que infringiría los derechos de los autores<sup>739</sup>. Por tanto, no parece que exista solución posible.

Este panorama se complica si atendemos a que los artistas intérpretes o ejecutantes también disponen de su derecho conexo autónomo, por lo que el autor, si quiere garantizar su capacidad de libertad de actuación deberá garantizarse la cesión de dichos derechos. Las relaciones entre artistas y productores se suelen producir al amparo de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios. Aunque se deba acudir a lo establecido en el contrato, el legislador ha dispuesto la presunción de cesión a

---

<sup>739</sup> CASAS VALLÉS expone distintas posiciones de la doctrina frente a este problema: i) entender que la presunción de cesión del artículo 88.1 LPI se debe de interpretar como *iuris et de iure*; ii) entender que la no adquisición de los derechos supone la renuncia a los derechos propios, y iii) entender que el objeto del derecho de autor y el derecho conexo es diferente. Ninguna de estas explicaciones da una respuesta satisfactoria. La primera se desvirtúa porque entender que estamos ante una presunción *iuris et de iure* significaría convertir el sistema de presunciones en un sistema *cessio legis*; la segunda porque no adquirir derechos no significa renunciar a los mismos, y la tercera porque el objeto sí que es el mismo, a diferencia de lo que sucede con el fonograma, que es posible distinguir entre la obra y la grabación [R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 88 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, pp. 162 y 163].

favor del productor, salvo pacto en contrario, de los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública (art. 110 LPI), así como la cesión del derecho de alquiler (art. 109.3 1º). Estas cesiones se vuelven a ver compensadas por el derecho a una remuneración equitativa (art. 110 y 109.3 2º). El caso de los actores presenta una particularidad introducida por el II Convenio Colectivo que regula las relaciones entre actores y productores, ya que el artículo 8 (referente al contenido mínimo del contrato) en relación con el apartado 3º del Anexo I (referente a remuneraciones), dispone que los actores deberán incorporar una declaración en el contrato por la que se ceden al productor los derechos de fijación, reproducción y distribución a cambio de una remuneración del 5 % del salario pactado. También se establece la obligatoriedad de ceder los derechos de comunicación pública. Por tanto, no cabe que quien esté al amparo del convenio se reserve dichos derechos, convirtiéndose la presunción en obligación.

Está claro que el productor es la figura que el legislador considera el centro de las relaciones en la creación de la obra audiovisual y a quien quiere dotar de la libertad necesaria para que lleve a cabo su labor empresarial de explotación de la obra.

#### 4. Aportación incompleta de un autor

El artículo 91 otorga al productor la facultad de utilizar la creación incompleta de un autor de la obra audiovisual bajo dos circunstancias: i) que exista una «negativa injustificada» del autor para finalizar su aportación o ii) que se dé una causa de fuerza mayor (por ejemplo, la muerte del autor) que haya impedido su finalización. Por tanto, vemos que el artículo procura que la utilización de la aportación incompleta se realice únicamente en los casos en los que exista un motivo razonable para ello o, dicho de otro modo, casos en los que se puede derivar una paralización innecesaria del proceso de creación de la obra.

Esta cuestión, clara en el plano teórico, presenta problemas en el terreno práctico. En primer lugar, la determinación de lo que se entiende por causa justa plantea una dificultad interpretativa por su subjetividad<sup>740</sup> que difícilmente encontrará solución en el consenso de las partes. En segundo lugar, el proceso de creación y producción cuenta con muchas personas implicadas, rígidos calendarios y elevados costes que se pueden incrementar en caso de retraso. En consecuencia, se necesitan sistemas que agilicen

---

<sup>740</sup> Las partes podrían intentar realizar un esfuerzo preventivo estableciendo contractualmente qué es una causa justa, pero para ese caso no nos haría falta un precepto como el estudiado. Además, parece difícil realizar un listado casuístico de causas justas.

cualquier conflicto que pueda bloquear o demorar la producción. A falta de consenso entre las partes, no cabrá más solución que acudir a los tribunales para determinar qué es una causa justa, solución que se antoja poco eficiente y no acorde con los intereses en juego. Tampoco un proceso arbitral parece adecuado. Parte de la doctrina entiende que se debe interpretar este precepto en el sentido de que el productor está amparado siempre para el uso de la aportación incompleta, aplicando la justa causa únicamente a efectos de determinar si procede el pago de indemnización por parte del autor<sup>741</sup>.

Este uso que puede hacer el productor tiene un límite: el respeto de los derechos del autor sobre la aportación inacabada. Esto quiere decir que se deberá respetar la paternidad de la aportación (salvo que el autor prefiera que no conste su nombre, artículo 14.2º LPI), así como la integridad sobre la misma. Si el productor puede utilizar la aportación incompleta sin autorización del autor, como parece que se desprende del artículo, debemos afirmar que el derecho de divulgación desaparecerá en este supuesto.

En relación con el derecho de integridad el autor debe asumir que la aportación incompleta va a ser modificada en el proceso de incorporación de la obra audiovisual, por la propia naturaleza de esta última<sup>742</sup>. Un ejemplo de a qué nos referimos nos lo facilita el Tribunal Supremo, refiriéndose a la modificación de un guión para una obra audiovisual (aunque el caso no se refería a una aportación incompleta, el criterio de valoración para ponderar el derecho de integridad es igualmente válido):

«En las obras en colaboración, como son las llamadas audiovisuales, algunas aportaciones a las mismas (como son el guión, el argumento o la música), son plenamente individualizables y si bien el director-realizador puede introducir en ellas, concretamente en el guión, que es el que aquí nos ocupa, las modificaciones que exija la específica naturaleza del medio por el que la obra audiovisual ha de ser emitida, ello ha de entenderse en el sentido de que tales modificaciones sean meramente circunstanciales o accidentales, en cuanto exigidas, repetimos, por la especial naturaleza del medio de su emisión (televisión, en el presente supuesto litigioso), mas no cuando dichas modificaciones afecten a la esencia misma del guión tal

---

<sup>741</sup> CASAS VALLÉS recoge esta línea doctrinal, comentando que si una causa como la muerte o la enfermedad justifica el uso de la aportación incompleta, parece difícil encontrar una causa que lo impida [R. CASAS VALLÉS, «Comentario al arts. 91 a 93 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, pp. 193 y 194].

<sup>742</sup> Además, se deberá esperar a la versión definitiva de la obra para poder ejercer el derecho, lo que implicará que se apliquen medidas resarcitorias y no preventivas.

como fue concebido y redactado por su autor, pues para ello se requiere el consentimiento de éste»<sup>743</sup>.

En esta línea, la Audiencia Provincial de Madrid complementa este criterio en una sentencia más reciente (*Only Caballé*). En el caso, la productora solicita la supresión de unas secuencias desagradables de un documental sobre una cantante de ópera y el realizador se niega. La Audiencia concluye que dichas modificaciones:

«no limitan o eliminan la creatividad del mismo como director ni atentan contra la propiedad intelectual sobre dicha obra, máxime, cuando a la vista de lo ya expuesto anteriormente, se tiene en cuenta la dicción del artículo 91 de la Ley de Propiedad Intelectual, que viene a delimitar el alcance del derecho moral de los autores de obras audiovisuales, en consideración a la gran inversión económica que para su realización y divulgación tienen que hacer los productores de dichas obras» (Fundamento Jurídico 3)<sup>744</sup>.

Por tanto, queda claro que el autor, en principio, no puede bloquear la utilización de la aportación amparándose en su derecho de integridad o de inédito, aunque sí puede defender que ese uso sea conforme a sus derechos morales. Autores como RODRÍGUEZ TAPIA entienden que este límite aplicará en la práctica únicamente a los derechos de paternidad y a los de explotación económica de la obra, ya que no será posible respetar los derechos de inédito, integridad, retirada y modificación<sup>745</sup>.

También se contempla la posibilidad de indemnización a cargo del autor. La indemnización se traducirá en aquellos perjuicios que se haya causado al proceso (por ejemplo, contratar a un tercero para la finalización de la aportación, retrasos debidos a la no entrega de la aportación, costes extraordinarios, etc.)<sup>746</sup>.

Esta medida es claramente una medida que procura proteger los derechos económicos del productor. Ya se ha puesto de manifiesto en otros apartados que uno de los mayores riesgos a los que se enfrenta el empresario que debe explotar una obra consiste en

---

<sup>743</sup> STS 2544/1998, de 22 de abril de 1998. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=2942845&links=&optimize=20031203&publicinterface=true>.

<sup>744</sup> SAPM 229/2005, de 13 de abril de 2005.

<sup>745</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 91 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 524.

<sup>746</sup> En el citado caso *Only Caballé* la indemnización que tuvo que satisfacer el autor fue el coste de contratar a un montador que acabase la obra con las modificaciones que el autor no había querido introducir.



que el autor no cumpla con su cometido y no entregue la obra finalizada.

En otro tipo de obras, como puede ser un libro, el empresario (editor) puede optar por comprar la obra ya finalizada antes de realizar la inversión y, una vez adquirida, desplegar su labor empresarial. En el supuesto de que encargue la obra al autor (escritor), una vez finalizada el editor puede decidir no publicarla si no le parece adecuada con un coste relativamente bajo (básicamente el anticipo). Incluso si el autor no le entregase la obra finalizada, dado que estamos ante una obligación personalísima, el daño que sufriría tampoco sería excesivamente elevado.

Sin embargo, en la obra audiovisual, como ya hemos comentado, la fase de creación y la de producción están mezcladas. Es evidente que esta situación conlleva una mayor complejidad para el productor ya que, por un lado, comprometerá una considerable inversión antes de que la obra esté acabada y, por otro, la finalización de la misma escapa a su control ya que dependerá de que los autores lleven a cabo sus aportaciones. Vemos que el productor, en caso de que no se finalice la obra, sufrirá graves perjuicios. Comparativamente, también se constata que asume mayor riesgo empresarial que otros empresarios de bienes culturales, tanto por el momento de la inversión como por el importe de la misma. Además, su proyecto depende en mayor medida de las aportaciones de los autores. Por tanto, pese a no ser autor, la Ley le dispensa un tratamiento privilegiado en comparación a otros empresarios del sector, por los motivos expuestos.

Como se ha analizado en este apartado, este privilegio consiste en eliminar posibles obstáculos a la finalización de la obra, desposeyendo a los autores de las prerrogativas basadas en los derechos morales que les permitirían entorpecer la finalización de la obra. A diferencia del editor, en caso de que un autor no finalice la obra el productor puede finalizarla con sus propios medios, por lo que se supera el obstáculo de estar ante una obligación personalísima. Estas medidas que se introducen para proteger al productor hacen que la obra audiovisual se aproxime al concepto de obra colectiva.

Creo que dicha medida está justificada y no sólo por el interés del productor sino por el interés de los demás implicados en la realización de la obra, incluido el resto de coautores, así como del interés del público para que la obra se finalice y sea accesible.

## 5. Establecimiento de la versión definitiva

Determinar cuál es la versión de la obra que se va a explotar comercialmente, que la Ley llama «definitiva», es importante puesto que, por un lado, fija el momento de inicio de la explotación comercial de la misma y, por otro, determina el objeto sobre el que los autores ejercerán sus derechos morales (artículo 93.1 LPI). Indirectamente también determina qué aportaciones no serán parte de la obra audiovisual y el autor podrá explotarlas libremente, salvo pacto contractual en contra.

El artículo 92.1 de la Ley de Propiedad Intelectual establece una cuestión algo insólita para una obra de propiedad intelectual como es regular cuándo se entiende finalizada una obra. La norma habitual es que sea el autor quien decide cuándo su obra está acabada (sin perjuicio de que el empresario pueda intentar que el autor acceda a modificar algún aspecto sobre la obra acabada por motivos comerciales o de producción). En el caso de las obras en colaboración, como debería ser el de la audiovisual, es el consenso entre todos los autores lo que determina la finalización (artículo 7 LPI). Sin embargo, la extraña naturaleza de la obra audiovisual hace que la Ley se aparte de la norma contenida en el artículo 7 y permita que un sujeto ajeno a la autoría (el productor) tenga voz y voto en una cuestión tan relevante como determinar cuándo la obra es definitiva, junto al resto de autores. La doctrina entiende que se trata de una modificación del régimen de la obra en colaboración (artículo 7.2 LPI)<sup>747</sup>. El redactado del artículo 92.1 es sutil ya que no fía la determinación de la versión definitiva a un acuerdo entre las partes en el momento de finalización del proceso creativo sino que se remite a «lo pactado en el contrato entre el director-realizador y el productor». Por tanto, parece que la forma de determinar cuándo la obra será definitiva se deberá pactar de antemano y reflejar en el contrato.

Esta solución que en el plano teórico puede parecer idónea, plantea problemas en el plano práctico. ¿Cómo se puede regular en un contrato un sistema para determinar cuál es la versión definitiva? Si bien no es posible dar una respuesta completa a esta pregunta<sup>748</sup>, más allá de establecer mecanismos de resolución de conflictos, sí que es posible excluir la posibilidad de que el contrato reconozca la primacía del productor respecto de

---

<sup>747</sup> N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario a los artículos 91 a 93 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1204. El artículo 7 habla de la necesidad del consentimiento de todos los autores para la divulgación. Entiendo que, en este caso, el acuerdo sobre la obra definitiva es un paso previo a la difusión, aunque es cierto que afecta sobre la misma.

<sup>748</sup> Sería posible plantearse si en esta cláusula cabría, por ejemplo, establecer parámetros que debe cumplir la versión definitiva como duración, contenido mínimo de escenas, etc., aunque opino que alguna de ellas no podría ser válida por invadir el espacio creativo del autor.

los autores mediante el establecimiento de cláusulas contractuales que le permitan decidir en caso de conflicto o que dejen al margen a los autores en la configuración final de la obra<sup>749</sup>.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en el caso *Only Caballé*<sup>750</sup> nos da alguna pista más sobre la interpretación de este artículo. *Only Caballé* es el documental sobre la vida de una reconocida soprano en el que se producen discrepancias en el momento del montaje. La soprano, con cuya colaboración se estaba realizando el documental, no desea que en el mismo aparezcan determinados episodios de su vida (intervenciones quirúrgicas, la muerte de su madre, etc.), solicitando la retirada de los mismos al realizador, quien se niega a que desaparezca del documental este material. La productora, que contractualmente se había reservado la facultad de «sancionar como correcto» el documental para determinar la versión definitiva, no da su beneplácito al alinearse con la soprano y contrata a un tercero para que finalice el montaje. El realizador alega que dicha cláusula es abusiva y, por tanto, se debe de entender por no puesta.

Es relevante el criterio del Tribunal que entiende que una cláusula de este tipo no es abusiva, ya que fue aceptada por las partes y el contenido es aceptable. En este caso, la productora no se está reservando la decisión para sí, sino que lo que está exigiendo, en el fondo, es la unanimidad en la decisión sobre la forma definitiva.

Otra cuestión significativa es que el precepto, además de introducir al productor en la decisión, excluye a los otros dos coautores (guionista y compositor) dejando la decisión en manos del director, a quien está claro que confiere una posición de preeminencia entre los coautores. La pregunta en este caso es: ¿pierden el derecho de divulgación los otros coautores (guionista y compositor)? Al respecto se mantienen tres posiciones: i) Entender que dicho derecho, establecido por una disposición de rango legal, se ve alterado por otra disposición de rango legal especial, por lo que la respuesta sería que ese derecho no existe en sede de la obra audiovisual para estos dos coautores; ii) entender que el director es el representante del resto de autores, lo que encaja mal con el hecho de que los derechos morales son personalísimos, y iii) una postura intermedia, entendiendo que en el momento en el que el guionista y el compositor suscriben el contrato de producción están ejercitando su derecho de divulgación y que el director únicamente transformará las

---

<sup>749</sup> PÉREZ DE CASTRO ilustra estas circunstancias aludiendo a sentencias que, si bien se dictan en otras jurisdicciones, entiende que sus soluciones son perfectamente aplicables al derecho español [N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario a los artículos 91 a 93 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., pp. 1204 y 1205].

<sup>750</sup> SAPM 229/2005, de 13 de abril de 2005.

aportaciones lo necesario para adaptarlas a la obra audiovisual, de ahí su papel predominante en el acuerdo ya que su aportación es la única no finalizada. Si bien esta última postura creo que es la más acorde con nuestro Derecho, presupone que el guión y la composición están finalizados antes de la firma del contrato de producción, lo que no siempre es así. Para que dicha postura prosperase, habría que entender que la divulgación se produce por obra del contrato pero en el momento de la entrega de la aportación por parte del coautor. Respecto de la divulgación por parte del director podríamos tener más dudas. Puede plantearse el conflicto entre el productor y el director sobre cómo y dónde se debe producir el estreno de la película. El lugar de estreno puede tener su relevancia, ya que no posiciona igual una película estrenarla en el Festival de Sundance que simultáneamente en todos los cines de un determinado país. No hay una respuesta clara a un conflicto como éste en nuestra legislación, pero creo que la especial regulación de la obra audiovisual nos debe llevar a pensar que debe existir consenso entre ambos.

Nada obsta a que las partes contractualmente puedan introducir a otros autores (p. ej., compositor en un musical) o incluso a terceros que no tengan la condición de autor (p. ej., director de fotografía), para decidir cuál será la versión definitiva<sup>751</sup>.

Llegados a esta punto, y a modo de conclusión, se puede decir que la introducción de normas especiales para la determinación de qué versión se considerará obra audiovisual se ha realizado con un claro ánimo de favorecer los intereses del productor. Vuelven a pesar tanto la inversión previa a la creación de la obra que realiza el productor como la necesidad de no demorar la explotación de la misma. Este precepto pretende evitar bloqueos entre o con los autores que impidan el inicio de la explotación. Es otro ejemplo del choque entre los intereses artísticos y empresariales.

El mecanismo establecido por el legislador consiste en, por una parte, introducir en la decisión al productor y, por otra, eliminar interlocutores por parte de los autores. Con la primera medida, pese a reducir el ámbito moral de los coautores, impide la imposición de la parte artística sobre la empresarial, que quizá haga inviable la obra. La presencia del productor implicará, como mínimo, el consenso entre ambos. No significa eso que se solucione cualquier conflicto. Incluso hemos podido comprobar (caso *Only Caballé*) que una solución (arriesgada) es considerar la aportación del autor incompleta y utilizarla para acabar la obra (siempre que no esté justificada la negativa, como dice el artículo

---

<sup>751</sup> J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 92 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 526.

91 LPI). La propuesta de la Ley conforme se debe establecer contractualmente cómo determinar la versión definitiva de la obra parece más un precepto bienintencionado que práctico. Además, nada aporta dicha previsión para el caso en el que nada se haya pactado. En definitiva, desde la óptica de los intereses del productor, parece justificada esta medida que, aunque imperfecta, dota de cierta seguridad jurídica al productor a la vez que no elimina las facultades morales de los autores.

La segunda medida, concentrar todo el poder de decisión en el director, evita obstáculos en el proceso. Seguramente el director es la figura que más influye sobre la versión definitiva, por lo que esta medida no sólo protege los intereses del inversor sino que en cierta forma también protege los del director, que se verá al margen de la opinión de los demás coautores sobre si su trabajo refleja bien el guión o si ha adaptado bien la composición. ¿Es proporcionado que se deje sin voz ni voto a los otros coautores? Podemos entender que sí, si atendemos al fin último de la regulación, es decir, que la obra llegue al público (tanto en interés del productor como del público). El guionista y el compositor siempre podrán alegar sus derechos morales si realmente existe un grave perjuicio para sus intereses (14.4º LPI, por ejemplo, en caso de modificación de sus aportaciones). Otro instrumento para garantizar sus intereses artísticos será establecer contractualmente la necesidad de su participación en la determinación de la versión definitiva de la obra, aunque eso dependerá de su capacidad de negociación.

## 6. Modificación de la obra

Una vez establecida la versión definitiva, es decir, una vez ha nacido la obra audiovisual, ésta puede que necesite ser modificada y es lo que precisamente regula el apartado segundo del artículo 92.2 LPI.

La norma general del artículo 7 para las obras en colaboración establece que cualquier modificación debe ser de común acuerdo entre todos los autores, y en caso de que no exista la unanimidad, la disputa deberá resolverla un juez. El artículo 92.2 vuelve a alterar el régimen general, estableciendo que la modificación «necesitará la autorización previa de quienes hayan acordado dicha versión definitiva». Esta previsión vuelve a otorgar la capacidad de decisión al director-realizador y al productor, excluyendo al guionista y al compositor. Entiendo que si contractualmente se estableció que era necesario algún consentimiento adicional al del director y el productor (ya sea de

autores o de terceros) para el establecimiento de la versión definitiva, no se puede prescindir de éstos para la modificación de la obra.

A diferencia del artículo 7, el artículo 92.2 precisa qué debe entenderse por modificación describiendo las tres únicas conductas aparentemente posibles: añadir, suprimir o cambiar. Hay quien añade a estas tres modalidades otras como la descontextualización, la forma de presentar al público o la de fragmentarla<sup>752</sup>, aunque realmente entiendo que no se trata de una modificación *sensu stricto*.

Si la modificación de la obra audiovisual comporta la modificación de las aportaciones individuales o incompletas (siempre que éstas últimas tengan un grado de desarrollo que las permita ser consideradas obras), entiendo que el autor de la aportación, aunque no haya decidido sobre el establecimiento de la versión definitiva podrá ejercitar su derecho de integridad, en caso de perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación según el artículo 14.4 LPI. Esto no es una circunstancia nueva puesto que este derecho también lo tienen dichos autores si la obra audiovisual definitiva tiene el mismo efecto sobre sus aportaciones. La diferencia es que el perjuicio o menoscabo se produce en este caso al realizar la modificación y no al determinar la versión definitiva.

A esta regulación general para la obra audiovisual añade el segundo párrafo una norma específica para las obras destinadas esencialmente a radiodifusión estableciendo que, salvo pacto en contrario, se presumirán autorizadas por los autores las modificaciones «estrictamente exigidas por el modo de programación del medio» con respeto al derecho moral a la integridad. El hecho de que exista una presunción sobre la autorización nos debe llevar a plantearnos si eso es una autorización para una modificación, incluso lesiva, del derecho moral de integridad. La respuesta creo que debe ser claramente no. Sería incompatible con el derecho moral una previsión contractual autorizando genéricamente cualquier modificación antes incluso de que se produzca. Admitir una cláusula de ese tipo sería equivalente a una renuncia de un derecho irrenunciable, por lo que la presunción del artículo 92.2.2º no puede interpretarse en ese sentido. Se debe entender que la presunción de autorización se refiere a cualquier modificación de la obra, que en principio requerirá consentimiento contractual (de ahí la expresión «salvo pacto en contrario»). Está claro que el legislador no está

---

<sup>752</sup> N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario a los artículos 91 a 93 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1213.

pensando en una modificación lesiva del derecho de integridad, en especial porque es una modificación estrictamente exigida por el modo de programación del medio. Por tanto, se están permitiendo todas las modificaciones no lesivas del derecho de integridad, configurando el artículo 92 dos planos: el contractual, salvado por la previsión de autorización, y el moral, que entrará en juego en el caso de que la modificación cause al autor «perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación» (artículo 14.4º LPI).

Lo que produce cierta confusión es la referencia a los autores en genérico ya que en el párrafo precedente los excluye. ¿Cómo se concilia que para una modificación genérica (artículo 92.2) se deban entender productor y director y para una modificación «estrictamente exigida por el modo de programación del medio» (artículo 92.2.2º) también tengan que consentir los demás coautores? La única explicación posible es que el legislador pretendiese salvar de cualquier riesgo, con una técnica legislativa no muy afortunada, la emisión por televisión.

La televisión, como medio, ha necesitado en ocasiones modificar las obras para poderlas emitir. Esto ha sido común, sobre todo, en obras pensadas para otros formatos distintos al formato televisivo y especialmente polémico con obras cinematográficas filmadas en *cinemascope* o *panavision*, las cuales se han tenido que modificar forzosamente para ser emitidas por televisión. Se utilizan diferentes técnicas para adaptar la obra pero en la mayoría de ocasiones o se pierde algún trozo de la imagen o éstas aparecen distorsionadas (alargadas o achatadas) porque se alteran las proporciones. Éstas son alteraciones meramente técnicas aunque afectan a la imagen.

Otras prácticas comunes, pero no técnicas, son la introducción de publicidad en las obras audiovisuales. Dichas prácticas van desde cortes publicitarios (incluso interrumpiendo un momento de clímax en la narración con un anuncio, quizá de un detergente) hasta sobreponer logotipos o imágenes de otros programas, pasando por la aceleración de la velocidad<sup>753</sup> de la emisión (imperceptible para el espectador) para reducir la duración de la obra audiovisual y poder disponer de mayor tiempo para publicidad.

También existen prácticas que nada tienen que ver con el medio, como el coloreado de películas, que pese a tener gran relevancia

---

<sup>753</sup> A través del denominado *lexigonage*.

en los años ochenta hoy en día parece no ser un tema de gran preocupación en el sector<sup>754</sup>, o la supresión o adición de partes.

Por tanto, creo que las modificaciones a las que puede ser sometida una obra para ser emitida en televisión son, básicamente, de dos tipos: i) modificaciones técnicas para adaptar el formato al medio y ii) modificaciones para adaptar la obra al modelo de negocio de explotación televisiva. Las terceras modificaciones comentadas (como el coloreado) no presentan novedad alguna a la regla general ya que son modificaciones que no se producen como consecuencia de su emisión por televisión.

A continuación nos podemos preguntar si ambas modificaciones son las contempladas en el artículo 92 al hablar de «las modificaciones estrictamente exigidas por el modo de programación del medio». Pese a lo indeterminado de la expresión, mi respuesta es afirmativa.

En primer lugar, por lo que se refiere a las modificaciones técnicas, éstas son necesarias para poder hacer accesible al público la obra televisiva. En este sentido son parte del modo de programación desde un punto de vista técnico. En principio, una obra creada «esencialmente» para la radiodifusión no debería presentar mayor problema desde el punto de vista técnico, pero si existiese dicho obstáculo quedaría amparado por la presunción puesto que estamos ante una modificación exigida por el modo de programación en sentido técnico<sup>755</sup>.

Comentario aparte merece la obra cinematográfica que, como hemos visto, es la que tradicionalmente más modificaciones técnicas ha requerido. Por definición, la obra cinematográfica no ha sido creada «esencialmente» para la radiodifusión, por lo que debería quedar fuera de la presunción del artículo 92.2.2<sup>o</sup><sup>756</sup>. Sin embargo, la radiodifusión de obras cinematográficas es una importante ventana de ingresos (a veces la más importante) y puede que más longeva. Salvo aquellas obras audiovisuales cuya primera ventana sea la televisión (los denominados «telefilmes»), el resto de obras contemplan la exhibición como primera ventana y la televisión como la segunda. Pese a que los avances tecnológicos hacen que los cambios de formato no sean tan

---

<sup>754</sup> Véase R. CASAS VALLÉS, «Comentario a los arts. 91 a 93 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, pp. 199-201.

<sup>755</sup> En contra RODRÍGUEZ TAPIA que manifiesta que las modificaciones de formato no estarían incluidas en este precepto puesto que entiende más restrictivamente el concepto de programación. En su opinión, las modificaciones técnicas se encuadrarían en la emisión y, al no hacer referencia el concepto a tal término, no estarían amparadas por la presunción [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 992 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., p. 527].

<sup>756</sup> R. CASAS VALLÉS, «Comentario a los arts. 91 a 93 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 205.



perjudiciales para la obra en la actualidad, es sorprendente que el legislador deje fuera de su regulación estos supuestos. Si es una práctica habitual del sector, creo que en la presunción debería incluirse también la autorización para la inclusión de la obra cinematográfica, siempre sometida al límite del artículo 14.4 LPI.

En segundo lugar, por lo que se refiere a las modificaciones de la obra para su explotación comercial televisiva, se debe atender a que la televisión en abierto se basa en un modelo de ingresos publicitarios para su existencia. Incluso también existen modelos mixtos para quienes la publicidad es necesaria para su viabilidad (nótese que no estamos hablando de una empresa concreta sino de un modelo de negocio). Por tanto, por concepto, es inevitable que se inserte publicidad en el medio televisivo en abierto. Tanto es así que la sección 2.ª del Capítulo II del Título II de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual está dedicada al «derecho a realizar comunicaciones comerciales» regulando diferentes modalidades de publicidad.

Precisado este extremo se concluye que la inserción de publicidad es consustancial a este tipo de difusión televisiva, pudiendo entender que es una exigencia del modo de programación<sup>757</sup>. Pese a su ambigüedad, interpreto el modo de programación como la forma habitual de insertar la obra en la parrilla y ésta implica cortes publicitarios. Cuestión distinta es si esos cortes publicitarios o su frecuencia pueden ser consideradas lesivas y, en consecuencia, vulnerar el artículo 14.4º. Desde el punto de vista de la legislación española, es difícil entender tal cosa. Diferente son las nuevas técnicas de publicidad como la sobreimpresión de logotipos o insertar imágenes publicitarias en movimiento que considero una mayor agresión a la obra. La citada Ley General de la Comunicación Audiovisual, pese a que no regula esta materia desde el punto de vista de la propiedad intelectual, obliga en su artículo 14.4 (curiosa coincidencia) a «respetar la integridad del programa en la que se inserta y de las unidades que lo conforman». Si bien no es una regulación del derecho moral de integridad, creo que complementa bien el concepto de preservar la obra, aunque el estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 14 LGCA no garantiza la no vulneración del derecho moral<sup>758</sup>.

---

<sup>757</sup> En contra N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario a los artículos 91 a 93 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1216.

<sup>758</sup> El artículo 14 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual establece:

«1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, ya sean servicios radiofónicos, televisivos o conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios.

Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva pueden ejercer este derecho mediante la emisión de 12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj. Los servicios radiofónicos, conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios libremente.

Para el cómputo de esos 12 minutos se tendrá sólo en cuenta el conjunto de los mensajes publicitarios y la televenta, excluyéndose el patrocinio y el emplazamiento. También se excluirá del cómputo la

Otro argumento que apoya esta interpretación es que hemos determinado que las obras «esencialmente» destinadas a la radiodifusión requerirán, lógicamente, poca modificación técnica. Por tanto, parecería extraño que el legislador estableciese una presunción de tan poco alcance y trascendencia práctica, lo que nos ha de llevar a entender que se estaba refiriendo a los cortes publicitarios. Para la adaptación meramente técnica de la obra audiovisual no hubiese hecho falta un precepto como el analizado.

Una cuestión que entiendo peculiar de este sistema del artículo 92.2.2º es que la autorización que se otorga se entiende en el ámbito contractual, pero quien efectivamente realiza los cortes o sobrepresiones será el radiodifusor. Puede que éste pacte con el productor (o su distribuidor) las modificaciones pero a falta de pacto la presunción de este artículo sólo serviría para eliminar la responsabilidad del productor ya que la infracción la cometería directamente el radiodifusor y el autor accionaría contra éste, no contra el productor.

En conclusión, la introducción de esta nueva modificación del régimen de la obra en colaboración del artículo 7 LPI vuelve a realizarse en interés del productor. En primer término, contando con éste para la modificación y, en segundo, protegiéndolo frente a las modificaciones que puede sufrir en el formato televisivo. Creo que también se justifican estos preceptos, poniendo como límite efectivo de las modificaciones el efectivo perjuicio a los legítimos intereses o menoscabo de la reputación del autor.

Entiendo que la referencia a la obra televisiva ha quedado obsoleta ya que existen medios nuevos, en especial, *on demand*

---

telepromoción cuando el mensaje individual de la telepromoción tenga una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario y el conjunto de telepromociones no supere los 36 minutos al día, ni los 3 minutos por hora de reloj.

[...]

4. Los mensajes publicitarios en televisión deben respetar la integridad del programa en el que se inserta y de las unidades que lo conforman.

La transmisión de películas para la televisión (con exclusión de las series, los seriales y los documentales), largometrajes y programas informativos televisivos podrá ser interrumpida una vez por cada periodo previsto de treinta minutos. En el caso de los programas infantiles, la interrupción es posible una vez por cada periodo ininterrumpido previsto de treinta minutos, si el programa dura más de treinta minutos.

Las retransmisiones de acontecimientos deportivos por televisión únicamente podrán ser interrumpidas por mensajes de publicidad aislados cuando el acontecimiento se encuentre detenido. En dichas retransmisiones, dispongan o no de partes autónomas, se podrán insertar mensajes publicitarios siempre que permitan seguir el desarrollo del acontecimiento.

No se insertará publicidad televisiva ni televenta durante los servicios religiosos».

Como he argumentado, cumplir con estas disposiciones legales (minutos de interrupción, número de interrupciones, etc.) no garantiza que se esté preservando el derecho moral. Puede que la forma de la interrupción o el momento de la misma puedan dar lugar a la infracción del derecho moral pese al cumplimiento de esta norma administrativa. Y viceversa. La infracción de esta Ley puede que únicamente comporte una sanción administrativa del título VI (p. ej., superar los tiempos de publicidad) pero no afecte al derecho moral.

como veíamos al principio del capítulo (plataformas de televisión, redes sociales, webs de contenidos, etc.) que afectan más a estos aspectos que la obra televisiva. Sería partidario de mantener la presunción de autorización para todos los medios, salvo pacto en contrario. Otra alternativa para reforzar la protección del autor sería incluir la obligación para el productor de incluir la mención a las formas de explotación en el contrato (como sucede en el artículo 60.4 LPI en el contrato de edición) presumiéndose autorizada la modificación de la obra para estos medios.

Partiendo de la clasificación realizada entre modificaciones técnicas y de modelo de negocio, creo que se pueden extraer algunas conclusiones.

En cuanto a las modificaciones técnicas, en un entorno de convergencia tecnológica y multicanal, creo que se debería abandonar tanto la calificación de las obras según el destino como categorizarlas según el canal de comunicación. Se debería hacer abstracción de la tecnología concreta y detenerse en la característica de la misma que puede afectar a la obra (p. ej., la dimensión de la pantalla, la calidad de la imagen, etc.) y establecer principios generales aplicables a la categoría. El principio básico en la adaptación de la obra al medio debería ser el de utilización de la técnica que garantice la menor alteración de la obra. En consecuencia, de entre los posibles medios técnicos de tratamiento de la obra siempre deberá utilizarse el menos lesivo para los intereses artísticos de la obra.

Desde el punto de vista del modelo de negocio, se debe atender al impacto publicitario que puede tener el medio. Hay nuevos formatos publicitarios<sup>759</sup> que no presentan problemas, como la inserción de un anuncio antes de la obra audiovisual. Sin embargo, pueden existir otros, como sobreimpresiones en pantalla que pueden afectarla si son, por ejemplo, de tamaño desproporcionado, en especial en pantallas pequeñas. Los problemas que se plantean no son nuevos ya que la mayoría se ha dado en el medio televisivo. Sin embargo, creo que es conveniente que la Ley asuma que los modelos de negocio de pago son menos intensivos en publicidad que los que son en abierto. Por tanto, creo que se debería presumir legalmente que la aceptación de la difusión a través de un medio en abierto supone una mayor carga para los autores en cuanto a las modificaciones a su obra.

---

<sup>759</sup> Por ejemplo, la compañía YouTube está ofreciendo a sus usuarios insertar cuatro tipos de anuncios en vídeos ajenos: i) en *display*, ii) superposición, iii) que se pueden saltar y iv) que no pueden saltarse. (Disponible en: <https://support.google.com/youtube/answer/2467968?hl=es>).

En ambos casos existirán dos mecanismos de protección del autor: el primero el artículo 14.4º LPI que protegerá la obra de las agresiones que causen perjuicio o menoscabo, en especial frente a quien efectivamente las causa (que no suele ser el productor), que está al margen del contrato de producción. Por otro, el contrato de producción, donde las partes siempre podrán exceptuar de la presunción de cesión aquellas modalidades que consideren lesivas o podrán establecer las condiciones para realizarlo, que el productor deberá trasladar al radiodifusor o a quien utilice la obra. No creo que, en la actualidad, sea aplicable la diferencia de capacidad de negociación entre autor y productor.

## **B. Medidas de protección de los intereses de los autores**

A continuación es necesario analizar si, pese al desplazamiento de los derechos a favor del productor para fortalecer su posición como productor y comercializador de la obra, los intereses patrimoniales y morales de los autores (que ya hemos visto que en el Derecho español son tres: director, guionista y compositor), están suficientemente protegidos.

### **1. Explotación de las aportaciones individuales**

El artículo 88.2 LPI faculta a los autores a explotar sus aportaciones de forma independiente a la obra audiovisual, siempre que no perjudique la normal explotación de esta última. Estamos hablando de los guiones, diálogos, argumentos y composiciones entre otros.

En el equilibrio entre los intereses del productor y de los autores, el legislador considera que el productor es quien debe centralizar los derechos (tanto de autor como conexos) sobre la obra audiovisual finalizada, con el objeto de que pueda explotarla sin problemas. *A sensu contrario*, no estaría justificado que el legislador contemplase cesiones que no son necesarias para el cumplimiento de ese fin. Es por eso que no le reconoce derecho alguno sobre las aportaciones individuales de cada autor (si es que éstas pueden calificarse de obras) y permite expresamente que éstos puedan explotar sus aportaciones, protegiendo sus derechos económicos (ya que pueden obtener ingresos por una vía diferente) y morales (ya que podrán transmitir su obra al público). También se está fomentando el acceso del público a la cultura al permitir la explotación individualizada de las obras.

Dicho esto, nada obsta a que el productor también pueda obtener los derechos mediante pacto, tal y como permite el artículo 88.2 LPI. Lo que es cierto es que si se da el caso de que el autor también confía en el productor para la explotación de sus aportaciones individuales y le cede sus derechos, debe entenderse que el productor estará obligado a introducir esta obra en el mercado, en especial si la cesión es en exclusiva. El fundamento de esta afirmación la encontramos en el interés del autor para difundir su obra y en el del público para acceder a ella, que serán protegidos por el segundo párrafo del artículo 48 LPI y, en caso de que estemos ante una obra para la que quepa la edición, el artículo 64, apartados 1.º y 4.º LPI. Por tanto, el productor no puede adquirir todos los derechos de manera defensiva para evitar competencia.

El principal límite al que se enfrenta la explotación independiente de una aportación es la de no perjudicar la normal explotación de la obra. Es fácil reconocer en este razonamiento la naturaleza de obra en colaboración de la obra audiovisual ya que el mandato es el mismo que el del artículo 7.3, que también permite la explotación separada de las aportaciones «salvo que causen perjuicio a la explotación común». La gran diferencia entre ambos preceptos es que en el artículo 88.2 se está protegiendo no sólo al resto de autores sino también al productor.

Será difícil determinar cuándo estamos ante un perjuicio de la normal explotación de la obra. Entiendo que el criterio, no siempre fácil de demostrar, es si la explotación individual tiene como consecuencia menores ingresos o menor difusión de la obra (este segundo criterio es especialmente importante en los modelos de negocio que no buscan lucro). Tradicionalmente se plantean dos cuestiones: si la explotación simultánea de la aportación individual y la obra audiovisual se debe considerar como un perjuicio y si la explotación de la aportación individual debe ser a través de otro género para no perjudicar a la obra.

En el primer supuesto, se deberá estar al caso concreto ya que es difícil saber si publicar, por ejemplo, el guión de una película puede conllevar mayor afluencia al cine al resultar atractivo o si puede disminuir la asistencia por, haciendo una suposición, desvelar el final. En todo caso, nuestra Ley no pone ningún límite temporal al inicio de la explotación de la aportación individual, por lo que nada impide que sea simultánea.

Por lo que se refiere al género, el precepto guarda silencio<sup>760</sup>, pero por coherencia interpretativa se debe atender al artículo 89.2

---

<sup>760</sup> La Ley francesa establece claramente que se debe tratar de un género diferente:

LPI. Este precepto parece exigirle al autor de la obra preexistente que la explotación se realice a través de otro género, por lo que debe concluirse que esta exigencia también será aplicable al autor de la obra audiovisual.

Aquellos autores, diferentes de los autores de la obra audiovisual, que hayan realizado aportaciones a ésta (por ejemplo, el creador del vestuario) también podrán explotarla por separado, pese a que no se diga nada de ellos en el artículo 88.2, sin perjuicio de que también puedan llegar a acuerdos específicos de cesión sobre los derechos sobre sus obras con el productor. Como comenta CASAS VALLÉS «sería injusto negar a una contribución importancia suficiente como para acceder a la coautoría de la obra audiovisual, atribuyéndosela al propio tiempo para restringirle las posibilidades de explotación»<sup>761</sup>.

También se protegen de manera explícita los derechos del autor en la presunción de cesión que se establece para facilitar al productor la obtención de los derechos en el marco del contrato de transformación de una obra preexistente del artículo 89. El segundo apartado de dicho artículo realiza una mención expresa de que la forma de edición gráfica y de representación escénica están excluidas de la presunción de cesión. Como ya he manifestado, entiendo que estamos ante una precisión a la presunción de cesión establecida en el artículo 89.1 y no ante una excepción al precepto ya que estos derechos nunca han estado incluidos en la presunción de cesión (no son necesarios para la normal explotación de la obra audiovisual que derive de la obra preexistente). Junto a estos derechos hay que entender que el autor retiene todos aquellos de los que ya disfrutaba para la explotación de su obra, salvo pacto en contrato. En otras palabras, puede continuar explotando la obra como venía haciendo, sin límite alguno, y tampoco debe preocuparle causar o no perjuicio a la obra audiovisual con su explotación al no serle de aplicación el 88.2 LPI.

## 2. Remuneración

Al igual que sucede en los demás contratos de cesión de derechos analizados, la Ley configura los contratos de producción audiovisual y de transformación de obra preexistente como contratos onerosos. Dicha onerosidad se recoge en el artículo 90.1

---

*«Article L132-29 Sauf convention contraire, chacun des auteurs de l'oeuvre audiovisuelle peut disposer librement de la partie de l'oeuvre qui constitue sa contribution personnelle en vue de son exploitation dans un genre différent et dans les limites fixées par l'article L. 113-3».*

<sup>761</sup> R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 88 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 167.

que obliga al productor a satisfacer una remuneración al autor (o autores) a cambio de la cesión de los derechos. Sirva de recordatorio que el artículo se refiere tanto al autor de la obra audiovisual como al autor de obras preexistentes (ya se transformen o no). Este mismo precepto nos exige detallar la remuneración que deberá pagar el productor para «cada una de las modalidades de explotación concedidas». En este caso no se debe entender modalidad en el sentido del artículo 57 LPI<sup>762</sup>, sino como modos o medios de explotar la obra (por ejemplo, exhibición en cines, alquiler de vídeo, televisión, plataformas digitales, etc.)<sup>763</sup>. Además, en aplicación de la norma general contenida en el artículo 46 LPI, debemos entender que, salvo las excepciones previstas, dicha remuneración deberá ser proporcional.

Junto a esta obligación de pago del productor por la cesión de los derechos en el contrato de producción audiovisual o en el contrato de transformación, que indudablemente otorga un derecho de remuneración a favor del autor, el complejo artículo 91 también establece un derecho de remuneración diferente a favor de los autores al que la doctrina se refiere como «simples» o «meros derechos de remuneración»<sup>764</sup>.

Estos tres apartados (2, 3 y 4) del artículo 90 recogen dos tipos diferentes de derechos de remuneración: i) un derecho de

---

<sup>762</sup> El artículo 57 define como modalidades la edición, representación o ejecución, y la producción de obras audiovisuales. En su párrafo segundo obliga a que las cesiones de derechos para cada una de estas modalidades de explotación se formalice en documento independiente para dotar de mayor transparencia a cada cesión y evitar, para proteger al autor, que en un solo documento puedan cederse los derechos de una obra para varias modalidades de explotación. La existencia de varios documentos es un elemento formal que debería llamar la atención del autor y obligarle a reflexionar. Como comenta HUALDE SÁNCHEZ, es un «mecanismo (la necesidad de cubrir una formalidad en cada cesión) para que, necesariamente, perciba y, en consecuencia, negocie todas las posibilidades de rendimiento económico de la obra» [J. J. HUALDE SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 57 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 894].

<sup>763</sup> RODRÍGUEZ TAPIA interpreta la modalidad de explotación de manera diferente. Entiende que la referencia a las modalidades no obliga a establecer la forma de remuneración para cada una de ellas con pagos diferentes sino de una «obligación formal y material del cesionario, consistente en efectuar una liquidación desglosada de los distintos conceptos remunerados. Esta obligación legal facilita al cedente el control de la explotación, porque puede identificar los conceptos remunerados y contrastar su cuantía con sus propios datos, así como, en su caso, localizar, conceptos no remunerados» [J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 90 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., p. 329]. Dicha interpretación es mantenida por MARTÍN SALAMANCA en la edición de 2007 de los comentarios [S. MARTÍN SALAMANCA, «Comentario al artículo 90 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., pp. 510 y 511].

<sup>764</sup> N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 90 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1188. Es interesante la observación de MARTÍN SALAMANCA que entiende que «la reconstrucción dogmática de una categoría jurídica denominada «derecho de remuneración» cobra valor, esencialmente, por oposición al denominado «derecho de explotación». Materialmente, les une la atribución patrimonial que ambos posibilitan, en favor del titular, con causa en una determinada utilización de la obra protegida. Sin embargo, les distancia la vinculación entre el derecho de crédito y el control sobre la utilización de una obra (inexistente en el derecho de remuneración y consustancial, en cambio, al de explotación)» (S. MARTÍN SALAMANCA, *Remuneración del autor y comunicación pública*, p. 68). En otras palabras, la característica principal que une al derecho de remuneración es la eliminación del *ius prohibendi* a favor del titular de los derechos.

remuneración para la modalidad de comunicación pública mediante exhibición o proyección<sup>765</sup> en lugares públicos, con o sin pago de entrada (al que se añade el de transmisión en caso de que no exista pago de entrada), y ii) otro derecho de remuneración para la modalidad de alquiler de la obra audiovisual. Ambos derechos son irrenunciables e intransmisibles<sup>766</sup> *inter vivos* y serán efectivos a través de las correspondientes entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (de gestión colectiva obligatoria).

Entiendo que la remuneración ordinaria fruto de la cesión contractual entre productor y autor no requiere de mayor comentario que el realizado para los demás contratos, puesto que no presenta peculiaridad alguna. Por ello, centraré este apartado en el estudio de los dos derechos de simple remuneración.

## **1. Remuneración por explotación a través de exhibición, proyección y transmisión**

En primer lugar, analizaremos el derecho de remuneración que corresponde a los autores por la explotación en las modalidades de la exhibición o proyección (y, en su caso, transmisión) en lugares públicos.

Este derecho de remuneración se aplica en dos supuestos distintos: i) si media el pago de una entrada, a los casos de exhibición y proyección de la obra audiovisual en un lugar público (artículo 90.3), y ii) si no media el pago de una entrada, a los casos de exhibición y proyección de la obra audiovisual, así como a los de transmisión (artículo 90.4). Como dice CASAS VALLÉS, «se trata de dos supuestos de un único derecho»<sup>767</sup>, lo que significa que debemos entender que la regulación general que contiene el artículo 90.3 para lugares públicos con entrada es aplicable, en lo que no se contradiga, a la regulación del artículo 90.4 para lugares públicos sin entrada.

---

<sup>765</sup> Realmente se puede considerar exhibición y proyección como sinónimos. El exhibidor es, según el diccionario de la Real Academia Española el «Empresario dedicado a la explotación comercial de las salas de cine», siendo cine el «local o sala donde como espectáculo se exhiben las películas cinematográficas». Por su parte, proyección, en su segunda acepción es la «Imagen que por medio de un foco luminoso se fija temporalmente sobre una superficie plana». Por tanto, podemos concluir que la exhibición (que no viene definida con esta acepción en el diccionario) es la proyección de la obra cinematográfica en salas de cine. Creo que hoy en día el concepto exhibición puede aplicarse sobre cualquier tipo de obra audiovisual. En sentido parecido S. MARTÍN SALAMANCA, *Remuneración del autor y comunicación pública*, pp. 164-168.

<sup>766</sup> Así como en el caso de los derechos de remuneración de los apartados 3 y 4 del artículo 90 la Ley establece expresamente la intransmisibilidad de los mismos (artículo 90.6 LPI), para el caso de los derechos de alquiler del apartado 2 la misma se deduce de su irrenunciabilidad, ya que no se puede transmitir aquello que no es renunciante. Existe una excepción a la intransmisibilidad e irrenunciabilidad de los derechos: la obra publicitaria (artículo 90.6), ya comentada.

<sup>767</sup> R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 90 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 179.



A continuación, analizaremos cada uno de estos dos supuestos.

**(i) Explotación a través de exhibición y proyección en lugares públicos con pago de entrada**

La introducción de la remuneración en estas modalidades de explotación la explica el bien conocido relato de BAYLOS CORROZA<sup>768</sup>, en el que detalla el famoso conflicto entre la SGAE y el Grupo de Exhibidores tras la extinción del convenio que desde 1945 les unía.

La SGAE argumentaba que la contraprestación que recibían los autores por la cesión de sus derechos al productor no comprendía la exhibición en salas de cine, basándose en el artículo 14.1 del Convenio de Berna. Sin embargo, pese a que finalmente se reconoció legalmente la pretensión de la SGAE en la Ley 17/1966, de 31 de mayo, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, este derecho de remuneración no parece que se haya reconocido según el fundamento esgrimido por la entidad de gestión de derechos. Por un lado, el propio BAYLOS ya manifiesta que el artículo 14.1 del Convenio sólo es aplicable a autores de obras preexistentes<sup>769</sup>. Por otro, la Ley obliga a que el exhibidor realice el pago de la remuneración pero le da la posibilidad de deducirlo de las cantidades que deba satisfacer al cedente de los derechos (artículo 90.3 LPI), que en última instancia será el productor (o empresas a éste vinculadas)<sup>770</sup>. Es cierto que esta repercusión de las cantidades no será automática, ya que deberá ser pactada y dependerá de la capacidad de negociación de las partes, pero este sistema recuerda más a la finalidad de garantía de cobro de los autores de obras teatrales que a una nueva remuneración por parte de los exhibidores, pese a que la configuración jurídica de la garantía sea bastante diferente.

Visto el forzado trasfondo de este precepto, corresponde ahora entrar en el análisis concreto de la regulación de la modalidad

---

<sup>768</sup> H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, 1.ª ed., p. 649 (nota 33).

<sup>769</sup> H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, 1.ª ed., p. 649 (nota 33).

<sup>770</sup> CASAS VALLÉS explica cómo en el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual entendía a los exhibidores como meros depositarios de las cantidades debidas por el productor. Finalmente se optó por un sistema más práctico, estableciendo una obligación directa para el exhibidor. Pese a que el sistema pueda ser el más eficiente desde un punto de vista de gestión de los ingresos, entiendo que formalmente está enmascarando la realidad de la contraprestación [R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 90 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, pp. 181 y 182].

de exhibición o proyección en lugar público<sup>771</sup> en el que los asistentes satisfacen una entrada.

Entiendo que, para aplicar el artículo 90.3, es necesario que el pago de la entrada se realice con la finalidad de acceder a la obra audiovisual (por tanto, ésta no debe de ser accesoria, como puede ser una obra audiovisual proyectada en una discoteca en la que se ha pagado una entrada).

En cuanto a la cantidad que se debe abonar en este concepto, dispone la Ley que el derecho de remuneración se traducirá en un porcentaje sobre los ingresos de la exhibición o proyección pública. Entiendo que la exigencia de un porcentaje mantiene la coherencia con el sistema general de nuestra Ley de remuneración proporcional del artículo 46 LPI, pudiéndose entender que este supuesto es una, cuanto menos, intromisión legislativa en el ámbito de decisión de las partes.

Dado que la «efectividad» de estos derechos está encomendada por Ley a las entidades de gestión (artículo 90.7), la realidad es que este porcentaje lo establecerán las propias entidades en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 157 LPI<sup>772</sup>, lo que no eximirá de cierto equilibrio y negociación cuya ausencia ha comportado problemas de competencia en el pasado a las entidades, en especial desde la reforma de 2014<sup>773</sup>.

Este pago deberá realizarlo el exhibidor, que es el sujeto obligado, pero no lo satisfará directamente al autor (que es el beneficiario último), sino que lo hará a las entidades de gestión por la misma razón que la expresada en el párrafo anterior.<sup>774</sup>.

En coherencia con el régimen general de remuneración del artículo 46 LPI, se establece aquí la posibilidad de sustituir la remuneración proporcional por un pago a tanto alzado en caso de que «en el país de destino les sea imposible o gravemente dificultoso el ejercicio efectivo del derecho» (artículo 90.3.2º

---

<sup>771</sup> Realmente la referencia al «lugar público» para las modalidades de exhibición y proyección parece innecesario, en especial porque estamos ante un acto de comunicación pública donde lo importante no es tanto el lugar en el que accedan a la obra una pluralidad de personas sino que éstas tengan la consideración de «público».

<sup>772</sup> M.ª V. MAYOR DEL HOYO, *El derecho de autor sobre las obras cinematográficas en el Derecho español*, p. 207.

<sup>773</sup> En la actualidad, las tarifas generales de la SGAE determinan que el porcentaje es del 2 % (SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES, *Tarifas Generales 2015*, p. 61. Disponible en: <https://enlinea.sgae.es/tarifas/>).

<sup>774</sup> La entidad de gestión deberá distribuir los ingresos entre los autores de la obra audiovisual según lo que éstos hayan pactado. En defecto de pacto, se aplicarán las normas de la comunidad de bienes, siendo la regla general el reparto igualitario salvo que algún coautor pueda demostrar la desproporción en las aportaciones, en cuyo caso se deberá estar a la aportación de cada uno [sobre este aspecto véase N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 90 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1188].

LPI)<sup>775</sup>. En mi opinión, este precepto es un desarrollo de la excepción general a la remuneración proporcional establecida en el artículo 46.2 a): «Cuando, atendida la modalidad de la explotación, exista dificultad grave en la determinación de los ingresos o su comprobación sea imposible o de un coste desproporcionado con la eventual retribución». En coherencia con lo expuesto, entiendo que también es aplicable aquí el derecho de revisión del artículo 47 LPI<sup>776</sup>.

Por último, este sistema de remuneración se ve reforzado por la propia Ley con una obligación de transparencia que recae sobre los empresarios de las salas de exhibición o proyección: éstos deben poner periódicamente<sup>777</sup> a disposición de los autores las cantidades recaudadas (artículo 90.3.3º). Esta obligación supone dotar de transparencia al sistema de remuneración descrito y otorga a los autores un instrumento de control para comprobar que la remuneración que perciben es la que corresponde. Recuerda a la obligación del editor de poner a disposición del autor un certificado con los datos de fabricación, distribución y existencias de ejemplares de libros (artículo 64.5º LPI) y a la obligación del empresario teatral de facilitar la relación de ingresos de la obra (artículo 78.5 LPI). El matiz vuelve a venir porque, al ser obligatorio que esta recaudación la realicen las entidades de gestión de derechos, quienes realmente accederán a los datos serán estas últimas. Además, en este caso, la designación de la entidad como representante no responde a una voluntad del autor sino por obra de la Ley.

## (ii) ***Explotación a través de exhibición, proyección y transmisión sin pago de entrada***

El artículo 90.4 LPI regula el segundo supuesto del derecho de remuneración. Este caso también contempla el mismo supuesto de exhibición o proyección que el caso anterior pero con la diferencia de que no se deba abonar entrada para acceder a la obra. Además, en este caso, la Ley añade otro supuesto que dará lugar a remuneración: la «transmisión al público por cualquier medio o procedimiento, alámbrico o inalámbrico, incluido, entre otros, la puesta a disposición en la forma establecida en el artículo 20.2.i) de una obra audiovisual».

---

<sup>775</sup> No deja de ser curioso que se configure la cesión de un derecho intransmisible. Debemos de entender que se está ante una excepción.

<sup>776</sup> En el mismo sentido R. CASAS VALLÉS, «Comentario al art. 90 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 183, y N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 90 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1194.

<sup>777</sup> La Disposición Adicional Cuarta de la Ley de propiedad intelectual establece que la periodicidad será semanal, habilitando al gobierno para modificarla.

Dado que en estos supuestos no existe el pago de una entrada, quien realice el acto de comunicación deberá abonar la remuneración que proceda según las tarifas generales que establezca la correspondiente entidad de gestión, en virtud de las funciones encomendadas por los artículos 90.7 y 157 LPI. En este caso, tampoco deberá abonar las cantidades al autor sino a la propia entidad de gestión.

El primer supuesto abarcará cualquier exhibición o proyección de una obra audiovisual en recintos como clubes, cinefóruns, cines al aire libre, etc., siempre que no haya pago de entrada para ver la obra.

El segundo supuesto, el de la transmisión, es más heterogéneo. En primer lugar hay que detenerse en el concepto de «transmisión». Como opina la doctrina mayoritaria<sup>778</sup>, el término «transmisión» no debe interpretarse en el mismo sentido que el contenido en el artículo 20.2.e) con el significado de acceso del público a la obra a través de hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo (es decir, a través de redes alámbricas) sino en un sentido más amplio de acceso del público a la obra audiovisual por cualquier equipo de comunicación. Sólo bajo este concepto tiene sentido la inclusión de la modalidad de «puesta a disposición», propia de las redes digitales, como una forma de transmisión.

Esta ampliación del supuesto ha llevado a ciertas complejidades. La primera es de tipo conceptual. La asimetría que se produce entre los apartados 3 y 4 (del artículo 90) en cuanto a las modalidades de explotación plantea la dificultad de cómo tratar unitariamente estos dos supuestos. MARTÍN SALAMANCA propone para salvar este «descuadre funcional» entender que el punto de relación entre ambos preceptos no radica en el pago de una entrada sino en que en ambos casos se está tratando un «supuesto de visualización» con dos modalidades, «directa» (proyección y exhibición) e «indirecta» (transmisión)<sup>779</sup>.

La segunda complejidad es de tipo interpretativo. Frente al modelo tradicional, en el que el público estaba simultáneamente en un lugar físico durante el pase de la obra audiovisual (como sucede en el cine), se plantean supuestos en los que debe interpretarse si este artículo es también aplicable

---

<sup>778</sup> S. MARTÍN SALAMANCA, «Comentario al artículo 90 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 517; N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 90 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1194.

<sup>779</sup> S. MARTÍN SALAMANCA, *Remuneración del autor y comunicación pública*, p. 164.

a aquellas modalidades en las que una obra audiovisual es accesible al público aunque éste no se encuentre física y simultáneamente en el mismo recinto, como sucede en las habitaciones de hoteles. Para resolver este problema se debe partir de la base de que, al estar en una modalidad de explotación pública, la obra es accesible a una pluralidad de personas a las que definimos como público. Lo determinante no es tanto el espacio físico donde se produce la comunicación como el concepto de público. Era razonable que históricamente se tomase como referencia para definir al público el lugar físico ya que tecnológicamente no era posible acceder al público si no era compartiendo un mismo espacio. Sin embargo, en la actualidad nos debemos centrar en definir qué entendemos como público y su posibilidad de acceso a la obra para resolver este problema interpretativo (en el que el espacio físico también sigue siendo un criterio que contribuye a delimitar al público para ciertas modalidades, como sucede en la exhibición y en la proyección).

El concepto de público se ha ido definiendo por la jurisprudencia a partir de determinados conflictos, en especial entre entidades de gestión y establecimientos hoteleros, por lo que procede ahora analizar la cuestión.

El principal problema que se ha planteado en este sentido ha sido determinar si el acceso a obras audiovisuales por parte de los clientes de un hotel en su habitación, a través de equipos facilitados por el hotel, se debe entender como un acto de comunicación pública por parte del hotel con la correspondiente obligación de pagar el derecho de remuneración del artículo 90.4 LPI (ya que no se está pagando una entrada por parte del público). Tras varias sentencias contradictorias por parte de los órganos jurisdiccionales españoles, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que se trata de un acto de comunicación pública.

En el caso que enfrentaba a la SGAE con Rafael Hoteles<sup>780</sup> el Tribunal argumenta, en primer lugar, que el concepto de «público» hace referencia a un número indeterminado de telespectadores potenciales que, en el caso de un hotel, son tanto los clientes que se encuentran en un determinado momento en el hotel como los anteriores y sucesivos, presumiendo una alta rotación de clientela. Por tanto, estamos ante una clientela potencial elevada que no se puede decir que tenga efectos económicos insignificantes. En esta línea, también

---

<sup>780</sup> STJUE de 7 de diciembre de 2006, *caso Rafael Hoteles*, (C-306/05). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=66355&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=371711>.

argumenta que este público es «nuevo», ya que si el hotel no facilitase los equipos para poder visualizar las obras, éstos no podrían acceder a las mismas (aunque estuviesen en zona de cobertura de la emisión). En conclusión, entiende que se está ante un acto de comunicación pública.

Aunque no incide directamente en el razonamiento que lleva a la conclusión expuesta, también es importante mencionar que la sentencia toma en consideración que el hotel obtiene un beneficio (entiendo que indirecto) al ofrecer la posibilidad de ver la televisión a sus clientes, puesto que le otorga mayor categoría y puede exigir un mayor precio a éstos<sup>781</sup>. Por otra parte, el Tribunal concluye que la condición de público o privado de la habitación no tiene repercusión para la consideración de un acto como de comunicación pública<sup>782</sup>.

Posteriormente, en el caso que enfrentaba a la entidad de gestión Società Consortile Fonografici (SCF) y el dentista Marco Del Corso<sup>783</sup>, el Tribunal europeo acabó de perfilar el concepto de público, estableciendo los siguientes parámetros: i) es un número indeterminado de destinatarios potenciales (por tanto, no puede ser un grupo de individuos pertenecientes a un grupo privado, sino que la obra debe estar destinada a «personas en general»); ii) implica un número considerable de personas (es decir, que exista un cierto umbral de *minimis* (por lo que una pluralidad de personas interesadas demasiado pequeña o incluso insignificante no será público)<sup>784</sup>. El número de personas debe determinarse teniendo en cuenta los efectos acumulativos que provoca la puesta a disposición de las obras a los destinatarios potenciales y sin olvidar a las personas que tienen acceso tanto de manera simultánea como sucesiva.

En el caso *SCF* se discutía si los pacientes de una consulta dental son público a los efectos de la comunicación pública y si, en consecuencia, se debe pagar el derecho de remuneración

---

<sup>781</sup> Este criterio acaba cristalizando en el caso *Football Association Premier League* (STJUE de 4 de octubre de 2011, caso *Football Association Premier League* (asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=110361&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=385787>.

<sup>782</sup> Este razonamiento fue asumido, como no podría ser de otra manera, por el Tribunal Supremo, que zanjó esta discusión mediante la sentencia de 16 de abril de 2007 (STS 3246/2007 de 16 de abril de 2007). Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=497808&links=EGFDA%20Y%20hotel&optimize=20070607&publicinterface=true>.

<sup>783</sup> STJUE de 15 de marzo de 2012, caso *Del Corso*, (C-135/10). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=120443&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=372816>.

<sup>784</sup> En el caso de la legislación estadounidense también se reconoce este criterio en el sentido de que cuando el número de personas que acceden a la obra es insignificante no se le causa daño a la explotación de la obra. Es un criterio que ya subyace en la aplicación del *fair use* y que se refleja con carácter expreso en la *Copyright Act* (§110 5 b. Disponible en: <http://copyright.gov/title17/circ92.pdf>).

(aunque el objeto eran obras fonográficas, las consecuencias son también aplicables a la obra audiovisual). La aplicación de este concepto de público hace que el tribunal considere que no se cumple el requisito i) ya que los pacientes de una consulta no son «personas en general» sino que se trata de un grupo reducido quienes necesitan tratamiento. Tampoco se cumple el requisito ii) ya que el número de personas que acuden a una consulta es insignificante. Al tratar este segundo punto, introduce una cuestión interesante al decir que «aunque los pacientes se sucedan, al estar presentes por turnos no son, por lo general, destinatarios de los mismos fonogramas, especialmente en el caso de los radiodifundidos». Por tanto, no sólo basta computar el número de personas sucesivas sino que también es importante, a juicio del Tribunal, que dichas personas coincidan con la obra vista u oída.

Otra cuestión importante de este caso es que considera que «la difusión no reviste carácter lucrativo» (apartado 99) ya que la consulta no será más atractiva ni se podrán subir los precios por la presencia de música<sup>785</sup>. Esto redundando en que, en palabras del Tribunal «se sobreentiende que el público al que se destina la comunicación es, por una parte, el contemplado como objetivo por el usuario y, por otra parte, receptivo, de una forma y otra, a su comunicación, y no “captado” por “azar”» (apartado 91).

Finalmente, en el caso *Phonographic Performance contra Irlanda*<sup>786</sup> el Tribunal acaba formulando claramente los criterios a tener en cuenta para determinar si estamos ante un acto de comunicación pública por parte de un usuario (en el caso, un hotel): i) que el usuario tenga pleno conocimiento de que está dando acceso a sus clientes a una obra protegida a la cual no podrían acceder sin la intervención del usuario; ii) que el destinatario pueda ser definido como «público» a los efectos de la comunicación pública (tal y como acabamos de definir:

---

<sup>785</sup> A continuación se transcribe el razonamiento del tribunal (apartados 97 a 99):

«97. Por último, no cabe negar que, en una situación como la del procedimiento principal, un dentista que difunde fonogramas, como música de fondo, en presencia de sus pacientes, no puede razonablemente esperar un aumento de sus pacientes debido únicamente a esta difusión, ni aumentar los precios de los tratamientos que proporciona. Por consiguiente, tal difusión no puede, por sí sola, repercutir en modo alguno en los ingresos de dicho dentista.

98. En efecto, los pacientes de un dentista acuden a una consulta de odontología con el único objeto de ser atendidos, no siendo inherente a la asistencia odontológica la difusión de fonogramas. Acceden a determinados fonogramas, en función del momento de su llegada al consultorio y de la duración de su espera así como de la naturaleza del tratamiento que se les dispensa, de manera fortuita y con independencia de sus deseos. Por ello no puede presumirse que el conjunto de pacientes de un dentista sea receptivo respecto la difusión de que se trate.

99. Por consiguiente, tal difusión no reviste carácter lucrativo, a diferencia del criterio enunciado en el apartado 90 de la presente sentencia».

<sup>786</sup> STJUE de 15 de marzo de 2012, caso *Phonographic Performance (C-162/10)*. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=120461&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=460218>.

número indeterminado de destinatarios potenciales e integrado por un número considerable de personas) y iii) el carácter lucrativo de la comunicación al público. Estos criterios son, según el Tribunal, «complementarios, de naturaleza no autónoma y dependientes unos de otros. Por consiguiente, procede aplicarlos tanto individualmente como en sus interacciones recíprocas, bien entendido que, en las diferentes situaciones concretas, pueden darse con intensidad muy variable».

En el caso el Tribunal considera que el hotel está llevando un acto de comunicación pública (consolidando la línea de la sentencia SGAE), aunque en esta ocasión también haga referencia a un fonograma, el razonamiento es aplicable, *mutatis mutandi*, a las obras audiovisuales.

Dicha sentencia también se pronuncia sobre si se puede considerar que hay alguna diferencia en el caso de que el hotel, en vez de radio y televisión, ponga a disposición de los clientes «otro equipo y fonogramas en formato físico o digital». El Tribunal no encuentra diferencia alguna entre el caso analizado de la televisión y cualquier otro equipo de comunicación. Creo que esto es muy relevante ya que el matiz entre la televisión o la radio y un equipo digital es la diferencia entre la modalidad recogida en la letra g) («la emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida») y la recién incorporada modalidad de la letra i) («la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija») del artículo 20.2 LPI. Por tanto, el razonamiento del Tribunal nos lleva a concluir, a la luz de la Ley española, que aquellos empresarios que pongan a disposición equipos que permitan la descarga de obras audiovisuales también estarán incluidos en el supuesto del artículo 90.4 LPI.

Es importante puntualizar que la remuneración por el acceso a obras mediante equipos digitales del que estamos hablando implica la gratuidad del acceso. Por tanto, no podríamos incluir en el artículo 90.4 modalidades como las de acceso a obras audiovisuales bajo demanda de pago, es decir, aquellas en las que el usuario paga un precio por ver la obra. Hay voces que entienden que estas modalidades de pago bajo demanda se deben incluir en el apartado 3 del artículo 90. Quienes defienden esta postura entienden que la exigencia del pago de la entrada del artículo 90.3 debe interpretarse en sentido laxo,



incluyendo cualquier pago por acceder a la obra<sup>787</sup>. Discrepo de esta interpretación.

## 2. Remuneración por alquiler

El artículo 90.2 establece el otro derecho de remuneración a favor de los autores de obras audiovisuales. Este derecho tiene su origen en la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, que en su artículo 4 establecía un derecho irrenunciable a una remuneración equitativa para el autor que hubiese cedido su derecho de alquiler al productor. Por tanto, estamos ante una verdadera contraprestación por la cesión realizada. Este derecho, aunque no se diga expresamente, también es intransmisible ya que, por definición, aquello que es irrenunciable no se puede transmitir.

La transposición de este artículo introdujo algunas imprecisiones terminológicas. La primera de ellas es que la norma española adopta la transcripción literal de la Directiva y habla de «transferir o ceder» los derechos<sup>788</sup>. Seguramente lo más adecuado hubiese sido utilizar únicamente el término ceder, en coherencia con el artículo 88 LPI y con la terminología general de la Ley, evitando cualquier mala interpretación que pretenda entender que estamos ante dos figuras jurídicas distintas. La segunda es que se habla de la cesión de los derechos sobre la «grabación audiovisual», siendo lo correcto referirse a la «obra audiovisual» que es la única que genera derechos para el autor siendo el concepto de grabación más amplio, como ya se ha analizado<sup>789</sup>. Por último, también se configura el derecho para la cesión de fonogramas a productores de fonogramas en un título dedicado a las obras audiovisuales.

En este caso, el derecho no se configura como un derecho a una remuneración «proporcional», como el del artículo 90.3 y 4, sino que da lugar a una remuneración «equitativa». Este

---

<sup>787</sup> N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario al artículo 90 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1195.

<sup>788</sup> Seguramente la Directiva empleó ambos términos, cesión y transferencia, para que todos los sistemas legislativos pudiesen verse reflejados en uno u otro término.

<sup>789</sup> La redacción de la Directiva hacía referencia a la cesión de derechos sobre «películas». La Directiva definía en el artículo 2.1 las películas como «la obra cinematográfica o audiovisual o imágenes en movimiento, con o sin acompañamiento de sonido». Quizá el añadido de «imágenes en movimiento» al margen de obra cinematográfica o audiovisual llevó a interpretar que se trataba de las meras grabaciones y se optó por adoptar el término grabación audiovisual, que incluye tanto las obras como las meras grabaciones. Esto tiene sentido al hablar de los derechos de los productores pero no de los derechos de los autores.

concepto, que entiendo que también está alienado con el sistema general del artículo 46 LPI, ha sido definido por la jurisprudencia europea y asumido por el Tribunal Supremo.

El caso *SENA*<sup>790</sup> estableció que una remuneración es equitativa cuando permite alcanzar un equilibrio adecuado entre el interés de los titulares de los derechos a percibir una remuneración por la difusión de la obra y el interés de terceros para poder emitir la obra en condiciones razonables. Para conseguir dicho objetivo manifiesta el Tribunal que se deben utilizar «factores variables y fijos», lo que implica no utilizar un único criterio sino ponderar varios. Como factores, la sentencia menciona los siguientes: «la cantidad de horas de difusión de los fonogramas, los índices de audiencia de las emisoras de radio y de televisión representadas por el organismo de difusión, las tarifas fijadas por contrato en materia de derechos de ejecución y de radiodifusión de obras musicales protegidas por los derechos de autor, las tarifas practicadas por los organismos públicos de radiodifusión en los Estados miembros vecinos del Estado miembro de que se trate y las cantidades pagadas por las emisoras comerciales» (apartado 46). Posteriormente, el Tribunal consolida dicha doctrina en el caso *Lagàrde*<sup>791</sup>, donde manifiesta que, entre otros criterios para la determinación de la remuneración equitativa, hay que atender al «valor de dicha utilización en los intercambios económicos» (apartado 50) añadiendo como elementos para determinar dicho valor «la audiencia real, la audiencia potencial y su versión lingüística» (apartado 51).

El Tribunal Supremo asume expresamente esta doctrina en sus sentencias de 18 de febrero de 2009<sup>792</sup> (Fundamento Jurídico séptimo) y de 7 de abril de 2009<sup>793</sup>, en las que, por primera vez, cuestiona la fijación unilateral de tarifas por parte de las entidades de gestión. Entiendo que la mera existencia de una negociación frustrada no legitima a la entidad para establecer la cantidad de forma unilateral (lo que ya había sido objeto de

---

<sup>790</sup> Este caso enfrentaba a la asociación neerlandesa de radiotelevisión mundial, Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA), con la entidad de gestión Nederlandse Omroep Stichting (NOS) por las remuneraciones que la primera debía pagar a la segunda (STJUE de 6 de febrero de 2003, caso *SENA* (C-245/00). Disponible en:

[http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dda8830dac167c4f7c858ba81126e17f00\\_e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQa3b0?docid=48034&pageIndex=0&doclang=ES&dir=&occ=first&part=1&cid=766953](http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dda8830dac167c4f7c858ba81126e17f00_e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQa3b0?docid=48034&pageIndex=0&doclang=ES&dir=&occ=first&part=1&cid=766953).

<sup>791</sup> STJUE de 14 de julio de 2005, caso *Lagàrde* (C-192/04). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=60584&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=347482>.

<sup>792</sup> STS 1251/2009 de 18 de febrero de 2009. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4504707&links=%22255%2F2009%22&optimize=20090408&publicinterface=true>.

<sup>793</sup> STS 2216/2009 de 7 de abril de 2009. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4544017&links=%22228%2F2009%22&optimize=20090514&publicinterface=true>.

sanción a varias entidades de gestión por parte de las autoridades de la competencia). Por tanto, en caso de que no haya acuerdo, las cuantías deberán ser fijadas con criterios de equidad, entre los que el órgano jurisdiccional utiliza: la comparación con otros acuerdos o tarifas aplicadas en situaciones similares, la utilización real de obras y la magnitud del repertorio de la entidad.

El sujeto obligado al pago en este caso es quien lleva a cabo el alquiler, es decir, los videoclubes. Entiendo que no debería entenderse incluido en este supuesto la modalidad de puesta a disposición de obras audiovisuales [artículo 29.2.i) LPI] bajo demanda de pago ya que no entran en la definición de alquiler de nuestra Ley (artículo 19.3 LPI)<sup>794</sup>.

Del análisis de los derechos de remuneración del artículo 90, apartados 2, 3 y 4, podemos extraer varias conclusiones que se deben analizar desde la perspectiva de la protección de los intereses económicos del autor.

### **3. Conclusiones al sistema de remuneración**

La primera conclusión es que, pese a que el origen de la introducción de estos derechos es diferente, los contemplados en los apartados 2 (alquiler) y 3 (exhibición o proyección con abono de entrada) del artículo 90 se deben entender, de forma clara, como una contraprestación por la cesión de los derechos del autor al productor. Creo que el legislador (español y europeo) ha optado por sustituir la voluntad de las partes e imponerles una forma de remuneración que presume más beneficiosa para el autor en estas modalidades. Seguramente ha guiado al legislador la mayor facilidad de control sobre los exhibidores y videoclubes que la confianza en que las relaciones contractuales funcionen correcta y eficientemente. Facultar legalmente a un tercero profesionalizado (como son las entidades de gestión) para que puedan acudir directamente al eslabón de la cadena que recauda el dinero, aunque no sea parte contractual del contrato de producción o transformación es, desde luego, la mejor forma de garantizar la remuneración. También es cierto que puede reducir ciertos costes de transacción al productor y al autor.

---

<sup>794</sup> Artículo 19:

«3. Se entiende por alquiler la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto. Quedan excluidas del concepto de alquiler la puesta a disposición con fines de exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, incluso de fragmentos de unos y otras, y la que se realice para consulta *in situ*».

Además, dicho sistema se encuentra blindado por el legislador ya que no permite a las partes la elección de otro. Son dos los elementos que blindan el sistema: i) por una parte, la gestión obligatoria por parte de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y, ii) por otra, la irrenunciabilidad de los derechos.

La gestión obligatoria tiene la ventaja, como hemos apuntado, de que disminuye los costes de transacción. La entidad de gestión se encuentra legitimada, *ope legis*, para reclamar las cantidades, por lo que los exhibidores o videoclubes no deben invertir tiempo o medios para averiguar si ésta puede exigirles el pago y, además, tendrán la seguridad de realizar el pago a la persona indicada. Además, la existencia de un único recaudador agiliza las transacciones y dota de transparencia al mercado (nos ceñimos al aspecto de la recaudación ya que la comercialización del repertorio no es una variable que afecte en este análisis). Desde el punto de vista del autor, tiene la ventaja de que no debe preocuparse por la recaudación de sus derechos más allá de contactar con la entidad de gestión.

Sin embargo, volviendo a los intereses del autor, la gestión obligatoria conlleva que los autores no puedan designar otro tipo de representante para llevar a cabo esa función garantizando un monopolio a dichas entidades. Además, pese a que la concepción del legislador era otra, la realidad en España es que se ha constituido un monopolio por cada tipo de derecho, consagrando siete monopolios (salvo la excepción de SGAE y DAMA). Esto implica que no exista competencia entre entidades ni en servicios ni en repertorio que pueda favorecer a los autores, en el primer caso, ni a los adquirentes de derechos (aunque insisto que el repertorio no es objeto de análisis en este apartado). Pese a que no afecte directamente al autor, el exhibidor o videoclub están condenados a entenderse con la entidad, que se encuentra en una posición de dominio para el establecimiento del porcentaje de remuneración o de tarifas donde es fácil caer en el abuso (existiendo numerosos expedientes al respecto)<sup>795</sup>, que comporta una disfunción en el

---

<sup>795</sup> Cito las principales resoluciones, recogidas en el INFORME SOBRE LA GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL:

Resolución del TDC, de 14 de diciembre de 1998, sobre el Expediente 430/98, Onda Ramblas/AGEDI. El motivo del expediente fue una denuncia de Onda Ramblas a AGEDI por fijación de tarifas inequitativas y discriminatorias. No obstante, el TDC no sancionó a AGEDI.

Resolución del TDC, de 27 de julio de 2000, sobre el Expediente 465/99 de propiedad intelectual Audiovisual. El TDC sancionó a EGEDA, AISGE y AIE por fijación de tarifas inequitativas a los hoteles.

Resolución del TDC, de 25 de enero de 2002, sobre el Expediente 511/01 Vale Music/SGAE. El TDC sancionó a SGAE por fijación de tarifas discriminatorias a Vale Music, frente a otras productoras de discos integradas en una asociación.

Resolución del TDC, de 13 de julio de 2006, sobre el Expediente 593/05 Televisión. El motivo del expediente fue una denuncia a AGEDI por fijación de tarifas inequitativas y discriminatorias. En esta resolución, el TDC sancionó a AGEDI por fijación de tarifas discriminatorias a A-3 y T-5 frente a TVE.

mercado que puede traducirse en menor inversión. Hemos constatado que las autoridades judiciales y de la competencia supervisan estos aspectos, pero quizá las resoluciones llegan tarde y no todos los agentes del mercado se pueden permitir litigios que duren largos años.

Si bien entiendo que, en determinado momento histórico, se pudiese optar por un modelo de gestión obligatoria para que culturalmente se entendiese la necesidad de la remuneración y ésta fuese efectiva, creo que la realidad actual del mercado permite abandonar ese modelo. Todos los agentes implicados (exhibidores, videoclubes –aunque estos últimos están disminuyendo de manera considerable-, establecimientos y, evidentemente, autores) son conscientes de la necesidad de remunerar por la utilización de derechos de propiedad intelectual y son capaces de gestionar sus propios intereses. Por tanto, creo que sería el momento de devolver a las partes su capacidad de decisión y que pudiesen optar por el sistema de remuneración que les resulte más conveniente. Creo que sería perfectamente viable un sistema en el que productor se entienda con los distribuidores (como el editor se entiende con sus distribuidores), sin implicar al autor.

En este entorno de autonomía de la voluntad también cabría establecer sistemas en los que el exhibidor fuese el depositario de los ingresos. En el actual sistema creo que se ha traspasado artificialmente la obligación de pago del obligado natural (productor) a un obligado de conveniencia (exhibidor o videoclub).

También cabría en este marco que el autor pudiese designar el representante que más de adecúe a sus intereses (no necesariamente una entidad de gestión, aunque también podría serlo).

En cuanto a las obligaciones de información, se deberían mantener, aunque tendrían que recaer sobre el productor, quien debería informar al autor o su representante de la evolución de la película, sin perjuicio de los datos que pueda solicitar el Gobierno (al margen de las obligaciones de la propiedad intelectual) para mayor conocimiento del sector, que

---

Resolución de la CNC, de 9 de diciembre de 2008, sobre el Expediente 636/07, Fonogramas. En esta resolución, la CNC sancionó a AGEDI y AIE por fijación de tarifas discriminatorias a Sogecable frente a TVE y ONO.

Resolución de la CNC, de 23 de julio de 2009, sobre el Expediente 651/08, AIE/T5. En esta resolución, la CNC sancionó a AIE por haber exigido unas tarifas inequitativas y discriminatorias a Telecinco.

CNC, *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*, p. 6. Disponible en: <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2010/ENERO/19/competencia.pdf>.

sin duda serán un buen complemento para que el autor pueda contrastar los datos que proporciona el productor.

El segundo elemento que blindo el sistema es la irrenunciabilidad del derecho, que conlleva la intransmisibilidad *inter vivos*. Maticemos que la irrenunciabilidad se predica del derecho, no de las cantidades devengadas, que sí pueden ser objeto de renuncia<sup>796</sup>.

El motivo de que el derecho sea irrenunciable, bajo la filosofía de proteger al autor de nuestra legislación, es clara. Con esta medida se pretende proteger al autor, al que se le presupone una menor capacidad negociadora, frente al productor. Creo que ya no cabe tener una visión unívoca del autor, como parte débil de la relación, sino que la realidad nos muestra autores con circunstancias muy diferentes, no existiendo una única medida que proteja los intereses de todos. Creo que si devolvemos la remuneración a su origen, es decir, a la relación contractual entre productor y autor, que por definición es proporcional, no hay mayor riesgo para el autor que en otros contratos como el de edición. La cuestión será determinar el porcentaje de remuneración que debe aplicarse a los ingresos para la remuneración del autor (que ya se hace contractualmente para otras modalidades de explotación de la obra sin que se considere un riesgo).

Pensemos que en la actualidad existen distintas formas de creación y distintas motivaciones para crear. Consagrando un modelo como éste impedimos, por ejemplo, que un autor pueda trabajar por simple amor al arte, para darse a conocer o con un objetivo altruista (como denunciar una injusticia o provocar un debate social), ya que éste no podrá renunciar a la remuneración. Se puede llegar al ridículo de que un autor cree una obra por alguna de estas motivaciones y que, finalmente, una entidad de gestión de la que no es socio acabe recaudando dinero en su nombre e impidiendo una mayor difusión de la obra. Ésta es una cuestión que debería dejarse a las partes. Creo que el riesgo de abuso por parte del editor es hoy menor que en otras ocasiones y no más grave que en otros sectores (incluso menores por la remuneración proporcional). Los mecanismos generales ya existentes para protegerse de dichos

---

<sup>796</sup> MARTÍN SALAMANCA entiende que estamos ante una renuncia impropia en el sentido de que el derecho de remuneración nace con la efectiva puesta a disposición de la obra y al margen de la voluntad de las partes, por lo que la Ley impide que el autor se excluya voluntariamente «del ámbito de aplicación del derecho a percibir una remuneración, que deriva de la explotación de alguna o todas sus obras audiovisuales, mediante comunicación pública de las mismas». Eso significa que, una vez nacido el derecho, éste es renunciabile (S. MARTÍN SALAMANCA, *Remuneración del autor y comunicación pública*, pp. 360-362).

abusos son suficientes y no se justifica la irrenunciabilidad de los derechos.

Por lo que hace referencia al derecho de remuneración del artículo 90.4 LPI, creo que hay una diferencia sustancial con lo que acabamos de ver. En estos casos no hay una relación directa entre el productor y quien está obligado al pago<sup>797</sup> (por ejemplo un hotel). El hotel no suscribe ningún tipo de contrato para adquirir los derechos sobre las obras que utiliza (salvo, en su caso, la licencia con la entidad de gestión). En la mayoría de los casos es indeterminable qué obras son objeto de uso (pensemos en las televisiones de las habitaciones o en un bar). Sería ridículo y antieconómico, al menos en el entorno analógico, exigir un control a un hotel sobre lo que ven sus clientes por televisión.

Nos podríamos plantear si este uso que se hace de la obra requiere de un segundo pago (por ejemplo por parte del hotel), además del que ya se ha hecho en origen (por ejemplo por el radiodifusor). Hemos visto que el elemento del impacto económico ha cobrado importancia a medida que ha ido siendo tratado por la jurisprudencia. La inclusión del criterio de si se trata de «nuevo público» precisamente es lo que justifica ese cobro. Este argumento no me parece excesivamente sólido puesto que la audiencia a la que se destina una obra audiovisual es variable y poco precisa. Parece que este argumento parte de la base de que el difusor de la obra ha realizado un cálculo tan exacto de los receptores como para dejar fuera a los huéspedes de un hotel, lo que me parece poco probable. Sin embargo, me parece más sólido el argumento conforme el uso de las obras audiovisuales por parte de un hotel puede incrementar la clientela, los precios o ambos. Realmente ahí hay un beneficio para el usuario que sí que puede llegar a justificar que tenga lugar una nueva remuneración.

La digitalización nos abre una posibilidad para que podamos conocer el uso exacto de las obras que llevan a cabo los usuarios. Entiendo que siempre que se respete la normativa de datos de carácter personal, se debe tender a un modelo en el que se retribuya en función del uso, huyendo de tarifas generales cuyo posterior reparto entre los autores es difícil de concretar. Hasta poder identificar de manera sencilla y poco

---

<sup>797</sup> Parte de la doctrina entiende que esta característica es la propia de los derechos de remuneración, excluyendo de tal categoría los derechos contemplados en los apartados 2 y 3 del artículo 90, que son contraprestación directa de la cesión hecha por el autor [S. MARTÍN SALAMANCA, «Comentario al artículo 90 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 516].

costosa el uso real de los repertorios, lo más aconsejable parece que es la gestión a través de una «ventanilla única», aunque eso no significa que la deba realizar una entidad de gestión.

En cuanto a la irrenunciabilidad, hemos dicho que se puede renunciar a las cantidades. También se plantea el problema de que el cobro de una tarifa por parte de la entidad de gestión no variará en función de si hay renunciaciones o no. En este caso, la renuncia por parte del autor no evitará la recaudación pero sí que el dinero que le corresponda acabará en otro bolsillo.

Por tanto, en el caso de los derechos de remuneración previstos en el artículo 90.2 y 3 sería partidario de devolverlos al ámbito contractual de la autonomía de la voluntad entre el productor y el autor, eliminando la irrenunciabilidad y la gestión colectiva. En cuanto al derecho de remuneración previsto en el artículo 90.4 creo que se debe trabajar en avanzar hacia un escenario de retribuir por el uso efectivo del repertorio.

### 3. Otras ventanas de explotación para el autor: el derecho de transformación

Ya ha sido comentado desde el punto de vista del productor, pero no puede dejar de hacerse una breve referencia a la cuestión del derecho de transformación desde la perspectiva del autor, remitiéndome para el resto a lo ya comentado.

Como es sabido, la presunción de cesión del artículo 88.1 LPI deja en manos de los autores el derecho de transformación (artículo 21 LPI) salvo por lo que al doblaje y los subtítulos se refiere. Este derecho permite la explotación de la obra al margen del productor, por ejemplo a través de la organización de una representación teatral. Son muchos los ejemplos de obras audiovisuales que han acabado en el teatro (por ejemplo, la película de Stephen Daltry *Billy Elliot* se ha representado en Londres, igual que *El Graduado*, filme que a su vez se basó en una novela de Charles Webb, *Balas sobre Broadway* de Woody Allen, o la española *Todo sobre mi madre*). Esto supone una nueva fuente de ingresos para los autores.

De esta manera los autores tienen en su mano confiar en el empresario teatral que consideren adecuado para llevar a cabo la representación con éxito, suscribiendo el correspondiente contrato de representación teatral y ejecución musical. Nada obsta que pueda ser el mismo productor, pero no hay razón



alguna para entender que puede desempeñar ese papel mejor que otro empresario teatral, por lo que es lógico que se deje a la autonomía de las partes este aspecto, quedando el derecho de transformación excluido del contrato de producción audiovisual.

#### 4. El derecho moral: destrucción del soporte original

Se ha podido observar al analizar la protección de los intereses del productor que el derecho moral de los coautores de la obra audiovisual se ve moldeado para proteger la inversión del productor y su puesta en el mercado. La primera cuestión relevante es que el derecho moral tiene dos objetos: la obra audiovisual y las aportaciones de cada autor.

El establecimiento de la versión definitiva (artículo 92) por parte de productor y director conlleva el nacimiento de la obra audiovisual. Al determinar qué se entenderá por obra audiovisual se está determinando, indirectamente, que aquellas aportaciones que no son consideradas directamente obra audiovisual pueden ser obras individuales de cada autor si cumplen con los requisitos exigidos por la Ley. Por tanto, los autores de la obra audiovisual podrán ejercer los derechos morales sobre la obra audiovisual (incluyendo las aportaciones individuales que conforman la misma) y cada autor podrá ejercer el derecho sobre la aportación que no haya sido incorporada a la obra audiovisual.

Centrándonos en la obra audiovisual, ya se ha analizado cómo el derecho de divulgación de los autores se ve reconfigurado de manera que los guionistas y compositores lo ejercen de manera tácita sobre sus aportaciones<sup>798</sup>, incluso aunque éstas sean incompletas (artículo 91 LPI). En ambos casos, el productor podrá utilizarlas para configurar la obra audiovisual. Por otra parte, la Ley hace recaer el peso de la última decisión sobre la obra en el director, quien debe pactar la versión definitiva de la misma con el productor. La versión acordada entre ambos será la que se divulgue<sup>799</sup>.

También se ha analizado el régimen específico del derecho de integridad (14.4 LPI) y el de modificación (14.5 LPI) que altera el régimen general de la obra en colaboración (7 LPI). Se

---

<sup>798</sup> Se ha expuesto cómo parte de la doctrina entiende que la firma del contrato de producción audiovisual por parte de un autor supone la aceptación tácita de la divulgación de su obra. En mi opinión, no obstante, el momento de aceptación tácita no creo que sea el momento de la firma del contrato sino el momento de la entrega de la aportación (aunque sea incompleta).

<sup>799</sup> Se plantean dudas sobre si los autores pueden, fundamentándose en el derecho de divulgación, oponerse a la forma de estreno de la obra.

introduce la figura del productor como necesaria para realizar la modificación, relegando a un segundo plano al guionista y compositor en favor del director. Los autores deberán soportar ciertas modificaciones a su obra, derivada de la explotación de la misma, siempre que la misma no cause un perjuicio o menoscabo al autor.

Nada se dice en relación con el derecho de paternidad, por lo que se deberá reconocer el nombre de los autores de la obra audiovisual. Cuestión polémica es si los nombres deben también constar en la publicidad de la obra (como obliga el artículo 85 del Reglamento de 1880 para la obra teatral). Si bien es un aspecto que seguramente constará en el contrato, la solución no es clara en el caso de que nada se haya establecido entre las partes. La doctrina se divide entre atender a los usos del sector en relación con el artículo 48, párrafo segundo, o aplicar analógicamente el artículo 85 del Reglamento y reconocer la necesidad de que figuren los nombres de los autores<sup>800</sup>. En mi opinión, dado que la obra audiovisual necesita una mayor adaptación al mercado por sus peculiares características, entiendo que es más prudente aplicar los usos del sector para el caso de que nada se diga en el contrato.

Tampoco se menciona el derecho de retirada, que si bien en el plano teórico es posible, en el plano práctico se hace prácticamente insalvable. En primer lugar, la retirada de una determinada aportación afecta a la de los demás coautores (no digamos si es el propio director). Dado que el artículo 16.6º LPI establece la obligación de indemnizar a los titulares de los derechos<sup>801</sup>, las cuantías que debiera satisfacer el autor para llevar a cabo la retirada, teniendo en cuenta tanto la inversión como las múltiples ventanas de explotación de una obra, hacen difícilmente imaginable el ejercicio de este derecho.

## 1. Preservación del original

Por último, la Ley establece en el ámbito del derecho moral (artículo 93.2 LPI) la prohibición expresa de destruir el soporte original de la obra audiovisual. Esta norma tiene su raíz en la legislación francesa, donde apareció en 1985<sup>802</sup>, motivada por

---

<sup>800</sup> N. PÉREZ DE CASTRO, «Comentario a los artículos 91 a 93 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 1210. GONZÁLEZ GOZALO dice lo contrario en *La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual*, p. 343.

<sup>801</sup> Entiendo que aunque la Ley mencione expresamente a los titulares de los derechos, entiendo que cualquier perjudicado también podría solicitar indemnización por daños y perjuicios amparándose en el régimen general de daños.

<sup>802</sup> Actualmente la redacción se mantiene en el segundo párrafo del artículo 121-5: «*Il est interdit de détruire la matrice de cette version*».

la desaparición de una enorme cantidad de obras anteriores a la guerra. Sin embargo, en nuestro Derecho esta norma se vincula con el derecho al acceso a un ejemplar único o raro de la obra del artículo 14.7º LPI. Preservar el original es la forma de garantizar que siempre existirá un «ejemplar único» sobre el que ejercer el derecho en el caso de que desaparezcan las copias. Entiendo que este supuesto es un tanto extremo, como el que motivó la inclusión de esta normativa en Francia. Será más habitual que, si existen copias, se pueda ejercer el derecho de acceso considerando al original un «ejemplar raro».

En todo caso, el ejercicio de este derecho se deberá ejercer cuando el original esté en poder de un tercero (presumiblemente el productor) y el acceso se fundamente en el ejercicio de un derecho. Se deberán respetar los límites establecidos en el artículo 14.7º, segundo párrafo, de la Ley.

CASAS VALLÉS introduce un matiz interesante, ya que considera que preservar el original también implica preservar el formato original en el que fue concebido<sup>803</sup> (por ejemplo, en *cinemascope*). Entiendo que indirectamente también se está preservando el derecho de integridad.

Este precepto pretende proteger los derechos de los autores, que contarán siempre con un ejemplar al que recurrir en caso de necesitarlo. Creo que es una norma destinada expresamente para el productor, que normalmente será el depositario del original. Al no asociarse ningún tipo de consecuencia aplicable a quien destruya o permita la destrucción del original se deberá estar a la indemnización por daños que corresponda.

Indirectamente se está protegiendo el acervo cultural al procurar la preservación de la obra, aunque no tiene en este caso relación con el acceso del público a la misma. Sin embargo, creo que este efecto indirecto trasciende al objeto de la Ley de Propiedad Intelectual ya que la forma más lógica de preservar la cultura es mediante el depósito que regula la Ley 23/2011, de 29 de julio, de depósito legal que introduce, aunque creo que tímidamente, la obligación de depósito de documentos audiovisuales y, en concreto, «copia nueva de los documentos íntegros, en versión original, de toda película cinematográfica, documental o de ficción, realizada por un productor con domicilio, residencia o establecimiento permanente en el territorio español y un ejemplar del material

---

<sup>803</sup> R. CASAS VALLÉS, «Comentarios a los arts. 91 a 93 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, p. 206.

publicitario correspondiente» [artículo 4.3.o)]. En este caso, basta con una copia, no es necesario el original.

Este precepto, que es adecuado para los intereses de los autores, creo que debe ser reformulado en el entorno digital, donde la diferencia entre original y copia pierde su sentido. Si bien la obligación tiene sentido (y lo seguirá teniendo en un futuro) para las obras en formato analógico, quizá sería más adecuado establecer la obligación genérica de conservar una copia íntegra de la versión definitiva.

### **C. Medidas de equilibrio de los intereses del autor y del empresario**

Para las otras dos industrias estudiadas anteriormente hemos reservado un apartado para aquellas medidas que entendía que buscaban un equilibrio entre los intereses del autor y del empresario en beneficio del sistema de explotación de los derechos. Me ha parecido ilustrativo presentar estas medidas al margen de las del autor y del empresario para dejar constancia de este aspecto.

Sin embargo, como ya se ha venido comentando, a medida que la inversión del empresario es mayor, van cediendo los intereses menos comerciales. Por un lado, se ha visto cómo la figura del productor y la protección de sus intereses ha ido creciendo, debilitando ciertas prerrogativas de los intereses morales de los autores. Por otra, también han mermado las medidas que veníamos calificando como de protección del público como representante del interés general.

En este apartado no existe ninguna medida que podamos incluir en este punto. La que más se aproxima es la medida que pretende preservar el original de la obra (artículo 93.2 LPI). Al ser una medida instrumental que pretende el ejercicio del acceso a un ejemplar raro (14.7º LPI), he creído más conveniente clasificarla en el apartado dedicado al autor.

En todo caso, dedicar un apartado a comentar que el regulador pierde intensidad en cuanto a la protección del sistema en sí mismo, también me parece una conclusión válida.

# **CAPÍTULO V: EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE AUTORES Y EMPRESARIOS**

## **I. INTRODUCCIÓN**

En los capítulos precedentes se ha analizado la estructura de mercado de las industrias editorial, musical y audiovisual, así como los contratos previstos por la Ley de Propiedad Intelectual para encauzar las relaciones entre los autores y los empresarios, con especial interés en las formas de protección de los intereses de uno y otro.

Del análisis realizado, se pueden extraer determinados cambios, comunes a todas las industrias, que afectan a las relaciones entre el autor y el empresario y, por ende, a sus intereses. La enumeración sintética de los mismos sería la siguiente:

- Menores costes de producción debido a las tecnologías digitales.
- Mejora de los sistemas de control y transparencia por la mayor utilización del *software*.
- Tendencia a modelos de pago de cuotas o paquetes para el acceso a un amplio repertorio de obras junto al modelo tradicional de pago por ejemplar.
- Diferentes perfiles de autores que comportan diferentes motivaciones para crear, lo que se traduce en diferentes modelos de distribución de las obras, algunos de ellos gratuitos.
- Aparición de nuevos actores en el mercado que crean nuevos canales de comercialización de las obras, desplazando a los actores tradicionales.
- Tendencia a la convergencia de las obras, difuminándose los límites legales que establecen las diferencias entre las mismas.
- Acceso de los usuarios a través de múltiples y diferentes dispositivos, debiendo adaptarse la obra a los dispositivos y circunstancias.

- Mayor difusión de las obras a través de las redes, existiendo una tendencia a compartir las obras entre los usuarios.
- La tecnología digital permite al usuario modificar obras y convertirse, en parte, en creador (a este tipo de consumidor-creador se le ha denominado *prosumer* o *prosumidor*)<sup>804</sup>.

Todos estos cambios nos deben llevar a realizar una reflexión más profunda sobre nuestro modelo legislativo. En el primer capítulo establecíamos que el sistema de protección de la propiedad intelectual se puede justificar tanto desde la perspectiva de la justicia como desde la perspectiva de la utilidad. Pese a que el Derecho europeo continental se enmarca en la tradición de la primera justificación y el derecho anglosajón en la segunda, se ha constatado que ambas justificaciones pueden convivir bajo una misma legislación, seguramente con diferentes intensidades. Lo que es cierto, es que el sistema de protección, se justifique como se justifique, produce un efecto sobre la creación, incentivándolo o desincentivándolo, razón por la cual se ha dedicado en el capítulo primero un epígrafe a exponer cómo esto sucede según los que defienden una postura utilitarista, mediante el análisis económico del Derecho.

Como se ha intentado poner de manifiesto a lo largo de este trabajo, ese incentivo sobre la creación tiene también un efecto sobre el interés general. Si se incentiva la creación y se consigue introducir más obras en el mercado, el acervo cultural disponible para la sociedad será mayor.

A la vista de los cambios enumerados, creo que es momento de preguntarnos, más allá de las soluciones concretas que se han ido aportando a los problemas concretos a lo largo de este trabajo, por el propio sistema de protección y si éste responde a la protección de los intereses del autor y del empresario.

## **II. ¿ES NECESARIO UN SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DEL AUTOR Y DEL EMPRESARIO?**

Como decíamos al principio de este estudio, partimos de la base de que el sistema de protección consistente en la propiedad intelectual es una creación artificial: ante el problema de la inmaterialidad de la creación, que no es protegible con los instrumentos tradicionales del

---

<sup>804</sup> *Prosumer* es un término creado por TOFFLER para designar esa doble condición de productor-consumidor (J. ROWAN, R. MARTÍNEZ y ZEMOS98, «Industrias culturales, industrias creativas y fugas del modelo dominante», en *La tragedia del copyright. Bien común, propiedad intelectual y Crisis de la Industria Cultural*», p. 126).

mundo físico, se ha recurrido a una creación artificial en el campo del Derecho como es el establecimiento de un derecho de exclusividad sobre la creación intelectual, que cuenta con un sistema coercitivo ante posibles vulneraciones de esa exclusividad. Esta forma de protección se ha ido imponiendo como la más idónea, desde su nacimiento, extendiéndose a prácticamente todos los países del mundo. Se predica de este sistema la virtud de proteger los intereses económicos del creador y del empresario (ya sea por otorgar el derecho de exclusiva al autor por su creación o por disponer el empresario de un derecho de exclusiva en forma de derecho conexo). La titularidad de un derecho de exclusiva supone que la inversión que realiza el titular (creador o empresario) se verá premiada con un periodo en el que el titular, al explotar la obra con exclusión de la competencia, percibirá la suficiente remuneración como para amortizar la inversión y obtener algo de beneficio. Por otra parte, los intereses morales del creador se ven protegidos por el mismo sistema de protección, pudiendo el autor oponerse a cualquier vulneración de los intereses morales reconocidos por la Ley.

Los cambios descritos en este trabajo nos llevan a concluir que seguramente estamos en un momento histórico en el que las tecnologías permiten una difusión como no se había conocido nunca, haciendo accesible la cultura en cualquier rincón del mundo<sup>805</sup>. No es la primera vez que la humanidad se enfrenta a un cambio como éste. Aunque sea prácticamente un mantra el comparar la invención de la imprenta con la digitalización, creo que es realmente comparable. Se pueden dar algunos datos demostrativos de la revolución que supone la imprenta: en el siglo xv las tiradas de libros eran inferiores a 250 y casi nunca alcanzaban los mil. En contraposición a estas cifras, las imprentas anteriores al 1500 editaron más de 30.000 ejemplares<sup>806</sup>, lo que es verdaderamente una revolución. También fue una revolución que ayudó a la expansión de la cultura la idea de lanzar una colección a seis peniques en 1935 denominada Penguin Books, con voces autorizadas en contra como la de George Orwell<sup>807</sup>. Como expresa gráficamente EISENSTEIN, «hasta el surgimiento reciente de las computadoras, ¿hubo algún otro invento que ahorrara tantas horas/hombre a los eruditos?»<sup>808</sup>.

Todo ello nos debe llevar a formularnos la pregunta que encabeza este epígrafe: ¿sigue siendo eficiente el sistema de derechos de exclusiva para proteger los intereses del autor y del empresario?

---

<sup>805</sup> Incluso experiencias como la de la Fundación Worldreader demuestran que las tecnologías hacen accesible la cultura allí donde no llega el papel. Dicha fundación ha hecho accesibles, mediante *e-readers* y apps, millones de libros a poblaciones en África donde es inviable disponer de los mismos en formato papel.

<sup>806</sup> Otro dato curioso es que para elaborar una biblia de 30 por 40 centímetros antes de la imprenta se necesitaba la piel de más de doscientas ovejas (A. MANGUEL, *Una historia de la lectura*, pp. 250 y 253).

<sup>807</sup> A. MANGUEL, *Una historia de la lectura*, p. 269.

<sup>808</sup> E. EISENSTEIN, *La imprenta como agente de cambio. Comunicación y transformaciones culturales en la Europa moderna temprana*, p. 493.

Ciertas corrientes de pensamiento entienden que, con los cambios ocurridos en las industrias culturales y creativas (especialmente con la aparición de la digitalización) la protección del autor y de los empresarios ha ido demasiado lejos o, incluso, entienden que no es necesaria. Aunque ésta pueda parecer una posición radical, creo que no debemos caer en el dogmatismo, asumiendo la existencia de un sistema de protección de los derechos de autor como una verdad revelada e incuestionable ya que nos puede suceder, como expone ingeniosamente GEORGE<sup>809</sup>, lo mismo que al monarca en *El traje nuevo del Emperador* de ANDERSEN: que a base de oír que estaba vestido acabó creyéndoselo.

Quizá quienes ponen en duda de manera más explícita la bondad de la existencia de un sistema de protección a través de derechos de exclusiva sean BOLDRIN y LEVINE<sup>810</sup>. Estos autores parten de la base de que el monopolio sobre su obra permite al autor o empresario monopolista apropiarse de parte del excedente social. Ya hemos dicho que esta ganancia es la que le permitirá recuperar la inversión y obtener beneficio. Sin embargo, ponen en cuestión la porción del excedente que se apropia el monopolista, entendiendo que el actual sistema permite una apropiación desproporcionada. Entienden que, en caso de ausencia de monopolio, cualquier innovador que introduzca su creación en el mercado obtendrá un retorno suficiente para recuperar la inversión y obtener ganancias, simplemente por ser el primero (*first mover*), tal y como ya postulaba Adam SMITH. Es cierto que otros podrán copiar libremente la obra que haya creado el autor y que eso implicará una menor ganancia para éste, puesto que no tendrá la condición de monopolista. Dicha menor ganancia del monopolista se verá compensada, en términos globales, por el beneficio social de reducir los costes y difundir la obra (acorde con la teoría de la utilidad social). En otras palabras, BOLDRIN y LEVINE creen que la normativa escora en exceso la balanza a favor de los intereses de autores y empresarios, debiendo corregirse esta situación a favor del público.

Esta teoría se fundamenta en la premisa de que el innovador recuperará todos los costes de producción de la obra y que, además, obtendrá cierto beneficio (inferior, no obstante, al que proporciona el sistema actual de propiedad intelectual). Según estos autores, el beneficio que obtiene el creador es suficiente para mantener el incentivo de creación salvo en los casos en los que la producción mínima para cubrir los costes fijos no pueda ser absorbida por el

---

<sup>809</sup> A. GEORGE, *Constructing intellectual property*, pp. 2-14.

<sup>810</sup> M. BOLDRIN y D. LEVINE, *Against intellectual monopoly*, pp. 125-129. Aunque con distinto fundamento, J. SMIERS, *Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*, p. 111. Este último insiste especialmente en que el sistema de propiedad intelectual beneficia no a los autores y artistas sino a los inversores, es decir, a los empresarios. SMIERS profundiza y amplía estos argumentos en su obra posterior (J. SMIERS y M. VAN SCHIJNDEL, *Imagine... No copyright*, pp. 451-446).



mercado (la denominada «indivisibilidad»). Por tanto, la pregunta que nos debemos plantear para juzgar la corrección de este planteamiento es: ¿los bienes inmateriales están afectados por la indivisibilidad?

Éste es un asunto más empírico que teórico, pero podemos presumir determinadas realidades. En primer lugar, debemos diferenciar entre i) lo que sería una imitación de un modelo de negocio o producto y ii) la actividad consistente en copiar un producto exactamente igual. En el primer caso se requiere una cierta inversión del imitador que sí puede tener, ciertamente, el efecto de mejorar los servicios y precios (por ejemplo copiar un determinado modelo de restauración o incluso una obra de teatro). En el segundo caso, que es el que afecta más directamente a la propiedad intelectual, el esfuerzo inversor del copista (básicamente los equipos para poder realizar copias) es mucho menor que el del imitador. Además, si comparamos este esfuerzo inversor del copista con el del autor y del empresario que produce el bien inmaterial (en especial en obras audiovisuales y musicales), podemos concluir que los recursos que aportan el autor y el empresario son considerablemente más altos que los que aporta el copista.

En segundo lugar, el coste de hacer una copia de la obra es muy bajo (tendiendo a ser un coste marginal constante), en especial en el entorno digital y, además, la copia se realiza de manera inmediata y con la misma calidad del original. Por tanto, el copista tiene un bajo coste inicial para poner la actividad en marcha y un bajo coste por unidad copia<sup>811</sup>.

Estas dos observaciones justifican que quepa dudar de la teoría de BOLDRIN y LEVINE en el caso de que la imitación, como la de la propiedad intelectual, consista en una simple copia mecánica de obras originales. Puede, pues, que el autor y el empresario no consigan recuperar la inversión tal y como plantean estos autores<sup>812</sup>. Por tanto, entiendo que la eliminación del sistema de protección de la propiedad intelectual es inviable en la actualidad para proteger adecuadamente los intereses autorales, empresariales y de acceso a la cultura.

Lo que sí que recojo de la teoría de BOLDRIN y LEVINE es que quizá sea cierto que la legislación actual, aplicable al caso español, puede que permita al autor y al empresario una apropiación excesiva del

---

<sup>811</sup> No hay que olvidar que el precio del producto original es un factor relevante puesto que precios elevados generan una mayor oportunidad de negocio para los imitadores. Si los precios son razonables, el incentivo a copiar es menor.

<sup>812</sup> Con este razonamiento, no pongo en cuestión el valor social de la imitación, que en un mercado libre es la regla general (salvo por los actos de competencia desleal): muchas de las grandes obras de la literatura, de la música y del cine, han sido imitaciones de otras (aunque el eufemismo más utilizado es «inspiradas»).

excedente social. No es, por tanto, una cuestión de si debe existir un sistema de propiedad intelectual, sino de cómo debe ser y con qué intensidad debe proteger los intereses de autor y empresario.

### **III. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: INTERESES DEL AUTOR, DEL EMPRESARIO Y DEL PÚBLICO**

Si admitimos la necesidad de un sistema de protección para las creaciones intelectuales y que éste se estructura en torno a un derecho de exclusiva a favor del creador o del empresario, nos deberíamos plantear si dichos derechos deben limitarse y por qué razón. Cualquier limitación afectará a la explotación de la obra, pero nos interesa únicamente el impacto que puede tener en la relación entre autor y empresario, objeto de este trabajo.

A lo largo de este estudio se ha puesto especial énfasis en identificar medidas que supusiesen un equilibrio entre los intereses del autor y del empresario, con desigual resultado. La intención de poner de manifiesto dichas medidas no es otra que la de llamar la atención sobre el hecho de que esas medidas tienen como efecto (indirecto, si se quiere) el buen funcionamiento del sistema de producción e introducción de obras en el mercado. Sostengo que desde el punto de vista de política legislativa debería ser relevante que el sistema de protección de la propiedad intelectual tuviese como resultado la innovación, en términos de aumentar el acervo cultural y, por ende, el acceso a la cultura. Como hemos visto, no es descartable que nuestra legislación admita una interpretación utilitarista junto a las más próximas a la justicia. Ahora analizaremos la relevancia de este extremo y su impacto sobre las relaciones entre autor y empresario.

#### **A. El interés del público: el acceso a la cultura**

##### **1. ¿Por qué es importante el acceso a la cultura?**

Es bien sabido que la creación de hoy es el fruto del acervo intelectual que hemos recogido del pasado. Podríamos afirmar que la cultura genera cultura, de ahí que sea tan importante que los creadores del presente puedan acceder a las creaciones ya existentes. Eso es lo que se pretende simbolizar con la defensa del «acceso a la cultura»<sup>813</sup>. Hay que matizar que al hablar de autor y

---

<sup>813</sup> La Real Academia Española de la Lengua nos ofrece dos definiciones de cultura. En primer lugar define la cultura como «Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico». En segundo lugar, como «Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.». Entiendo que ambos significados son

empresario nos estamos refiriendo a los autores y empresarios de obras ya existentes. Al referirnos al público estamos incluyendo a los potenciales autores del futuro.

El acceso a la cultura se encuentra reconocido en el artículo 44 de la Constitución Española, pero no es una categoría jurídica regulada en la Ley de Propiedad Intelectual, ni es mi intención configurarlo como tal. Únicamente pretende ser un paraguas conceptual que permita exponer de manera unitaria todas aquellas teorías cuyo nexo de unión es que la propiedad intelectual no sea un obstáculo para acceder o divulgar cualquier tipo de conocimiento literario artístico o científico (por utilizar la nomenclatura de nuestra Ley)<sup>814</sup>. Como veremos, estas teorías, principalmente de raíz norteamericana, afectan a cuestiones relacionadas con el derecho a la información, a la libertad de expresión, a la investigación y a la educación que en nuestra legislación vienen configuradas como límites al derecho de exclusiva en su mayoría, como ya se ha expuesto.

El presupuesto común para todas estas corrientes de pensamiento es que para la creación de cualquier tipo de obra es necesario un conocimiento previo, aunque sea intuitivo, de la materia que se desarrolla. Cualquier autor, aunque sea inconscientemente, se ve influenciado por el acervo cultural en el que vive y del que se nutre. Cuanto mayor y más variado sea ese acervo cultural a disposición del creador, mejores obras se podrán elaborar<sup>815</sup>.

Los diversos autores ponen múltiples ejemplos para demostrar que esta afirmación es cierta, aunque sea evidente que cualquier autor toma elementos de sus predecesores o contemporáneos. No obstante, creo que el ejemplo más ingenioso y gráfico sobre los extremos a los que se puede llegar para obstaculizar el acceso a la cultura nos lo ofrece el profesor LANGE, gracias a Groucho Marx. Durante la preparación de la película *Una noche en Casablanca* los hermanos Marx recibieron una carta de los hermanos Warner en la que les requerían para que no utilizaran el nombre de «Casablanca» en el título puesto que los derechos de propiedad intelectual eran de la compañía Warner por la famosa película *Casablanca*. Esta es la contestación de Groucho:

«Queridos hermanos Warner:

Al parecer hay más de una forma de conquistar una ciudad y de mantenerla bajo el dominio propio. Por ejemplo, hasta el momento en

---

aplicables en este contexto (RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=BetrEjX>).

<sup>814</sup> Dado que el objeto de este estudio son las industrias editorial, musical y audiovisual se prescindirá del estudio del denominado movimiento del «software libre», pese a que nos deberemos referir a él.

<sup>815</sup> Entiendo que la función de la normativa es crear las condiciones para que los creadores encuentren las condiciones óptimas para desarrollar su creatividad. El aprovechamiento que se realice de estas condiciones es algo que dependerá únicamente de los creadores.

el que pensamos (en) hacer esta película, no tenía la menor idea de que la ciudad de Casablanca perteneciera exclusivamente a los Warner Brothers. Sin embargo, pocos días después de anunciar nuestra película recibimos su largo y ominoso documento legal en el que se nos conminaba a no utilizar el nombre de Casablanca.

Parece ser que en 1471, Fernando Balboa Warner, su tatarabuelo, al buscar un atajo hacia la ciudad de Burbank, se tropezó con las costas de África y, levantando su bastón (que más tarde cambió por un centenar de acciones en la bolsa), las denominó Casablanca.

Sencillamente, no comprendo su actitud. Aun cuando pensaran en la reposición de su película, estoy seguro de que el aficionado medio al cine aprendería oportunamente a distinguir entre Ingrid Bergman y Harpo»<sup>816</sup>.

La historia también nos aporta ejemplos de la importancia que tiene el acceso a la cultura para el desarrollo intelectual. En otras palabras, parece que el nivel cultural de una sociedad está íntimamente ligado con el acceso a la cultura de sus ciudadanos. Son múltiples los ejemplos que podríamos enumerar: uno de los elementos que se apuntan como claves en el esplendor de la época romana es la difusión de la literatura («en Roma encontramos, además de un sistema educativo bastante más difundido y con un currículo estandarizado, muchísimas más bibliotecas públicas (tenemos noticia de veintinueve), un próspero comercio de libros (los primeros negocios editoriales que conocemos), nuevos avances en la crítica literaria, [...] teatros más grandes (construidos con la ayuda del cemento, sobre el nivel del suelo y en el centro de las ciudades) y una nueva forma literaria, la sátira. La vida mental, el mundo de las ideas, estaba mucho más difundido y mejor organizado que nunca antes»<sup>817</sup>).

Otro caso representativo es el de Bagdad, una ciudad abierta y tolerante en la que se realizaron numerosos estudios básicos para la medicina, la matemática, la filosofía, la geografía y demás ramas de la ciencia, alcanzado su punto culminante en el siglo XI con la publicación del *al-Fihrist*. Este centro de la intelectualidad vio apagada su luz con la creación del Nizamiyah, un seminario teológico que «marca el fin de una era de gran apertura intelectual en el mundo árabe y musulmán, que había florecido durante dos o tres centenares de años»<sup>818</sup>. WATSON define este acontecimiento como «uno de los momentos más dolorosos de la historia de las ideas»<sup>819</sup>. En nuestro país tenemos un excelente ejemplo en la España de la

---

<sup>816</sup> D. LANGE, «Recognizing the Public Domain», p. 25, citando «The Groucho letters 14» (la traducción corresponde a José Oliver, G. MARX, *Las cartas de Groucho Marx*, p. 16). LANGE explica que la carta enviada por los hermanos Warner debía ser una iniciativa de su departamento legal, sin que los hermanos la conociesen. Finalmente, no hubo ningún problema por parte de la Warner para la utilización del nombre *Una noche en Casablanca*.

<sup>817</sup> P. WATSON, *Ideas. Historia intelectual de la humanidad*, p. 325

<sup>818</sup> P. WATSON, *Ideas. Historia intelectual de la humanidad*, pp. 439 y 440, y 1178.

<sup>819</sup> P. WATSON, *Ideas. Historia intelectual de la humanidad*, p. 1178.

Contrarreforma. Tal y como nos cuenta el historiador ELLIOT: «Las medidas de 1558-1559 produjeron indudablemente un golpe muy duro en la vida intelectual española. Al cortar el suministro de libros extranjeros y aumentar las restricciones sobre los escritos teológicos y devocionales, minaron, inevitablemente, la confianza del hombre de letras español y añadieron una nueva barrera a las muchas que se levantaban entonces en Europa para impedir la libre circulación de las ideas»<sup>820</sup>.

Por tanto, podemos decir sin miedo a equivocarnos que el acceso a la cultura es necesario para la creación intelectual, lo que hemos expresado al inicio de este epígrafe con la expresión «la cultura genera cultura».

## 2. Movimientos en defensa del acceso a la cultura: el dominio público y la cultura libre

### 1. Movimiento del dominio público

Como hemos apuntado ya, para garantizar un amplio acceso a la cultura debe existir un abundante abanico de obras a disposición del público. Parte de la doctrina estadounidense, desde una visión utilitarista, ha configurado el movimiento del dominio público para expresar esa necesidad del acceso a contenidos por parte del público.

James BOYLE atribuye el inicio del estudio relativo al dominio público<sup>821</sup> en el campo de la propiedad intelectual al profesor LANGE<sup>822</sup> quien, en 1981, publicó un artículo titulado «Reconociendo el dominio público» en el que recopilaba una serie de casos paradigmáticos de excesos en el campo de la propiedad intelectual y proponía dos principios fundamentales que sirviesen de control a esta última: el primero consiste en que la teoría de la propiedad intelectual debe reconocer en sus límites una especie de «tierra de nadie», resolviendo a favor de los demandados en aquellos casos en los que existan dudas, lo que podríamos denominar un *in dubio pro cultura*. Según el segundo principio, no

---

<sup>820</sup> J. H. ELLIOTT, *La España Imperial. 1469-1716*, p. 243.

<sup>821</sup> El concepto que se exponda a continuación, si bien es asimilable al concepto de dominio público del artículo 41 LPI, es de raíz norteamericana, por lo que puede presentar diferentes matices a la idea de dominio público reflejado en la legislación española. MARÍN LOPEZ entiende que no se puede entender comprendido en el dominio público aquellas situaciones de libre uso amparadas por los límites contemplados en los artículos 31 y siguientes puesto que «los derechos de los titulares permanecen vigentes y lo único que sucede es que el legislador, por motivos tales como la promoción de la cultura [...], la libertad de información [...] o la libertad de investigación [...], permite el uso de obras protegidas sin necesidad de autorización del titular y, a veces, sin tener obligación de remunerarle» [J. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentarios al artículo 41 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., p. 726].

<sup>822</sup> J. BOYLE, «The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain», p. 59.

debería reconocerse ningún interés exclusivo, salvo que se aceptase el interés opuesto<sup>823</sup>. En el artículo comentado no nos brinda LANGE una definición clara de lo que es el dominio público: tan sólo suministra estas dos directrices. En una conferencia realizada en el año 2003, titulada «Reimaginando el dominio público», LANGE manifestó que «el concepto “dominio público” es elástico e inexacto»<sup>824</sup>.

Sin lugar a dudas, la principal aportación de este movimiento es que ha conseguido conceptualizar el acceso a la cultura como una institución (el dominio público) con un tratamiento jurídico<sup>825</sup> unitario y no como un conjunto de críticas puntuales o límites dispersos sin ninguna unidad conceptual, como se venía haciendo hasta entonces («lo que quedaba una vez la propiedad intelectual había satisfecho su apetito»<sup>826</sup>). Desde este momento hemos pasado a confrontar dos bloques: el de la propiedad intelectual y el del dominio público.

En palabras de LANGE, el dominio público debería ser «un santuario para la expresión creativa individual, un santuario que proveyese protección positiva contra las fuerzas privadas que pretenden apropiarse de esta expresión y la amenazan. El reconocimiento de este santuario era el desafío. El significado ya llegaría. Supuse que las definiciones podrían esperar»<sup>827</sup>.

Las definiciones del dominio público que podemos encontrar no son siempre coincidentes. Siguiendo a BOYLE, podemos afirmar que se ha ido evolucionando desde una crítica inicial al monopolio (anterior al artículo de LANGE) hasta una institución que pretende establecer unas reglas para el uso del acervo común<sup>828</sup>. No todos los autores están de acuerdo en qué debe contener ese acervo y cuáles deben ser las condiciones de acceso.

La doctrina más tradicional entendía que el dominio público estaba compuesto por todos aquellos bienes culturales sobre los que ya no existían derechos exclusivos y a los que se podía acceder gratuitamente. No obstante, la doctrina más moderna matiza ese concepto, ampliando el contenido.

---

<sup>823</sup> D. LANGE, «Recognizing the Public Domain», p. 1.

<sup>824</sup> D. LANGE, «Reimagining the Public Domain», p. 1.

<sup>825</sup> Según LITMAN, «el dominio público debería ser entendido, no como el conjunto de materiales que no gozan de protección, sino como un instrumento que permite funcionar al resto del sistema permitiendo a los autores acceder al conjunto de materiales creados por otros autores» (J. LITMAN, «The Public Domain», p. 967, la traducción es mía).

<sup>826</sup> D. LANGE, «Reimagining the Public Domain», p. 2.

<sup>827</sup> D. LANGE, «Reimagining the Public Domain», p. 3 (la traducción es mía). La opción de LANGE para articular su tesis es la de articular la protección necesitada como si de una ciudadanía se tratase.

<sup>828</sup> J. BOYLE, «The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain», p. 59.

LITMAN incluye en el dominio público todos aquellos aspectos que no gozan de protección, pese a ser partes integrantes de trabajos protegidos por la propiedad intelectual<sup>829</sup>. Coincidimos en que quizá esta parte que ella incluye sea la más importante del dominio público por ser objeto de una mayor utilización. Para ella, el dominio público se encuentra íntimamente ligado al requisito de originalidad. Según razona esta autora, parece que existe consenso en que toda obra se basa (aunque sea inconscientemente) en obras anteriores. Por tanto, si atendemos al requisito de originalidad, antes de reconocer protección a una obra, deberíamos analizarla para detectar cuánto ha sido tomado de otros autores y, en consecuencia, solicitarles la autorización pertinente. No obstante, esto no se hace necesario debido a que la institución del dominio público nos permite adoptar partes no sustanciales de obras ajenas, ya sea porque no son obras protegidas por la propiedad intelectual o porque (aun siendo obras protegidas) la propia normativa lo autoriza a través de sus límites.

El concepto de dominio público de BENKLER dista ligeramente del de LITMAN. Para BENKLER no se puede incluir dentro del concepto de dominio público los usos particulares hechos individualmente<sup>830</sup>, lo que está estrechamente ligado con el concepto de control. Además, define, por contraposición al dominio público, el «dominio cercado» (*enclosed domain*), que es el conjunto de usos de información sobre los que alguien tiene un derecho exclusivo, sin que nadie más pueda ejercer ningún derecho, salvo con autorización del titular o por privilegios legales.

Resulta muy interesante la configuración que realiza DEAZLEY distinguiendo entre dominio público, como aquello de lo que se puede disponer libremente al margen del derecho de exclusiva, y aquello que se encuentra en el espacio público cultural, es decir, aquello que es accesible por el público, con independencia de si el acceso o uso del bien inmaterial se encuentra sometido a un derecho de exclusividad o no. Según este autor, todo aquello que entra en el mercado forma parte del espacio público cultural que sería el equivalente a lo que he venido denominado el acervo cultural<sup>831</sup>. El uso de este acervo puede ser libre (aquellos bienes inmateriales que están en el dominio público, sea por extinguirse el derecho de exclusividad sobre los mismos sea porque existe una regulación que libera determinados usos del bien) o condicionado a la voluntad del titular del derecho exclusivo. Al margen de este espacio común de cultura quedan aquellas obras, ya estén en el dominio público o no, que están inéditas.

---

<sup>829</sup> J. LITMAN, «The Public Domain», p. 974.

<sup>830</sup> Y. BENKLER, «Free as the air to common use: first amendment constraints on enclosure of the Public Domain», pp. 360-364.

<sup>831</sup> R. DEAZLEY, *Rethinking copyright. History, theory, language*, p. 109.

Por último, BOYLE concluye que «no existe un único dominio público, ni una única teoría del dominio público, sino que existen muchas»<sup>832</sup>. Dado que el actual sistema de propiedad intelectual tiende a acabar con el dominio público, propone adoptar la misma actitud que el movimiento medioambiental en sus inicios<sup>833</sup>. Igual que el medioambiente, el dominio público se encuentra en peligro de extinción, por lo que hay que convencer a la opinión pública de su importancia y de que realmente nos afecta a todos, no sólo a los agentes del mercado<sup>834</sup>. En otras palabras, según este autor, debemos centrarnos en mostrar las externalidades negativas de la propiedad intelectual en vez de centrarnos en los problemas que presenta el dominio público<sup>835</sup>.

En todo caso, el concepto de dominio público está presente en el debate legislativo. En el caso de la Unión Europea, el Informe sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, en su punto 31 «Insta a la Comisión a que proteja eficazmente las obras de dominio público, que, por definición, no están sujetas a la protección de los derechos de autor; insta por ello a la Comisión a que aclare que, una vez que una obra es de dominio público, toda digitalización de la obra que no constituya una obra nueva y transformadora seguirá siendo de dominio público; insta asimismo a la Comisión a que estudie en qué medida es posible reconocer la libertad de los titulares de derechos de uso de dedicar sus obras, en totalidad o en parte, al dominio público».

## 2. Movimiento de cultura libre

Otro movimiento que también busca el efecto de ampliar el acceso a la cultura es el denominado «*e-commons*» o «cultura libre»<sup>836</sup>, introducido por LESSIG.

---

<sup>832</sup> J. BOYLE, «The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain», p. 69

<sup>833</sup> J. BOYLE, «The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain», p. 71; J. BOYLE, «A politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?», p. 99.

<sup>834</sup> BOYLE manifiesta que en el campo del dominio público debería existir un conjunto de organizaciones como las que existen en el movimiento medioambiental, tales como Greenpeace (J. BOYLE, «The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain», p. 73).

<sup>835</sup> J. BOYLE, «A politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?», p. 99.

<sup>836</sup> La denominación «cultura libre» se adopta del libro de LESSIG *Free Culture*. Como bien indica Antonio Córdoba, a quien debemos agradecerle la traducción desinteresada de la obra, el referenciado título juega con el doble significado de la expresión «*Free Culture*», que por un lado puede significar «cultura libre», pero por otro puede entenderse en tono imperativo, «liberad la cultura».



Hasta el momento hemos explicado que el movimiento del dominio público entiende que el acceso al campo comunal de la cultura debe ser gratuito (salvo alguna excepción). Siempre que nos hemos planteado si podemos acceder o no a una determinada obra lo hacíamos desde el punto de vista de si se debe o no pagar por el acceso. LESSIG cambia este enfoque para centrarse en el «control» sobre el acceso a la cultura. Para él, el gran obstáculo para el desarrollo de la cultura son las condiciones de acceso, no si el mismo es gratuito. Por tanto, lo que se debe garantizar es un acceso no discriminatorio. De esto se deriva que la teoría de LESSIG no encaje a la perfección en el concepto del dominio público puesto que lo importante de su teoría es evitar obstáculos para acceder a la cultura y no tanto poder acceder a ella gratuitamente.

Muestra de ello es el planteamiento de LESSIG de encontrar un punto medio entre los partidarios de «todos los derechos reservados» y los de «ningún derecho reservado»: la fórmula de «algunos derechos reservados»<sup>837</sup>. Siguiendo el planteamiento del movimiento de *software* libre y, en especial, de STALLMAN, LESSIG propone utilizar el sistema de propiedad intelectual para reconstruir la cultura libre.

Esta última afirmación puede resultar extraña, pero resulta ciertamente ingeniosa. STALLMAN, que trabajó en los inicios de la era informática en el Laboratorio de Inteligencia Artificial del MIT, vivió la forma en que una comunidad universitaria en la que lo habitual era que todo el mundo compartiese sus conocimientos sobre *software* se transformó en un mundo en el que los conocimientos pasaron a ser propiedad de las empresas y dejaron de compartirse. Esta transformación no fue algo aislado, por lo que mucha gente compartía la misma desazón que STALLMAN y estaba dispuesta a reaccionar. Desde un punto de vista legal, la respuesta fue brillante: el *copyleft*.

«El *copyleft* es un método para convertir un programa en *software* libre y exigir que todas las versiones del mismo, modificadas o ampliadas, también lo sean. [...]

De acuerdo con el *copyleft*, cualquiera que distribuya *software*, con o sin modificaciones, debe traspasar con él la libertad para copiarlo y modificarlo. El *copyleft* garantiza que cada usuario goce de esta libertad»<sup>838</sup>.

---

<sup>837</sup> L. LESSIG, *Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*, p. 303.

<sup>838</sup> R. STALLMAN, *Software Libre para una Sociedad Libre*, pp. 125 y 126.

Notemos la sutileza de STALLMAN explicando por qué opta por otorgar una licencia y no por dejarlo en el dominio público sin protección: «La forma más sencilla de hacer que un programa sea libre es ponerlo en el dominio público, sin derechos reservados. Esto permite a la gente compartir el programa y sus

La siguiente pregunta es: ¿y cómo funciona esto en la práctica? STALLMAN nos da la respuesta: «Para aplicar el *copyleft* a un programa, primero reservamos los derechos; y luego añadimos los términos de distribución, un instrumento legal que otorga a todo el mundo el derecho a utilizar, modificar y redistribuir el código del programa o cualquier programa derivado del mismo, siempre que no se alteren los términos de distribución. De esta forma, el código y las libertades se convierten en elementos legalmente inseparables»<sup>839</sup>.

LESSIG, que comparte con STALLMAN la filosofía de luchar por evitar el control<sup>840</sup>, aboga por aplicar el mismo sistema al campo de la cultura, lo que en este caso llamaremos «*Creative Commons*». La mecánica es la misma, el autor decide los términos en los que cede su obra. Lo normal es que se cedan todos los derechos para usos no comerciales, siempre que se respete el derecho de paternidad. LESSIG utiliza el término «*Commons*» para referirse a todo aquel material intelectual al que se puede acceder, esté o no bajo licencia. Contrariamente, autores como LITMAN identifican *Commons* con dominio público, y por tanto, sólo con aquel material que es accesible pero que no se encuentra bajo licencia.

Con esto, lo que se pretende no es «hablar sobre un dominio público o conseguir que los legisladores ayuden a construir un dominio público. Nuestra meta es construir un movimiento de consumidores y productores de contenidos [...] que ayuden a construir un dominio público para otras formas de creatividad»<sup>841</sup>. No obstante, como el propio LESSIG reconoce, no basta con esto. Es necesario el apoyo de los legisladores.

Este movimiento ha tenido cierto eco en los tribunales españoles, pudiendo citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de julio de 2007<sup>842</sup>, la cual afirma:

«en los últimos tiempos está alcanzando en nuestro país cierto auge un movimiento denominado de "música libre", muy relacionado con la expansión de Internet como medio de

---

mejoras, si así lo desean. Pero asimismo permite, a quienes no crean en la cooperación, convertir el programa en *software* propietario. Pueden hacer cambios, muchos o pocos, y distribuir su resultado como un producto propietario. Las personas que reciben el programa con esas modificaciones no gozan de la libertad que les dio el autor original; el intermediario les ha despojado de ella». R. STALLMAN, *Software Libre para una Sociedad Libre*, p. 125.

<sup>839</sup> R. STALLMAN, *Software Libre para una Sociedad Libre*, p. 126.

<sup>840</sup> «A veces se malinterpreta el término de «*software libre*» —para empezar, no tiene ninguna relación con el precio. Lo que nos interesa es la libertad» (R. STALLMAN, *Software Libre para una Sociedad Libre*, p. 24).

<sup>841</sup> L. LESSIG, *Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*, p. 311.

<sup>842</sup> SAP Madrid 150/2007 de 5 de julio de 2007

distribución musical. De un modelo de difusión de los contenidos musicales limitado a la venta y al alquiler de ejemplares, controlado por la industria de contenidos, se ha pasado a un modelo casi ilimitado, gracias a la difusión global que proporciona Internet, ámbito en el que los propios creadores, sin intermediación de la industria, pueden poner a disposición de los usuarios de Internet copias digitales de sus obras. Este fenómeno ha originado la concurrencia o coexistencia de diferentes modelos de difusión de contenidos en relación con las nuevas posibilidades ofrecidas por Internet:

a) El tradicional, basado en la protección de la copia ("*copyright*"), que busca una restricción del acceso y uso del contenido "*online*", recurriendo a fórmulas negociales de carácter restrictivo y medidas tecnológicas de control de accesos, que se subsumen en los llamados "*Digital Rights Management*".

b) Un modelo que proporciona acceso libre "*online*" a los contenidos, permitiéndose en ocasiones el uso personal de los mismos (modelos de licencia implícita) y, en otros supuestos, la difusión libre de la obra, su transformación e incluso su explotación económica, con la única condición de citar la fuente. Se trata de los modelos de dominio público y de licencias generales (*General Public License*), como son, por ejemplo, las licencias "*creative commons*", algunas de las cuales incluyen la cláusula "*copyleft*".

Con la cláusula "*copyleft*" el titular permite, por medio de una licencia pública general, la transformación o modificación de su obra, obligando al responsable de la obra modificada a poner la misma a disposición del público con las mismas condiciones, esto es, permitiendo el libre acceso y su transformación. Con las licencias *creative commons*, el titular del derecho se reserva la explotación económica y puede impedir transformaciones de la misma. Por tanto, debe distinguirse las licencias *creative commons* de la cláusula "*copyleft*". En ocasiones habrá licencias *creative commons* que incluyan la cláusula "*copyleft*".

En todo caso, este modelo parte de la idea común de pretender colocar las obras en la Red para su acceso libre y gratuito por parte del público. Sus partidarios lo proponen como alternativa a las restricciones de derechos para hacer y redistribuir copias de una obra determinada, restricciones que dicen derivadas de las normas planteadas en los derechos de autor o propiedad intelectual. Se pretende garantizar así una mayor libertad, permitiendo que cada persona receptora de una copia o una versión derivada de un trabajo pueda, a su vez, usar, modificar

y redistribuir tanto el propio trabajo como las versiones derivadas del mismo. Se trata, sostienen los partidarios de este modelo, de otorgar al autor el control absoluto sobre sus obras, y surge como respuesta frente al tradicional modelo del copyright, controlado por la industria mediática».

Otra derivada del pensamiento de LESSIG que merece comentar, aunque sea brevemente, es que el ciberespacio se encuentra regulado por cuatro tipos de normas según este autor: las normas legales, los usos sociales, las leyes del mercado y la arquitectura de red (o «*código*»). Si bien los tres primeros tipos de normas nos resultan familiares, la originalidad consiste en aportar el cuarto tipo de norma, es decir, el *código*.

Cuando hablamos de arquitectura o de código estamos hablando del diseño de una determinada red. Según se escoja un diseño u otro, el propietario de la red puede permitir o censurar conductas y tener más o menos control sobre nuestras actividades en la red. Como dice LESSIG. «La arquitectura es una especie de ley: determina lo que las personas pueden y no pueden hacer»<sup>843</sup>. Las redes son propiedad de alguien, pudiendo ese alguien controlar, en cierta manera, nuestra conducta o la información que nos puede hacer llegar.

Una segunda reflexión de LESSIG en este sentido es que, si el fortalecimiento de los derechos de exclusiva lleva a un oligopolio cultural, los que formen éste pueden pretender controlar las obras, ya sea de manera directa (a través de la arquitectura) o indirecta (por vía legal o contractual). El control directo se da en aquellos casos en los que el empresario tiene derechos (la propiedad) sobre la red o sobre el servidor, como sucede en el caso de productoras que disponen de su propia televisión por cable. Como hemos explicado para las tres industrias analizadas, la integración vertical es la estrategia a la que nos va a llevar el fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual, creando grandes grupos que controlen toda la cadena de valor. Dentro de las formas indirectas de control, uno de los sistemas consiste en vincular contractualmente a los operadores que ofrezcan contenidos.

Por vía contractual también pueden vincular a los consumidores con contratos de adhesión<sup>844</sup>, cuya única opción será aceptar la licencia si quieren acceder a los contenidos<sup>845</sup>.

---

<sup>843</sup> L. LESSIG, *El Código y otras leyes del ciberespacio*, p. 117.

<sup>844</sup> BENKLER habla de «*Contractual Enclosure*» (Y. BENKLER, «Free as the air to common use: First Amendment constrains on enclosure of the Public Domain», p. 429).

<sup>845</sup> Según los partidarios de esta postura, los grupos mediáticos pueden presionar en la elaboración de las leyes que pueden otorgarles un control indirecto sobre la arquitectura, estableciendo obligaciones sobre los operadores de telecomunicaciones que supongan ceder parte del control sobre la red, como

De hecho, el sistema de protección de la propiedad intelectual puede ser no sólo un límite sino, como dice el Tribunal Supremo norteamericano, un «motor de la libertad de expresión»<sup>846</sup> ya que la exclusividad del derecho de autor alimenta la diversidad de opiniones y robustece el debate haciendo posible la existencia de autores, editores, estudios, periódicos, discográficas y medios independientes que puedan hacer frente a los grandes grupos<sup>847</sup>. No estoy convencido de que el derecho de autor por sí sólo tenga ese efecto, pero sí que es cierto que puede ayudar a que los pequeños grupos independientes puedan proteger su posición frente a los grandes grupos.

### 3. La aportación de los movimientos del dominio público y la cultura libre

Como he manifestado, creo que la gran aportación de quienes hablan del dominio público y de la cultura libre es haber configurado una institución que puede ayudar a entender mejor el sentido de la propiedad intelectual a través de un tratamiento unitario. Sin embargo, la falta de consenso sobre su definición y límites hace que la utilidad práctica de dicha institución disminuya. El dominio público es una institución ambigua que no otorga derechos concretos a los empresarios, autores o al público. Es un espacio conceptual en el que englobamos todo aquello que está fuera del alcance de los derechos de exclusiva, sea porque ya no existe el derecho sobre el bien inmaterial o sea porque la legislación ha establecido un límite a dicho derecho. En este segundo caso, el fundamento de los límites no es el dominio público en sí, sino la protección de otros bienes de interés general necesitados de protección ante los que cede el derecho de autor (el derecho de información, educación, investigación, seguridad o el funcionamiento del mercado). El resultado es que las obras, para determinados usos, pasan a formar parte del dominio público pero el dominio público no es el fundamento para establecer los límites.

Nuestra legislación reconoce lacónicamente el dominio público en el artículo 41 LPI en la primera acepción que hemos expuesto, una

---

ocurre cuando son obligados a perseguir infractores de propiedad intelectual en nombre de los productores o autores consagrados.

Por mi parte, no afirmo que lo expuesto por los partidarios de esta tesis sea cierto, pero sí creo que se debe reflexionar sobre hacer recaer legislativamente la responsabilidad sobre los contenidos en cabeza de quien controla la red, esto es, el proveedor de servicios de internet. Ya se establece un régimen de responsabilidad para los prestadores de servicios en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (artículos 15 a 17), pero podríamos caer en la sugestión de establecer sobre estos proveedores otras cargas que no les correspondieran, más allá del deber de colaboración lógico con las instituciones.

<sup>846</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985).  
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/case.html>.

<sup>847</sup> N. W. NETANEL, *Copyright's paradox*, p. 108.

vez extinguido el derecho de exclusiva, y únicamente para recordar la necesidad de continuar respetando los derechos de paternidad e integridad del autor. Por tanto, no creo que sea la solución de todos los problemas y menos en Derecho español, donde su aplicación no es sencilla ya que dicho artículo únicamente parece incluir en el dominio público las obras cuya protección legal ya ha expirado.

La constatación de que existen múltiples teorías del dominio público lleva a proponer que, al igual que sucede con el movimiento medioambiental, nos centremos en detectar y solucionar cada uno de los problemas que sufre el dominio público, independientemente de la concepción que se tenga del mismo puesto que, con sus matices, todas las concepciones concurren en un mismo objetivo.

En relación a la cultura libre, sí que ha existido un impacto práctico en nuestra legislación, como hemos visto a través de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Las licencias *creative commons* son de uso común en nuestro país, además con gran aceptación entre los usuarios.

### 3. Los límites: una alternativa

Vista la importancia del acceso a la cultura como interés público y de los movimientos que procuran facilitar el acceso a la misma, corresponde ahora analizar una alternativa, más acorde con nuestra tradición jurídica, para proteger ese interés público.

Para iniciar este análisis partimos de que los derechos de exclusiva tienden, como es lógico, hacia lo que sería un derecho absoluto en favor del titular (salvo que la propia Ley frene esta expansión limitando los derechos de propiedad intelectual). Podemos decir que, fruto de este sistema, el acceso a los bienes inmateriales (en régimen de monopolio) puede verse encarecido y restringida su circulación durante un cierto tiempo. En palabras más críticas «si la información, las obras culturales o artísticas o los productos científico-técnicos no son, en sí, escasos, eso significa [...] que patentes y *copyright* son innovaciones sociales (convenciones legales) diseñadas para forzar la escasez donde no existe de manera natural. Ahora bien, estas intervenciones generan la expulsión de cierta gente de esos ámbitos, y facilitan un mercado con más dinamismo a costa de limitar algo que técnicamente no es limitable. La idea es crear una ventaja comparativa para el poseedor del título (PI) de manera que se

valorice por su exclusividad»<sup>848</sup>. Por tanto, es inherente al sistema descrito cierta tensión entre los intereses económicos del empresario y el autor frente a los del público que quiere acceder a la cultura, no sólo para consumirla sino también para crear.

El cauce principal para resolver esas tensiones en nuestro Derecho es el establecimiento de límites a los derechos de exclusividad, es decir, situaciones en las que los usuarios pueden hacer uso de las obras sin que el titular del derecho pueda ejercer el *ius prohibendi*<sup>849</sup>.

La necesidad de establecer límites al derecho de exclusiva se refleja, como ya hemos visto, en el preámbulo del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor «reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información». En palabras de LÓPEZ MAZA «las leyes de propiedad intelectual permiten límites al derecho de autor, con el objeto de mantener el equilibrio entre la protección de los derechos de propiedad intelectual y el derecho exclusivo de los autores y otros titulares a controlar el uso de sus contenidos protegidos, y el interés de los usuarios por la libre circulación de información, la difusión de conocimientos y el acceso a esos contenidos protegidos»<sup>850</sup>.

Siguiendo la clasificación que realiza este mismo autor<sup>851</sup>, se pueden clasificar los límites en dos grandes sistemas: i) los abiertos y ii) los cerrados. Los abiertos se caracterizan por establecer una cláusula general de qué se debe entender por límite que debe adaptarse a las situaciones concretas. Este es un sistema flexible, que se adapta más fácilmente a situaciones nuevas, aunque tiene la desventaja de requerir una mayor labor interpretativa y, por tanto, comportar una mayor inseguridad jurídica. Los cerrados, por el contrario, ofrecen una lista de casos concretos que deben ser considerados límites que, si bien comporta una mayor rigidez, aporta una mayor seguridad jurídica. Entre los sistemas abiertos encontramos el *fair use*<sup>852</sup> de los EE.UU. y el *fair dealing*<sup>853</sup> británico y entre los cerrados el empleado por los sistemas de Derecho europeo continental. El Convenio de Berna ha encontrado un término medio entre ambos sistemas,

---

<sup>848</sup> I. SÁBADA y M. DOMÍNGUEZ, «Dominio público, bien común y propiedad intelectual», en *La tragedia del copyright. Bien común, propiedad intelectual y crisis de la Industria Cultural*, p. 46.

<sup>849</sup> Curiosamente, el origen de estos límites, en forma de *fair use*, nace en el siglo XIX para permitir a los autores copiar unos de otros, siempre que la copia no suponga un perjuicio a la explotación del original (P. BALDWIN, *The copyright wars. Three Centuries of Trans-Atlantic battle*, p. 135).

<sup>850</sup> S. LÓPEZ MAZA, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, pp. 6-7

<sup>851</sup> S. LÓPEZ MAZA, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, pp. 22-33

<sup>852</sup> Para la aplicación del *fair use* es necesario que i) el usuario no pueda obtener la obra de otra manera; ii) que existan motivos de interés público que justifiquen la excepción y iii) que no se disinciente al autor con la excepción. Si estos elementos se cumplen, se deben analizar los cuatro factores que establece la Sección 107 de la Ley estadounidense: i) el propósito del uso; ii) la naturaleza del contenido utilizado; iii) la proporción de obra utilizada y iv) el efectos sobre el mercado y el valor de la obra.

<sup>853</sup> El *fair dealing* contempla una serie de fines para los cuales es posible el uso de la obra sin autorización del titular de los derechos (investigación, crítica, cita, parodia, noticias de actualidad y consejo legal).

incluyendo límites obligatorios para los firmantes, otros facultativos y la denominada «regla de los tres pasos» para intentar dar cierta flexibilidad al sistema en ciertos supuestos<sup>854</sup>.

El legislador español ha regulado los límites, como sistema cerrado, en los artículos 31 a 40 bis<sup>855</sup> de la Ley de Propiedad Intelectual, recogidos en un capítulo que se denomina precisamente «límites». Dichos límites se basan en la defensa de los derechos fundamentales (intimidad, libertad de expresión, información y cultura); actos necesarios para un uso legítimo (la admisión de reproducciones provisionales como límite, p. e.) o para solucionar fallos de mercado (en caso de que los costes de transacción sean desproporcionados, p. e.).

Junto a los límites también existen otros tipos de limitaciones a los derechos, del que la más importante quizá sea la duración del periodo de vigencia del derecho de exclusiva del titular. La limitación de la duración del derecho "obedece a la necesidad de cohonestar los intereses del autor y de sus sucesores *mortis causa* en los derechos de explotación con el derecho a la cultura que tienen todas las personas"<sup>856</sup>. En el caso español, la Ley establece que el derecho de exclusiva estará vigente durante toda la vida del autor y un periodo de duración de 70 años tras su muerte (art. 26 LPI) y de 50 o 70 desde la grabación años para los productores (arts. 119 y 125 LPI).

#### 4. El interés del público y las tendencias legislativas

La posibilidad de limitar los derechos de exclusiva nos enfrenta a la discusión sobre si éstos derechos de exclusiva deben ser robustos, con pocas limitaciones y un dominio público reducido, o débiles con muchas limitaciones y un amplio dominio público. En este apartado se intentará describir la tendencia internacional en este aspecto, así como si se está avanzando en la buena dirección.

##### 1. Las tendencias a nivel internacional

Este apartado pretende responder a la pregunta de ¿cuál es la tendencia del legislador a nivel global, robustecer los derechos exclusivos o imponerles límites?

---

<sup>854</sup> El artículo 9.2 CB establece que se puede permitir un límite en i) casos especiales; ii) que no atenten contra la normal explotación de la obra y iii) no cause un perjuicio injustificado al titular de la obra.

<sup>855</sup> Otra forma de limitar los derechos exclusivos son las licencias obligatorias o derechos de remuneración obligatoria. Este tipo de limitación conlleva la pérdida del control sobre la obra para el autor pero por otra parte le garantiza una remuneración. Ya en 1737 se utilizó este sistema en Gran Bretaña para permitir la reimpresión de libros que estuviesen descatalogados (P. BALDWIN, *The copyright wars. Three Centuries of Trans-Atlantic battle*, p. 140).

<sup>856</sup> L.F. RAGEL SÁNCHEZ, «La propiedad intelectual como propiedad temporal», en Carlos ROGEL (coord.), *La duración de la propiedad intelectual y las obras de dominio público*, p. 29.



Hemos identificado dos grandes sistemas de protección de la creación: los sistemas de tradición anglosajona y los sistemas de tradición europea-continental. El primero de esos sistemas, el anglosajón, como sabemos parte de una ideología utilitarista en la que la protección que se le otorga al autor tiene un límite: que los efectos de esta protección no perjudiquen la utilidad social o no desincentiven la creación, según la posición que se tome. Es decir, los autores reciben un monopolio para fomentar la creatividad e incrementar el dominio público de obras a disposición de la sociedad, de ahí que tradicionalmente se haya permitido la cesión de los derechos a los empresarios de una manera más radical que en la Europa continental y que la duración del monopolio sea menor.

Por otra parte, la aproximación de la tradición europea continental parte de la base de que la propiedad intelectual es una propiedad especial o un derecho del que goza el autor, por lo que el autor disfruta de unas facultades más intensas y duraderas.

Ambas aproximaciones son diferentes en sus postulados, pero como argumenta BALWIN, ambos sistemas han ido confluyendo dado que el sistema anglosajón ha asumido la postura europea-continental en busca de una mayor protección del autor, en especial al adherirse los países anglosajones al Convenio de Berna, siendo la concepción continental europea plasmada en Berna la hegemónica en el mundo desde 1990.

Esta alineación ha sido posible por dos motivos. El primero, porque los intereses de autores y empresarios en busca de una mayor protección han sido coincidentes en detrimento de los intereses del público<sup>857</sup>. El segundo, porque las naciones exportadoras de bienes culturales (y por tanto, generadoras de los mismos) buscan una mayor protección frente a las importadoras<sup>858</sup> que, al no generar ese tipo de bienes, están interesadas en importarlos y difundirlos a bajo coste (o sin coste).

Siguiendo en ese segundo ámbito, es evidente que una nación que no tenga una industria cultural fuerte no invertirá recursos en su protección, al menos en una primera etapa, perjudicando al productor de esos bienes. Lo que es cierto es que los importadores de bienes culturales generan un ecosistema cultural propicio para la generación de bienes culturales y acaban siendo exportadores. El caso de Estados Unidos es paradigmático. En el siglo XIX la industria editorial de Estados Unidos se dedicaba a reproducir

---

<sup>857</sup> P. BALDWIN, *The copyright wars. Three centuries of trans-Atlantic battle*, p. 391.

<sup>858</sup> P. BALDWIN, *The copyright wars. Three centuries of trans-Atlantic battle*, p. 406.

obras extranjeras sin ningún tipo de respeto a las leyes de propiedad intelectual, para indignación de autores ingleses como Charles Dickens, que en un viaje a dicho país en 1842 intentó hacer valer, sin éxito, su condición de autor ante los editores para cobrar regalías. Pese a ser un autor reconocido gracias a la enorme difusión de su obra, no fue capaz de encontrar comprensión para proteger sus derechos de autor. Sin embargo, hoy en día, la industria norteamericana es exportadora relevante de bienes culturales, asumiendo la postura de Charles Dickens. Se podría decir que Estados Unidos ha pasado de ser un país que toleraba y se beneficiaba de la piratería cuando era importador de bienes culturales, a ser un firme perseguidor de ésta, al convertirse en exportador.

La orientación de los legisladores varía, pues, según las circunstancias históricas y la posición de su industria cultural. Éste no es un fenómeno nuevo desde la perspectiva histórica. El conflicto que enfrentó a librerías londinenses y escoceses en torno al Estatuto de la reina Anna de 1710<sup>859</sup>, cronológicamente anterior a la historia de Dickens, es otro claro ejemplo. Los librerías escoceses eran importadores de cultura frente a los londinenses y estaban en contra de los derechos exclusivos de los segundos.

Seguramente un fenómeno parecido puede verse actualmente en China, que ha absorbido conocimiento en las últimas décadas (en especial técnico) y que actualmente está ya en la senda de la creación de bienes intangibles. La reflexión más relevante es que seguramente ésta es una constatación de que en las sociedades en las que más acceso y utilización de obras culturales existe se establecen mejores condiciones para la creación.

Si tuviésemos que contestar a la pregunta que nos hacíamos al principio de este apartado, podríamos responder que el legislador se decanta por proteger más intensamente los intereses de autores y empresarios a medida que sus industrias culturales y creativas son más robustas. Seguramente influye en todo esto el hecho de que cuanto más robusta es una industria, mejor organizada está para la defensa de sus intereses. Cuestión distinta, en cambio, es si lo que el legislador entiende por protección realmente es beneficioso para los intereses de autores y empresarios.

## **2. ¿Es beneficiosa la expansión de los derechos de exclusiva?**

---

<sup>859</sup> Para una explicación detallada del conflicto, véase R. DEAZLEY, *Rethinking copyright. History, theory, language*, pp. 15-24.

A continuación nos debemos plantear si, desde un punto de vista de la utilidad es beneficiosa la expansión de los derechos de exclusiva. Para responder a esta pregunta nos remitiremos a quienes mejor han estudiado esta cuestión, en el entorno digital especialmente, que es la citada doctrina americana del dominio público<sup>860</sup>. De hecho, dicha doctrina nace como reacción ante una excesiva expansión de la protección de los derechos de la propiedad intelectual, especialmente en Estados Unidos. Como vengo insistiendo, dados los distintos sistemas de protección de los derechos de autores y empresarios del sistema anglosajón, se debe tratar con cautela la aplicación de estas teorías a la tradición continental europea. Muchos de los casos que analizan estas teorías no son aplicables a la legislación europea, en especial a la española, aunque sí que es válida la filosofía y razonamiento que subyace para la reflexión sobre la política que deba aplicarse en el futuro a la legislación.

El movimiento del dominio público denomina esta dinámica de expandir la protección de los derechos bajo el término «*enclosure*» (lo que literalmente traduciríamos como «cercado»). Esta denominación se toma de una analogía recurrente entre la doctrina, tanto a nivel conceptual como terminológico, que creo necesario explicar:

Los campos comunales ingleses (*the commons*) eran terrenos destinados al libre uso por parte de los pastores para el pasto de sus rebaños. El problema surgió cuando los rebaños, cada vez más numerosos, devoraban el pasto sin dar tiempo a que volviese a crecer vegetación. El biólogo HARDIN realizó un análisis económico sobre la mejor forma de explotación de los recursos naturales, en concreto de estos campos comunales<sup>861</sup>, llegando a la conclusión que la única forma de explotación viable era la propiedad privada. Su posición se fundamentaba en que, al no existir propietario de los terrenos, nadie tenía un incentivo para cuidarlos (ni siquiera el pastor, al que le bastaba con buscar otros terrenos, dejando el campo devastado). A esto se le llamó «la tragedia de los comunes».

Llegados a este extremo se decidió privatizar los campos comunes para remediar la falta de incentivos, puesto que el nuevo propietario cuidaría de los mismos y evitaría la devastación. El proceso de privatización se produjo entre los siglos XV y XIX, y se le ha denominado «*the enclosure movement*»<sup>862</sup>.

---

<sup>860</sup> El término dominio público se adopta en Estados Unidos del Derecho francés, a través de la Convención de Berna. J. BOYLE, «The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain», p. 58.

<sup>861</sup> C. HESS y E. OSTROM, «Ideas, artifacts, and facilities: information as a common-pool resource», p. 113.

<sup>862</sup> Se podría traducir como «El movimiento de cercado».

La visión de quienes defienden la teoría del dominio público es que estamos asistiendo a una privatización semejante en el campo de la propiedad intelectual («*The Second Enclosure Movement*», en palabras de BOYLE). Existen campos comunales de creatividad (lo que nosotros hemos llamado «acervo») en los que estamos prohibiendo pastorear.

Si nos preguntamos, desde un punto de vista económico, sobre la idoneidad de esta medida debemos tener en cuenta que existe una diferencia sustancial con las razones que llevaron a aplicarla sobre las tierras comunales (y cuyos resultados son todavía discutidos)<sup>863</sup>: la naturaleza del bien<sup>864</sup>.

Al contrario que los pastos, las obras son bienes «no-rivales», es decir, «su consumo por cualquier individuo no reduce la cantidad que puede ser consumida por cualquier otro individuo»<sup>865</sup>. Además, también suelen ser «no-exclusivos», ya que cuando una obra se «provee para una persona, a ninguna otra puede serle negado el consumo»<sup>866</sup> o es muy difícil excluirla del mismo.

Por otra parte, un aumento de protección también supone un aumento de los costes de protección<sup>867</sup>: es importante no olvidar las externalidades que conlleva la protección de la propiedad intelectual. Así, un aumento de la protección supone un aumento de costes que, si bien no son soportados directamente por los titulares de los derechos, sí lo son por el Estado (en, por ejemplo, policía o justicia, e incluso en acceso a la cultura) y por otros agentes implicados (como los operadores de telecomunicaciones cuando son obligados a gastar tiempo y dinero en perseguir posibles infractores de propiedad intelectual).

En este sentido, como BENKLER explica<sup>868</sup>, el aumento de la protección intelectual provoca un aumento en lo que hemos denominado los costes de expresión. Como partimos de la premisa de que las creaciones intelectuales necesitan de otras para existir, la mayor protección que otorguemos a una obra supondrá un mayor coste para acceder a ella por parte de otros creadores (por ejemplo, en este momento necesito de la obra de BENKLER para

---

<sup>863</sup> J. BOYLE, «The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain», p. 36.

<sup>864</sup> L. LESSIG, *The Future of Ideas. The fate of the Commons in a connected world*, p. 21.

<sup>865</sup> L. G. RICHARD y C. HARBURY, *Principios de Economía*, p. 337. Los autores ponen como ejemplo de bien «no-rival» el alumbrado público que ilumina las calles independientemente de que se aproveche de él uno o mil transeúntes. No sucede lo mismo con un pollo, puesto que si una persona se lo come, nadie más podrá comérselo.

<sup>866</sup> L. G. RICHARD y C. HARBURY, *Principios de Economía*, p. 337.

<sup>867</sup> J. BOYLE, «The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain», pp. 42-43.

<sup>868</sup> Y. I. BENKLER, «Free as the air to common use: first amendment constraints on enclosure of the Public Domain», pp. 400-412; Y. BENKLER, «Intellectual Property and the organization of information production», edición electrónica.

poder realizar la mía y dicha obra tiene un coste de adquisición que he tenido que sufragar)<sup>869</sup>. En esta línea, si bien la inexistencia de propiedad puede llevar a la sobreexplotación de un bien (la «tragedia de los comunes»), un exceso de propiedad puede llevar a que un bien se infrautilice (lo que HELLER denomina la «tragedia de los anticomunes»)<sup>870</sup>, que puede resultar igual de perjudicial para la sociedad. Este autor se refiere especialmente a los supuestos en los que, por una excesiva fragmentación de la propiedad sobre un bien, éste se infrautiliza; por ejemplo, puede ser imposible utilizar una obra debido a que no es asequible localizar al titular por excesivos costes de transacción (como sucede con las obras huérfanas) o porque no se pongan de acuerdo los titulares de derechos sobre una obra cuando existen varios.

Pese a todo lo dicho, también es cierto que parte de la justificación para que la propiedad intelectual otorgue derechos de exclusividad, que incentiven la creación, se basa en estas dos características, puesto que al ser bienes «no rivales» y «no-exclusivos» podría suceder que a partir de un solo ejemplar de la obra se hiciesen copias gratuitas, destruyendo así el incentivo para los creadores.

Desde una perspectiva utilitarista, podemos concluir parece que hay serias dudas de que un mayor fortalecimiento de los derechos de exclusiva fomente más la creación y, por ende, la introducción de obras en el mercado.

Quizá una cierta guía de cómo afrontar el nuevo modelo legislativo respecto de los límites la podríamos encontrar en la ingeniosa conferencia<sup>871</sup> del profesor HUGENHOLTZ, en la que explica cómo la digitalización puede llevar a la eliminación de algunos límites de los derechos de autor. Para ello parodia la película *Criaturas Feroces* (en la que el director de un zoo pretende aumentar los beneficios del mismo eliminando a aquellos animales que no sean feroces por no ser de interés para el público). HUGENHOLTZ agrupa los límites en tres categorías de animales: leones, monos y dinosaurios.

Los leones serían aquellos límites que vendrían impuestos por los derechos fundamentales («libertad de expresión y de información,

---

<sup>869</sup> He de aclarar que la obra del profesor BENKLER no ha supuesto ningún coste, en relación con estos artículos, puesto que están disponibles en Internet de forma gratuita en <http://www.benkler.org>.

<sup>870</sup> M. HELLER, *The gridlock economy. How too much ownership wrecks markets, stops innovation and costs lives*, p. 18. HELLER pone el ejemplo de los altos peajes que los barones imponían a los navegantes del Rin durante la Edad Media, los cuales acabaron teniendo como consecuencia la prácticamente inexistente navegación fluvial.

<sup>871</sup> B. HUGENHOLTZ, *Fierce creatures. Copyright exemptions: Towards extinction?*

así como el derecho a la intimidad»). Éstos serían los animales sin los que el zoo no podría funcionar.

Los monos son aquellos límites impuestos por el interés público (fines de educación o archivo entre otros). Estos son animales necesarios en un zoo, pero que deben ser controlados.

Los dinosaurios, por último, son aquellos límites impuestos por las deficiencias del mercado. Estos animales se encuentran extinguidos o en vías de extinción (dado que esos defectos se solucionan con la digitalización)<sup>872</sup>, por lo que deberían ser eliminados, según HUGENHOLTZ.

El discurso del profesor HUGENHOLTZ pone de manifiesto que la digitalización ha supuesto una revolución que puede llevar a la supresión de los límites existentes. Lo importante es que la supresión de los límites sea realista y únicamente afecte a los dinosaurios.

## 5. El interés público en los nuevos modelos de negocio

En este apartado se ha puesto de manifiesto la importancia que tiene para el sistema no sólo los intereses del autor y del empresario sino también el interés del público. En el análisis de las medidas de protección de este trabajo se ha ido apuntando de manera recurrente de los efectos que éstas tienen sobre el mercado. Toca ahora procurar extraer una consecuencia de ese análisis para la relación del autor y el empresario en los nuevos modelos de negocio.

### 1. Los nuevos modelos de negocio

A modo de síntesis de los modelos descritos en los capítulos precedentes y recordar los rasgos comunes de los nuevos modelos de negocio en las tres industrias analizadas y, en general, en las nuevas formas de producción de bienes inmateriales creo que es útil seguir la descripción que realiza BENKLER.

BENKLER parte de una triple división de fuentes de información: el dominio público (gratuita), la propia empresa (sin costes de transacción) y el intercambio de información con otras empresas. La posible inversión en información que hacen los creadores se puede recuperar a través de un beneficio directo (venta de la creación) o indirecto (porque otorgar la información les reporta algún tipo de beneficio, por ejemplo, prestigio de una publicación

---

<sup>872</sup> HUGENHOLTZ da a entender que la digitalización permitirá a los titulares de los derechos llevar a cabo un control directo sobre sus obras y negociarlas individualmente, sin necesidad de recurrir a técnicas como el canon por copia privada.

que atrae clientes). Incluso existirán creadores que no recuperen su inversión puesto que sus aportaciones son desinteresadas.

En función de los parámetros que acabamos de exponer, BENKLER agrupa en cinco las estrategias relacionadas con la producción de información<sup>873</sup>. La primera estrategia (denominada «Mickey», en directa alusión a Walt Disney) es la de aquellas empresas que disponen de un fondo de obras que explotan y que integran la gestión y la venta de información con la producción. La segunda (denominada «románticos maximizadores») es la de quienes no disponen de un fondo de obras pero venden su información directamente a los consumidores o a otras empresas, que incluso tienen estrategias «Mickey». Ésta es la estrategia típica de los autores que crean en busca de una regalía. Ambas estrategias son los modelos clásicos.

Una tercera estrategia es la de aquellos mercados en los que ser el primero en acceder a la información reporta beneficios, puesto que es una ventaja sobre el resto de competidores. Es el caso de los periódicos o canales de noticias en los que la información temprana y fidedigna genera beneficios. A esta estrategia la denomina «buscadores de cuasi rentas».

La cuarta estrategia («abogados académicos») la llevan a cabo aquellos que invierten en información por los beneficios asociados a ofrecerla. Por ejemplo, el abogado que realiza una obra en busca de un prestigio que le va a reportar mayor número de clientes para el despacho (el beneficio indirecto viene por el aumento de facturación del despacho, no por las ventas de la obra).

La quinta estrategia es utilizada por aquellos que producen información únicamente por intereses ajenos al mercado, como pueden ser el de pasar a la historia o el de realizar una aportación a la cultura. A esta estrategia la denomina «Joe Einstein».

Como hemos dicho, si aumentamos la protección sobre las obras, aumentamos los costes de acceso a la información<sup>874</sup> para cada una de estas estrategias. Según BENKLER, sólo «Mickey» y los «románticos maximizadores» verán un incremento en los ingresos de las obras puesto que el aumento de protección les permitirá, por un lado, aumentar ingresos a través de la explotación de nuevos derechos y, por otro, aumentar los precios, dado que existirán menos productos sustitutos en el dominio público.

---

<sup>873</sup> En el primer artículo escrito por BENKLER aparecen nueve estrategias, que son reducidas a cinco en publicaciones posteriores.

<sup>874</sup> El ejemplo que pone BENKLER es el de la duración. Si alargamos el periodo de protección de los derechos, estamos aumentando el número de obras por las que tendremos que pagar y que antes eran gratuitas. Por tanto, es evidente que existe un aumento de los costes (Y. BENKLER, «Intellectual Property and the organization of information production», p. 87).

Además, en el caso de Mickey, existirá una explotación más extensa de su fondo (por ejemplo, de tiempo). El resto de estrategias no verán aumentar sus ingresos, siendo especialmente preocupante el aumento de costes en el caso de los «abogados académicos» y de «Joe Einstein».

De todo lo expuesto BENKLER extrae dos consecuencias. La primera consiste en que un aumento de la protección prima a la estrategia «Mickey» con la consiguiente desaparición de bastantes «románticos maximizadores», «abogados académicos» y «Joe Einstein» (sea porque se conviertan en «Mickey» o porque no sea viable su negocio por no poder asumir los costes de acceso a la información). Tengamos en cuenta que la conversión en «Mickey» produce una mayor comercialización de las obras: los canales de distribución que antes eran gratuitos quizá empiecen a ser de pago para poder subsistir, volviendo a aumentar los costes de acceso a la información. La segunda consecuencia es que se producirá una integración de empresas del perfil «Mickey», puesto que así se eliminan costes de transacción y se genera un mayor fondo de obras<sup>875</sup>.

Las cinco estrategias descritas ponen de manifiesto que existen distintas fórmulas para la explotación de derechos que se apartan de los modelos de negocio tradicionales, respondiendo a autores y empresarios con otras motivaciones diferentes de aquellas. El modelo actual de la legislación española, como sucede con las legislaciones de los países con industrias culturales y creativas relevantes, podemos decir que responde al modelo de «Mickey», como se ha podido constatar a lo largo de esta obra.

El propio BENKLER, profundizando en sus tesis, realiza cuatro observaciones más generales sobre los cambios en el mercado de bienes inmateriales. La primera es que se está subestimando la importancia de los sistemas de creación de contenidos que no se basan en derechos exclusivos. Afirma que la percepción general conforme a que las industrias culturales y creativas se basan, principalmente, en quienes crean motivados por la obtención de propiedad intelectual es errónea puesto que quienes crean sin tener en cuenta los derechos de exclusividad tiene cada vez más peso.

La segunda consiste en entender que la expansión de los derechos de propiedad intelectual afecta negativamente a quienes crean impulsados por otras motivaciones ajenas a la propiedad intelectual.

---

<sup>875</sup> Y. BENKLER, «Intellectual Property and the organization of information production», p. 93; G. DOYLE, *Understanding media economics*, p. 22.



La tercera, constata (como hemos comprobado para el caso español en el capítulo primero) que las tecnologías para el procesamiento, almacenamiento y comunicación de la información hacen que los modelos de producción que no se basan en la propiedad intelectual sean más atractivos que nunca.

Y por último, se refiere a la importancia de la creación colaborativa. Entiende que, junto a los modelos tradicionales de intercambio de este tipo de bienes, se debe tener en cuenta el modelo de intercambio basado en coproducir, compartir e intercambiar, que está cada día más presente en la sociedad<sup>876</sup>.

Este mismo autor, junto a otras consideraciones de carácter político, entiende que la información y la innovación son centrales para la salud, la educación y la producción de bienes y servicios y que en una época como la actual, en la que los medios de producción intelectual son asequibles, los derechos de propiedad intelectual (e industrial) actúan como barreras a la innovación y la educación. Entiende que la sociedad tiende hacia un modelo basado en la compartición y el intercambio, ajeno a la propiedad intelectual, mientras que la regulación va en sentido contrario, reforzando los derechos de exclusiva y aumentando las barreras<sup>877</sup>.

## **2. Consecuencias del interés del público en la relación autor-empresario en los nuevos modelos de negocio**

Lo analizado hasta el momento me lleva a afirmar que la justificación utilitarista que defiende un sistema de protección como forma de incentivar la creación y, en definitiva la cultura, no puede ser apartada del sistema. El interés del público por disponer de un amplio acervo cultural y poder acceder al mismo cobra mayor protagonismo con los nuevos modelos de negocio. No se trata sólo de incentivar la creación sino de acceder a la misma. La cuestión es tan relevante que incluso se hemos descrito movimientos como el del dominio público y el de cultura libre que postulan por la defensa de este interés.

Si atendemos a cómo se trata este aspecto en el Derecho español, podemos decir que en nuestra tradición se viene protegiendo este interés principalmente a través de un sistema cerrado de limitaciones al derecho de exclusiva, con mayor o menor acierto.

---

<sup>876</sup> Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How social production transforms markets and freedom*, pp. 460-464.

<sup>877</sup> Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How social production transforms markets and freedom*, pp. 468-470.

La exposición realizada de los mismos en este trabajo únicamente interesa para contextualizar e indicar que la regulación de limitaciones es la principal forma que tiene el legislador para intervenir en esta materia y no veo razón para que no lo siga siendo en el futuro. Estos límites a los derechos de exclusiva de los titulares afectan sobre todo a la relación con los consumidores de las obras y no tanto (o indirectamente) a la relación entre autor y empresario, por lo que el estudio de cada uno de estos queda fuera del objeto del presente trabajo, sin perjuicio de que exista una necesidad real de revisión para los mismos a la luz de los nuevos modelos de negocio.

Dicho esto, mi interés en traer a colación este aspecto al final de este trabajo no es otra que la de llamar la atención sobre la escasa relevancia que se le atribuye al interés del público en una tradición como la española, que suele basar en la justicia el fundamento de la propiedad intelectual. La defensa del interés del público ha estado relegada básicamente a la aplicación de límites.

En contraposición a lo que viene sucediendo en nuestro Derecho, la consecuencia que sostengo que se debe derivar de poner de manifiesto la existencia de un interés para el público en forma de acceso a la cultura para el sistema de propiedad intelectual español es doble. Por un parte, creo que la aproximación que se debe realizar a las normas contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual debe contemplar ese interés del público en su interpretación teleológica. El sentido de establecer unas excepciones al libre funcionamiento del mercado, desde el punto de vista del estado, no puede tener como efecto el perjuicio a la colectividad. Por tanto, al interpretar la legislación no se puede sostener únicamente una posición que tenga en cuenta el criterio de justicia para el titular de los derechos sino también un criterio de utilidad, es decir, los efectos que tiene la aplicación de la norma en términos de mercado.

En este sentido, a lo largo de este trabajo se ha puesto de manifiesto que existen medidas que establece el legislador para el equilibrio de los intereses de las partes (en el caso del contrato de edición hemos destacado el número máximo y mínimo de ejemplares, las obligaciones de reproducción y distribución de ejemplares, incluyendo la mención a las formas de distribución, y la explotación continua de la obra y de difusión comercial. En el caso del contrato de representación teatral y ejecución musical, el establecimiento de un plazo para el acceso del público a la obra). La interpretación de dichas normas atendiendo a la consecución del interés del público, como se ha propuesto en este trabajo, creo que es especialmente relevante a estos efectos.

La segunda consecuencia que se deriva es que no sólo la interpretación debería cambiar sino la propia legislación debería cambiar su enfoque en aras de una aproximación más protectora del sistema en sí y más próxima a la dinámica del mercado, como se ha intentado procurar al aportar soluciones a lo largo de este trabajo (por ejemplo, en relación a las publicaciones periódicas).

Parece que la discusión a nivel internacional sobre la reforma de la legislación de propiedad intelectual se centra en si se debe favorecer el robustecimiento de los derechos de exclusiva de autores y productores. Quienes abogan por un robustecimiento lo hacen tanto por razones de justicia como por razones utilitaristas, estas segundas bajo el argumento de que el robustecimiento de los derechos es sinónimo de un mejor funcionamiento del sistema. Hemos constatado que dicha equiparación no tiene por qué ser cierta ya que para los nuevos modelos de negocio, y por ende para autor y empresario, el robustecimiento de los derechos puede provocar que la cultura sea menos accesible (lo que provocará una disminución de la creación). Sin embargo, está claro que en la discusión no puede obviarse el efecto que tiene en el mercado (y en la creación y acceso a la cultura) la legislación.

También hemos apuntado, tangencialmente, ya que escapa del objeto de este estudio, que un robustecimiento de los derechos puede generar una tendencia hacia el oligopolio con un riesgo evidente: que las grandes corporaciones tengan la tentación de controlar la producción y la distribución de los bienes inmateriales, para bien o para mal. Una estructura como la descrita en el apartado precedente tiene el riesgo de eliminar creadores cuya función es la crítica constructiva o aportar una pluralidad de opiniones o visiones a una determinada cuestión, normalmente minoritaria.

En el caso español, creo que nuestra ley adolece de cierta coherencia o falta de perspectiva global en su planteamiento. El hecho de que se centre en la protección del autor (con criterios de justicia) y, en los titulares de derechos conexos hace que se pierda la visión de conjunto. Como ejemplos analizados en este trabajo se pueden mencionar el caso de los empresarios que gozan de un derecho de exclusiva y los que no: en el momento en el que otorga un derecho de exclusiva al productor de fonogramas y al productor audiovisual y no lo hace con el editor de publicaciones, nos podemos preguntar ¿a qué planteamiento se está respondiendo? ¿En qué se justifica este trato discriminatorio? La respuesta, según he defendido, parece encontrarse en la mayor inversión que realizan los productores frente al editor. Si esa es la justificación, podemos preguntarnos si el productor musical sigue necesitando de dicha protección especial o si se deben ser los

nuevos agentes entrantes quienes gocen de la misma. Pero en definitiva, el problema es de conjunto ¿existe una visión global del sistema por parte del legislador? Mi opinión es que no.

En este mismo sentido también se ha puesto de manifiesto cómo la mayor protección del autor en el contrato de edición va menguando en el contrato de edición musical para ser muy reducida en el contrato de producción audiovisual. Con la entrada de nuevos agentes en el mercado y de nuevos modelos de negocio, se debería replantear si esa progresiva desprotección del autor en favor del empresario es positiva o no en términos del interés del público. A lo largo de este trabajo he intentado identificar aquellas situaciones en las que no parecía lógico. Creo que, a medida que la inversión por parte del empresario aumenta, nos alejamos más del Derecho europeo continental y nos acercamos más al derecho estadounidense.

Por tanto, creo que a la vista de los nuevos modelos de negocio es preciso defender una mayor aproximación al utilitarismo, tanto en la interpretación como en la creación de normas, en aras del interés del público. Esto no es incompatible con quienes defienden una justificación basada en la justicia, pero creo que los nuevos cambios reflejados en este trabajo nos deben llevar a ponderar más una interpretación más próxima al mercado. Incluso me atrevería a decir que es necesaria una reinterpretación de nuestra ley más centrada en el sistema que en el autor.

Querría anotar que, como ya he insistido, la regulación tiene que alejarse de la tecnología concreta, no vinculándose a un único modelo de negocio. La Ley no puede ser un obstáculo para la entrada en el mercado o el desarrollo de diferentes modelos de negocio. La normativa debe permitir la posibilidad de desarrollar múltiples modelos que satisfagan las necesidades de los distintos perfiles de autores, empresarios y del público. Si algún modelo fracasa no debiera ser por razón de la normativa sino por el propio mercado.

#### **IV. EL EQUILIBRIO EN LA PROTECCIÓN CON LOS NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO**

Una vez constatada la importancia creciente de que el acceso a la cultura, como interés digno de protección, sea incorporado de manera clara a la interpretación y legislación española, toca apuntar qué grandes cambios derivados de los nuevos modelos de negocio se han identificado en esta obra para las tres industrias y el impacto que

tienen sobre la legislación que regula la relación entre autor y empresario.

## A. La creación: el concepto de autor

### 1. Cambios en las formas de creación

Del análisis realizado en cada una de las industrias, así como de la síntesis realizada en este capítulo sobre los nuevos modelos de negocio, creo que el cambio más trascendente que se produce en la fase de creación de una obra es la mutación del concepto de autor.

Si analizamos un poco más en profundidad este aspecto, seguramente podemos decir que el concepto social de autor va variando según el momento histórico, como pone de manifiesto FOUCAULT<sup>878</sup>. Es cierto que en determinados momentos el autor únicamente era la representación de un determinado relato, sin que existiese una relación directa entre el creador y la obra, como sucedía en la Antigüedad con Homero. En otras épocas, la concepción de autoría era colectiva, como el trabajo de un gremio o grupo social, como sucede hasta finales de la Edad Media en la literatura, el arte y la arquitectura. No es hasta el Renacimiento en el que el individuo es plenamente consciente de su trabajo individual<sup>879</sup>.

Desde el punto de vista del Derecho, no es hasta 1710, con el Estatuto de Ana, que se reconocen derechos al autor, además de al impresor<sup>880</sup>. Sin embargo, resulta curioso que, el primer privilegio que se concede no es para un autor sino para un impresor, John de

---

<sup>878</sup> Pese a que no comparto el concepto de autor fuertemente ideologizado que expresa FOUCAULT, ya que supondría abolir el sistema de propiedad intelectual, me parecen muy interesantes sus reflexiones, en especial, por lo que se refiere a la «función autor» y cómo expresa los cambios en el sistema de propiedad intelectual: «Hay que señalar que tal propiedad fue históricamente segunda con respecto a lo que podría llamarse la apropiación penal. Los textos, los libros, los discursos comenzaron realmente a tener autores (distintos de los personajes míticos, distintos de las grandes figuras sacralizadas y sacralizantes) en la medida en que podía castigarse al autor, es decir, en la medida en que los discursos podían ser transgresivos. El discurso, en nuestra cultura (y sin duda en muchas otras), no era, originalmente un producto, una cosa, un bien; era esencialmente un acto —un acto colocado en el campo bipolar de lo sagrado y de lo profano, de lo lícito y de lo ilícito, de lo religioso y de lo blasfemo. Históricamente ha sido un gesto cargado de riesgos antes de ser un bien trabado en un circuito de propiedades. Y cuando se instauró un régimen de propiedad para los textos, cuando se decretaron reglas estrictas sobre los derechos del autor, sobre las relaciones autores-editores, sobre los derechos de reproducción, etcétera —es decir, a finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX— es en ese momento que la posibilidad de transgresión perteneciente al acto de escribir tomó cada vez más el cariz de un imperativo propio a la literatura. Como si el autor, a partir del momento en que fue colocado en el sistema de propiedad que caracteriza nuestra sociedad, compensara el estatuto que así recibía al encontrar el antiguo campo bipolar del discurso, practicando sistemáticamente la transgresión, restaurando el peligro de una escritura a la que, por otro lado, se le garantizaban los beneficios de la propiedad» (M. FOUCAULT, «¿Qué es un autor?», pp. 14-15).

<sup>879</sup> BARTHES lo expresa de la siguiente forma: «El autor es un personaje moderno, producido indudablemente por nuestra sociedad, en la medida que ésta, al salir de la Edad Media y gracias al empirismo inglés, el racionalismo francés y la fe personal de la Reforma, descubre el prestigio del individuo o, dicho de manera más noble, de la «persona humana» (R. BARTHES, *La muerte del autor*, p. 1. Disponible en: <http://www.cubaliteraria.cu/revista/laetradelescriba/n51/articulo-4.html>).

<sup>880</sup> M. ROSE, *Authors and owners. The invention of Copyright*, p. 49.

Speyer, en 1469, que es quien parece que introdujo la imprenta en Venecia<sup>881</sup>.

En la actualidad, el concepto de autor que acoge nuestra vigente legislación es propia del Romanticismo, imaginando un genio solitario y desvalido. Sin embargo, creo que el concepto de autor ya no es unívoco y junto a ese concepto romántico surgen en la actualidad otros perfiles de autor que rompen con esa concepción, como hemos podido observar a lo largo de este trabajo (desde la autopublicación a través de plataformas como Direct Publishing de Amazon hasta la difusión de música a través de plataformas como iTunes).

## 2. Un solo enfoque legislativo para muchos perfiles de autor

Prueba de que el concepto de autor está cambiando y que el concepto recogido en nuestra legislación va quedando obsoleto lo encontramos en los diferentes tipos de autor que hemos ido identificando a lo largo de este trabajo. Una primera muestra es que la Ley centra sus esfuerzos en el autor independiente, dedicando un único precepto explícito al autor asalariado (artículo 51 LPI, sin perjuicio de la aplicación de otros preceptos, como los derechos morales) cuando, en el mercado actual, una gran mayoría de autores trabajan en nómina para empresas (pensemos en universidades, por ejemplo).

Centrándonos en los autores independientes y recogiendo los perfiles identificados a lo largo del trabajo, podemos decir que existen diferentes perfiles de autores con diferentes necesidades a los que haremos referencia para demostrar que no responden al concepto de autor decimonónico de nuestra Ley:

### 1. Autores basados en la gratuidad

Hemos constatado que muchos autores dan difusión a su obra en el mercado mediante sistemas que se fundamentan en la gratuidad.

La motivación de estos autores para crear y difundir puede que no sea económica (como hemos analizado en el segundo capítulo y que puede englobar a autores como los profesores universitarios). O puede que la necesidad de gratuidad que buscan estos autores (o empresarios, en su caso) venga dada por haber optado por un modelo de negocio en el que los ingresos se deriven de la publicidad o de actividades relacionadas (como hemos visto con

---

<sup>881</sup> M. ROSE, *Authors and owners. The invention of Copyright*, p. 10.

aquellos músicos cuyos ingresos provienen de los conciertos o del *merchandising*, o aquellos que BENKLER denomina «abogados académicos»).

Creo que la actual legislación no protege los intereses de estos autores, en especial, si impone la gestión colectiva obligatoria de sus derechos.

## 2. Creación colaborativa

También se ha analizado el alza de las formas de creación colaborativas gracias a las nuevas tecnologías. En estos supuestos, los autores pueden colaborar, muchas veces sin necesidad de conocerse y puede que, además, sus contribuciones sean desinteresadas, como veíamos en el caso anterior.

Seguramente hemos pasado de un modelo de intercambiar a un modelo de compartir. El concepto de autor romántico, basado en el individuo, encaja mal con este concepto de creación colectiva y masiva<sup>882</sup>. Quizá es momento de repensar la categoría de obra en colaboración para aquellas obras creadas en red, en las que no haya un líder claro que lleve la iniciativa, pero sean contribución de múltiples aportaciones anónimas. Estas comunidades, pese a no tener personalidad jurídica, podrían gestionar sus derechos a través de un representante o, si es inviable, entender que están en dominio público para otorgar la necesaria seguridad jurídica a quien las quiera utilizar.

No suscribo la posición de BARTHES y FOUCAULT de que el autor ha muerto y que la obra, una vez creada se independiza del autor, existiendo sólo el lector<sup>883</sup>. Sin embargo, creo que la configuración de este tipo de autor no es individualista y encaja mal con la actual configuración de la obra en colaboración.

---

<sup>882</sup> A. GEORGE, *Constructing intellectual property*, pp. 175-177.

<sup>883</sup> BARTHES sostiene, desde un punto de vista literario, que el autor muere en favor del lector: «De esta manera se desvela el sentido total de la escritura: un texto está formado por escrituras múltiples, procedentes de varias culturas y que, unas con otras, establecen un diálogo, una parodia, un cuestionamiento; pero existe un lugar en el que se recoge toda esa multiplicidad, y ese lugar no es el autor, como hasta hoy se ha dicho, sino el lector: el lector es el espacio mismo en que se inscriben, sin que se pierda ni una, todas las citas que constituyen una escritura; la unidad del texto no está en su origen, sino en su destino, pero este destino ya no puede seguir siendo personal: el lector es un hombre sin historia, sin biografía, sin psicología; él es tan sólo ese alguien que mantiene reunidas en un mismo campo todas las huellas que constituyen el escrito. Y esta es la razón por la cual nos resulta risible oír cómo se condena la nueva escritura en nombre de un humanismo que se erige, hipócritamente, en campeón de los derechos del lector. La crítica clásica no se ha ocupado del lector; para ella no hay en la literatura otro hombre que el que la escribe. Hoy en día estamos empezando a no caer en la trampa de esa especie de antífrasis gracias a la que la buena sociedad recrimina soberbiamente a favor de lo que precisamente ella misma está apartando, ignorando, sofocando o destruyendo; sabemos que para devolverle su porvenir a la escritura hay que darle la vuelta al mito: el nacimiento del lector se paga con la muerte del Autor» (R. BARTHES, *La muerte del autor*, p. 1. Disponible en: <http://www.cubaliteraria.cu/revista/laletradelescriba/n51/articulo-4.html>).

### 3. Prosumers

Otro fenómeno íntimamente ligado con el anterior es la existencia de usuarios que, individual o colectivamente, se apartan de su condición de consumidores para crear obras, la mayoría derivadas, a través de la edición de los materiales que hoy en día están al alcance de cualquiera (en especial el «cortar y pegar»). Desde novelas y poemas hasta música y obras audiovisuales se están creando de forma diferente. Son comunes los *samples* o *remixes* en la nueva creatividad.

Ante este nuevo fenómeno, que parte de la doctrina define como «apropiación», cabe preguntarse cómo debe actuar la legislación. Hay quien aboga por limitar los derechos de exclusiva de manera que únicamente permitan al titular ejercer el *ius prohibendi* frente al uso de copias exactas o casi idénticas del original. Esto permitiría la creación de obras muy parecidas sin que esto supusiese la infracción de un derecho de exclusiva<sup>884</sup>. En otras palabras, se estaría adoptando un criterio de originalidad mínimo que, en mi opinión, podría dañar al titular original puesto que sería convertir el derecho de exclusiva en inútil dado que no se podría ejercitar prácticamente nunca, con la consiguiente pérdida de valor económico. A mayor exigencia de originalidad, mayor valor económico para el titular de los derechos exclusivos.

Creo que el límite que se debe poner al derecho de exclusiva tiene que estar alineado con la protección de los intereses económicos de autor y empresario y en equilibrio con el del público. Para mí, el elemento esencial para valorar si el uso de la obra por un *prosumer* atenta contra los intereses de los titulares de los derechos es si la obra creada por el consumidor-autor puede afectar a la normal explotación de la obra original (normalmente a través de la proporcionalidad del uso de la obra). Si no afecta, el derecho de exclusiva debería limitarse y permitir el uso. En caso contrario, debería prevalecer el derecho y no el límite y buscar formas para satisfacer al titular de los derechos. No es un razonamiento nuevo, ya que está implícito tanto en *el fair use* como en la «regla de los tres pasos» europea<sup>885</sup>. Incluso en la propuesta de Código Europeo de Derechos de Autor del Proyecto Wittem se recoge un criterio parecido en el artículo 5.1<sup>886</sup>.

---

<sup>884</sup> N. W. NETANEL, *Copyright's paradox*, p. 196.

<sup>885</sup> De hecho, un grupo de intelectuales ha propuesto una interpretación flexible en este sentido en la *Declaración por una interpretación equilibrada de la «Regla de los Tres Pasos» en el Derecho de Autor*. (Disponible en: [http://www.ip.mpg.de/fileadmin/user\\_upload/declaration\\_three\\_step\\_test\\_final\\_spanish1.pdf](http://www.ip.mpg.de/fileadmin/user_upload/declaration_three_step_test_final_spanish1.pdf)).

<sup>886</sup> El citado código establece el siguiente límite:

«Art. 5.1 – *Uses with minimal economic significance*

*The following uses with minimal economic significance are permitted without authorisation, and without remuneration:*



Por tanto, un caso como el de un *remix*, en el que se utiliza una porción insignificante, que en ningún caso va a ser un sustitutivo de la obra original, ni se va a aprovechar de la inversión realizada por el creador (o empresario) original, debería suponer un límite al derecho de exclusiva. Tampoco los intereses morales del autor se verán afectados, ya que en estos casos queda patente que el autor está al margen de la creación derivada (quizá no sea ni reconocible) y no se le podrá atribuir la paternidad de la obra. Por tanto, al no ser reconocido como padre de la obra derivada, la modificación de su obra no le causa un perjuicio. En todo caso, serían válidas soluciones como la de la profesora LITMAN, que propone que se obligue a que estas obras derivadas vayan acompañadas de un aviso en el que se informe al usuario de que no está ante la versión original, pudiendo incluso establecer un enlace a la obra original<sup>887</sup>. Seguramente la solución de la citada autora sea válida, pero dependerá del tipo de formato de la obra puesto que en dispositivos con pequeñas pantallas debería constar el aviso antes o después.

Cuestión distinta es si quien realiza la obra derivada lo hace con fines comerciales o no. Entiendo que si tiene fines comerciales, los titulares de los derechos deberán participar de estos beneficios, bajo el mismo argumento por el que el propietario de un hotel hace participar a los autores por disponer de televisiones pero no el dentista, como hemos analizado.

Por último, mencionar que el concepto de autor va íntimamente ligado al de originalidad, ya que únicamente aquel que cree una obra original será considerado autor según nuestro Derecho (artículo 10 LPI). El concepto de originalidad no es fácil de definir y varía según el sistema jurídico en el que nos encontremos<sup>888</sup>. Lo que sí que parece es que mayor será la originalidad exigida cuanto más próximos al concepto de autor romántico nos encontremos (los sistemas de Derecho continental europeo) y menos exigente a medida que nos alejemos (y nos aproximemos a los sistemas anglosajones más focalizados en el mercado que en el derecho de autor como propiedad). Pese a que existe cierta armonización del

---

(1) *the making of a back-up copy of a work by a person having a right to use it and insofar as it is necessary for that use;*

(2) *the incidental inclusion of a work in other material;*

(3) *use in connection with the demonstration or repair of equipment, or the reconstruction of an original or a copy of a work».*

(Disponible

en:

[http://www.ip.mpg.de/fileadmin/user\\_upload/declaration\\_three\\_step\\_test\\_final\\_spanish1.pdf](http://www.ip.mpg.de/fileadmin/user_upload/declaration_three_step_test_final_spanish1.pdf)).

<sup>887</sup> J. LITMAN, *Digital Copyright*, p. 185.

<sup>888</sup> ROSATI clasifica el concepto de originalidad en cuatro grandes grupos que, de más restrictivo a menos restrictivo, serían: i) el estándar continental europeo de la creación intelectual de autor, ii) el «grado mínimo de creatividad» estadounidense, iii) la necesidad de un esfuerzo intelectual que no sea mecánico y trivial canadiense y iv) el *skill and labor* propio de Reino Unido (E. ROSATI, *Originality in EU Copyright. Full Harmonization through Case Law*, p. 60).

concepto de originalidad a nivel europeo introducida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estableciendo un estándar de originalidad más próximo al sistema continental, especialmente desde el caso *Infopaq*<sup>889</sup>, será necesaria una aproximación normativa entre ambos sistemas en el seno de la Unión Europea.

En todo caso, nuestra legislación no contempla estas formas de creación.

#### 4. El autor-empresario

Pero no sólo el concepto de autor ha cambiado en cuanto a la forma de crear sino que podemos decir que muchos autores, en los tres sectores analizados, exceden los límites de la autoría y entran en la dimensión empresarial. Los cambios que hemos analizado en las formas de producción de las obras de propiedad intelectual han puesto al alcance de los autores el poder ser también empresarios. La tecnología permite no sólo la creación de contenidos sino también su difusión. Pensemos en ejemplos como la autoedición en el sector editorial, con sistemas como el comentado Kindle Direct Publishing de Amazon, o el explicado descenso de los costes de grabación de un álbum musical y la facilidad de difundirlo a través de plataformas especializadas.

El cambio de este rol del autor no es nuevo en nuestro Derecho y creo que tampoco presenta una gran complejidad ya que el autor asumirá los dos roles sin que esto tenga especial problemática jurídica.

### 3. Los tipos de autor y la creatividad

La conclusión de todo lo expuesto no puede ser otra que la de afirmar que, como consecuencia de los nuevos modelos de negocio, se debe repensar el concepto de autor recogido en nuestra Ley.

Es conveniente citar en este aspecto a SMIERS, quien sostiene que el sistema actual de propiedad intelectual presenta dos defectos: el primero es que no tiene en cuenta al «artista promedio», sino que únicamente se centra en los artistas famosos y en las grandes empresas, olvidando a la gran mayoría de autores y artistas para quienes el sistema no presenta un incentivo para la creación. Para

---

<sup>889</sup> STJUE de 16 de julio de 2009, caso *Infopaq* (C-05/08). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddaae3c24126d847fb83a1cf5b1c433290.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRch90?text=&docid=72482&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=490316>.

este autor, la digitalización es una gran oportunidad puesto que «secciona las raíces del sistema» (es decir, el proceso de adaptación creativa) y, difundiendo la distinción entre idea y expresión e inspirándose en obras previas, fomenta la creatividad.

En cuanto a este punto (el fomento de la creatividad), este autor entiende que el segundo defecto es el «malentendido» en que se fundamenta la base filosófica del sistema: que la originalidad de los autores es inagotable. Para SMIERS esto es falso puesto que cualquier autor se inspira en obras preexistentes a las que añade conocimiento y creatividad, pero que son parte del dominio público. Por tanto, debe evitarse que las obras salgan de ese dominio público y caigan en manos privadas.

Su propuesta alternativa al derecho de exclusividad es un sistema en el que los bienes inmateriales pertenezcan al dominio público desde su creación y, como apoyaban BOLDRIN y LEVINE, el autor obtenga su remuneración en función de la ventaja competitiva que le otorga ser el primero en comercializar el producto. Para aquellos casos en los que el proyecto cultural requiera de una elevada inversión y comporte importantes riesgos, excepcionalmente se otorgaría al creador un usufructo temporal (generalmente de un año) sobre el bien creado (que sería público), que no deja de ser un derecho exclusivo de menor duración. Y por último, para aquellos casos en los que el mercado no tenga capacidad de retornar la inversión, se acudiría a un sistema de subsidios públicos (como sucede con las líneas ferroviarias no rentables). Este autor advierte que deberán regularse los canales de distribución de los grandes grupos empresariales para permitir la distribución de los contenidos<sup>890</sup>.

El sistema propuesto por SMIERS creo que presenta varias incertidumbres difícilmente asumibles. La intención de este autor no es tanto eliminar el sistema de derechos de exclusiva como garantizar una pluralidad de agentes en el mercado que asegure la riqueza cultural, luchando contra el oligopolio, y retribuir a los autores. El problema es que en la lucha por eliminar los oligopolios esta fórmula puede acabar con los sistemas de comercialización de contenidos. Estos sistemas, que son eficientes en un mercado competitivo, pueden convertirse en insostenibles por falta de incentivos (en especial las emisiones de obras o grabaciones audiovisuales) ya que no se podría impedir la retransmisión simultánea. Sin perjuicio de que regular dichos canales como si fueran redes públicas, comportará, además de desincentivar la inversión para el propietario, una injerencia sobre la propiedad privada desproporcionada.

---

<sup>890</sup> J. SMIERS, *Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*, pp. 291-298.

Al analizar cada uno de los sectores, SMIERS acaba concluyendo que al editorial, teatral y audiovisual se les deberá otorgar un derecho de exclusiva temporal<sup>891</sup> y respecto al audiovisual contempla también las subvenciones. Al musical es al único que, por contar con otras vías de ingresos como los conciertos, salva del derecho de exclusiva. Tampoco expresa cómo se decidirá de manera objetiva y cuándo se otorgará un derecho de exclusiva o una subvención. En fin, parece que sobre estas bases no es viable la eliminación del sistema: la discusión se centra en la duración del mismo.

Añade este autor que lo descrito se ve agravado por la estructura de mercado, tendente a la concentración y, por tanto, al oligopolio en todas las industrias. Si los medios de producción están en manos de unos pocos, hay un riesgo para la libertad de expresión y, en general, para la cultura, que va más allá del derecho de autor. Si continúa el proceso de integración vertical y la configuración de grandes grupos, no sólo se producirán efectos sobre el consumidor final, en términos de precios y acceso a contenido (puesto que será más rentable producir pocas obras, quizá con mayores costes, pero que lleguen a más público, como vimos que sucede con los *best sellers* editoriales), sino que los propietarios de los grandes medios serán quienes ejercerán un importante poder de determinar qué obras y qué artistas han de ser los relevantes para la sociedad en detrimento del resto<sup>892</sup>.

Coincido con SMIERS en que el actual sistema legislativo únicamente tiene en cuenta un tipo de autor que, precisamente, no es el «autor promedio». También comparto la preocupación por la existencia de un oligopolio que tenga efectos sobre la cultura. Quizá, como comenta GERBNER<sup>893</sup>, hemos pasado de una cultura en la que las historias sobre la gente, la vida y los valores nos eran contadas por nuestros padres, la escuela, la iglesia u otras instituciones comunitarias a una cultura en la que son los grupos de empresas los que nos cuentan historias y valores, principalmente a través de la televisión (y hoy también a través de Internet) pero con la diferencia de que las empresas tienen siempre algo que vender, lo que puede distorsionar el relato. Y eso es un riesgo que no se debe de perder de vista.

---

<sup>891</sup> J. SMIERS, *Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*, pp. 298-302. Se debe comentar que SMIERS, en una segunda aproximación, defiende con mayor contundencia su modelo llegando a la conclusión de que si se eliminan los oligopolios no existirán incentivos a la copia, cuestión que entiendo muy discutible (J. SMIERS y M. VAN SCHIJNDEL, *Imagine... No copyright*, pp. 184-207).

<sup>892</sup> En este sentido, SMIERS manifiesta que «se trata del poder de seleccionar a un puñado de artistas y desestimar al resto, y brindar distribución masiva y promoción a los artistas elegidos. Esas decisiones clave limitan, y en gran medida crean, el campo de las opciones culturales, las cuales son percibidas por muchos como las únicas existentes» (J. SMIERS, *Un mundo sin copyright. Arte y medios en la globalización*, p. 57).

<sup>893</sup> G. GERBNER, «Marketing global mayhem», en *Javnost/The Public*, núm. 2, vol. 2, 1995. (Disponible en: <http://web.asc.upenn.edu/gerbner/Asset.aspx?assetID=1607>).

Sin embargo, el sistema que propone no es más que sustituir la iniciativa privada en el sector cultural por un sistema en el que el eje central sea el poder público, que será quien decida quién recibe derechos de exclusiva temporal o subvenciones y que no puedo compartir. En ningún caso está replanteando el concepto de autor.

En mi opinión, volverse a plantear el concepto de autor para dar entrada en la legislación a los distintos perfiles creativos<sup>894</sup> pasa por reconocer que el concepto romántico de autor ya no es el mayoritario y, por tanto, no puede monopolizar la concepción de la Ley. Esto me lleva a preguntarme ¿por qué no dar una oportunidad a los autores para que decidan cómo quieren comercializar sus obras? ¿Por qué no abandonar el paternalismo y la concepción del autor como parte débil y evitar los derechos de remuneración irrenunciables o la gestión colectiva obligatoria?

Creo que el nuevo concepto de autor implica una mayor autonomía del creador y el empresario en sus relaciones contractuales para que puedan configurar su propio marco de interacción, lo que no es sinónimo de desproteger al autor. En línea con lo ya defendido en este trabajo, dotar de una mayor autonomía de la voluntad a los contratos entre autor y empresario implicaría centrarse en el sistema (y los efectos de la regulación en el mercado) y no tanto en el autor, que parece que en muchas ocasiones no es la parte débil de la relación (en especial autores consagrados).

## **B. La producción y la distribución: cambios en la gestión**

Tras analizar la primera fase de la cadena de valor, la creación, nos detenemos ahora en la producción y la distribución.

Es un hecho que el descenso en el precio de los ordenadores, la comunicación y el almacenamiento ha puesto los medios materiales de la información y de la producción cultural en manos de una parte significativa de la población mundial<sup>895</sup>. Como hemos visto, este hecho ha provocado que la producción en todas las industrias analizadas también se haya abaratado (quizá la audiovisual sea la que menos ha experimentado este cambio), permitiendo la entrada de pequeños empresarios. Otro factor que se ha abaratado es el de la

---

<sup>894</sup> Incluso la voluntad del autor puede cambiar con el tiempo. Quizá haya autores que inicien la difusión de una obra permitiendo que sea gratuita y, una vez con cierta difusión, ejercer el derecho de remuneración (por ejemplo periodistas que permitan el libre uso de sus primeros artículos para hacerse un nombre y, una vez tengan reputación, distribuirlos a cambio de una contraprestación por parte de los prestadores de *clipping*).

<sup>895</sup> Esta afirmación es de BENKLER quien estima que la población con acceso a estos medios está en torno a mil millones de personas (Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How social production transforms markets and freedom*, p. 3).

distribución, apareciendo nuevos agentes de perfil tecnológico que son ajenos a estas industrias.

De hecho, se ha puesto de relieve en el análisis de cada sector la aparición de nuevos agentes provenientes del sector tecnológico que están desplazando a los agentes tradicionales y que están dando lugar a nuevas formas de producción y distribución. Aunque no afecte directamente a la relación entre el autor y el empresario, creo que una reflexión inevitable de futuro será la de ponderar si tiene sentido mantener un derecho de exclusiva a productores (especialmente fonográficos) cuya principal función será la de promoción de la obra ya que la grabación de la misma no requiere un coste excepcional. Si se opta por mantener dicho derecho, también nos podemos plantear si hay que ampliarlo al editor o a los nuevos agentes que entre en el mercado.

En todo caso, brindar la oportunidad de crear nuevos canales que permitan satisfacer nuevas necesidades es relevante también para la lucha contra la piratería. En este sentido es interesante la conclusión a la que llega el informe *Converting Pirates without Cannibalizing Purchasers: The Impact of Digital Distribution on Physical Sales and Internet Piracy*<sup>896</sup>, conforme al cual los usuarios que utilizarían un canal de acceso legal a obras se ven desplazados hacia el acceso ilegal en caso de que no exista ese canal legal. Se demuestra en el estudio que el acceso ilegal a contenidos tiene un coste fijo para muchos usuarios (no expresado necesariamente en valor económico, sino que puede consistir en un coste de aprendizaje o un coste ético). Dichos usuarios prefieren satisfacer ese coste fijo para acceder legalmente a obras pero si no existen canales legales, se desplazan hacia canales ilegales. Esto lleva a reforzar la idea de que es necesaria la existencia de canales legales de distribución de bienes inmateriales para combatir la piratería, cosa que se consigue permitiendo la iniciativa privada de los autores y empresarios con sus distintos modelos de negocio.

En el sector editorial, como hemos visto, se debe revisar el concepto de impresor y de distribuidor a la luz de estos cambios. O bien se adapta el concepto existente o se evoluciona hacia otro concepto que designe las labores que realizarán los nuevos agentes que se dedican a adaptar los contenidos para su distribución en la red y a comercializarlos.

Quizá el cambio más importante que se ha puesto de manifiesto se produce en la distribución. La inmaterialidad de las obras musicales, audiovisuales y editoriales conlleva la eliminación de los *stocks*, cuya

---

<sup>896</sup> B. DANAHER, S. DHANASOBHON, M. D. SMITH y R. TELANG, «Converting Pirates without Cannibalizing Purchasers: The Impact of Digital Distribution on Physical Sales and Internet Piracy», p. 32. (Disponible en: [http://www.heinz.cmu.edu/~rtelang/ms\\_nbc.pdf](http://www.heinz.cmu.edu/~rtelang/ms_nbc.pdf)).

gestión ha sido un elemento considerable a tener en cuenta para la difusión de las obras. En un entorno físico, quien decide poner a disposición libros, discos o películas tiene una limitación física de almacenamiento de los productos y unos costes logísticos en caso de pedir nuevas obras solicitadas por los clientes. Como observamos al tratar el caso de los libros, se replica la relación que se da en el mercado inmobiliario entre el precio del alquiler y la disposición de *stock*, en el que están íntimamente vinculados. En un entorno digital, dicho problema desaparece, por lo que el almacenamiento de obras a disposición del público no se ve limitada por el espacio físico sino que puede tender al infinito, con los únicos costes del mantenimiento del servidor.

La principal consecuencia que se deriva de esta circunstancia es que las obras pueden estar mayor tiempo a disposición del público, evitando su retirada en cuanto decaen las ventas por la necesidad de dejar el espacio a otros artículos más rentables sin que quizá hayan llegado a todos sus posibles destinatarios. Esto también permite que una obra tenga un periodo más amplio de amortización, pudiendo diseñarse obras para nichos minoritarios que no se verán obligados a consumirlas en un periodo limitado de tiempo bajo la espada de Damocles de la descatalogación o para un público que, quizá en un determinado momento, no esté interesado en una concreta obra pero que, con el paso del tiempo, pueda estarlo.

Lo expuesto permite admitir otros modelos de negocio que no estén basados en el *best seller*, los *hits* o las superproducciones. Por tanto, debería ser posible la convivencia de mercados basados en gran volumen de ventas con mercados basados en ventas menos concentradas pero más prolongadas en el tiempo, lo que es sinónimo de una mayor pluralidad tanto desde el punto de vista de la creación y la producción, como desde el punto de vista del gusto del consumidor. Son modelos de negocio distintos. ANDERSON define gráficamente este fenómeno como el «fin de la regla 80/20»<sup>897</sup>, es decir, aquella que establece que el 20 % del producto lanzado al mercado por un empresario genera el 80 % de sus ingresos, habitual en el sector cultural. Esto implica que el 20 % de las obras financia al 80 % que no son rentables. Según este autor, la permanencia en el mercado de las obras durante más tiempo lleva a que el 80 % no rentable acabe siéndolo puesto que podrá alcanzar a nichos de mercado específicos que no compran éxitos o a los que cuesta llegar en un corto lapso de tiempo. Es lo que define como la «*economía Long Tail*»<sup>898</sup>.

---

<sup>897</sup> C.ANDERSON, *La Economía Long Tail. De los mercados de masas al triunfo de lo minoritario*, pp. 184-189.

<sup>898</sup> ANDERSON explica que el nombre nace del análisis de las ventas *online* de música a través de la plataforma Rhapsody. Al representar gráficamente las ventas comenta que la curva «comenzaba como cualquier otra curva de la demanda, definida por la popularidad. Algunas canciones de éxito habían sido descargadas un gran número de veces en el extremo superior de la curva, y luego la curva descendía

Como se ha dicho, todo esto favorece, no sólo que los autores asuman funciones empresariales sino que pequeños empresarios puedan tener su espacio en el entorno digital, al ampliarse el mercado a la globalidad. Quizá no tenga sentido abrir una tienda física en una ciudad de medio millón de habitantes para un nicho de mercado minoritario del 1 %. Sin embargo, si el mercado potencial no tiene fronteras, compensa constituir una empresa para un nicho del 1 % mundial. Pueden existir nuevos productores y nuevos distribuidores ya que las barreras de entrada al mercado se han rebajado. Esto obliga a replantearse, como hemos hecho para cada sector, las relaciones entre autor y empresario, así como de éstos frente al público. Una de las cuestiones que hemos apuntado, especialmente en el sector editorial, es la de concebir las cesiones por idiomas y no por territorios. El denominado *geoblocking* es un verdadero problema para la comercialización de contenidos. Sirva como ejemplo que la eliminación de estas trabas aparece tres veces en el Informe sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, además de constar en la Agenda Digital de la Comisión.

Otra cuestión que se debe replantear en todos los contratos analizados, es el contenido de la obligación de promoción de la obra que, salvo excepciones, deberá incluir la promoción de las obras en la red (salvo que expresamente se excluya o se deduzca del contrato la inutilidad de la misma).

Por otra parte, como también se ha venido insistiendo, la importancia en un mercado donde hay una variedad de oferta tendente al infinito cobra gran importancia el sistema de búsqueda de las obras o, dicho de otra manera, cómo las obras llegan al público (o a cada público). En este aspecto se ha demostrado que la tecnología digital admite sistemas más eficientes de búsqueda y estructuras más adaptadas a cada público. ANDERSON comenta que «la solución no es limitar las opciones, sino ordenarlas para que no resulten abrumadoras»<sup>899</sup>.

Hemos destacado en el sector editorial la importancia del *software* como herramienta de gestión, tanto para clasificar como para facilitar

---

empinadamente con los temas musicales menos populares. Pero lo más curioso era que nunca descendía hasta cero. Observé la posición número 100.000, y las descargas por mes seguían siendo por millares. Y la curva no se detenía: 200.000, 300.000, 400.000. Ninguna tienda podría haber tenido semejante inventario. Sin embargo, allí todavía había demanda. Hacía el final de la curva, sólo se descargaban cuatro o cinco temas por mes, per la curva todavía no estaba en cero. En estadística, las curvas como éstas se llaman «distribuciones de larga cola» porque el extremo inferior de la curva es muy largo en relación con el extremo superior. De modo que me concentré en esa prolongada línea, le puse un nombre y así nació «*The Long Tail*» (C. ANDERSON, *La Economía Long Tail. De los mercados de masas al triunfo de lo minoritario*, p. 23).

<sup>899</sup> C. ANDERSON, *La Economía Long Tail. De los mercados de masas al triunfo de lo minoritario*, p. 239.



la búsqueda. Sin embargo, estas herramientas parecen esenciales en todo el entorno digital. Muchas veces se apoyarán, como ya hemos insistido, en la propia recomendación de los usuarios.

En definitiva, las herramientas informáticas de clasificación y gestión de la información sobre obras culturales no sólo van a ser un instrumento interno de gestión sino que se van a convertir en armas de promoción. Esto añade una nueva función a los intermediarios, que deberán adaptarse al nuevo entorno; y parece lógico que sea un tema de obligada inclusión en los contratos entre autores y empresarios. El reenfoque de los intermediarios para cumplir esta misión es tan importante que hay quien pasa a denominarlos «agregadores»<sup>900</sup>, pese a que en el caso español se haya penalizado a los agregadores de noticias, no reconociéndoles esta función de encontrar obras en un mercado masivo.

### **C. Dos desequilibrios relevantes en la cadena de valor a favor de los derechos de exclusiva**

En este capítulo se ha defendido la necesidad de la existencia de un sistema de protección de la propiedad intelectual. Además, se ha puesto de manifiesto la creciente relevancia del acceso a la cultura como interés protegible, afirmando que la legislación española debe introducir una perspectiva utilitarista en su interpretación y, llegado el caso, en la modificación del texto.

En cuanto a la cadena de valor se ha analizado la parte correspondiente al autor, la creación, y posteriormente la parte que atañe al empresario, la producción y distribución. En cuanto a la fase de creación se ha defendido la existencia de múltiples perfiles de autor y, en consecuencia, la necesidad de que la legislación abandone la concepción romántica del autor que recoge el texto legal para dar cabida a todos esos perfiles diferentes de autor. El camino que se ha marcado ha sido el de abandonar una concepción legislativa autor-céntrica y pasar a una legislación centrada en el buen funcionamiento del sistema, que compagine los intereses del autor, del empresario (mediante el aumento de la autonomía de la voluntad en sus relaciones) y del público, también con una perspectiva utilitarista que tenga en cuenta los efectos sobre el mercado, además de las cuestiones de justicia. Por lo que se refiere a la producción y distribución, se ha apoyado la necesidad de reconfigurar los conceptos legales de impresor y distribuidor, así como de incluir en las obligaciones de promoción y gestión de la obra la actividad en red.

---

<sup>900</sup> C. ANDERSON, *La Economía Long Tail. De los mercados de masas al triunfo de lo minoritario*, p. 351.

Finalmente, en línea con lo expuesto, se quiere llamar la atención en dos desequilibrios puntuales entre los intereses del creador, del empresario y del público. Si bien se han analizado muchos más a lo largo de esta obra, creo que estos dos tienen especial relevancia para avanzar hacia un modelo de legislación como el apuntado en este capítulo.

### 1. La autonomía de la voluntad frente a los derechos de remuneración irrenunciable y de gestión colectiva

El primero de estos desequilibrios es la falta de autonomía de la voluntad en cuanto a determinados aspectos contractuales. En el caso de este trabajo se han analizado dos: i) el contemplado en el artículo 32.2 LPI y ii) el contemplado en el artículo 90 LPI.

El artículo 32.2, aplicable al sector editorial, regula el analizado caso de los agregadores de noticias y establece que los agregadores no deben solicitar autorización para agregar las noticias pero que deben satisfacer una compensación equitativa a los titulares de los derechos, que será irrenunciable y que deberá hacerse efectiva a través de las entidades de gestión de derechos de la propiedad intelectual.

El artículo 90, aplicable al sector audiovisual (y musical en el primer supuesto), regula los casos, también analizados, i) del alquiler de obras fonográficas y obras audiovisuales; ii) de las proyecciones públicas de obras audiovisuales (con y sin entrada), así como iii) el de las transmisiones al público de la misma (incluyendo la puesta a disposición del artículo 20.2.i). En estos casos se establece un derecho a percibir una remuneración por parte del autor, que será irrenunciable (artículos 90.2 y 90.6) y gestionada por las entidades de gestión de derechos de la propiedad intelectual (artículos 90.7 y 90.6).

En mi opinión, tanto el establecimiento de la irrenunciabilidad de estos derechos de remuneración como la obligatoriedad de la gestión a través de las entidades de gestión son una clara muestra de la concepción romántica del autor y un obstáculo para la distribución de las obras en base a los nuevos modelos de negocio.

Desde una visión decimonónica del autor, quien era objeto de expolio por parte del empresario debido a su débil posición negocial y a su desconocimiento del mercado, es lógico que se le proteja mediante la irrenunciabilidad de sus derechos o, incluso, obligando a que sea un tercero ajeno a la relación contractual quien gestione determinados derechos (en el bien entendido de que no le engañará). Es cierto que hoy día puede producirse una situación de abuso (por ejemplo,

determinados autores noveles) pero no parece que sea la situación más habitual ni que sea más grave que en otros campos ajenos a la creación. Además, el Derecho cuenta con remedios genéricos para evitar el abuso, desde la legislación de condiciones generales hasta la figura del enriquecimiento injusto. Incluso en el campo de la propiedad intelectual se disponen de mecanismos *ad hoc*, como el derecho de revisión, que he propuesto que se amplíe excepcionalmente a otras situaciones en las que exista desproporción, incluso en sistemas de remuneración proporcional si se diese el caso.

Admitiendo la posibilidad de situaciones de abuso por parte del empresario, creo que a la luz de lo expuesto en este trabajo, no parece lo más habitual en los nuevos modelos de negocio, donde los creadores responden a muchos perfiles y no están necesitados de esta protección que, en ocasiones, es un obstáculo para sus modelos de negocio. Esta contradicción es especialmente flagrante para el caso de aquellos autores que optan por modelos de negocio que implican la distribución gratuita de las obras (aunque parezca una *contraditio in terminis*): aquellos que crean para ganar prestigio, quien quiere fomentar la creación colaborativa o el que obtiene ingresos por otras vías (por ejemplo los compositores de música que prefieren darse a conocer para ganar el dinero en giras o conciertos). Fijémonos que en estos casos incluso el empresario puede estar de acuerdo con el autor en la forma de distribución, siendo la irrenunciabilidad y la gestión colectiva obligatoria un obstáculo para los mismos (p. ej. medios que quieren difundir sus noticias a través de agregadores gratuitamente para darse a conocer o aumentar el tráfico de sus páginas web con el consiguiente aumento de ingresos publicitarios por visitas).

Por tanto, creo que, en primer lugar, es necesario eliminar la irrenunciabilidad de los derechos y la gestión colectiva obligatoria en aras de una mayor autonomía de la voluntad de las partes. No quiero decir con eso que no existan derechos de remuneración, sino que los autores y productores puedan renunciar a los mismos de forma genérica (y revocable) para permitir la libre circulación de sus obras si así lo desean.

En segundo lugar, creo que también debe eliminarse la gestión colectiva obligatoria. Este tipo de gestión obligatoria conlleva que no exista competencia en servicios para los autores por parte de las entidades de gestión y tampoco de repertorio para el mercado. Debe permitirse que el autor y el productor decidan quién debe gestionar sus obras en función de sus intereses, lo que beneficiará el acceso a la cultura. Es cierto que debe establecerse un mecanismo de ventanilla única (pese a que éste se encuentra recurrido) tanto para entidades de gestión como para representantes privados de los

autores y productores que evite excesivos costes de transacción, como apunta la política europea, pero la gestión no obligatoria podría llevar, por ejemplo, a que los autores que quisieran poner a disposición del público su repertorio pudiesen agruparse y ofrecerlo.

En definitiva, abogo por sustituir estas imposiciones por una mayor autonomía de la voluntad de las partes, es decir, que cada cual pueda escoger el modelo que más se adecúa a sus necesidades. Creo que esta es la vía para que todos los tipos de autor puedan verse reconocidos en la Ley, además de permitir nuevos modelos de negocio, en especial, aquellos basados en la gratuidad, abandonando la concepción autor-céntrica de nuestro Derecho.

## 2. La excesiva duración de los derechos

El segundo desequilibrio a favor de los derechos de exclusiva y en detrimento del interés del público que quiero mencionar, por su trascendencia, es el de la duración de estos derechos.

En nuestra legislación el autor dispone de su derecho exclusivo patrimonial durante toda su vida. Además, sus herederos disfrutarán del mismo derecho durante setenta años tras su muerte (artículo 26 LPI). Los productores audiovisuales disponen de cincuenta años de protección desde la grabación (artículo 125 LPI), el mismo que aplicaba a los productores de fonogramas hasta que se amplió a setenta años<sup>901</sup> en un claro ejemplo de la tendencia al fortalecimiento de los derechos de exclusiva que comentábamos al inicio de este capítulo (artículo 119 LPI).

Las posturas frente al periodo de duración suelen ser firmes. Como ROGEL VIDE manifiesta: «Curiosamente, pues y como puede verse, la propiedad intelectual, siendo la más sagrada de todas, es temporal, sin que las razones esgrimidas para explicar dicha temporalidad (que no se predicaba en el XIX) sean plenamente convincentes, sobre todo teniendo en cuenta que los límites existentes respecto de dicha propiedad le permiten desempeñar su función social sobradamente.

Desde luego, no es de recibo la afirmación de que, al cabo de un tiempo, el autor ha de devolver a la sociedad la obra que, en parte, ha surgido de la misma, porque las obras no surgen, por generación espontánea, de sociedad alguna, y porque, además, los beneficiarios del dominio público no son los contemporáneos del autor, sino los

---

<sup>901</sup> La ampliación del plazo se produjo por mandato europeo, al trasponer la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

contemporáneos de sus nietos, completamente distintos y que nada tienen que ver con él»<sup>902</sup>.

La duración indefinida de los derechos de autor se entiende bien desde una perspectiva del derecho europeo de autor concebido como propiedad, además de protector de los intereses del autor en aras de la justicia. Quizá cueste más entenderlo desde una perspectiva utilitarista como la estadounidense ya que es dudoso que una duración indefinida pueda llegar a ser un incentivo determinante para fomentar la creación y el mercado atendiendo a que, una vez se han transmitido los derechos, a quien se protege es a la empresa titular de los mismos y no al autor.

Mark Twain, defensor de que los derechos de autor se extendiesen más allá de la vida del autor, durante la tramitación de la ley de *copyright* de 1909 en Estados Unidos, defendía su postura por tener hijas que no podían mantenerse por ellas mismas y que necesitarían los derechos de sus obras por un plazo de cincuenta años después de su muerte. Él mismo reconocía que sus hijas no podrían mantenerse a sí mismas porque no se las había educado para trabajar<sup>903</sup>. Seguramente, el momento histórico no es el mismo.

Ahora bien, en todo caso, la visión europea continental se ha impuesto, a través del Convenio de Berna, y actualmente se protege la existencia de este derecho a, prácticamente, las dos generaciones siguientes al autor (setenta años). Esta extensión también ha sido adoptada por los Estados Unidos al aceptar las disposiciones del tratado en 1989.

Desde el punto de vista utilitarista (el de si esa medida aporta un incentivo a la creatividad) creo que esa duración es excesiva. En el caso de los autores, no se vislumbra que la creación de obras haya de disminuir en caso de que se rebajaran los años de protección tras la muerte. No creo que ése sea el motor de la creación. Una medida como ésta implica consideraciones éticas que no son objeto de este análisis: si es lícito intentar garantizar el bienestar de dos generaciones posteriores al autor.

En el caso de los productores, también parece excesivo garantizar un periodo de cincuenta años e, incluso, ampliarlo a setenta por el simple hecho de que algunas obras famosas estén a punto de caer en el dominio público. Un periodo de cincuenta años es más que

---

<sup>902</sup> C. ROGEL VIDE, «Tensiones generales», en *Tensiones y conflictos sobre el derecho de autor en el siglo XXI. Materiales para la reforma de la Ley de propiedad intelectual*, pp. 53 y 54.

<sup>903</sup> P. BALDWIN, *The copyright wars. Three centuries of trans-Atlantic battle*, p. 253.

suficiente para amortizar la inversión y generar beneficios, aunque hay quien argumenta lo contrario<sup>904</sup>.

En ambos casos, el de autores y productores, hemos de partir de la base de que esta medida únicamente tiene incidencia real en aquellas obras que tienen éxito comercial, puesto que son las únicas que generan ingresos. Desde el punto de vista del autor, es lógico que se le retribuya durante toda su vida y ciertos años tras su muerte. Para los productores, se debe facilitar un plazo suficiente para que amorticen la inversión y ganen dinero. Pero los plazos actuales son excesivos, constituyendo una barrera desproporcionada al acceso a la cultura y a la creatividad. Éste es un claro ejemplo de una apropiación excesiva del excedente del consumidor por parte del productor<sup>905</sup>.

A favor de los plazos largos puede plantearse el supuesto de un éxito tardío de la obra, tras varios años de haberse creado y sin plazo para amortizar la inversión. En este caso, cincuenta años desde la grabación (tomando como referencia el periodo más corto establecido por la Ley) me parece un periodo más que razonable para que una obra pueda alcanzar el éxito. Si realmente llegase a suceder un supuesto como el descrito, bien podría articularse un derecho de revisión para casos excepcionales. No conviene regular tomando como referencia la excepción.

A mayor abundamiento, el efecto de plazos tan largos desincentiva la creación puesto que, una vez alcanzados determinados éxitos, la tendencia puede ser limitarse a gestionarlos, sin incentivo alguno para seguir creando. Es un fenómeno compartido con las patentes. La consecuencia de que una empresa se dedique administrar éxitos también puede llevar a una situación en la que los titulares de los derechos de exclusiva utilicen el monopolio del que disponen no para fomentar la creatividad, sino para un objetivo *contra natura* como impedir la lícita entrada de nuevos agentes en el mercado. En nuestro análisis hemos descrito cómo la creación de nuevos canales de comercialización para las obras se puede intentar evitar o ralentizar utilizando los derechos de exclusiva. El caso de la industria musical ha sido paradigmático. Quienes disponían de los derechos exclusivos han utilizado su posición de monopolio para evitar y retrasar el nacimiento de nuevos canales de comercialización que han beneficiado el acceso a la cultura. Aunque sea una hipótesis

---

<sup>904</sup> NOMEN denuncia la discriminación del productor audiovisual europeo frente al estadounidense puesto que el segundo goza de 95 años de protección. Argumenta que las nuevas tecnologías alargan la vida de las obras (ya que difuminan las ventas de explotación) y que, por esa razón, se debería prolongar la protección. Creo que se debería atender al criterio de amortización de la inversión y generación de beneficio y no al de la vida de la obra [E. NOMEN, «Desequilibrios de competencia entre productores audiovisuales de Estados Unidos y la Unión Europea dentro del territorio de ésta», en Xavier O'CALLAGHAN (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*», pp. 186 y 187].

<sup>905</sup> Acortar los plazos también abarataría los costes de transacción derivados de la búsqueda de titulares.

indemostrable, no es descabellado afirmar que sin la existencia de infractores como Napster no se hubiese abierto la puerta de la distribución a empresas ajenas al sector como Apple o Spotify.

En el ámbito de la relación entre el autor y el empresario se establecen determinados mecanismos para que el autor no se encuentre vinculado indefinidamente con el empresario (como el artículo 69 LPI para el contrato de edición y el 75 LPI para el contrato de edición teatral y ejecución musical). Ya he expresado que estas medidas me parecen correctas para el buen funcionamiento del mercado puesto que evita que el autor quede como rehén de un empresario y tenga oportunidad o de renegociar sus condiciones con el empresario o de buscar otro empresario en caso de que así lo considere.

# CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

## 1. Un entorno de cambio

El presente estudio ha partido de la constatación de los cambios tecnológicos, sociales y políticos acaecidos en las últimas décadas que se han traducido en una nueva configuración social, con impacto en los medios de producción y hábitos de consumo, que algunos autores han denominado como «Sociedad de la Información» o «Sociedad del Conocimiento».

Estos han afectado de una manera especial a las industrias culturales y creativas ya que éstas se definen por generar y distribuir bienes inmateriales que son los que se han visto afectados en mayor medida por los cambios mencionados. Dentro de éstas destacan los cambios de las industrias editorial, musical y audiovisual, que son las analizadas.

Un factor determinante de estos cambios, seguramente el más importante, es la generalización de los sistemas digitales, primero en el ámbito de la producción de contenidos y, posteriormente, en el ámbito del consumo. Las principales características de los soportes digitales son: i) la fidelidad (las copias de un original son idénticas a éste, sin degradarse la calidad); ii) la compresión (permite transmitir archivos digitales con facilidad, en especial a través de redes digitales), y iii) la maleabilidad (el archivo digital es fácilmente manipulable y copiable).

En el caso español, desde el punto de vista del consumidor, se ha podido constatar la existencia de un parque de equipos digitales diversificado (televisiones, tabletas, teléfonos, etc.) y con una alta penetración social. Además, los hogares españoles disponen de una amplia posibilidad de acceso a redes con estos equipos a velocidades de banda ancha, lo que permite un tráfico fluido de todo tipo de contenidos (incluidas las obras audiovisuales con buena calidad, que suelen tener mayor tamaño). Por último, también se ha constatado que los hábitos de consumo de los usuarios españoles es cada vez más digital (excepto por el libro, que crece a un menor ritmo). Estos tres factores conducen a las siguientes conclusiones:

- i) no estamos ante un fenómeno reducido sino que afecta transversalmente a la sociedad;



ii) la multiplicidad de tipos de dispositivos conllevarán diferentes tipos de acceso (profesional-ocio, activo-pasivo, fijo-móvil, etc.), con necesidad de contenidos adaptados a cada acceso;

iii) la convergencia tecnológica de los dispositivos puede llevar a la desaparición de equipos o que los existentes añadan nuevas funciones, afectando a los modelos de negocio.

Estos aspectos, que tendrán incidencia en los mercados de comercialización de contenidos, me han llevado a centrarme en el análisis de la relación entre el autor y el empresario, desde el punto de vista de los contratos regulados en la Ley de Propiedad Intelectual.

Desde el punto de vista jurídico, es relevante destacar que los sistemas que protegen la propiedad intelectual se suelen justificar en dos grandes bloques: i) aquellos que lo hacen basándose en el criterio de justicia y ii) aquellos que lo hacen basándose en el criterio de utilidad. Se ha constatado que ambas justificaciones son compatibles y pueden convivir bajo una misma legislación.

## 2. La industria editorial

### **1. Mercado**

En la industria editorial existen principalmente tres productos: los periódicos, las revistas y los libros.

#### Periódicos

El primero de ellos, el periódico, se define por ser una publicación de periodicidad diaria cuyo contenido es principalmente la información en sentido amplio.

Basan sus ingresos tanto en ventas y cuotas derivadas de suscripciones como en publicidad, siendo habituales los modelos mixtos.

Los periódicos tienen un alto coste fijo, derivado especialmente de los costes editoriales y administrativos, siendo una industria con costes marginales descendentes. Otro coste considerable es el del papel, materia prima de este medio. La volatilidad del precio que afecta a este soporte influye considerablemente en la rentabilidad del negocio.

La distribución de los periódicos se realiza a través de mayoristas y puntos de venta al detalle, que perciben un porcentaje de las ventas. También está consolidado el sistema de distribución a través de suscripción.

En cuanto a la demanda, ésta es sensible al precio, al posicionamiento editorial del periódico y a las promociones que éstos realizan en forma de obsequios o ventajas. También existen variables extraeconómicas (como la capacidad de influencia) que juegan un papel importante en el mercado, puesto que determinados medios pueden no actuar bajo criterios puramente económicos distorsionando el funcionamiento descrito.

Las características descritas hacen que estemos ante un mercado en el que son importantes las economías de escala en la producción y en la distribución. Eso lleva a que exista tendencia tanto a la concentración como a la integración vertical.

### Revistas

Las revistas son publicaciones periódicas que pueden tratar de varias materias o de una específica, que actualmente tienden a la especialización temática.

Las fuentes de ingresos de las revistas también son la publicidad y las ventas.

Por lo que se refiere a la estructura de costes, ésta es igual que la descrita para los periódicos.

Para la distribución también se debe reproducir lo dicho para los periódicos. Sin embargo, existe una diferencia. Los periódicos suelen dirigirse a un público local mientras que las revistas suelen hacerlo a un público más amplio.

### Libro

El libro es una publicación unitaria, en uno o varios volúmenes, sobre temática variada.

El ciclo editorial se compone de cuatro fases: i) la decisión del editor de emprender la edición de un libro, ii) la fijación de precios y el número de ejemplares a imprimir, iii) la decisión de imprimir más libros para introducirlos en el mercado y iv) la decisión de descatalogar una obra. Todas estas decisiones tienen riesgos asociados para el editor que, en caso de no acertar, asumirá las consecuencias de sus decisiones, normalmente en forma de

pérdidas o de disminución de la rentabilidad. Este ciclo no es un ciclo corto sino que puede alargarse durante años.

El libro también presenta una estructura de costes fijos elevada, pese a la reducción del proceso productivo por la introducción de la tecnología digital, y también se encuentra expuesta a la volatilidad del papel.

La distribución se suele realizar a través de una red de mayoristas y minoristas y tiene básicamente dos funciones: promoción y logística. La promoción es compartida entre el editor (que dará las instrucciones generales de la campaña) y el distribuidor (que llevará a cabo las acciones concretas).

En cuanto al producto, el libro, nos encontramos ante un producto de oferta, ya que el mercado no es capaz de absorber toda la oferta existente. Esto conlleva un riesgo para el editor, quien asume el riesgo de la devolución de los libros que no se hayan vendido, asumiendo los costes de la gestión del *stock* devuelto y la devolución de las cantidades satisfechas por los librereros.

### Cambios en el modelo de negocio

Estos tres mercados se han visto afectados por ciertos cambios que implican un cambio en el modelo de negocio, los cuales apuntaré a continuación.

En relación con los periódicos, la edición digital de estos contenidos supone un considerable ahorro respecto de la versión en papel y, desde la aparición en el mercado de dispositivos aptos para el acceso a estos contenidos, se ha generalizado el consumo de los periódicos digitales. Esto comporta determinadas cuestiones:

- Debatirse entre la difusión exclusivamente digital o cómo compaginar los dos medios (papel y electrónico) sin excesivos costes.
- Estrategia de precios y de venta: modificación en la estructura de precios pasando del modelo de pago por ejemplar o suscripción a la opción de acceso a los contenidos mediante pago hasta el acceso libre a los mismos o estrategias mixtas en las que se diferencian servicios básicos, sin coste, y «*premium*» con coste.
- Otros medios publican exclusivamente en digital, teniendo que afrontar, si son nuevos en el mercado, el reto de que se los usuarios les reconozcan como medios serios y fiables.

En todo caso, la conclusión es que el modelo de negocio está en transición. Siendo difícil predecir qué sucederá a medio o largo plazo, se pueden apuntar ciertas tendencias:

- Parece razonable que el formato digital será relevante en el futuro de los medios, conviviendo en el corto y medio plazo con el soporte papel.
- Los contenidos tenderán a incorporar texto, vídeo y sonido destinados al consumo multidispositivo, pudiendo ser interactivos y personalizados para el usuario, permitiendo mejores ingresos publicitarios por la mejor segmentación.
- Es posible una cierta pérdida de su función informativa, debiendo dar valor añadido mediante el análisis o la opinión, entre otros.
- Aparición de nuevos agentes en el mercado (como las agencias de comunicación, con los servicios de *clipping* o agregadores de contenidos).
- Se puede dudar sobre la viabilidad de intermediarios de los productos en papel, como los quioscos, si avanza la distribución digital. Puede que deban tender a otras formas de distribución como el *print on demand*.

Estas tendencias, aunque inciertas, reflejan caminos que se abren por la inclusión de la tecnología digital, ya no en los procesos de producción sino en el consumo. Podríamos resumirlos en tres puntos: i) cambio de la configuración del producto, ii) cambio en el modelo de distribución y iii) cambio en la forma de consumo.

En cuanto a las revistas, la introducción de la digitalización se ha traducido en el consumidor en un amplio abanico de dispositivos móviles y *apps* a través de las que acceder a los contenidos. Cara a las tendencias de futuro, dada la similitud con los periódicos, damos por reproducido lo dicho para éstos.

Por lo que se refiere al mercado del libro el cambio está siendo más lento que en los otros dos, aunque el crecimiento del consumo de libros digitales es exponencial desde 2005 por dos razones: i) flexibilidad de los formatos electrónicos y ii) lectores electrónicos a precio asequible.

Respecto al mercado del libro se plantean las siguientes incógnitas:

- Decidir sobre si imprimir en formato únicamente digital o compaginar ambos.
- En cuanto a los precios y su estrategia, pasar de precios por unidades a precios por acceso al contenido (único, paquetes y suscripciones).
- Valorar la viabilidad de las tecnologías *print on demand* para editores, impresores, plataformas de distribución y librerías.
- La función de los impresores puede ser puesta en cuestión si avanza el modelo digital.
- Los distribuidores también pueden sufrir alteraciones en su configuración por los cambios en el modelo de distribución.
- La entrada de nuevos actores (Amazon, Apple, Google) puede alterar las relaciones entre editores, distribuidores y consumidores.
- Las redes sociales y los blogs especializados adquieren importancia para la comercialización de los libros.
- La autopublicación y las herramientas digitales que la facilitan (p. ej. Amazon) hacen que este fenómeno crezca.
- El perfil del consumidor cambia y también sus hábitos de consumo cultural, incluso asumiendo un papel también de creador colaborativo o de obras derivadas.

En función de estos hechos, podemos apuntar las siguientes tendencias:

- En el corto y medio plazo parece que el formato digital convivirá con el formato en papel y seguramente de manera más acusada que periódicos y revistas.
- En relación con el producto, también puede evolucionar a un concepto multicontenido e interactivo que puede poner en cuestión el propio concepto de libro que, además, será multidispositivo.
- Parece lógico que se deberá crear una estrategia propia del libro digital, no vista como una forma más de apoyar los ingresos de la edición en papel.
- La edición digital plantea que la territorialidad con la que se adquieren los derechos pierda sentido ya que el formato

digital no entiende de fronteras. Esto puede llevar a un cambio en la forma de adquirir derechos de los editores, que ya no responda al criterio del territorio.

- Es previsible que el modelo de ventas cambie, pasando de la venta unitaria a modelos de venta de paquetes de libros o de suscripción.
- Tanto la tecnología de impresión *on demand* como el almacenamiento digital del fondo editorial pueden suponer un ahorro de costes para el editor y un beneficio para el usuario, que podrá acceder en cualquier momento a la obra.
- Cobrará relevancia el desarrollo de programas de ordenador capaces de gestionar correctamente esta información.
- Las figuras del impresor y el distribuidor pueden verse afectadas puesto que sus funciones disminuirán a medida que crezca la publicidad digital y deberán reinventarse. No parece que la figura del editor sea prescindible puesto que la labor de búsqueda e identificación de obras y autores de talento se deberá realizar, exista el entorno digital o no.
- La irrupción de nuevos agentes ajenos al sector (Google, Apple y Amazon) puede modificar la estructura de comercialización del libro, además de condicionar la posición de los editores.
- En los planes de promoción de editores y distribuidores tendrá que aparecer, como herramienta clave, la presencia en redes sociales y blogs especializados.
- La autopublicación parece un fenómeno al alza que puede tener el efecto de ayudar a descubrir talento de manera natural. También puede llevar a autores consagrados a autopublicarse, prescindiendo de su editor.
- El consumidor también está cambiando, compartiendo a través de las redes e, incluso, creando en comunidad obras.

## **2. Relación del autor y el empresario en el sector editorial**

### Agentes del mercado

Desde un punto de vista de la propiedad intelectual (artículo 58 LPI) el editor es la persona natural o jurídica que adquiere los

derechos del autor para introducir la obra en el mercado y explotarla, asumiendo el riesgo empresarial. La característica esencial de esta figura es la asunción del riesgo empresarial para que las obras lleguen al mercado.

El distribuidor es la persona física o jurídica que llevará a cabo la actividad comercial al detalle o al por mayor. Normalmente se identifica esta figura con los libreros o con las grandes superficies o cadenas de librerías. Aunque desde el punto de vista económico pueda cuestionarse la función del distribuidor, desde el punto de vista jurídico su definición no se ve alterada por los cambios en los modelos de negocio.

El impresor es la persona que lleva a cabo la configuración gráfica e impresión (en formato papel o digital). Los cambios descritos me llevan a entender que la función del impresor se desplazará hacia la configuración gráfica o maquetación en detrimento de la impresión. Por eso conviene también una reconfiguración legal del concepto de impresor en ese sentido.

Por último, el autor es quien lleva a cabo la labor creativa. Dicha labor es recompensada por el legislador con un derecho exclusivo sobre su obra, siendo el único de los cuatro sujetos analizados que tiene un derecho exclusivo reconocido. El contrato de edición no define al autor, por lo que deberemos estar a lo dispuesto en el artículo 5 LPI y considerar autor a toda persona natural que cree una obra. Se debe incluir en este concepto a los creadores de la obra colectiva, pese a las críticas de la doctrina.

Las relaciones entre editor y autor transcurren normalmente en el marco del contrato de edición, que abarca tanto la cesión para la edición de lo que hemos denominado libros como de periódicos y revistas (denominadas «publicaciones periódicas», que cuentan con una regulación específica).

### Medidas de protección de los intereses del autor

De la regulación analizada relativa al contrato de edición se pueden extraer las siguientes medidas de protección de los intereses del autor:

- Exigencia de forma escrita: esta medida pretende proteger al autor de los potenciales abusos del editor, que no podrá aprovecharse de su mejor posición negando o alterando *a posteriori* el contenido del contrato. Sin embargo, entiendo que quizá la inexistencia del contrato también perjudicaría al editor (en especial en caso de éxito comercial de la obra), quien no podría probar que su actividad está amparada por

una cesión de derechos y podría ser acusado, por tanto, de infracción de los mismos. La sanción que establece el artículo 61 ante la falta de forma escrita es la nulidad, que soy partidario de interpretar, como la doctrina mayoritaria, como una anulabilidad a instancias del autor. Esta medida, pese a que esté concebida para proteger al autor, también protege al editor ante una posible infracción injusta y no parece que el cambio de modelo de negocio vaya a afectar al interés protegido ni a la medida.

- Remuneración: existen varias medidas que protegen al autor procurándole una justa remuneración:
  - i) Se establece la obligación de la mención en el contrato bajo amenaza de nulidad en caso de omisión.
  - ii) La prohibición de gratuidad del contrato. En este punto entiendo que, atendiendo a las diferentes motivaciones de los autores, que llevan frecuentemente a optar por la cesión gratuita de su obra, es conveniente dotar de una regulación sólida dichas cesiones ante un marco jurídico escaso.
  - iii) En cuanto al sistema de remuneración, se debe entender que se deberá aplicar el sistema proporcional por defecto (un porcentaje sobre los facturación) aunque, en mi opinión, no es lo más protector con el autor. Este sistema supone, en cierto modo, vincular al autor al riesgo empresarial. Sólo es un buen sistema en caso de que la obra tenga éxito. Por otra parte, este sistema puede favorecer a autores noveles ya que supone una menor barrera de entrada para los editores que no tendrán que pagar grandes retribuciones iniciales al autor.

En cuanto al sistema de remuneración a tanto alzado, se aplicará únicamente en los casos en los que el sistema proporcional se revele económicamente ineficiente, como cuando la gestión administrativa de estos sistemas supera al beneficio, con derecho a revisión como medida correctora.

En mi opinión, la protección del autor no dependerá tanto del sistema que se establezca sino de las circunstancias de cada autor. Creo que sería más adecuado dar libertad a las partes para establecer el sistema que consideren más conveniente y centrarse en las herramientas para situaciones puntuales que



sean poco equitativas, evitando establecer un sistema obligatorio, que no siempre es justo, y que condiciona la autonomía de la voluntad. De hecho, en mi opinión, la fórmula más justa con los intereses de ambas partes sería una fórmula mixta en la que se pueda establecer una remuneración variable con una cantidad mínima garantizada. Pese a que existen otros mecanismos que pueden conseguir el mismo efecto, creo que es planteable el derecho de revisión para casos en los que los porcentajes sean injustificadamente bajos en una obra de éxito.

- iv) La periodicidad de pago mínima será de un año. Parecería razonable reducir dicha periodicidad atendiendo al menor coste y tiempo de los trámites administrativos introducidos por los avances informáticos (siempre que el coste no supere el importe del pago).
- v) La Ley configura como refuerzo a la obligación de mencionar el sistema de retribución en el contrato una obligación para el editor de pago cuyo incumplimiento puede llevar a la resolución.
- vi) La Ley recoge unas oportunas medidas de información y transparencia que obligan al editor a rendir cuentas al autor, para que éste pueda supervisar sus intereses económicos: proporcionar la información sobre cómo se ha calculado la remuneración proporcional, datos sobre la fabricación, distribución y existencia de ejemplares y el control de tirada.

Estas medidas de transparencia velan por el efectivo y correcto abono de la contraprestación, añadiendo una serie de medidas de transparencia que permitan el control por parte del autor de sus intereses. El modelo digital debería conllevar un aumento de la periodicidad de la información (que para libros digitales es prácticamente inmediata) y la adaptación de los sistemas de control al entorno digital (como el control de tirada). Mi propuesta sería la obligación de auditar el sistema de gestión de ventas de libros anualmente por un externo que verifique que funciona correctamente y que los datos aportados son exactos. La auditoría del sistema implicaría la corrección de los datos para todos los libros descargados a través de la plataforma, lo que significa un coste razonable. Si la

plataforma de descarga es del editor, esta auditoría favorece los intereses del autor, pero si la misma es externa, también favorece los del editor, que puede controlar la información de su red de distribución digital.

- vii) Finalmente, se establece una resolución del contrato por incumplimiento, previo requerimiento. Es lógico que se exija un previo requerimiento para procurar resolver el impago, aunque entiendo que, una vez hecho el requerimiento, no es necesario que el mismo sea grave para poder resolver el contrato.
- Plazo para introducir la obra en el mercado: no podrá exceder de dos años (60.6 LPI), obligando al editor a cumplir con dicho plazo (64.3º LPI). Éste es un precepto que claramente protege al autor, cuyo interés principal es que su obra vea la luz. También permite al editor planificarse financiera y comercialmente. Todo ello redundará en beneficio del público. En todo caso, no parece que dicha regulación deba sufrir modificación alguna por los cambios tecnológicos.
- Protección de la paternidad e integridad: junto con la mención específica del artículo 64.1º LPI, se configura un sistema específico de protección como es el control de tirada, que permitirá al autor garantizar que no se modifica la obra y que su nombre aparece en la misma. También permitirá al editor tener la tranquilidad de que no hay errores en la versión definitiva, manteniéndole a salvo de reclamaciones por parte del autor. Dicha disposición admite pacto en contrario, fundamentada en el carácter *intuitu personae* de la relación.

También se regula en el artículo 66 el derecho de modificación de la obra por parte del autor, de manera que ésta reflejará su impronta personal en el momento más próximo a la salida al mercado y de la manera más exacta. En todo caso, dicho derecho se encuentra limitado tanto cuantitativa (se puede establecer un porcentaje mínimo) como cualitativamente (no puede alterar la esencia de la obra) para no perjudicar al editor. Dichos intereses no pierden actualidad en el entorno digital ni éste llevará a cambio alguno de los riesgos, por lo que no se estima que deban ser objeto de modificación.

Por último, se obliga al editor a devolver el original al autor (64.6º LPI). Dicho precepto, debido a los cambios

introducidos en los procesos de producción parece que pierde sentido puesto que ya no hay diferencia entre original y copia salvo contadas excepciones (p. ej., ilustraciones o pinturas). No obstante, se debe mantener el precepto para dichos casos.

### Medidas de protección de los intereses del autor

En cuanto a las medidas que protegen el interés del autor, encontramos las siguientes:

- El plazo de entrega: se obliga al autor a la entrega de la obra tanto en la forma debida como en plazo.

Respecto de la forma, parece que con las nuevas formas de edición ésta perderá la importancia que tenía en el formato papel. Se deberá adaptar la obra a los formatos que exija el editor. Quizá si evoluciona el concepto de libro a formas multimedia puede tener más relevancia, aunque en ese caso quizá no sea el contrato de edición el pertinente. El lugar de entrega perderá relevancia si no se realiza la entrega en papel.

Respecto del plazo, éste es esencial puesto que supondrá el momento de arranque de la labor del editor. El incumplimiento del plazo entiendo que debe ser grave para acarrear la resolución. En conclusión, la entrega no se verá afectada por el cambio de modelo de negocio y es esencial para los intereses del autor y, también, para los del público, puesto que sin entrega el público no tendrá acceso a la misma.

- Cesión en exclusiva: el editor necesitará tener la libertad de actuación necesaria para cumplir su función empresarial y explotar los derechos sin tener limitaciones. Esto lo puede conseguir adquiriendo los derechos en exclusiva que, posteriormente, podrá ceder en exclusiva (con acuerdo del autor) a otros editores (p. ej. para ámbitos territoriales concretos) o en no exclusiva. Los cambios en el sector no cambiarán dicha circunstancia.

En cuanto al ámbito territorial, si bien es una mención obligatoria que favorece al editor en cuanto le da una garantía sobre el ejercicio de su derecho, entiendo que perderá terreno en la edición digital. Dado que en el entorno de redes es difícil mantener la territorialidad, parece un criterio más lógico que se deba mencionar con carácter general la lengua para la que se va a realizar la edición (ya

se hace así en la edición en forma de libro, artículo 62). Además, daría otro paso en el sentido de que, una vez establecida la lengua, se considere que el ámbito territorial es todo el mundo, salvo pacto en contrario. De esta manera se protegerán los intereses del editor pero se dejará la posibilidad de pactar en contrario si el editor no puede complementar la edición digital con la correspondiente obligación de promoción de la obra en cada territorio.

- La garantía de originalidad y autoría: es una de las medidas claves para proteger los intereses del editor. Toda la inversión del autor se puede ver en entredicho si la obra no es original o si el autor que ha contratado con el editor finalmente no lo es. En este campo hemos analizado la transcendencia de género, concluyendo que la conversión al formato digital no supone la creación de otra obra distinta, así como el autoplagio, que también afectará a la garantía. En todo caso, el autor será responsable ante el editor por los daños causados, no cambiando este aspecto en relación con los nuevos modelos de negocio.
- Ejercicio pacífico de los derechos cedidos: es otra garantía esencial para proteger al editor frente a cualquier tercero. En caso de que se produzca una perturbación en el ejercicio pacífico de los derechos, siendo el caso más común una segunda cesión del autor incompatible con la primera, el autor también será responsable ante el editor. Esta garantía tampoco se ve afectada por los cambios del modelo de negocio.

#### Medidas de equilibrio entre los intereses del autor y los del editor

Se han clasificado determinadas medidas que buscan el equilibrio entre los intereses del autor y del editor, cuyo efecto directo es que las obras lleguen al mercado. Entre estas medidas se han considerado:

- Número mínimo y máximo de ejemplares: establecer una horquilla de ejemplares se ha constatado que comporta un equilibrio. El número mínimo comporta una difusión mínima de la obra y acota el riesgo para el editor y el máximo protege al autor en caso de éxito de la obra. He considerado que este precepto pierde sentido en el entorno digital, donde sólo es necesario poner a disposición del usuario el ejemplar, sin necesidad de impresión. Creo que para asegurar una difusión mínima en el entorno digital sería preferible, como medida equivalente, la mención obligatoria en el contrato del tiempo mínimo en el que estará a disposición de los usuarios

o de las descargas máximas que se permitirán, lo que también podría marcar el tiempo durante el cual debería realizarse una labor mínima de promoción de la obra, como obliga el artículo 64 LPI.

- Obligación de reproducción y distribución: estas obligaciones son esenciales para que la obra llegue al mercado. La cuestión más relevante se plantea con las ediciones exclusivamente digitales, en las que no existirá distribución sino puesta a disposición. Este supuesto afecta gravemente al propio concepto del concepto de edición que exige la reproducción y distribución. Procede, por tanto, modificar dicho precepto para incluir la posibilidad de que se pueda «distribuir o poner a disposición» la obra si queremos que el contrato de edición siga siendo el contrato central en el sector editorial.

La garantía de una difusión comercial y una explotación continua de la obra hacen que el público tenga acceso a la obra de manera sostenida en el tiempo. En relación a la difusión de la obra, el cambio de modelo de negocio implica que se deba considerar si el editor medio debe llevar a cabo campañas en redes (anuncios, redes sociales, etc.) para considerarlo diligente. Desde luego si la obra se publica exclusivamente en digital se debe incorporar este criterio para medir la diligencia. En relación con la explotación continua, la edición digital elimina el riesgo de impresión de ejemplares para el editor. Como se ha comentado, en este aspecto sería más recomendable para la edición digital establecer un periodo mínimo de puesta a disposición del público.

#### El caso particular de la edición en forma de libro

Considero que el propio concepto del libro, en un entorno digital, debe ser reconfigurado legalmente, tal y como ya he apuntado.

En cuanto a las cuatro menciones específicas a las que obliga la Ley en el contrato de edición de libros (lengua, anticipo, modalidades y colección), soy partidario de incluirlas con carácter general en el artículo 60, en especial la lengua, como ya he defendido.

#### El caso particular de las publicaciones periódicas

Por lo que se refiere a las publicaciones periódicas (revistas y periódicos) la Ley distingue entre las publicaciones diarias y las no diarias.

Este tipo de publicaciones plantean dos cuestiones. La primera es que también debe de reconsiderarse el concepto de publicación periódica del artículo 52 LPI. El concepto de periodicidad de este artículo no se adapta bien al modelo digital. Mi propuesta es que la medición de la periodicidad se reconfigure en función del concepto de actualización de los contenidos, pudiendo ser diaria y no diaria como en la actualidad.

La segunda cuestión es la irrupción de nuevos operadores y nuevos servicios, en concreto, los servicios de *clipping* y de agregación de noticias como nuevos medios de distribución de contenidos.

Los servicios de *clipping*, es decir, aquellos resúmenes de prensa que envían las agencias a sus clientes, pueden tener el efecto de restar ventas a los periódicos ya que si un usuario de este servicio dispone de distintas noticias de varios medios ordenadas por temáticas a cambio de un precio razonable, puede que deje de comprar los periódicos o revistas para utilizar únicamente el servicio de *clipping*. Esto puede tener un efecto social negativo puesto que si los medios dejan de tener ingresos no podrán invertir en los recursos necesarios para disponer de sus contenidos, empobreciendo el panorama informativo y de ocio. Además, esto conllevaría que las agencias no tuviesen contenidos para ofrecer sus servicios.

Por todo lo dicho, parece lógico que los medios deban ser retribuidos por la utilización de los contenidos de los editores en los servicios de *clipping*. Sin embargo, puede que existan medios que, por distintos motivos (para darse a conocer, por su función social, etc.), estén dispuestos a ofrecer sus contenidos gratuitamente para estos servicios. La opción de nuestra Ley ha sido establecer un derecho de remuneración a favor de los autores por la utilización de las obras en el *clipping*. Creo que esta medida deja fuera a quienes optan por permitir el uso de sus obras de manera gratuita, por lo que propongo que se establezca un mecanismo inverso: entender incluido el uso salvo oposición expresa del titular de los derechos, reforzado con la obligación de notificar al autor la inclusión de la noticia en el *clipping* para que pueda tener la opción de oponerse.

En cuanto al uso de obras a través de servicios de agregadores, es decir, aquellos que ponen a disposición del usuario fragmentos de contenidos, puede que tengan un efecto económico similar al del servicio de *clipping*, aunque en este caso es más discutido puesto que al mostrar únicamente un fragmento, si el usuario quiere acceder a la noticia debe acudir a la página web de origen,

generando tráfico y, seguramente, ingresos a la web de origen. El efecto económico adverso para los editores únicamente se produciría si se demostrase que el usuario que accede a los fragmentos tiene suficiente información y deja de visitar las webs.

El sistema por el que ha optado nuestra ley es el de establecer un límite a los derechos de autor que permita el uso de las obras pero estableciendo una remuneración equitativa e irrenunciable a favor del autor cuya gestión deberá ser realizada necesariamente por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. Creo que debemos aspirar a que la regulación ponderase los equilibrios de los intereses en juego permitiendo el mayor número de modelos de distribución posible. La irrenunciabilidad de ese derecho junto a la gestión obligatoria por parte de las entidades conculca ese principio.

Creo que se debería optar por un modelo en el que se favoreciese la autonomía de la voluntad. Si bien estoy de acuerdo en configurarlo como límite, creo que cada editor debería elegir si quiere ser remunerado o no por el agregador de contenidos en función de su modelo de negocio y de sus intereses, así como no delegar la función de recaudación o delegar la representación de sus intereses en quien desee. Seguramente aquellos medios consolidados, con un modelo de negocio más tradicional, optarían por la remuneración. En cambio, aquellos con nuevos modelos de negocio o distintas motivaciones seguramente no lo harían. De todas formas, son meras hipótesis de conducta. La consideración que se debe realizar es que la legislación debe permitir ambas siempre que se protejan equilibradamente los derechos en liza.

### Otras formas de relación entre autor y editor

Se ha admitido la posibilidad de la transmisión de los derechos a través de otras figuras contractuales diferentes del contrato de edición. De entre los contratos analizados hemos expuesto que los nuevos modelos de negocio supondrán cambios principalmente en los contratos de edición (donde se deberá incluir el derecho de puesta a disposición entre los derechos cedidos y ampliar la territorialidad) y en los de impresión (debiéndose redefinir el concepto hacia las funciones de maquetación y diseño) y distribución (que implicará la actividad en redes). Aunque no incide directamente en la relación entre autor y editor, se ha apuntado que las formas de creación en línea, dando lugar mayoritariamente a obras en colaboración, puede suponer un cambio en el sentido de una mayor complicación en cuanto a la pluralidad de partes que suscriban contratos.

Por último, atendiendo a aquellos nuevos modelos en los que el autor y el editor se plantean difundir gratuitamente su obra nos hemos encontrado ante un marco jurídico indefinido. Si bien se admite la posibilidad, el instrumento jurídico no está claro. Si aceptamos la onerosidad del contrato de edición no podremos utilizarlo para estos fines por lo que deberíamos utilizar la forma de un contrato atípico o la donación. Dado que cada vez más existen modelos en los que se busca la cesión gratuita de los derechos, sobre todo en los entornos de economía colaborativa, para que la obra llegue al mercado creo que se hace aconsejable regular un tipo de contrato de edición no oneroso. Se debe garantizar que la cesión de la obra llegará al público y establecer el marco en el que eso puede suceder, en interés del autor.

### 3. La industria musical

#### **1. Mercado**

El mercado de la música parte de la composición musical que realiza el autor. El editor será el encargado de explotar la obra, ya sea en forma de edición gráfica para su venta o alquiler o buscando los intérpretes y al productor de fonogramas para realizar la grabación de la composición y poder explotarla a través de distintas vías.

El mercado de la música se apoya en varios canales de distribución: i) canal de distribución de música en soporte físico para el consumidor final, ii) explotación en establecimientos públicos, iii) eventos (conciertos, giras, etc.), iv) locales especializados (discotecas, etc.) y, en menor medida, v) venta de partituras y letras.

La posibilidad de distribuir los contenidos musicales prescindiendo del soporte físico, gracias a la existencia generalizada de dispositivos que permiten consumir la música a los usuarios finales y de redes con capacidad para transmitir los archivos de música, ha introducido serios cambios tanto en la producción como en la distribución, habiendo superado las ventas digitales de música a las ventas en soporte físico.

#### **2. Relación del autor y el empresario en el contrato editorial**

##### Agentes del mercado en la edición de música



El editor es la persona física o jurídica que adquiere los derechos del autor para su explotación, teniendo encomendadas las funciones de promoción y explotación de los derechos

El productor es la persona física o jurídica que realiza la primera fijación de una obra sonora.

En la práctica la figura del productor ha desplazado a la del editor, otorgando la Ley un derecho conexo al productor. Ambas figuras realizan una función empresarial, pero al editor se le otorgan algunos derechos dispersos en la regulación del contrato de edición y al productor se le otorga un derecho exclusivo, autónomo del autor. La diferente protección parece radicar en la mayor inversión del productor de fonogramas.

También se debe destacar que el derecho conexo del productor le otorga un derecho de exclusividad tanto sobre la grabación que tiene la condición de obra como sobre la que no la tiene (mera grabación) Se justifica esta excepción, a mi juicio, por dos razones: i) otorgar seguridad jurídica al productor, que le permitirá obtener protección sin necesidad de preocuparse por si el objeto de la grabación es original o no, fomentando la inversión, y ii) la existencia de muchas grabaciones que son merecedoras de protección con independencia de si son obras, por ejemplo, por su función informativa, como una conversación con un corresponsal de guerra o un programa de debates. La imposibilidad de discriminar entre cuáles deben ser objeto de protección y cuáles no hace que se justifique un sistema general como éste.

Ambas figuras pueden ser objeto de revisión legal dados los cambios de modelo. No parece que tenga excesivo sentido mantener dos figuras que se solapan las funciones. Además, la tecnología ofrece la posibilidad de realizar grabaciones de calidad a costes razonables que pueden llegar a poner en tela de juicio la labor del productor. La asequibilidad de distribuidores directos en el entorno digital, gratuitos y de pago, para los autores (en especial los que también son intérpretes) puede ser otro motivo por el que los editores y productores puedan ver rebajada su influencia. En todo caso, la problemática relacionada con la promoción, que corresponde al editor, sigue siendo de plena actualidad: independientemente del canal de distribución, el problema de cómo dar a conocer una obra subsiste. Eso lleva a pensar que las funciones de selección y promoción del editor sigan siendo relevantes.

En cuanto a los artistas intérpretes o ejecutantes, aquellos que representan o ejecutan una obra, no parece que los nuevos modelos de negocio vayan a afectar la función de estas figuras.

Por último, el autor se va a identificar con el compositor o letrista, sin que su figura se vea afectada por los nuevos modelos de negocio.

### Nuevas medidas de protección de los intereses de las partes

Analizado el contrato de edición musical se puede observar que la Ley de Propiedad Intelectual aplica a éste el régimen ya analizado en el capítulo segundo limitándose a introducir algunas modificaciones.

Del análisis de estas modificaciones se observa que no se incluye ninguna nueva medida en favor de autor o público, sino que se escora el régimen de protección de los intereses a favor del editor, incluyendo varias medidas que modifican el régimen general de la edición.

De entre las medidas introducidas, entiendo que hay algunas razonables, tanto por la complejidad de la explotación de este tipo de obras como por el *intuitu personae* de la relación, como son i) la supresión del número máximo y mínimo de ejemplares y ii) la ampliación del plazo de dos a cinco años de la puesta en circulación.

Sin embargo, otras medidas considero que no están justificadas: i) la supresión de la causa de resolución por el incumplimiento de la venta a saldo o destrucción, ii) la supresión de las causas de extinción por transcurso de los diez años, para cesiones a tanto alzado, o quince años para el resto de obras.

Creo que en el primer caso se está privando al autor de resolver el contrato en caso de que se vea traicionado el *intuitu personae* por parte del editor (que, además, estará sometido a la obligación de indemnizar al autor en caso de daños y perjuicios) y en el segundo se está vinculando indefinidamente al autor con un editor sin posibilidad de poder probar otras vías de explotación en caso de que no haya funcionado la relación con un determinado editor, perjudicando injustificadamente al autor y el interés general.

Por lo que se refiere a los nuevos modelos de negocio, la distribución digital puede resolver algunos de estos problemas, como el del número máximo y mínimo de ejemplares, el plazo de puesta en circulación que se puede ver reducido o la venta a saldo

o destrucción. Hemos determinado que en el entorno digital se podrían configurar las ediciones en función del tiempo que se ponga a disposición de los posibles usuarios como por el número de descargas. Esto permitiría al autor, en caso de éxito, renegociar las condiciones. No sería precisa la venta a saldo o destrucción de ejemplares en el entorno digital, aunque sería conveniente establecer la obligación de entrega del formato digital al autor como equivalente a la destrucción en el entorno digital.

### **3. Relación del autor y el empresario: contrato de representación teatral y ejecución musical**

#### Agentes del mercado

El concepto de autor no se aparta del ya analizado en otros capítulos, ateniéndonos a lo que establece el artículo 5 LPI.

Por su parte, el empresario en este supuesto es quien adquiere los derechos para llevar a cabo la organización de una representación sobre el escenario de la obra, existiendo también un carácter *intuitu personae* en la relación con el autor.

El director de orquesta y el director de escena, son intérpretes y ejecutantes a los que la Ley les da un reconocimiento especial. Pese a las corrientes doctrinales que entienden que se debería reconocer la condición de autor a ambas figuras (en especial a la del director de escena en comparación con la del director de una obra audiovisual) la conclusión ha sido que el artículo 105 LPI ha zanjado la discusión excluyendo a ambas figuras de la condición de autor.

#### Medidas de protección de los intereses del autor

En cuanto a las medidas de protección de los intereses del autor, se han identificado las siguientes:

- i) Exigencia de forma escrita: no se hace mención en la regulación específica del contrato, pero se deduce de la aplicación del régimen general incluido en el artículo 45 LPI. No obstante, no se encuentra justificación al diferente tratamiento que se realiza en el contrato de edición donde se sanciona con la nulidad la falta de forma escrita.
- ii) Remuneración: varios son los preceptos que intentan asegurar la remuneración del autor.

En cuanto al sistema de remuneración, estaremos ante el sistema de remuneración proporcional (entendiendo válida la aplicación del artículo 96 del Reglamento de 1880 en caso de silencio de las partes), salvo excepciones. He manifestado mi oposición a considerar que este sistema es el más beneficioso para los autores, ya que las motivaciones de los mismos son muy diversas y puede que sean mejores fórmulas mixtas de pago (fijo y variable) con un mínimo garantizado. Me manifiesto a favor de devolver la autonomía a la voluntad de las partes en este aspecto.

El artículo 79 LPI establece una garantía para el cobro de la remuneración, de redacción confusa, que he considerado que no se justifica ya que establece obligaciones y riesgos al reciento y que, además, ha perdido sentido dadas las nuevas formas de pago.

En caso de incumplimiento se reconoce el derecho de resolver el contrato, previo requerimiento al empresario, lo que parece una medida lógica como paso previo a la resolución.

Por último, se determina que el coste de los ejemplares necesarios para llevar a cabo la obra recaerán sobre el empresario. Creo que con el abaratamiento de las copias hoy en día este precepto ha perdido importancia en cuanto al interés económico, pero creo que es relevante en cuanto a organización ya que la asunción del coste también implica que el empresario será el responsable de la organización, no pudiendo hacer responsable al autor por retrasos atribuibles a la falta de ejemplares.

iii) Medidas de transparencia y control: la primera es la de disponer de un programa exacto de los actos de comunicación. Esto le permitirá al autor comprobar el número de funciones y que realmente existe voluntad y planificación por parte del empresario. La segunda es el derecho a disponer de una declaración de ingresos que le permitirá comprobar las liquidaciones. El cruce de ambas informaciones sumará mayor fiabilidad.

En todo caso, he manifestado que estas medidas de control, dadas las mejoras en sistemas de información, son insuficientes y deberían exigirse informaciones más relevantes como espectadores, precios de entradas, etcétera.

La tercera medida es la obligación del empresario de facilitar la comprobación del programa y los ingresos. Creo que es una medida sana en una relación *intuitu personae* aunque debe limitarse en alcance, para proteger la información empresarial sensible, y en frecuencia, para evitar costes administrativos excesivos.

Estas medidas se encuentran reforzadas por la facultad de resolución del autor por falta de información. Soy partidario de la fórmula del requerimiento previo, como medida intermedia y más proporcionada antes de la resolución.

- iv) Medidas de protección de los intereses morales del autor: este conjunto de medidas creo que se deben encuadrar en la obligación genérica del empresario de organizar la representación de la obra conforme a lo pactado en el contrato (artículo 74 LPI), lo que implica el respeto a los derechos morales.

Respecto de la paternidad, encontramos un artículo específico en el Reglamento de Propiedad Intelectual (artículo 85), todavía vigente, que obliga a que en la cartelería de la obra figure el nombre del autor y traductor. Respecto de la integridad de la obra, encontramos una regulación específica (artículo 78.2 LPI) que se separa del régimen general del artículo 14 LPI. La principal diferencia es que en sede del contrato de representación teatral y ejecución musical se sustituye el requisito de demostrar un perjuicio para el autor para poder alegar una infracción de su derecho moral, por la mera vulneración de su voluntad, haciendo más fácil el ejercicio de este derecho para el autor.

Esto nos lleva a una segunda cuestión: si la vulneración se mide por la voluntad del autor, *a sensu contrario*, éste también podría acceder a una modificación, haciendo renunciante el derecho moral. Sería en ese supuesto en el que entraría en juego el régimen general del artículo 14 LPI. Por tanto, ambos sistemas convivirían, siendo el sistema general supletorio del particular.

También se considera vulnerado el derecho moral en caso de que la representación se represente en condiciones técnicas que vulneren los intereses del autor. Para entender cuándo se está ante una vulneración de este tipo, proponemos acudir al criterio de diligencia media de un empresario teatral.

Se establecen sistemas de control para asegurar la efectividad del derecho moral. El primero es el derecho del autor a inspeccionar la obra del artículo 78.3º LPI. Creo que dicha inspección corresponde a la función pública y no a los estrenos. No obstante, considerando vigente el artículo 84 del Reglamento de Propiedad Intelectual, sí que podría el autor inspeccionar los ensayos en función de éste. Por otra parte, la asistencia gratuita que se debe garantizar al autor por el artículo 78.3º considero que no cumple una función de control sino de promoción de la obra.

Otra medida de control es la capacidad del autor de visar las copias que se usen para la representación de la obra. Que el autor pueda asegurarse de que los ejemplares utilizados por los actores o intérpretes son los correctos asegura la integridad de la obra. Además, es una garantía para el empresario puesto que si utiliza dichos ejemplares se está garantizando la ausencia de reclamaciones por errores en los ejemplares. Las partes pueden acordar que no se visen los ejemplares, atendiendo a que estamos ante una relación con un fuerte componente *intuitu personae* que puede llevar a que la confianza haga innecesario el visado.

Finalmente, tanto el incumplimiento de facilitar la inspección al autor como de no respetar la integridad, están configuradas como causas de resolución en el artículo 81 LPI. En estos casos es necesario realizar un requerimiento previo antes de la resolución del contrato por parte del autor. Si bien me parece adecuado este sistema para asegurarse que el incumplimiento es, cuanto menos, negligente, creo que hay situaciones en las que no se podrá cumplir con este requerimiento, como cuando estamos ante una única función o concierto.

- v) Resolución por suspensión de la representación: el artículo 81.1 LPI permite la resolución del contrato en caso de que, una vez iniciadas las representaciones o conciertos, se interrumpan por el plazo de un año.

He considerado adecuado el sistema de protección (que protege tanto intereses patrimoniales como morales del autor), ya que establece un criterio objetivo para la ruptura, reduciendo la labor probatoria y, por tanto, los costes.

El precepto sólo se aplica a cesiones en exclusiva. Si bien considero que en el caso de la exclusiva es imprescindible, puesto que el autor se encuentra vinculado al empresario sin poder explotar la obra por otras vías, considero que este

régimen también debería aplicarse a las cesiones no exclusivas puesto que no tiene sentido tener que recurrir al régimen general (1124 CC) para una situación que puede perjudicar igualmente la estrategia comercial del autor. También considero que el plazo de un año es excesivo para los intereses del autor.

- vi) Limitación al poder de negociación del empresario: estas dos medidas, recogidas en el artículo 75.1.2º, que limita la duración de la cesión en exclusiva a cinco años, y en el artículo 76, que establece la interpretación restrictiva del contrato, equilibran el poder negociador de las partes.

En cuanto a la limitación del plazo de cesión, hemos determinado que únicamente favorecerá a los autores con obras de éxito ya que difícilmente una obra estará cinco años en cartel. En este caso, el límite de los cinco años obligará al autor y al empresario a negociar, con la consiguiente actualización de la remuneración.

Si bien he manifestado estar conforme con la solución, creo que sería preferible una solución más acorde con la autonomía de la voluntad, consistente en no poner limitación a las partes teniendo en cuenta que la resolución del artículo 81.1º LPI conlleva que los derechos retornen al autor en caso de que no se lleve a cabo la interpretación durante un año. Esto actúa de salvaguarda tanto de los derechos del autor como de los del público. En caso de que se debiese actualizar la remuneración, se podría introducir un derecho de revisión pasado cierto tiempo.

En cuanto a la interpretación restrictiva, la Ley establece que, en caso de omisión sobre de las modalidades cedidas en el contrato, se entenderán cedidos los derechos para la representación pública (incluidas las obras musicales) en lugares públicos en los que se cobre entrada para disfrutar de la obra. Este precepto pretende proteger al autor en el sentido de que no se desprenda de más derechos que de los necesarios para el cumplimiento de la finalidad del contrato. En mi opinión, creo que este aspecto se encuentra suficientemente cubierto por el artículo 43.2 LPI. Además, condicionar la cesión al cobro de entrada, con los cambios de modelos de negocio actuales, parece inadecuado.

### Medidas de protección de los intereses del empresario

En cuanto a las medidas de protección de los intereses del editor, se han identificado las siguientes:

- i) Obligación del autor de aportar el texto y las partituras: ésta es la base para que el empresario pueda empezar a desempeñar su labor. Se echa en falta una regulación más precisa del supuesto, puesto que no existe obligación del autor en caso de que la misma se encuentre impresa, lo que a mi juicio introduce un elemento de confusión. Creo que el autor debería entregar en todo caso el texto, para evitar problemas con las versiones, independientemente de que el coste de impresión lo asumirá el empresario (artículo 80.1ª).

La otra cuestión criticable es que no se configura la falta de entrega como causa de resolución, produciendo una asimetría de trato con el autor. En este caso deberá acudirse al régimen general.

- ii) Garantía de autoría, originalidad y ejercicio pacífico de los derechos: éste es, quizá, uno de los aspectos más importantes para el empresario, ya comentado en sede del contrato de edición.
- iii) Causa de extinción por rechazo del público: si bien esta causa protege tanto a autor como empresario, creo que son los intereses económicos de este último los que salen mejor parados, ya que evita continuar con una inversión que no tiene sentido.

Se ha criticado de este precepto que la causa de extinción sólo aplica si las partes lo han pactado en el contrato, por lo que no parece de mucha utilidad (ya que sería un caso de *mutuo disenso*). Este precepto precisamente sería relevante como salida a una situación en la que las partes no hayan pactado nada. El hecho de que sólo aplique a las representaciones escénicas y en casos de estreno también genera dudas interpretativas. Hemos considerado que se debe interpretar la representación escénica en sentido amplio, incluyendo conciertos y obras musicales. Por lo que se refiere al rechazo, se debe entender como un rechazo cuantitativo, no cualitativo, es decir, un rechazo que se traduzca en falta de asistencia (que es un criterio que abarca tanto obras de entrada gratuita como de pago) y no en las manifestaciones de la crítica. Si se trata de proteger la inversión del empresario, ése debe ser el criterio.

- (iv) Elección de los intérpretes o ejecutantes: se permite al empresario la elección de los intérpretes o ejecutantes



secundarios sin consenso del autor y se establece una regla de equilibrio para que los principales y el director sean escogidos de mutuo acuerdo, permitiendo el pacto en contrario.

- v) Elaboración de la publicidad: se establece que las partes podrán pactar la publicidad de común acuerdo, salvo pacto en contrario. Interpreto que la promoción de la obra, entre la que se encuentra la publicidad, es una función que corresponde al empresario. Por tanto, tal y como he argumentado, se debe entender que la positiva colaboración del autor debe estar sometida al principio de proporcionalidad y se debe entender más como una supervisión (en especial, para la protección de los intereses morales) que como una elaboración de la publicidad.
- vi) Cesión de los derechos para la comunicación pública mediante la radiodifusión: este tipo de cesiones serán realizadas normalmente por el empresario. Como hemos visto, es un precepto que necesita de urgente reforma dado que no se adapta a la realidad actual de los modelos de negocio.
- vii) Simple autorización: por último, la Ley dota (a mi juicio) de un instrumento al empresario para poder conseguir los recursos necesarios para la organización de la representación sin incurrir en un riesgo excesivo. La simple autorización regulada en el artículo 85 LPI permite al empresario adquirir los derechos sin la obligación de llevar a cabo la representación. El único sentido de una disposición como esta es poder atraer inversores e intérpretes que no accederían a contratar con el empresario sin una mínima garantía de que posee los derechos.

### Medidas de equilibrio entre los intereses del autor y del empresario

Por último, he querido poner de manifiesto el necesario equilibrio que debe mantenerse entre los intereses del autor y del empresario para que el sistema funciona y, por tanto, que la obra llegue al público (si bien es cierto que protegen de igual manera los intereses del autor, que toman la misma dirección). Como se puede observar, a medida que la explotación de la obra se vuelve más compleja y requiere mayor inversión, se protegen con mayor intensidad los intereses de autor y, en especial, del empresario.

El legislador utiliza un engranaje de tres artículos para lograr que la obra vea la luz: i) el artículo 75, que exige la mención

obligatoria en el contrato del plazo en el que se producirá el estreno de la obra con un máximo de dos años (equivalente al artículo 60.6 del contrato de edición); ii) el artículo 78.1, que establece la obligación del empresario para que represente la obra en el citado plazo (equivalente al artículo 64.3º en sede de edición), y, finalmente, iii) el artículo 81.2º, que faculta al autor para resolver el contrato en caso de que el empresario incumpla su obligación [equivalente al artículo 68.1.a) para el contrato de edición].

#### 4. La industria audiovisual

##### **1. El mercado**

Se ha expuesto la cadena de la obra cinematográfica por ser la más completa y contener, en esencia, todas las ventanas de explotación que afectan a las obras audiovisuales. El proceso empieza con la creación de la obra, en la que el propio productor se involucra. Una vez finalizada la obra dispone de diversas ventanas de explotación: i) salas de exhibición, ii) formas de acceso condicional, iii) venta y alquiler y iv) televisión.

En cuanto a los cambios en dicha cadena, se han constatado como tendencias las siguientes:

- En las salas de exhibición se puede producir un ahorro considerable de costes por la eliminación de la distribución del celuloide y, en el futuro, de los soportes físicos.
- Las formas de acceso condicional están ganando peso, tanto para contenidos gratuitos como de pago.
- La capacidad de redes y dispositivos hace que el acceso a contenidos se realice de manera personalizada a través de diversas plataformas. Esto se ha traducido en una disminución del peso de la venta y el alquiler como modelo de explotación.
- Finalmente, la televisión sigue siendo un modelo de consumo de contenidos general que ha incorporado las tecnologías bajo demanda, lo que conlleva un planteamiento sobre el propio concepto de televisión en un entorno de convergencia de los dispositivos. La realidad es que sería más correcto hablar de proveedores de contenidos que se consumen a través de múltiples dispositivos (televisión, tabletas, teléfonos, etc.).

Nos enfrentamos ante un cambio drástico del modelo de negocio en el que el consumo será multidispositivo, digital e interactivo.

## **2. Relación del autor y el empresario en el contrato de producción audiovisual**

### Los agentes del mercado

A diferencia del sistema de *copyright* que reconoce como titular originario a las personas jurídicas, nuestra Ley reconoce como autores de la obra audiovisual sólo a las personas físicas, en concreto a i) director-realizador, a ii) los autores del argumento, la adaptación y los del guión o diálogos y, en su caso, a iii) los autores de la composición musical (con o sin letra) que se haya realizado específicamente para la obra.

Nos hemos planteado si cabe el reconocimiento de más autores de la obra audiovisual (director de fotografía, montador, etc.), concluyendo que no es posible desde el punto de vista de nuestra legislación, estando ante un *numerus clausus*. A estos otros sujetos sí que es posible reconocerles, si cumplen con los requisitos del artículo 10 LPI, el carácter de obra a las aportaciones de cada uno (p. ej., vestuario, fotografía, etc.). Entre un sistema de *numerus apertus* o uno como el reconocido en la legislación española me he decantado por un sistema cerrado.

Por lo que se refiere al artista intérprete o ejecutante hemos determinado que en el caso de la obra audiovisual el artista por excelencia es el actor, que es aquel que represente una obra, entendiendo un concepto amplio de representación que incluya coreografía, canto, etc. Desde el punto de vista de la obra, el artista complementa la creación del autor de la obra interpretada hasta el punto de que es el artista quien tendrá en sus manos la responsabilidad de lograr que el público perciba lo que el autor realmente quiere transmitir con su obra. Además, añade su impronta personal a la interpretación, lo que le ha valido el reconocimiento de un derecho conexo por parte de la Ley.

En cuanto al productor, entendemos que se trata de la persona natural o jurídica que tiene la iniciativa y asume la responsabilidad de una grabación audiovisual. Nos hemos referido al concepto de grabación audiovisual puesto que el productor tiene reconocido un derecho conexo sobre el mismo.

Una grabación audiovisual es la fijación de un plano o secuencia de imágenes con o sin sonido.

Al analizar dicho concepto hemos podido constatar dos realidades: que la grabación audiovisual puede ser i) una obra audiovisual si reúne los requisitos de originalidad y expresión o ii) una mera grabación, es decir, una grabación de una secuencia de imágenes que no sea original. De esta circunstancia he concluido que el productor realiza una doble función en virtud del objeto. Por una parte, completa la tarea del autor haciendo posible que la obra llegue al público mediante su labor empresarial. Dicha labor puede concretarse principalmente en dos aspectos: i) el significativo papel que desarrolla durante la elaboración de la obra y ii) la elevada inversión que va a tener que realizar para financiar la producción, asumiendo un riesgo empresarial elevado. A cambio de su labor empresarial, el productor recibe protección por parte de la Ley, la cual le reconoce un derecho conexo. Junto a esta primera función, el legislador también reconoce el mismo derecho para la mera grabación, protegiendo una segunda función del productor: la introducción en el mercado de meras grabaciones, tanto para establecer un marco de seguridad jurídica que fomente la inversión en productos culturales, como para cumplir con otros fines como el de información o el entretenimiento.

En cuanto al concepto de obra, me he posicionado por no mantener la actual clasificación doctrinal y legal de obra. Lo que marca las diferencias y posibles alteraciones en la obra es el dispositivo a través del que se reciben y no para el que están pensadas (este último criterio es el que parece que rige, en parte, en nuestra Ley). Esto no nos debe de llevar a clasificar las obras en función de los dispositivos a través de los que se reciben las obras puesto que la clasificación debe de estar desvinculada de la tecnología concreta. Creo que sería más oportuno que, en caso de que los intereses de las partes se viesan afectadas por alguna característica (p. ej. una pantalla pequeña que no respetase la paternidad de la obra), deberían establecerse normas específicas para la situación concreta, atendiendo a la circunstancia, no al equipo, y sin tener que realizar clasificaciones de la obra.

### Medidas de protección de los intereses del productor

Del análisis de las medidas de protección del productor, se han identificado las siguientes:

- i) La presunción de cesión en exclusiva de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, doblaje y subtítulo: se pretende dar al productor la suficiente libertad de acción para poder explotar la obra sin obstáculos, en beneficio de todas las partes.

He manifestado mi conformidad con este sistema de presunción de cesión de nuestra Ley ya que, permitiendo la autonomía de la voluntad, suple los silencios de las partes a la vez que evita la rigidez del sistema del *film copyright*. Sin embargo, esta presunción necesita de ciertas reformas.

La primera es la confusión interpretativa que introduce la excepción del artículo 88.1 LPI para la obra cinematográfica, que unida a la desubicada presunción del artículo 90.2 genera dudas interpretativas. En segundo lugar, la indefinición del alcance de la cesión en exclusiva, en cuanto a la territorialidad y temporalidad, también introduce una enorme inseguridad, pese a que se presume que el productor profesional no olvidará estos extremos. Entiendo que una solución razonable en caso de silencio en relación con este respecto sería prever una duración de cincuenta años, alineada con la prevista en el derecho conexo del productor (artículo 125 LPI). Los autores van a tener que entenderse forzosamente con el productor durante ese periodo de tiempo y, además, es un plazo más que razonable para amortizar la inversión.

En cuanto al ámbito territorial, creo que es razonable presumir que se ceden los derechos para todo el mundo, ya que el productor es el más indicado para planificar y explotar la obra (ya sea directamente o revendiendo los derechos) en todo el territorio. Los autores siempre tendrán la capacidad de pactar en contrario.

En tercer lugar, en un entorno de convergencia tecnológica en la que la explotación va a ser multidispositivo y digital, creo que no tiene sentido diferenciar las obras en función del canal para el que va a ser explotado. Las fronteras entre los medios de comunicación cada vez son más difusas y no tiene sentido intentar conceptualizar cada uno de los medios como en el pasado. En el momento en el que los autores confían en un productor, se debe confiar en éste y permitirle la autonomía para que pueda llevar a cabo la explotación como considere necesaria, cediéndole los derechos de reproducción, distribución y, el cada vez más importante, de comunicación pública de la obra. Esto conlleva que no se realicen excepciones en función de la obra, en especial si se quiere una legislación longeva que perdure a los cambios tecnológicos.

No creo que el prever una cesión de este tipo perjudique los intereses del autor. Si se quiere proteger al autor para darle

transparencia a la relación y que sea consciente de cuál es el objeto de la cesión sería más adecuado establecer un sistema por el que se obligase a mencionar contractualmente las distintas formas de comercialización de la obra como obliga el artículo 60 LPI para el contrato de edición.

Por último, en cuanto al objeto de la cesión, quedan al margen los derechos para el denominado *merchandising*, siendo razonable incluirlos dado que es una fuente cada día más habitual de ingresos en el ámbito audiovisual.

- ii) Presunción de la cesión por parte del autor de los derechos sobre la obra preexistente que se utilice en la obra audiovisual: también se procura con este precepto conseguir la libertad para que el productor tenga libertad de actuación para explotar la obra. El contenido de la cesión son únicamente los derechos necesarios para crear y explotar la obra, reservando al autor el resto.
- iii) Derecho conexo sobre la grabación: si bien este derecho garantiza autonomía al productor sobre la grabación, debe de compaginarse con los derechos de los demás participantes. Puede producirse un conflicto entre el derecho conexo del productor y los de los autores en caso de que no los cedan al productor (bastante improbable) y cada uno tenga una idea diferente de cómo explotar la obra.
- iv) Uso de las aportaciones incompletas: la Ley permite al productor el uso de una aportación incompleta de los autores para finalizar la obra en caso de negativa injustificada de terminarla por el creador. Como hemos podido analizar, se sacrifican prerrogativas morales del autor por el bien de la obra que, en definitiva, supone el beneficio del productor y del resto de coautores.
- v) Establecimiento de la versión definitiva de la obra: también se facilita el establecimiento de la versión definitiva de la obra, que es sobre la que recaerán los derechos, puesto que la misma se determinará en función de lo que hayan establecido en el contrato el productor y el director, a quién la Ley le otorga una posición privilegiada entre los autores. Esta intervención del productor debilita el derecho moral de los autores para darle un impulso definitivo a la obra.
- vi) Modificaciones a la obra: se establece que para cualquier modificación de la obra se deberá contar con el

consentimiento del productor, además de permitir las modificaciones necesarias para la explotación televisiva de la obra.

Como he defendido, sería partidario de mantener la presunción de autorización para todos los medios, salvo pacto en contrario, ya que la referencia a la obra televisiva ha quedado obsoleta. Otra alternativa para reforzar la protección del autor sería incluir la obligación para el productor de incluir la mención a las formas de explotación (como sucede en el artículo 60.4 LPI en el contrato de edición) presumiéndose autorizada la modificación de la obra para estos medios.

En cuanto al modelo de negocio, también se refuerza aquí la idea de que se debería abandonar tanto la calificación de las obras según el destino como categorizarlas según el canal de comunicación. Se debería hacer abstracción de la tecnología concreta y detenerse en la característica de la misma que puede afectar a la obra (p. ej. la dimensión de la pantalla, la calidad de la imagen, etc.), y establecer principios generales aplicables a la categoría. El principio básico en la adaptación de la obra al medio debería ser el de utilización de la técnica que garantice la menor alteración de la obra. En consecuencia, de entre los posibles medios técnicos de tratamiento de la obra siempre deberá utilizarse el menos lesivo para los intereses artísticos de la obra. Por otra parte, se debe atender al impacto publicitario que puede tener el medio ya que hay nuevos formatos publicitarios que no presentan problemas, como la inserción de un anuncio antes de la obra audiovisual, pero otros, como sobreimpresiones en pantalla, sí que pueden afectar a la misma.

Los problemas que se plantean no son nuevos pero creo conveniente que la Ley asuma que los modelos de negocio de pago son menos intensivos en publicidad que los que son en abierto.

Por tanto, creo que se debería presumir legalmente que la aceptación de la difusión a través de un medio en abierto supone una mayor carga para los autores en cuanto a las modificaciones a su obra. En todo caso, el artículo 14.4º LPI y el contenido del contrato actuarán como límites.

### Medidas de protección de los intereses del autor

En cuanto a las medidas de protección del autor, se han identificado las siguientes:

- i) Explotación de las aportaciones individuales: se salvaguarda a favor del autor la explotación de sus aportaciones mientras no perjudiquen la normal explotación de la obra. Esto también incluye las aportaciones que no se han realizado por los coautores de la obra audiovisual (vestuario, etc.).
- ii) Derechos de remuneración: se establecen dos tipos de derechos de remuneración. El habitual como contraprestación por la cesión de los derechos de explotación (que no merece comentario adicional) y un derecho de remuneración en tres supuestos distintos: por explotación a) si media el pago de una entrada, a los casos de exhibición y proyección de la obra audiovisual en un lugar público (artículo 90.3); y b) si no media el pago de una entrada, a los casos de exhibición y proyección de la obra audiovisual, así como a los de transmisión (artículo 90.4) y c) por el alquiler.

Estos derechos deben ser entendidos como una contraprestación de la cesión de los derechos del autor al productor. No obstante, creo que el legislador (español y europeo) ha sustituido la voluntad de las partes en estos supuestos, estableciendo un sistema obligatorio de remuneración guiado por la mayor facilidad de control de exhibidores y videoclubes.

Este sistema se encuentra blindado por la ley en función de dos pilares: i) por una parte, la gestión obligatoria por parte de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y, ii) por otra, la irrenunciabilidad de los derechos.

Pese a la ventaja de la gestión obligatoria que reduce los costes de transacción, tiene el inconveniente de que el autor no puede escoger quién quiere que le represente, habiéndose eliminado en la práctica la competencia en cuanto a la gestión de derechos en detrimento de los propios autores y productores. Esto me lleva a la conclusión de que, si bien en un determinado momento histórico se pudiese optar por un modelo de gestión obligatoria, la realidad actual del mercado permite abandonar ese modelo. Creo que sería el momento de devolver a las partes su capacidad de decisión y que pudiesen optar por el sistema que les puede resultar más conveniente. Se debería dar la opción a las partes de decidir si la remuneración debe ser un asunto a pactar entre ellas (y que el productor se entienda con los



distribuidores como el editor se entiende con sus distribuidores).

En este entorno de autonomía de la voluntad también cabría establecer sistemas en los que el exhibidor fuese el depositario de los ingresos. El actual sistema creo que ha traspasado artificialmente la obligación de pago del obligado natural (productor) a un obligado de conveniencia (exhibidor o videoclub).

En cuanto a las obligaciones de información, se deberían mantener, aunque ésta debería recaer sobre el productor.

En cuanto al segundo elemento que blinda el sistema, la irrenunciabilidad, tampoco se adapta a los modelos actuales de negocio.

En la actualidad existen distintas formas de creación y distintas motivaciones para crear. Consagrando un modelo como éste impedimos, por ejemplo, que un autor pueda trabajar por simple amor al arte, para darse a conocer o con un objetivo altruista (como denunciar una injusticia o provocar un debate social), ya que éste no podrá renunciar a la remuneración. Se puede llegar al ridículo de que un autor cree una obra por alguna de estas motivaciones y que, finalmente, una entidad de gestión de la que no es socio acabe recaudando dinero en su nombre e impidiendo una mayor difusión de la obra. Ésta es una cuestión que debería dejarse a las partes. Creo que el riesgo de abuso por parte del editor es hoy menor que en otras ocasiones y no más grave que en otros sectores (incluso menor por la remuneración proporcional). Los mecanismos generales ya existentes para protegerse de dichos abusos son suficientes y no se justifica la irrenunciabilidad de los derechos.

En cuanto a la modalidad de transmisión en la que no son parte el editor o el productor y se cobra por tarifas generales, el supuesto de hecho cambia. En estos casos, la incorporación de las obras audiovisuales a un determinado negocio puede incrementar la clientela, los precios o ambos. Realmente ahí hay un beneficio para el usuario que sí que puede llegar a justificar que tenga lugar una nueva remuneración. El entorno digital podrá permitir conocer el uso exacto del repertorio en muchas ocasiones, lo que nos permitirá el pago por uso.

En cuanto a la irrenunciabilidad, el problema que se plantea es que en este supuesto, *de facto*, el autor no puede

renunciar ya que el cobro de una tarifa por parte de la entidad de gestión no variará en función de si hay renunciaciones o no. En este caso, la renuncia por parte del autor no evitará la recaudación, pero sí que el dinero que le corresponda acabará en otro bolsillo.

Por tanto, en el caso de los derechos de remuneración previstos en el artículo 90.2 y 3 sería partidario de devolverlos al ámbito contractual de la autonomía de la voluntad entre el productor y el autor, eliminando la irrenunciabilidad y la gestión colectiva. En cuanto al derecho de remuneración previsto en el artículo 90.4 creo que se debe trabajar en avanzar hacia un escenario de retribuir por el uso efectivo del repertorio.

- iii) Reserva de los derechos de transformación: se reservan los derechos de transformación, de manera que el autor puede explotar otras ventanas al margen de la obra audiovisual, como el teatro.
- iv) Protección del original: pese a que se produce una reducción del ámbito de protección del derecho moral, el artículo 14 sigue vigente y es irrenunciable. Se regula el derecho específico de protección del original de la obra, con la finalidad de poder ejercer el derecho de acceso a un ejemplar raro. Hoy en día hemos comentado que no tiene sentido dicho precepto puesto que la digitalización hace que no existan diferencias entre el original y las copias.

#### Medidas de equilibrio entre los intereses del autor y del empresario

Por último, tal y como hemos venido comentando, cuanto mayor es la inversión del empresario, más se reduce el ámbito de los derechos del autor (en especial los morales) y también el interés general. Si bien todo el proceso ayuda a que la obra llegue al público, no es posible identificar en la industria audiovisual alguna medida pura de equilibrio.

#### 5. El sistema de protección de los intereses de los autores y empresarios

Del análisis realizado se deducen determinados cambios comunes a todas las industrias: i) menores costes de producción debido a las tecnologías digitales; ii) mejora de los sistemas de control y transparencia por la mayor utilización del *software*; iii) tendencia a

modelos de pago de cuotas o paquetes junto al modelo tradicional de pago por ejemplar; iv) diferentes perfiles de autores; v) aparición de nuevos actores en el mercado que crean nuevos canales de comercialización de las obras; vi) convergencia de la obra, difuminándose los límites legales que establecen las diferencias entre las mismas; vii) acceso multidispositivo, debiendo adaptarse la obra a los dispositivos y circunstancias; viii) mayor difusión de las obras a través de las redes, y ix) aparición del consumidor-creador (*prosumer* o *prosumidor*).

Se vuelve a plantear si, a la luz de lo analizado, sigue siendo necesario un sistema de protección de los intereses de autor y empresario. Esta cuestión se plantea desde un punto de vista utilitarista, al margen de las corrientes que entienden el derecho de autor bajo el criterio de justicia.

### **1. ¿Es necesario un sistema de protección de los intereses del autor y del empresario?**

Se responde afirmativamente a esta pregunta puesto que el esfuerzo inversor del copista sería mucho menor que el del autor y del empresario que produce el bien inmaterial. Además, las copias serían de la misma calidad que el original. Todo ello lleva a concluir que no se podría recuperar la inversión sin un sistema de protección.

### **2. El sistema de protección de la propiedad intelectual: intereses del autor, del empresario y del público**

A continuación se introduce el concepto de acceso a la cultura como un interés esencial del público y del propio funcionamiento del sistema.

En primer lugar se plantea la siguiente pregunta: ¿por qué es importante el acceso a la cultura? Se constata que la importancia del acceso a la cultura por parte de la sociedad radica en que «la cultura genera cultura». Toda creación se basa en creaciones anteriores, por lo que los autores necesitan acceder a un amplio acervo cultural para crear.

El segundo lugar se traen a colación dos movimientos, de raíz estadounidense, que se ocupan de este aspecto: i) el movimiento del dominio público, que ha conseguido conceptualizar el acceso a la cultura como institución que se opone a la propiedad intelectual, y el movimiento de cultura libre, más centrado en el concepto de

control. Respecto al primero, se puede afirmar que no existe un único concepto de dominio público pero que todos tienen en común designar el espacio en el que los bienes inmateriales son de libre uso por parte de la sociedad. Por lo que se refiere al segundo, pretende construir un movimiento de productores y consumidores de contenidos que ayuden a fomentar la libre utilización de sus obras a través del uso de la propiedad intelectual (*Creative Commons*).

### **3. Los límites: una alternativa. Tendencias**

Habiendo determinado la importancia del acceso a la cultura por parte de la sociedad, así como el auge que está teniendo dicho acceso con los nuevos modelos de negocio, se plantea la necesidad de limitar los derechos de exclusiva para fomentar dicho acceso. Partiendo de la base que todos los sistemas jurídicos limitan los derechos de exclusiva, la pregunta es con qué intensidad se deben limitar.

La tendencia internacional, en especial desde la suscripción de los Estados Unidos del Convenio de Berna, se puede decir que es la de robustecer los derechos de exclusiva.

Desde el punto de vista de los efectos sobre el mercado, se plantea si robustecer los derechos de exclusiva es beneficioso para el sistema de protección de los intereses de los agentes implicados. Pese a quien opine de esa manera, la «tragedia de los anticomunes» nos demuestra que, en ocasiones, la propiedad puede conllevar la infrutilización de los bienes, por lo que no se puede concluir que fortalecer los derechos siempre sea la mejor opción para el sistema.

En cuanto a los nuevos modelos de negocio, la conclusión es la misma. El hecho de que existan distintas estrategias de negocio, muchas de ellas basadas en la difusión gratuita de los derechos, hace que el robustecimiento de los derechos no sea idóneo para muchos de los nuevos modelos.

### **4. El equilibrio en la protección con los nuevos modelos de negocio**

Por último se exponen los grandes cambios que se han observado a lo largo del trabajo en relación con los nuevos modelos de negocio y cómo impactan en el sistema de protección de la Ley de Propiedad Intelectual española, sugiriendo políticas de cambio. La

exposición analiza los principales efectos sobre i) la creación y ii) la producción y la distribución, para finalizar con la constatación de dos desequilibrios relevantes que deben corregirse ante los nuevos modelos de negocio.

### La creación: el concepto de autor

Se identifican cuatro grandes cambios en cuanto al concepto de autor:

- Se producen cambios en las formas de creación: Se ha constatado que existen diferentes motivaciones para crear, así como una creación colaborativa y, muchas veces en red, entre distintos autores.
- El autor consumidor: cada vez más el consumidor tiene herramientas para modificar obras y convertirse en creador. Entiendo que se debe permitir esta actividad estableciendo un límite al derecho de exclusiva que permita al autor-consumidor utilizar obras preexistentes siempre que el uso no sea lucrativo (en cuyo caso deberá remunerar al autor original) y no cause un perjuicio a la normal explotación de la obra.
- El autor empresario: las nuevas tecnologías han dado alas a los autores para que también realicen actividades empresariales.
- Los tipos de autor y la creatividad: se concluye este apartado constatando que el concepto decimonónico de autor recogido en nuestra legislación ha quedado obsoleto. Se aboga por retornar la autonomía de la voluntad a las partes de los contratos y a abandonar la visión paternalista del autor como la parte débil de la relación. Se defiende una ley que deje de ser autor-céntrica y pase a ser creativa-céntrica.

### La producción y la distribución

Las nuevas tecnologías han permitido un descenso considerable en la producción de bienes inmateriales en las industrias editorial, musical y audiovisual, permitiendo más competencia.

El cambio más relevante se ha producido en la distribución, en el que han entrado nuevos intermediarios, ajenos a las tres industrias (provenientes del sector tecnológico), que han abaratado costes y eliminado eslabones de la cadena de

distribución física. Estos nuevos modelos de distribución deben permitir la convivencia de negocios basados en *best sellers*, como en el mercado tradicional, y de negocios basados en el mercado *long tail*. Se plantea si se deben mantener los derechos de exclusiva para los productores de fonogramas o si se deben otorgar derechos de este tipo a los nuevos agentes. Por otra parte, también se manifiesta que no tiene sentido discriminar al editor frente a los productores.

### Desequilibrios a favor de los derechos de exclusiva

Finalmente, se apuntan dos desequilibrios importantes que creo que se dan en el actual sistema de protección de los intereses de autores y empresarios y que chocan frontalmente con los nuevos modelos de negocio.

- El primero consiste en que, para poder transitar a un modelo basado en la autonomía de la voluntad es necesario eliminar dos graves obstáculos: i) la irrenunciabilidad de los derechos de remuneración (art. 32 y 90 LPI) y ii) la obligatoriedad de la gestión colectiva de determinados derechos de remuneración, dejando a las partes elegir a sus propios representantes.
- El segundo es la reducción de los plazos de duración de los derechos de exclusiva ya que fomentan más el interés por la gestión de los propios derechos que por la creación de nuevas obras.

## BIBLIOGRAFÍA

ADORNO, Theodor, y HORKHEIMER, Max, «La industria cultural. Ilustración como engaño de masas», en *Dialéctica de la Ilustración*, 3.ª ed., Trotta, Madrid, 1998.

ADORNO, Theodor, «La industria cultural», en *La industrial cultural*, Galerna, Buenos Aires, 1967.

ANDERSON, Chris, *La Economía Long Tail. De los mercados de masas al triunfo de lo minoritario*, Urano, Barcelona, 2009.

ANDERSON, Miriam, «Comentarios al artículo 74 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

- «Comentarios al artículo 76 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 78 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 79 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 80 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 81 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

ALBARRAN, Alan B., *Media Economics: Understanding markets, industries and concepts*, Iowa, Iowa University Press, 1996.

ÁLVAREZ DE BENITO, Pedro, *Obligaciones del Autor en el Contrato de Edición*, Reus, 2003.

ASCARELLI, Tullio, *Teoría de la concurrencia y bienes inmateriales*, Bosch, 1970.

ASOCIACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, *Marco General de los Medios en España 2015*.

ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE INTERNET, *Argumentación económica sobre la propuesta de modificación de la LPI en lo relativo a la agregación de contenidos informativos*, Madrid, julio de 2014 (Disponible en: [http://www.aui.es/IMG/pdf/analisis\\_economico\\_de\\_la\\_modificacion\\_de\\_la\\_lpi\\_afi.pdf](http://www.aui.es/IMG/pdf/analisis_economico_de_la_modificacion_de_la_lpi_afi.pdf)).

AYLLÓN SANTIAGO, Héctor S., *El derecho de transformación de las obras del espíritu*, 1.ª ed., Reus, Madrid, 2014.

BALDWIN, P., *The copyright wars. Three centuries of trans-Atlantic battle*, Princeton University Press, Estados Unidos, 2014.

BARBERÁN MOLINA, P. *Manual práctico de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 2010

BARTHES, Roland, *La muerte del autor*. (Disponible en: <http://www.cubaliteraria.cu/revista/laetradelescriba/n51/articulo-4.html>).

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1978.

- *Tratado de Derecho Industrial*, 2.ª ed., Civitas, 1993.

BENKLER, Yochai, «Free as the air to common use: first amendment constraints on enclosure of the Public Domain», *New Cork University Law Review*, vol. 74:354-Mayo, 1999.

- «Intellectual Property and the organization of information production», *International Review of Law and Economics*, núm. 22 (2002).

- *The Wealth of Networks. How social production transforms markets and freedom*, Yale University Press, 2006.

BENTLY, Lionel, y SHERMAN, Brad, *Intellectual Property Right*, 4.ª ed., Oxford University Press, 2014.

BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, «El contrato de edición», en Alberto BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos mercantiles*, t. III, 5.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.



BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentarios al artículo 10 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

- «Comentarios al artículo 114 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- (coord.), «Manual de Propiedad Intelectual», 2.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

BOLDRIN, Michele, y LEVINE, David K., *Against intellectual monopoly*, Cambridge University Press, 2008.

BONDÍA ROMÁN, Fernando, «Comentario al artículo 14 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Thomson Civitas, 1997.

BOTSMAN, Rachel, y ROGERS, Roo, *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*, Harper Collins, Nueva York, 2010.

BOYLE, James, «The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain», *Law and Contemporary Problems*, Winter/Spring 2003.

BOYLE, James, «A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?», *Duke Law Journal*, núm. 47.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «Comentario al Libro Segundo-Título Primero de la LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.

- «Comentarios al artículo 105 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentarios al artículo 5 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

- «Comentarios al artículo 7 LPI», en Rodrigo BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

CASAS VALLÉS, Ramon, «Comentario al art. 86 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del*

*Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.

- «Comentario al art. 87 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.
- «Comentario al art. 88 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.
- «Comentario al art. 89 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.
- «Comentario al art. 90 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.
- «Comentario a los arts. 91 a 93 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.

CASTELLS, Manel, *La era de la información. La Sociedad Red*, vol. 1, 1.ª reimp. a la 2.ª ed., Alianza, Madrid, 2001.

- *La era de la información. Fin del milenio*, vol. 3, 3.ª ed., Alianza, Madrid, 2001.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «Comentarios al artículo 48 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

- «Comentarios al artículo 49 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 49 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 50 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

CLEMENTE MEORO, Mario, «Comentario al artículo 81 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Thomson Civitas, 2007.

- «Comentario al artículo 82 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Thomson Civitas, 2007.

COALICIÓN DE CREADORES E INDUSTRIA DE CONTENIDOS, *Observatorio de la piratería y hábitos de consumo digitales 2015*, resumen ejecutivo, marzo de 2016.

COLOMBET, Claude, *Grandes Principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Mundo*, 3.ª ed., UNESCO:CINDOC, 1997.

COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde. Liberar el potencial de las industrias culturales y creativas*, COM(2010)183 final, Comisión Europea, 2010. (Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0183:FIN:ES:PDF>).

COMISIÓN DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *PRO/CNMC/0002/14 Propuesta referente a la modificación del artículo 32.2 del Proyecto de Ley que modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*, 16 de mayo de 2014.

- *Informe Económico de las Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual 2014*. (Disponible en: <http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Telecomunicaciones/Informes/Informes%20Anuales/2014/Informe%20Telecomunicaciones%20CNMC%202014.pdf>).

COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA, *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de Propiedad Intelectual*, diciembre de 2009. (Disponible en: <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2010/ENERO/19/competencia.pdf>).

CORNELLA, Alfons, *Infoxicación: buscando un orden en la información*, 2.ª ed., Zero Factory, Barcelona, 2010. (Disponible en: [http://www.infonomia.com/wp-content/uploads/2014/05/948\\_infoxicacion.pdf](http://www.infonomia.com/wp-content/uploads/2014/05/948_infoxicacion.pdf)).

DANAHER, Brett; DHANASOBHON, Samita; SMITH, Michael D., y TELANG, Rahul, «Converting Pirates without Cannibalizing Purchasers: The Impact of Digital Distribution on Physical Sales and Internet Piracy», *Marketing Science*, marzo de 2010. (Disponible en: [http://www.heinz.cmu.edu/~rtelang/ms\\_nbc.pdf](http://www.heinz.cmu.edu/~rtelang/ms_nbc.pdf)).

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentario al artículo 69 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro y VENTURA, José Manuel, «Comentario al artículo 71 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.

DEAZLEY, Ronan, *Rethinking copyright. History, theory, language*, Edward Elgar Publishing, 2006.

DELGADO PORRAS, Antonio, «Contraposición entre los sistemas de protección del Derecho de Autor y del *Copyright*», en *Derecho de Autor y derechos afines al de autor*, t. I, Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007.

DELGADO PORRAS, Antonio, «La tecnología digital y los conceptos de obra y de autor», en *Derecho de Autor y derechos afines al de autor*, t. II, Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007.

DELGADO PORRAS, Antonio, «Las producciones «multimedia»: ¿un nuevo género de obras?», en *Derecho de Autor y derechos afines al de autor*, t. II, Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007.

DEPARTMENT FOR CULTURE, MEDIA & SPORT, *Creative Industries Mapping Document 2001*. (Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/creative-industries-mapping-documents-2001>).

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, 3.ª ed., Ariel, 1993.

DOSI, Giovanni, y STIGLITZ, Joseph E., «The role of Intellectual Property Rights in the development process, with some lessons from developed countries: an introduction», en *Intellectual Property Rights. Legal and economic challenges for development*, 1.ª ed., The Initiative for Policy Dialogue Series, Oxford University Press, 2014.

DOYLE, Gillian, *Understanding media economics*, 1.ª ed., SAGE, 2002.

DRUCKER, Peter F., *The Age of Discontinuity. Guidelines to our changing society*, 8.ª ed., Transaction Publishers, 2008.

EISENSTEIN, Elizabeth L., *La imprenta como agente de cambio. Comunicación y transformaciones culturales en la Europa moderna temprana*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

ELLIOTT, J. H., *La España Imperial. 1469-1716*, 2.<sup>a</sup> reimp. de la 5.<sup>a</sup> ed., Vicens-Vives, Barcelona, 1989.

ENCABO VERA, Miguel Ángel, *Las Obligaciones del Editor Musical*, 1.<sup>a</sup> ed., Reus, Madrid, 2002.

EPSTEIN, Jason, *La industria del libro. Pasado, presente y futuro de la edición*, Anagrama, Barcelona, 2002.

ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria*, Comares, Granada, 1994.

FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES NACIONALES DE DISTRIBUIDORES DE EDITORES, *XVII Estudio de Perfil del Sector de la Distribución de Libros y Publicaciones Periódicas*. (Disponible en: <http://www.fande.es>).

FEDERACIÓN DE GREMIOS DE EDITORES DE ESPAÑA, *Comercio Interior del Libro en España 2013*. (Disponible en: [http://www.federacioneditores.org/0\\_Resources/Documentos/Comercio Interior 2013.pdf](http://www.federacioneditores.org/0_Resources/Documentos/Comercio Interior 2013.pdf)).

FISCHER, S.; DORNBUSCH, R., y SCHMALENSEE, R., *Economía*, 2.<sup>a</sup> ed., McGraw-Hill, Madrid, 1990.

FOUCAULT, Michel, «¿Qué es un autor?», *ElSeminario.com.ar*, 2005.

FUNDACIÓN AUTOR, *Encuesta de Hábitos y Prácticas Culturales en España 2005*. (Disponible en: <http://www.artenetsgae.com/anuario/home.html>).

FUNDACIÓN SGAE, *Anuario SGAE de las Artes Escénicas, Musicales y Audiovisuales*, 2015.

FUNDACIÓN TELEFÓNICA, *La sociedad de la información en España. Presente y perspectivas 2000*. (Disponible en: [https://telos.fundaciontelefonica.com/docs/repositorio/es\\_ES/informes/espana\\_2000/completo.pdf](https://telos.fundaciontelefonica.com/docs/repositorio/es_ES/informes/espana_2000/completo.pdf)).

GEORGE, A., *Constructing intellectual property*, Cambridge University Press, 2012.

GERBNER, G., «Marketing global mayhem», en *Javnost/The Public*, núm. 2, Vol. 2, 1995. (Disponible en: <http://web.asc.upenn.edu/gerbner/Asset.aspx?assetID=1607>).

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Comentario al artículo 43 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.

- «Comentario al artículo 43 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

GOLDSTEIN, Paul, *Copyright's highway*, Stanford University Press, California, 2003.

GÓMEZ PLAZA, CARMEN, «Comentario al artículo 58 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

- «Comentario al artículo 60 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.

GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, «Comentario al artículo 120 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

- «Comentario a los arts. 14 y 14 BIS CB», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Convenio de Berna*, 1.ª ed., Tecnos, 2013.

GRETEL 2000, *Convergencia, competencia y regulación en los Mercados de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet*, vols. 1 y 2, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, Madrid, 2000.

HALL, Fania, *El negocio de la edición digital*, 1.ª ed., Colección Libros sobre Libros, Fondo de Cultura Económica, 2014.

HELLER, M., *The gridlock economy. How too much ownership wrecks markets, stops innovation and costs lives*, Basic Books, 2008.

HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso Y MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando-Pedro, «Comentario al artículo 74 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.

- «Comentario al artículo 75 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentario al artículo 77 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentario al artículo 78 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentario al artículo 80 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentario al artículo 81 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentario al artículo 82 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentario al artículo 83 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.

HERRERO GARCÍA, María José, «Comentario al artículo 64 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.

HESS, Charlotte, y OSTROM, Elinor, «Ideas, artifacts, and facilities: information as a common-pool resource», *Law and Contemporary Problems*, vol. 66.

HOSKINS, Colin; McFADYEN, Stuart, y FINN, Adam, *Global Television and Film*, Oxford University Press, 1997.

HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, «Comentario al artículo 57 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

HUGENHOLTZ, Bernt, *Fierce Creatures. Copyright exemptions: Towards extinction? keynote speech, IFLA/IMPRIMATUR Conference, "Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance", Amsterdam, 30-31 October 1997.* (Disponible en <http://www.ivir.nl/staff/hugenholtz.html>).

HURTADO GONZÁLEZ, Luis, *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y seguridad social*, 1.ª ed., La Ley, Madrid, 2006.

INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU SPAIN RESEARCH, *I Estudio de Radio Online*, octubre de 2014. (Disponible en: [http://www.iabspain.net/wp-content/uploads/downloads/2014/10/IAB\\_Estudio-Radio-Online\\_Final.pdf](http://www.iabspain.net/wp-content/uploads/downloads/2014/10/IAB_Estudio-Radio-Online_Final.pdf)).

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los hogares 2014*. (Disponible en: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t25/p450/base2011/a2014/&file=pcaxis>).

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., *Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria*, 1.ª ed., Reus, Madrid, 2000.

LANDES, William M., y POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Estados Unidos, 2003.

LANGE, David, «Recognizing the Public Domain», *Law & Contemporary Problems*, Autumn, 1981. (Disponible en: <http://www.duke.edu/fac/lange>).

- «Reimagining the Public Domain», *Law & Contemporary Problems*, Winter/Spring, 2003.

LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, 11.ª ed., Ariel, 1994.

LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio Jesús, «La obra audiovisual: titularidad en su explotación videográfica», en *Revista Jurídica Española La Ley*, 1992/1 (Disponible en: [http://www.wke.es/SalaPrensa/White/white\\_17.html](http://www.wke.es/SalaPrensa/White/white_17.html)).

LESSIG, Lawrence, *El Código y otras leyes del ciberespacio*, 1.ª ed., Colección Taurusesdigital, Santillana, Madrid, 2001.

- *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, Vintage Books, Estados Unidos, 2002.
- *Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*, Traficantes de Sueños, 2005.



LITMAN, Jessica, «The Public Domain», *Emory Law Journal*, Fall, 1990.

- *Digital Copyright*, Prometheus Books, 2001.

LÓPEZ MAZA, Sebastián, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009

MANGUEL, Alberto, *Una historia de la lectura*, 1.ª ed., Lumen, 2005.

MARÍN LÓPEZ, Juan José, «Comentario al artículo 41 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.

MARTÍN SALAMANCA, Sara, «Comentario al artículo 90 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

- *Remuneración del autor y comunicación pública*, 1.ª ed., Reus, 2004.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Comentarios al artículo 72 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, «Comentarios al artículo 14 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

MARX, Groucho, *Las cartas de Groucho Marx*, 4.ª ed., colección «Compactos», Anagrama, 2003 .

MASUDA, Yoneji, *La Sociedad Informatizada como Sociedad Post-Industrial*, Tecnos, Madrid, 1984.

MAYOR DEL HOYO, M.ª Victoria, *El derecho de autor sobre las obras cinematográficas en el Derecho español*, Colex, Madrid, 2002.

MEDIA SALLES, *Anuario estadístico del cine europeo*. (Disponible en: <http://www.mediasalles.it/ybk2015/>).

MINISTERIO DE CULTURA, *El sector del libro en España 2013-2015*, abril de 2015.

- *Panorámica de la edición española de libros 2014*, 2015.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, *Encuesta de hábitos y prácticas culturales en España 2014-2015*, 2015.

(Disponible en: <http://www.mecd.gob.es/mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/cultura/mc/ehc/2014-2015/Encuesta de Habitos y Practicas Culturales 2014-2015.pdf>).

MUÑOZ VIADA, C., *Transmisión de los Derechos de Autor. El contrato de edición*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007.

NEGROPONTE, Nicholas, *El Mundo Digital. El futuro que ha llegado*, Ediciones B, 2000.

NOMEN, Eusebi, «Desequilibrios de competencia entre productores audiovisuales de Estados Unidos y la Unión Europea dentro del territorio de ésta», en Xavier O'CALLAGHAN (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011.

NÚÑEZ, Laura; LISBONA, Lucía, y DANS, Enrique, *Un análisis empírico de la eficiencia en precios del mercado electrónico frente al convencional: ¿resulta más barato comprar por Internet?*, Madrid, Ayuntamiento de Madrid, 2002.

OBSERVATORIO DE LA LIBRERÍA EN ESPAÑA, *Confederación Española de Gremios y Asociaciones de Libreros. Mapa de Librerías de España 2013*, 2013.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO), *Etapas hacia las Sociedades del Conocimiento*, UNESCO, Uruguay, 2008. (Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001798/179801S.pdf>).

ORTÍ VALLEJO, Antonio, «Comentario al artículo 112 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.

OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, «Comentario al art. 101 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.

PARIKH, Mihir, *The music industry in the Digital World: Waves of changes*, Institute for Technology & Enterprise, agosto, 1999.

PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, y SOLANA, Diego, «Press Clipping: Competencia Desleal y Propiedad Intelectual», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 2, La Ley, 2008.

PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, Reus, 2001.

- «Comentario al artículo 87 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentario al artículo 89 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 88 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 89 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 90 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículos 91 a 93 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, «Comentarios al artículo 32 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

- «Comentario al art. 74 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.
- «Comentario al art. 75 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.
- «Comentario al art. 76 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.
- «Comentario al art. 77 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.
- «Comentario al art. 79 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.

- «Comentario al art. 80 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.
- «Comentario al art. 81 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.
- «Comentario al art. 82 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.
- «Comentario al art. 84 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.
- «Comentario al art. 85 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.

PIMENTEL, Manuel, *Manual del Editor. Cómo funciona la moderna industria*, Berenice, 2007.

PLANAS I SILVA, Carlota, «Los contratos en la era del acceso: la desintermediación legal», en Javier TORRES RIPA y José Antonio GÓMEZ HERNÁNDEZ (coords.), *El copyright en cuestión*, Serie Derecho, vol. 93, Deusto, Bilbao, 2011.

PLAZA PENADÉS, Javier, «Comentario al artículo 14 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Thomson Civitas, 2007.

- *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información*, Aranzadi, Navarra, 2002.

QUINTANA, Ángel, *Después del cine. Imagen y realidad en la era digital*, 1.ª ed., Acantilado, Barcelona, 2011.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *El contrato de representación teatral*, Reus, Madrid, 2003.

- «La propiedad intelectual como propiedad temporal», en Carlos ROGEL (coord.), *La duración de la propiedad intelectual y las obras de dominio público*, Reus, Madrid, 2005.

- «Interpretación, derechos de autor y derechos conexos», en Carlos ROGEL (coord.), *Interpretación y autoría*, Reus, Madrid, 2004.

RICHARD, Lipsey G., y HARBURY, Colin, *Principios de Economía*, 2.ª ed., Vicens-Vives, 1993.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Interpretación y obra derivada», en Carlos ROGEL (coord.), *Interpretación y autoría*, Reus, Madrid, 2004.

- «Comentarios al artículo 20», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 22», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Comentario al artículo 6 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Thomson Civitas, 2007.

- «Comentario al artículo 89 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 90 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 105 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 45 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 71 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 74 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Thomson Civitas, 2007.

- «Comentario al artículo 75 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 76 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 77 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 78 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 79 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 80 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 84 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 85 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 87 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 88 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 89 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 92 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, 2007.

- «Comentario al artículo 105 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Comentario al artículo 120 LPI», en José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Thomson Civitas, 2007.
- «Periodistas asalariados y colaboradores de prensa» en Miguel Ángel ENCABO VERA (coord.), *Periodismo y Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2013.
- «Comentarios al artículo 8 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

ROGEL VIDE, Carlos, «Tensiones generales», en *Tensiones y conflictos sobre el derecho de autor en el siglo XXI. Materiales para la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012

- «Directores de escena y Derechos de Autor», en *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, vol. I, Reus, Madrid, 2003.
- «La enseñanza del Derecho de Autor en España y el Derecho Civil como marco teórico de la misma», en *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, vol. I, Reus, Madrid, 2003.
- «Periodismo y derecho de autor. Una aproximación histórica» en Miguel Ángel ENCABO VERA, *Periodismo y Derecho de Autor* (coord.), Reus, Madrid, 2013.

ROMÁN PÉREZ, Raquel de, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Reus, Madrid, 2003.

ROSATI, Eleonora, *Originality in EU Copyright. Full harmonization through case law*, Edward Elgar Publishing, 2013.

ROSE, M., *Authors and owners. The invention of copyright*, 3.ª ed., Harvard University Press, 2002.

ROWAN, Jaron; MARTÍNEZ, Rubén, y ZEMOS98, «Industrias culturales, industrias creativas y fugas del modelo dominante», en *La tragedia del copyright. Bien común, propiedad intelectual y crisis de la industria cultural*, 1.ª ed., Virus, 2013.

ROYAL CROWN, *Creative Nation: Commonwealth Cultural Policy*, October, 1994. (Disponible en: <http://pandora.nla.gov.au/pan/21336/20031011-0000/www.nla.gov.au/creative.nation/contents.html>).

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, «Comentario al art. 108 LPI», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (coords.), *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4 B, Edersa, Madrid, 1995.

SÁBADA, Igor, y DOMÍNGUEZ, Mario, «Dominio público, bien común y propiedad intelectual» en *La tragedia del copyright. Bien común, propiedad intelectual y crisis de la industria cultural*, 1.ª ed., Virus, 2013.

SABADINI, Vittorio, *El último ejemplar del New York Times. El futuro de los periódicos en papel*, Sol90, Barcelona, 2007.

SAIZ GARCÍA, Concepción, *Obras audiovisuales y Derechos de Autor*, Aranzadi, Navarra, 2002.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2005.

- «Comentarios al artículo 58 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 59 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 60 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 61 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 62 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 63 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.



- «Comentarios al artículo 64 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 65 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 68 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 105 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 36.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2014, edición para Proview.

SERRANO FERNÁNDEZ, M., *Contratos en torno a la edición*, Reus, Madrid, 2001.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo, «Los autores. Los creadores. Otros intervinientes», en César IGLESIAS REBOLLO (coord.), *La Ley del Cine y el Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2008.

SMIERS, Joost, *Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*, 1.ª ed., Serie Cultura, Gedisa, Barcelona, 2006.

SMIERS, Joost, y VAN SCHIJNDEL, Marieke, *Imagine... No copyright*, 1.ª ed., Colección Libertad y Cambio, Gedisa, Barcelona, 2008.

SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES, *Tarifas Generales 2015*. (Disponible en: <https://enlinea.sgae.es/tarifas/>).

STALLMAN, Richard, *Software Libre para una Sociedad Libre*, 1.ª ed., Traficantes de Sueños, noviembre de 2004.

STOKES, Simon, *Digital copyright. Law and Practice*, 4.ª ed., Hart Publishing, 2014.

STROWEL, Alain, *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences*, Bruylant et Paris, L.G.D.J., Bruselas, 1993

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE PROMOCIÓN DEL LIBRO, LA LECTURA Y LAS LETRAS ESPAÑOLAS, *El Libro y las Nuevas Tecnologías. El Libro Electrónico*, 2003. (Disponible en:

<http://agora.mcu.es/libro/contenido/documentos/LIBRO%20Y%20NUEVAS%20TECNOLOGIAS%202.pdf>).

- *Incidencias de las Nuevas Tecnologías en el Sector del Libro en el Ámbito de la Unión Europea*, 2004. (Disponible en: [http://agora.mcu.es/libro/contenido/documentos/04sector\\_libro.pdf](http://agora.mcu.es/libro/contenido/documentos/04sector_libro.pdf)).

TAPSCOTT, Don, *The Digital Economy: rethinking promise and peril in the age of Networked Intelligence*, 20th Anniversary Edition, McGraw-Hill Education, 2015, ed. para Kindle.

THOMPSON, John B., *Books in the Digital Age*, Polity Press, 2005, ed. para Kindle.

TORRES GARCÍA, Teodora F., «Comentarios al artículo 61 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.

- «Comentarios al artículo 62 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.

TORRES LANA, José Ángel, «Comentarios al artículo 45 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, 2007.

- «Comentarios al artículo 46 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 47 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.
- «Comentarios al artículo 52 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

UNESCO, *Etapas hacia las Sociedades del Conocimiento*, 25 de junio de 2008. (Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001798/179801S.pdf>).

- *Recomendación sobre la normalización internacional de las estadísticas relativas a la edición de libros y publicaciones periódicas*, 19 de noviembre de 1964. (Disponible en: <http://portal.unesco.org/es/ev.php->

[URL ID=13068&URL DO=DO TOPIC&URL SECTION=201.html](#)  
).

VENTURA VENTURA, José Manuel, *La edición de obras musicales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

- «Comentarios al artículo 71 LPI», en Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, 2007.

WALLIS, Roger, *De menor a mayor: los desafíos políticos con que se enfrentan los países en desarrollo en el sector mundial de la producción musical*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (11.º periodo de sesiones), junio de 2004.

WATSON, Peter, *Ideas. Historia intelectual de la humanidad*, Crítica, Barcelona, 2006.

NETANEL, Neil W., *Copyright's paradox*, Oxford University Press, Nueva York, 2008.

XALABARDER PLANTADA, Raquel, «La reforma de la Ley de Propiedad intelectual: ¿entre la necesidad y la oportunidad?», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 3, núm. 1, 2015.