

**EL DERECHO DE AUTOR  
Y SUS MODALIDADES DE EJERCICIO  
EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA  
DE PROPIEDAD INTELECTUAL  
ESTUDIO DE LOS ARTS. 17 A 21  
DE LA L.P.I. DE 1987**

**TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR  
JUANA MARCO MOLINA**

**BAJO LA DIRECCION DEL  
PROF. DR. FERRAN BADOSA COLL**

**Universidad de Barcelona  
Facultad de Derecho  
Junio 1992**

**CAPITULO SEGUNDO**

**LA TIPIFICACION  
DE LAS FORMAS DE EXPLOTACION  
EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL  
DE 1987**

La simple comparación<sup>865</sup> entre textos legales pone ya de entrada de manifiesto que la LPI de 1987 ha organizado la Sección II ("Dos. de explotación") del Capítulo III de su Libro I tomando como modelo la Ley alemana de 1965 ("Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte", vom 9. September 1965),<sup>866</sup> y, en concreto, el epígrafe tercero (3. "Verwertungsrechte") de la Sección cuarta, Parte I de la citada Ley.<sup>867</sup>

<sup>865</sup> El dato es puramente visual. Así, constata de este modo reiteradas concomitancias entre una y otra Ley RIVERO HERNANDEZ, en su comentario a la Sección "Derechos de explotación" de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...*, coordinados por Rodrigo BERCOVITZ, págs. 319 y s.s.; vid. a este respecto, págs. 330, nota 22; 335; 346 y s.s.; 371; 375.

<sup>866</sup> Nos refereriremos a ella en adelante como UhrG ("Urheberrechtsgesetz").

<sup>867</sup> En realidad, todo el Capítulo III de la vigente Ley de 1987, relativo al "Contenido" de la propiedad intelectual, ha sido organizado siguiendo la sistemática de la UhrG de 1965. La distribución de materias es idéntica en una y otra Ley. Vid. así

UhrG, Erster Teil, IV Abschnitt	=	LPI, Libro I, Cap. III
"Inhalt des Urheberrechts"	=	"Contenido"
1. "Allgemeines"	=	<art. 2o. LPI>
2. "Urheberpersönlichkeitsrecht"	=	Sección I: "Derecho moral"
3. "Verwertungsrechte"	=	Sección II: "Derechos de explotación"
4. "Sonstige Rechte"	=	Sección III: "Otros derechos"

Así, la estructura de tal Sección de la vigente Ley de 1987 cuenta con un artículo de formulación general, el art. 17 (equivalente al §15 (1) UhrG), y una serie de preceptos, los arts. 18 a 21 (iguales a los §15 (3) a §24 UhrG), que proporcionan definiciones de aquellas formas de explotación que el propio art. 17 destaca "en especial" frente a cualesquiera otras que puedan corresponder al autor (art. 17, 1a. parte: "Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma...").<sup>868</sup>

"A posteriori", se ha querido justificar la selección de los "derechos de explotación", enumerados en el art. 17 y

<sup>868</sup> Prescindimos del estudio de los arts. 22 y 23, también incluidos en dicha Sección II. El art. 22 se refiere al "derecho de colección" y el art. 23 señala la independencia entre los distintos "derechos de explotación". La inclusión de ambos preceptos en esta Sección obedece probablemente a la influencia de la Ley italiana de 22 de abril de 1941, relativa a la "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio". El texto legal italiano cierra la Sección dedicada a la "Protezione della utilizzazione economica dell'opera" (Capítulo III del Título II; arts. 12 y s.s.) con disposiciones análogas a las de los arts. 22 y 23 de nuestra LPI (vid. el art. 18,3 italiano, equivalente a nuestro art. 22 y el art. 19,1 italiano, equivalente a nuestro art. 23).

Se ha señalado (vid. DIETZ, Adolf, *Das Urheberrecht in Spanien und Portugal*, Munchen 1989, pag. 256) que tales preceptos estarían mejor ubicados en las "Disposiciones generales" sobre la "Transmisión de derechos" (arts. 42 y s.s.), opinión que suscribimos, porque sobre todo el art. 22 tiene como destinatario al cesionario de derechos de explotación. En cuanto al art. 23, como indica BERCOVITZ, "está asegurando la autonomía de cada derecho de explotación de una obra...tanto en principio, como en relación con el tráfico jurídico" (vid. BERCOVITZ, *El derecho de remuneración del art. 90.2... cit.*, pág. 24). Sobre el art. 23 LPI, vid. asimismo RODRIGUEZ TAPIA (*La cesión en exclusiva... cit.*, pág. 221), quien lo pone en relación con otros preceptos relativos a la cesión de derechos de explotación, como el art. 43.1. y el art. 57 de la LPI.



propietario de una obra; de manera saltuaria, la Ley y el Reglamento se referían a otras prerrogativas del titular de la propiedad intelectual, pero sin definir las ni agrupar las, como se hace, en cambio, en la Ley actual.

Por otra parte, y aun pudiendo ser considerados comprendidos en su espíritu (art. 10. Ley; art. 10., final Regl.)<sup>872</sup>, difícilmente podían tales textos legales hacer mención y atender a la problemática específica suscitada por medios de expresión y difusión de la obra intelectual desconocidos o todavía no generalizados en el momento de su promulgación. Entre otras razones, es ello lo que dio lugar a un intento de reforma durante la II República,<sup>873</sup> el "Proyecto de ley" de 27 de junio de 1934, "reformando la vigente de Propiedad intelectual", que fue presentado pero no llegó a ser discutido por las Cortes.<sup>874</sup> Tal Proyecto representa el único

---

<sup>872</sup> Desde siempre se ha destacado el sentido previsor y la modernidad de tales normas. Vid. por todos BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, prólogo a la edición Tecnos de la *Legislación sobre propiedad intelectual*, Madrid 1987, pág. 11.

<sup>873</sup> Vid. la Orden de 21 de febrero de 1934 ("Gaceta" de 25 del mismo mes y año), por la que se crea una Comisión para la reforma de la Ley de 10 de enero de 1879, de la que surgiría el Proyecto a que a continuación nos referimos; cita dicha disposición, como una de las razones, entre otras, que exigen la más inmediata modificación del régimen entonces vigente: "No considera la misma - porque no existían en aquella época - medios hoy tan extendidos de reproducción como el cine, la radio y el gramófono...que requieren una reglamentación detallada."

<sup>874</sup> El Proyecto fue presentado por el Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes, Filiberto VILLALOBOS GONZALEZ. Vid. el Diario de Sesiones de Cortes de 1934, apéndice 13 al no. 108, de 27 de junio, págs. 394 y s.s.

definidos a continuación específicamente, diciéndose que son éstas las formas de explotación "más habituales".<sup>669</sup> Lo cierto es que tal tipificación carece de antecedentes en la hasta ahora vigente legislación de la propiedad intelectual.<sup>670</sup> La que venía siendo considerada como disposición más genérica<sup>671</sup> del anterior régimen de la propiedad intelectual, el art. 7o. de la Ley de 1879, se ceñía a proscribir la reproducción de obras ajenas. Esta no era la única facultad contemplada como propia del autor o

<sup>669</sup> Vid. la intervención del diputado del Grupo socialista, Salvador CLOTAS CIERCO, en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 1987. Comisiones, no. 128, de 12 de mayo, pág. 4859.

<sup>670</sup> Además de ser inexistente la actual categoría de los "derechos de explotación" en el sistema de la propiedad intelectual perfeñado por el Código civil (arts. 428 y 429) y la Ley especial sobre la materia de 1879, dicha regulación carecía de normas de carácter programático en la línea del actual art. 17, si prescindimos de los preceptos que buscaban una formulación genérica remitiéndose a "las reglas generales" o "disposiciones comunes" del derecho de propiedad (art. 429 C.c.; art. 5 Ley 1879).

<sup>671</sup> "El artículo transcrito contiene la prohibición más absoluta, concreta y amplia de nuestro derecho de propiedad intelectual" (MOLAS VALVERDE, *Propiedad intelectual*, Barcelona 1962, pág. 13; pág. 17); "Ni la Ley ni el Reglamento son muy precisos en su terminología, pues el principio general impone la prohibición de reproducir obras ajenas sin permiso y, sin embargo, en esa expresión es preciso comprender la de publicar (artículo 7o. de la Ley), copiar o reproducir (art. 10 de la Ley), reimprimir (art. 11), ejecutar (art. 19 de la Ley), etc." (CHICO ORTIZ, José María, «Principios y problemas de la propiedad intelectual», en la *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1984, II, págs. 1321 y s.s.; vid. pág. 1346); "En lo que consiste el derecho del autor, tal cual se reconoce por la legislación, es en que su obra no sea reproducida o imitada..." (VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho civil español*, Valladolid 1910, tomo II, pág. 131).

En la jurisprudencia, vid. la S.T.S. de 4 de octubre de 1930, Cdo. 2o.: "...en los arts. 7o. y 22 prohíbe <la Ley> de un modo absoluto su reproducción por terceras personas."

intento en Derecho español antes de la Ley de 1987 de regulación, a la vez pormenorizada y de síntesis, de las distintas formas o actividades en que puede traducirse materialmente la explotación de una obra intelectual (vid. sus arts. 1 a 13, que llevan la rúbrica "De la propiedad intelectual, sus modalidades y su objeto"). Y, sin embargo, habremos de citarlo sólo por su carácter testimonial, puesto que muy poco de él parece haber tomado la actual ordenación de los "Derechos de explotación".<sup>875</sup>

Dado que el referido Proyecto no llegó a convertirse en ley, los citados procedimientos no han sido incorporados en España a una ley de propiedad intelectual hasta la actual de 1987.<sup>876</sup>

La incidencia de los nuevos medios o procedimientos de comunicación en las "formas" o posibilidades concretas de

<sup>875</sup> Vid. asimismo, por su carácter testimonial, la fórmula con que el Proyecto de 1934 quiso dejar reservadas al autor las formas de utilización de la obra intelectual propiciadas por tecnologías futuras o por las ya conocidas en aquel entonces, pero no consolidadas todavía desde el punto de vista técnico: art. 11 del Proyecto de 1934: "Y en el concepto de utilización general se engloban todas las formas de explotación de una obra que aún no tienen una mecanización suficiente, como la televisión y las que en lo sucesivo puedan ser descubiertas para comunicar al público la imagen, la palabra o el sonido."

<sup>876</sup> Si prescindimos de la Ley de cine de 1966, relativa sólo a la regulación de la propiedad intelectual sobre las obras cinematográficas y de una serie de disposiciones de rango inferior que, a modo de "parches", intentaban sostener la vigencia de la legislación de 1879-1880, solucionando las cuestiones más perentorias a que la aplicación de la misma daba lugar. Tendremos ocasión de referirnos a algunas de las más representativas en la sede correspondiente a las formas de explotación a las que afectan.

utilización de la obra intelectual<sup>877</sup> es un imperativo al que desde principios del siglo XX están haciendo frente, tanto los convenios internacionales, como los diversos ordenamientos estatales. Cuando, a su vez, ha correspondido al legislador español afrontar el mismo fenómeno,<sup>878</sup> su tarea se ha visto en gran medida allanada, gracias a la experiencia, tanto científica como práctica, acumulada en otros ámbitos jurídicos, sobre todo en aquéllos, como el alemán, donde el interés por el derecho subjetivo - o ahora, mejor, los derechos - que recaen sobre ese objeto singular que es la obra del espíritu no es un fenómeno de última hora.

---

<sup>877</sup> "...las formas de utilización de las obras son un reflejo de la tecnología de las comunicaciones..." (así BONDIA ROMAN, op. cit., pág. 217).

<sup>878</sup> Vid. el Preámbulo, párrafo 2o. LPI: "...las consecuencias del desarrollo de los medios de difusión de las obras de creación que...han facilitado nuevas modalidades de defraudación de los derechos de propiedad intelectual."

## I. EL ORIGEN DE LA ACTUAL TIPIFICACION LEGAL

El porqué de la actual tipificación hay que buscarlo entonces fuera del ordenamiento jurídico español. Los antecedentes de la actual regulación de los "derechos de explotación" serán entonces los propios del sistema que el legislador de 1987 ha elegido como modelo entre los naturalmente posibles (la Ley francesa,<sup>879</sup> la alemana, la italiana<sup>880</sup> o la portuguesa<sup>881</sup>).

<sup>879</sup> La influencia francesa en nuestro texto de 1987 se deja sentir, más que en la organización general de las "formas de explotación" (que, como mantenemos, es antes tributaria del Derecho alemán) en el contenido actual del llamado "derecho de reproducción" y es allí donde nos referiremos a ella. Como ya hemos indicado en diversas ocasiones, la Ley francesa de 11 de marzo de 1957 es prácticamente la primera regulación sustantiva y de síntesis de la "propriété littéraire" desde los ya aludidos Decretos del periodo revolucionario de 1791 y 1793, que ella misma deroga (vid. su art. 77). Las demás leyes francesas situadas dentro de ese dilatado periodo se habían limitado, bien a aumentar el plazo de protección reconocido a los herederos de los autores, como la Ley de 14 de julio de 1866; bien a aspectos sectoriales de la protección del autor, como la Ley de 9 de abril de 1910, que reconoció a los autores de obras plásticas el llamado "droit de suite" o derecho de secuencia.

En cualquier caso, la configuración actual de las formas o modos de explotación en Francia no tiene la misma longevidad que en Derecho alemán - donde ya veremos que data de 1901 - , a juzgar por el testimonio de algunos de los principales especialistas franceses de la "propiedad literaria": "Reconnaissons du moins, avant toute critique, qu'il <Proyecto de 13 de agosto de 1936, que no llegó a ser ley> a le mérite de constituer cette réglementation d'ensemble du droit d'auteur et de ses modes d'exploitation qui manque encore à notre pays." \* (así ESCARRA, RAULT, HEPP, op. cit., pág. 10).

\* El subrayado es mío.

<sup>880</sup> Que aunque data de 1941 y es, por tanto, anterior a la Ley alemana actual de 1965 inspira su regulación de las formas concretas de explotación o utilización económica de la obra en la anterior Ley alemana de 1901, a la que consagramos nuestro siguiente epígrafe. Sobre la influencia

De todos ellos, la Ley de 1987 ha tomado como guía - y no sólo en el tema de los derechos de explotación - la UhrG de 1965, que, aun prescindiendo de otros méritos, es el texto de la Europa occidental que acredita una mayor tradición en la regulación de las "formas" de explotación, puesto que, básicamente, incorpora aquéllas que ya reconocía - si bien con carácter limitativo - una ley anterior, la "Literatururheberrechtsgesetz" de 1901 ("Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst" de 19 de junio de 1901)<sup>882</sup>

Resulta entonces que no cabe un estudio de la actual tipificación de los llamados "derechos de explotación" en

de la Ley alemana de 1901 en la Ley italiana, vid. allí nota

<sup>881</sup> Que es una ley casi tan reciente como la nuestra propia - data de 1985: es el "Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos", de 17 de septiembre - y que, por tanto, está tan abierta a las influencias exteriores como la nuestra.

DIETZ, quien realiza una valoración conjunta de las nuevas Leyes portuguesa y española, insiste en señalar la superioridad de ésta última sobre aquélla. Vid. así DIETZ, Adolf, *Das Urheberrecht in Spanien und Portugal. Rechtsvergleichende Studie erstellt im Auftrag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Munich 1989 <ejemplar dactilografiado que nos ha facilitado el propio autor>. Vid. a este respecto págs. 8 y s.s.

<sup>882</sup> El citado texto legal se adjunta como APENDICE II de este trabajo.

Derecho español, sin remontarse a los antecedentes propios del texto que le ha servido de inspiración.<sup>683</sup>

<sup>683</sup> Junto a las formas de explotación ya tradicionales o contempladas en las Leyes hasta entonces vigentes, se refiere asimismo el legislador de 1965 a "nuevas facultades" no contempladas en las leyes hasta entonces vigentes. Vid. así UhrG Begründung, págs. 242-243: "Im einzelnen ergeben sich aus diesem umfassenden Recht des Urhebers folgende im Entwurf <se refiere al "Regierungsentwurf" o Proyecto definitivo> besonders erwähnten neue Befugnisse, die in den geltenden Urheberrechtsgesetzen <LUG y KUG> nicht ausdrücklich geregelt, zum Teil jedoch durch die Rechtsprechung bereits anerkannt sind:

<mencionaremos sólo las de orden patrimonial>

- c) das Ausstellungsrecht an unveröffentlichten Werken der bildende Künste (§§ 15, 18);
- d) das Recht, ein erschienenenes literarisches Werk öffentlich vorzutragen (§15, 19 Abs. 1)...
- e) das Senderecht, das die Rundfunk-, Fernseh- und Drahtfunksendung des Werkes umfasst (§§15, 20);
- f) das Recht der öffentlichen Wiedergabe des Werkes mittels Bild-oder Tonträger wie z.B. Schallplatten (§§15, 21);
- g) das Recht der öffentlichen Wiedergabe von Funksendungen des Werkes (§§15, 22);
- ...
- i) das sogenannte Folgerecht (§26)
- k) der Vergütungsanspruch für die Vermietung von Vervielfältigungsstücken (§27). "

## 1. La "Literatururheberrechtsgesetz" de 1901<sup>884</sup>

Si dedicamos un epígrafe específico a este texto legal, es porque en él se sentaron las bases del esquema de presentación legal de los llamados "derechos de explotación", tal y como hoy nos es conocido. En efecto, es la "Literatururheberrechtsgesetz" de 1901 (o, como más habitualmente se la designa, la LUG) el texto legal donde se articula por primera vez el sistema actual de organización de las "formas de explotación", que luego adoptan textos europeos posteriores: el alemán actual de 1965, desde luego, pero también otros, como el austriaco de 1936,<sup>885</sup> el italiano

<sup>884</sup> Siguiendo la tradición alemana que ya conocemos desde 1870, existe, en realidad, una Ley paralela para las obras de las artes plásticas ("Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie", de 9 de enero de 1907). La existencia de esta segunda Ley se explica sólo por arrastre e inercia respecto a la duplicidad de la regulación anterior de 1870/1876; la mayoría de los preceptos de la KUG ("Kunsturheberrechtsgesetz") son pura trasposición de las correspondientes normas de la LUG: "Die getrennte Regelung bedingte, daß viele Paragraphen des Gesetzes von 1907 *eine getreue Kopie* der Bestimmungen des Gesetzes von 1901 enthielten." (así FROMM, Karl-Friedrich y NORDEMANN, Wilhelm, *Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, Stuttgart, Berlín, Köln, Mainz 1988, pág. 34; vid. también HEYMANN, Ernst, *Die zeitliche Begrenzung des Urheberrechts*, Berlín 1927, pág. 94; STRÖMHOLM *Le droit moral de l'auteur*, Estocolmo 1967, I, pág. 335).

La "matriz" es entonces la "Literatururheberrechtsgesetz"; es en esta primera Ley donde se formulan los principios y de donde arranca básicamente la regulación actual de los derechos de explotación; prácticamente sólo a ella se remite el legislador alemán de 1965.

<sup>885</sup> Téngase en cuenta que en 1932 se llegó incluso a la redacción conjunta de un Proyecto común germánico, para Alemania, y Austria (vid. a este respecto RINTELEN, Max, *Urheberrecht und Urhebervertragsrecht nach österreichischem, deutschem und schweizerischem Recht*, Viena 1958 pág. 40; ULMER págs. 60-61; y la referencia incidental de BRANDT, Rudolf, *Das 'droit moral' als Faktor im künftigen deutschen*



de 1941<sup>886</sup> y nuestra propia Ley de Propiedad Intelectual de 1987.

La LUG o "Literatururheberrechtsgesetz" de 1901 surge fundamentalmente con el propósito de adaptar la entonces vigente legislación alemana ("Reichsgesetz" de 1870 sobre obras escritas y "Reichsgesetz" de 1876 sobre obras plásticas)<sup>887</sup> a la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, promulgada en 1886. Pretende sobre todo superar determinadas limitaciones que, a raíz de la entrada en vigor de tal Convención, podían presentar aquellas Leyes - aunque son éstas las que habían llevado el peso de la codificación del derecho de autor<sup>888</sup> - , como son sobre todo el reconocimiento del derecho de traducción sin necesidad de declaración expresa del autor reservándosele.

En su elaboración, no intervienen grandes personalidades científicas. Por lo menos, hemos podido descartar la intervención directa de Josef KOHLER, a quien unánimemente se

---

*Urheberrecht*, Dusseldorf 1934, pág. 35, nota 130).

<sup>886</sup> Se refiere a la influencia de las Leyes alemanas de 1901 y 1907 en la Ley italiana de 1941 José Ma. MIQUEL GONZALEZ, en el comentario del art. 70. de nuestra vigente Ley de 1987, en los *Comentarios...* cit., págs. 117 y s.s.; vid. pág. 125.

<sup>887</sup> Me ocupé de ellas en la Tercera Parte de este trabajo, dedicada a la Ley española de 1879.

<sup>888</sup> Vid. WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Gottingen 1952, pág. 318.

considera artífice del moderno derecho de autor.<sup>889</sup> Transcribo el prólogo que él mismo hace a la primera edición (1906) de su obra "Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht": "...dass ich, weil zur Mitarbeit an dem Gesetz nicht zugezogen, mich weder mittelbar noch unmittelbar daran beteiligt habe und daher jeden ursachlichen Zusammenhang in Bezug auf die zahlreichen Fehler des Gesetzes ablehnen muss"; si bien él mismo, en el mismo lugar, reconoce: "Ein grösserer Teil der von mir gewünschten Rechtsgestaltungen ist verwirklicht worden, mehr als ich es vor 25 Jahren hatte erwarten können."<sup>890</sup> En última instancia, tendremos ocasión de comprobar en el estudio dedicado a cada

<sup>889</sup> Incluso prescindiendo de la importancia de la categoría por él construida (el "Immaterialgüterrecht" o "derecho sobre bienes inmateriales"), heredera de la "geistiges Eigentum" como intento de explicación de la naturaleza del derecho de autor, al menos en su aspecto patrimonial, tendremos a partir de ahora ocasión de ir constatando su particular influencia en la configuración de cada una de las facultades que integran el derecho de explotación o "Verwertungsrecht" que corresponde al autor.

Sobre la influencia de KOHLER en la moderna construcción del derecho de autor, vid., para Francia, ESCARRA, RAULT, HEPP, *La doctrine française...*, págs. 36-37; para Italia (cuya doctrina es la que con mayor fidelidad, casi unción, acoge las tesis de KOHLER), vid. por todos ASCARELLI, *Teoria de la concorrenza...*; para España, vid. BAYLOS CORROZA, *Tratado...* cit., págs. 416-424; y también CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español comun y foral*, Madrid 1957 (9a. ed.), tomo II, págs. 361 y s.s.; y para otros ordenamientos germánicos, como el austriaco, vid. RIITTELEN, Max, op. cit., pag. 37.

<sup>890</sup> Según HEYMANN (op. cit., págs. 91-97), hemos podido saber que el ponente del Gobierno fue el "Staatssekretar" Arnold NIEBERDING (1838-1912). KLEINHEYER y SCHRODER (*Deutsche Juristen...* cit., pág. 356, apdo. 79 a)) señalan a NIEBERDING como funcionario del Ministerio de Justicia que participo también en la discusión parlamentaria del BGB; aparecen como Diputados intervinientes en la discusión de la LUG los nombres de SPAHN, DIETZ, ESCHE y SCHRADER, a quienes no hemos podido identificar.

una de las singulares formas de explotación en particular que los postulados de KOHLER en torno a las mismas fueron casi siempre acatados reverentemente por la LUG<sup>691</sup>, y, a partir de dicho texto legal, han contribuido de modo decisivo a la concepción moderna de los llamados "derechos de explotación".<sup>692</sup>

La Ley fue promulgada en una de las épocas de máxima ebullición, desde el punto de vista de la construcción dogmática del derecho de autor<sup>693</sup> - básicamente, se dirime la naturaleza personal, patrimonial o mixta del derecho -. Sin embargo, la LUG soslaya cualquier toma de partido: establece la plena transmisibilidad del derecho como un todo (lo cual comporta el implícito reconocimiento de su naturaleza patrimonial), pero se preocupa en distintas sedes de crear reservas en favor del "personliches Interesse des Verfassers an seinem Erzeugnisse" (vid. sobre todo §9 LUG).<sup>694</sup>

<sup>691</sup> Vid. por ejemplo las tesis de KOHLER en relación a los "derechos" de "reproducción", "distribución" y "transformación", que exponemos en los lugares correspondientes.

<sup>692</sup> Vid. HUBMANN, *Das Recht des schöpferischen Geistes*, cit. <en nuestra Bibl.>, pag. 72.

<sup>693</sup> Stig STROMHOLM (*Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, Estocolmo 1967, págs. 268 y s.s.) sitúa el periodo de mayor virulencia en la "guerra de las teorías" entre 1880 y 1910.

<sup>694</sup> Sobre la correlación entre intereses patrimoniales y personales del autor en LUG y KUG, así como en la jurisprudencia surgida al amparo de dichos textos, vid. BRANDT (op. cit., págs. 24 a 34): "In den geltenden Gesetzen <LUG y KUG>...sind in erster Linie\* die vermögensrechtliche Befugnisse des Urhebers zur ausschliesslichen geldlichen Ausnutzung seines Werkes geregelt. Der daneben\* laufende

### **1.1. La presentación de las formas de explotación en la LUG de 1901**

La "Literatururheberrechtsgesetz" de 1901 es el primer texto que adopta el sistema de listado de las formas de explotación - que son a su vez contenido de las distintas facultades o "derechos de explotación" - con sede específica, a base de reagruparlas en dos o tres preceptos

Schutz der ideellen Interessen des Urhebers hinsichtlich der Verbundenheit mit seinem Werk hat eine ausdrückliche Regelung in einem allgemeinen Vorschrift nicht gefunden. Nur in einzelnen Paragraphen kommt ein Schutz der ideellen Interessen des Urhebers zum Ausdruck..."

El reconocimiento que de dichos intereses personales del autor sobre su obra hicieron LUG y KUG fue, sin embargo, suficiente para que en 1912 el "Reichsgericht" alemán dictase una de las sentencias que en la órbita germanica se consideran más relevantes, por su influencia posterior, en cuanto a la protección de dicho orden de intereses. Se trata de la Sentencia de 8 de julio de 1912 (vid. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Leipzig 1913, tomo 79, pags. 397 y s.s.) recaída en el asunto conocido como "fresco de las sirenas" ("Felseneiland mit Sirenen"). El litigio se suscitó por haber ordenado la propietaria del inmueble en que se encontraba dicha pintura al fresco pintar encima de las figuras de las sirenas, originariamente desnudas, borrando además la firma del pintor. Invocaba para ello la propietaria la facultad de disposición sobre el fresco, emanada de su derecho de propiedad. A éste opuso el Tribunal el reconocimiento legal en el §9 LUG (que citamos en texto) de los intereses personales del autor sobre su obra: "Die in §9 LitUrHG <LUG> zum Ausdruck gelangte Bejahung der Frage setze die ausdrückliche Befugniß des Urhebers, über den Bestand und die Form des Werkes zu verfügen, als selbstverständlich voraus. Die gleichen Erwagungen sind gegenüber dem Kunstschutzgesetz vom 9. Januar 1907 <KUG> am Platze...Dieses persönliche Interesse, das mit der Ehre und dem Ansehen des Klagers als Künstler untrennbar verknüpft ist, ist aber, wie ausgeführt, ein rechtlich geschütztes..." La constelación (derecho de propiedad "versus" intereses personales del autor en su obra) es idéntica a la que se suscitará en nuestro ordenamiento en el asunto "Pablo Serrano" (referida en nuestro examen de las postrimerías del régimen creado por la Ley de 1879). Compárese la diversidad de soluciones.

\* Los subrayados son míos.

concretos (§11; §12; §15 LUG) - y ya no dispersándolas a lo largo de todo el articulado, como hacían las "Reichsgesetze" de 1870/1876 y nuestra propia Ley de 1879 y su Reglamento - , que es el sistema que conocemos de nuestras leyes actuales. Posibilita dicha reagrupación el hecho de que ya no se enuncian t les facultades o poderes singulares del autor al referirse la ley particularmente a los diversos tipos de obra intelectual, sino contemplándolas en sí mismas, como manifestaciones del derecho de autor de carácter general ("Befugnisse des Urhebers" es la rúbrica que encabeza en la LUG los citados preceptos).<sup>895</sup> La dicción casuística y reiterativa que conocíamos de los textos del siglo XIX ("No podrán ser reproducidas ni copiadas...; representadas, cantadas o leídas en público...") parece también haber quedado superada, desde el momento en que, por lo general, basta un unico verbo - que será, además, el mismo con el que suele designárselas en los actuales textos legales del derecho de autor - para designar a cada forma

<sup>895</sup> Vid. la "Begründung" <Exposición de Motivos> de la propia LUG, publicada por el "Reichstag" <Cámara baja>, no. 97, 10. Legislatur-Periode, II Session 1900/1901, pags. 10 y s.s. Y en relación a este punto concreto del enunciado de las diferentes facultades de explotación, abstraídas de las diferentes clases de obras, vid. "Begründung" pág. 13: "Die einzelnen Gattungen der geschützten Werken sind bisher <en las "Reichsgesetze" de 1870/1876> gesondert behandelt. Eine solche Eintheilung hat Wiederholungen und zahlreiche Hinweise auf vorhergehende Vorschriften zur Folge. Die Übersichtlichkeit wird erleichtert, wenn die Rechtssätze in Betreff sämtlicher Werke vereinigt werden.\* Dementsprechend verfährt der Entwurf; er regelt insbesondere auch die Befugnis zur öffentlichen Aufführung nicht mehr für sich, sondern behandelt sie in Verbindung mit den sonstigen Befugnissen des Urhebers als Ausfluß eines und desselben Rechtes."\*

\* Los subrayados son míos.

de explotación: "reproducir", "distribuir", "representar" y "transformar".<sup>696</sup>

Aunque no ofrece definiciones de las actividades que constituyen el contenido de tales facultades, como hacen las leyes actuales inspiradas en ella (§§15 ff UhrG 1965; 17 y s.s. LPI española) matiza la forma de entender determinadas facultades - ya reconocidas por las Leyes anteriores de 1870/76 - en un sentido que es el que acaba siendo plasmado en la Ley de 1965, en unos casos por fidelidad y en otros por reacción respecto a la postura del texto de 1901, como señalaremos en el estudio de cada una de las correspondientes formas de explotación.

Lo que no hace la LUG, a diferencia de las vigentes leyes del derecho de autor es, añadir a las distintas facultades enunciadas una cláusula general, alusiva del carácter omnicompreensivo de la protección dispensada al autor: si bien el legislador de 1901 quiso reconocer al autor el mayor número posible de facultades sobre su obra, la lista era de carácter exhaustivo y cerrado, por temor - según se lee

<sup>696</sup> Vid. así §11 LUG: "Der Urheber hat die ausschliessliche Befugnis, das Werk zu vervielfaltigen <reproducir> und gewerbsmassig zu verbreiten <distribuir>...Das Urheberrecht an einem Buhnenwerk oder an einem Werke der Tonkunst enthalt auch die ausschliessliche Befugniß, das Werk offentlich aufzufuhren <ejecutar públicamente>..." El "derecho" del autor a la "transformación" de su obra, se contempla en el §12 LUG: "Das Recht des Urhebers erstreckt sich auf die Bearbeitungen <elaboraciones> seines Werkes..."

entre líneas en la Exposición de Motivos<sup>697</sup> - a dejar excesivamente reducidas las posibilidades de libre utilización de la obra intelectual (es decir, la utilización de la misma que no requiere el consentimiento de su autor o titular). Tal opción por parte del legislador llevó a que durante la vigencia del texto de 1901 se planteasen a la jurisprudencia bastantes dificultades a la hora de proteger al autor frente a las formas de explotación surgidas de nuevos medios o procedimientos de comunicación (p.ej. la cinematografía o la radiodifusión).

Es por ello que la vigente Ley alemana de 1965 se mueve a este respecto por reacción frente a la LUG, señalándose que la enumeración de las diversas formas de explotación que constituyen el contenido de los "derechos de explotación" del autor es puramente ejemplificativa.<sup>698</sup>

## **1.2. Las formas o actividades de explotación enumeradas en concreto**

<sup>697</sup> Vid. LUG "Begründung", pág. 12: "Mehrfach ist angeregt worden, den Begriff des Urheberrechts durch eine allgemeine Bestimmung zum Ausdruck zu bringen, etwa in der Weise, daß dem Urheber die ausschliessliche Befugnis zur wirtschaftlichen Nutzung oder zur Wiedergabe des Werkes gewahrt werde. Ein praktisches Bedürfnis, in dieser Hinsicht den bisherigen Standpunkt <es decir, la enumeración casuística de facultades de las "Reichsgesetze" de 1870/76> aufzugeben, liegt jedoch nicht vor, auch wäre die richtige Abgrenzung der Ausnahmen, die bei einer solchen Änderung erforderlich waren, um die freie Benutzung des Werkes zu sichern, mit Schwierigkeiten verbunden."

<sup>698</sup> Nos referimos al carácter meramente ilustrativo de la actual enumeración legal de las formas de explotación en la UhrG de 1965 en nuestros siguientes epígrafes.

### 1.2.1. El "derecho de reproducción" o "Vervielfältigungsrecht" en la LUG

Se refieren a esta concreta manifestación del derecho de autor el §11 LUG - precepto inicial de la Sección consagrada a las "facultades del derecho de autor" ("Befugnisse des Urhebers") -, que enuncia la facultad exclusiva del autor a "reproducir" su obra ("...die ausschliessliche Befugniß, das Werk zu *vervielfaltigen*..."); y, además, el §15 (1) LUG, que constituye una interpretación auténtica del propio término legal "Vervielfältigung": "Eine Vervielfältigung ohne Einwilligung des Berechtigten ist unzulässig, gleichviel durch welches Verfahren sie bewirkt wird; auch begründet kein Unterschied, ob das Werk in einem oder in mehreren Exemplaren vervielfältigt wird."

Adelantándonos a cuanto tendremos ocasión de exponer más pormenorizadamente en sede de "derecho de reproducción", queremos por el momento destacar sólo que se encuentran ya en dicha fórmula dos elementos decisivos para la moderna noción de "reproducción". De una parte, la expresa precisión de que es indiferente el procedimiento mediante el cuál se proceda a la reproducción efectiva de la obra ("...gleichviel durch welches Verfahren..."), con lo que queda truncado el exclusivismo de que había venido disfrutando durante siglos la reproducción realizada a través de la imprenta. De otra parte, la LUG se propone ampliar la facultad de "reproducción" con respecto a la anterior legislación, reservando al autor ya no sólo como hasta entonces la multiplicación efectiva o producción de



una pluralidad de ejemplares de su obra, sino incluso la obtención de un único ejemplar;<sup>899</sup> a ello se dirige el último inciso del precepto transcrito ("...ob das Werk in einem oder in mehreren Exemplaren vervielfältigt wird").<sup>900</sup>

### 1.2.2. El "derecho de distribución" o "Verbreitungsrecht" en la LUG

Se enuncia dicha concreta forma de explotación, contenido del "derecho" o facultad del mismo nombre, en el §11 LUG ("die ausschliessliche Befugniß, das Werk...gewerbsmäßig zu verbreiten").

En este caso, no sólo el contenido de la facultad o poder concreto de utilización de la obra, sino la propia existencia independiente de tal facultad o "derecho" tiene su origen en el Derecho alemán, y, más en concreto, en la

<sup>899</sup> Vid. LUG "Begründung", zu §15, pag. 26: "Unter diesen Begriff <Nachdruck oder rechtswidrige Vervielfältigung> fällt jedoch, wie sich aus §15 Abs. 1 ergibt, nicht nur die mechanische Vervielfältigung im Sinne des §4 des Gesetzes vom 11. Juni 1870. Vielmehr soll grundsätzlich jede Vervielfältigung dem Urheber vorbehalten bleiben, so daß es seiner Einwilligung bedarf, selbst wenn es sich um ein einzelnes Exemplar auf anderem als mechanischem Wege hergestellt werden soll. Eingriffe in berechnete Interessen des Urhebers sind durch das geltende Gesetz nicht vollständig ausgeschlossen, namentlich darf, wie die Rechtsprechung annimmt, von den verschiedenen Stimmen einer Opernpartitur je eine Abschrift ohne Zustimmung des Komponisten hergestellt und zur öffentlichen Aufführung des Werkes benutzt werden."

<sup>900</sup> La ampliación de la noción legal de "reproducción" se opera aun a costa de violentar el propio término legal "Vervielfältigung" (literalmente, "multiplicación"), desde el momento en que se considera que la obtención de un único ejemplar de la obra también constituye "Vervielfältigung" o "multiplicación".

LUG de 1901.<sup>901</sup> En efecto, la LUG de 1901 es la ley que reconoce por primera vez el carácter autónomo de este concreto poder de actuación sobre la obra, atribuyéndolo específicamente al autor. Hasta entonces se había presentado dicha facultad, todo lo más, como complementaria de la de "reproducir" o "publicar" la obra, lo cual había dado lugar en la práctica a situaciones de desprotección del autor.<sup>902</sup>

Con todo, la facultad o "derecho" del autor a controlar la "distribución" de la propia obra no se reconoce indiscriminadamente, sino limitándola en interés del tráfico: una vez ha autorizado la circulación de su obra, carece de poder de interdicción sobre los concretos

<sup>901</sup> De modo paralelo, también la KUG de 1907 incorporará en su §15 (1) tal facultad de "distribución".

<sup>902</sup> De la Exposición de Motivos se desprende que con la sustantivación de esta prerrogativa dentro del derecho de autor y, en concreto, mediante su emancipación respecto al "Vervielfältigungsrecht", se persiguió ante todo acabar con situaciones irregulares que se venían produciendo al amparo de la legislación anterior a la LUG: "Nach §25 des Gesetzes vom 11 Juni 1870 wird ein Eingriff in das Recht des Urhebers durch die von einem Anderen bewirkte Verbreitung nur begangen, wenn die Verbreitung widerrechtlich hergestellte Exemplare zum Gegenstande hat...so ist die Verbreitung, auch wenn sie gegen den Willen des Urhebers geschieht, an sich zulässig." (vid. LUG "Begr.", pág. 21). Es decir, en el régimen anterior a la LUG sólo la distribución de ejemplares ilícitos era punible. Y se cita como práctica frecuente al amparo de tal régimen y perjudicial para el autor la de que el editor, una vez finalizada la relación contractual con el autor, siguiese comercializando los ejemplares de la obra obtenidos durante la vigencia de tal relación. O también la de que se introdujesen en territorio del Estado alemán ejemplares de una obra protegida por la legislación alemana, producidos sin necesidad de consentimiento del titular de la obra en Estados que ya habían dejado de protegerla. En congruencia con ello (id. loc. cit., pág. 21), "Auf Grund dieser Erwägungen macht der Entwurf <LUG> die Verbreitung selbst rechtmässig hergestellte Exemplare allgemein von der Einwilligung des Urhebers abhängig..."

ejemplares de su obra en manos de particulares.<sup>903</sup> Dado que el estudio de este límite específico del "derecho de distribución" requiere un examen más detenido, tendremos ocasión, llegado el momento, de poner de relieve la destacada influencia de KOHLER en este punto (fue él quien declaró que debía aplicarse ese límite a la facultad de distribución del autor).

### **1.2.3. El "derecho de transformación"**

Se refiere a esta concreta manifestación del derecho del autor sobre su obra el §12 LUG, que declara que el derecho del autor se proyecta asimismo sobre las "transformaciones" o, más exactamente, "elaboraciones" ("Bearbeitungen") que de su obra hayan realizado sujetos distintos del propio autor. En base a ello, no podrán tales sujetos - que para la LUG son asimismo "autores": vid. §2 (1) LUG - proceder a una explotación de esas obras ("Bearbeitungen") creadas a partir de otra preexistente sin recabar el consentimiento del autor de la obra transformada. La regulación del "derecho de transformación" queda completada en la LUG mediante otro

<sup>903</sup> El carácter limitado del "Verbreitungsrecht" no se señala en el articulado de la LUG, pero sí en la Exposición de Motivos. Vid. así LUG "Begründung", zu §11, pág. 21. Se alude allí a la necesidad de tal límite en los siguientes términos: "...eine darüber hinausgehende Verstärkung der Befugniß wurde für den Verfasser keinen Wert haben, dabei aber die Verkehrsbeziehungen jedes Einzelnen empfindlicher Belastung aussetzen." En congruencia con ello, se establece (id. loc. cit.): "Hat der Verfasser mittelst eines Verlagsvertrags oder auf sonstige Weise die Befugniß zur Verbreitung einem Anderen übertragen, so wird davon ausgegangen sein, daß Dritte, die von dem letzteren unmittelbar oder mittelbar Exemplare in berechtigter Weise erworben haben, regelmäßig befugt sind, diese Exemplare ihrerseits weiter zu vertreiben."

precepto, el §13 LUG, que recoge las excepciones a la regla anterior; se trata de supuestos que, por constituir "freie Benutzung" ("versión libre"), y no mera "elaboración" o "transformación" de la obra preexistente quedan exentos de la necesidad del referido consentimiento.<sup>904</sup>

Como ya veremos en la sede correspondiente, el principal mérito de la LUG a este respecto ha sido reconocer el "derecho" del autor a la "transformación" de su obra mediante una proposición legal de carácter general, frente a la casuística de las leyes anteriores.<sup>905</sup>

#### **1.2.4. Las formas de explotación de carácter incorporal**

Las designamos mediante tal perífrasis porque no recurre todavía la LUG a la expresión "derecho de comunicación pública", que servirá en el texto de 1965, y en el nuestro propio, para designar conjuntamente a las formas de explotación que se caracterizan por hacer accesible la obra al público sin recurrir para ello a la obtención de

<sup>904</sup> La regulación de la "transformación" de la LUG ha pasado prácticamente sin variaciones a la actual URG de 1965, que en sus §§23, 24 mantiene asimismo la distinción entre los supuestos de "Bearbeitung" y "freie Benutzung".

<sup>905</sup> Vid. LUG "Begr.", zu §12, 13 pág. 23: "Über die mittelbare Aneignung (Utilisation, Adaptation) eines fremden Werkes enthält das Gesetz vom 11. Juni 1870 keinen allgemeinen Grundsatz; vielmehr beschränkt es sich darauf, in den §§6, 46, 48 Vorschriften über die Uebersetzung sowie über die in das Gebiet der Tonkunst fallende Aneignung zu treffen... Gleichwohl erscheint es richtig, wenn in das Gesetz eine allgemeine Vorschrift aufgenommen wird, die als Richtschnur für die Rechtsanwendung zu dienen...vermag."

ejemplares de la misma. La regulación de estas actividades de explotación es todavía en la LUG (y en la KUG) bastante embrionaria. Es en la explotación por esta vía donde más intensamente se dejará sentir el influjo de nuevos procedimientos.

Es por ello que, con la salvedad del "derecho de representación o ejecución pública" ("Aufführungsrecht") y del de "recitación o disertación pública" ("Vortragsrecht"), que sí aparecían contemplados en la LUG (vid. §11 (1) y (2)) y el "Vorführungsrecht" o "derecho a la proyección pública" a través de dispositivos ópticos o mecánicos, contemplado en la KUG (§15 (1)), las demás modalidades de "comunicación pública" del actual listado de la Ley de 1965 (§15 (2) UhrG) y de la nuestra de 1987 (art. 20.2.) las presenta el legislador de 1965 como contenido de "nuevas facultades" para el autor, porque son posibilidades de explotación surgidas en su mayoría del desarrollo técnico operado entre 1901 y 1965. Precisamente la aparición de tales posibilidades de explotación será uno de los principales móviles de la reforma que en materia de derecho de autor representará la UhrG de 1965.<sup>906</sup>

En concreto, se citan como "nuevas facultades" - en muchos casos de creación jurisprudencial - todas las formas de explotación de la obra relacionadas con la radiodifusión. Es

<sup>906</sup> Vid. UhrG 1965 "Begr.", pág. 243, que se refiere a "neue Befugnisse, die in den geltenden Urheberrechtsgesetzen nicht ausdrücklich geregelt, zum Teil jedoch durch die Rechtsprechung bereits anerkannt sind".

sobre todo con relación a ellas que la ya referida negativa de la LUG a introducir una cláusula extensiva de las facultades integrantes del derecho de autor planteó las mayores dificultades en la aplicación del texto de 1901.<sup>907</sup>

La convicción generalizada en doctrina y jurisprudencia de que, no obstante el silencio de la LUG, las prerrogativas derivadas de la utilización de la obra a través de la radiodifusión sólo podían corresponder originariamente al autor de la misma desencadenó todo tipo de esfuerzos para adscribir la forma de explotación asociada a ese nuevo procedimiento a algunas de las expresamente mencionadas en la LUG - la "reproducción", la "distribución", la "representación" o la "transformación" de la obra - y así proteger al autor en cuanto a la explotación de su obra por este medio. En concreto, la tesis de que la explotación de la obra vía radiodifusión podía considerarse una modalidad de "distribución" es la que tuvo mayores adhesiones en doctrina y jurisprudencia,<sup>908</sup> hasta que la vigente Ley de

<sup>907</sup> "So erwähnen die geltenden Urheberrechtsgesetze <LUG y KUG> beispielsweise noch nicht das Senderecht. Zwar ist es heute unstreitig, daß dem Urheber auch dieses besonders wichtige Verwertungsrecht zusteht." (así, UhrG 1965 "Begr.", zu §15, pág. 260, al referirse a la necesidad de reforma en materia de derecho de autor y, en particular, a la necesidad de introducir la ya aludida cláusula general de las formas de explotación).

<sup>908</sup> Sobre las distintas tesis barajadas en doctrina y jurisprudencia para reconocer al autor el "derecho" o facultad exclusiva a la explotación de su obra a través de la radiodifusión, vid. RUNGE (op. cit., págs. 90 y s.s.); STROMHOLM, *Le droit de mise en circulation...* (cit. más adelante; vid. pág. 281). E incluso en el ámbito español, se hace eco BONET RAMON de la problemática que el procedimiento de la radiodifusión plantea a la doctrina alemana (vid. así su artículo *Derecho radiofónico*, cit. también más adelante).

1965, amén de introducir la referida cláusula extensiva de las formas de explotación, ha reservado "expressis verbis" al autor la explotación de su obra a través de la radiodifusión.

págs. 423-426).

## **2. La configuración definitiva de las formas de explotación en la Ley alemana (UhrG) de 1965**

Trás una serie de iniciativas, tanto privadas como públicas del período de entreguerras, aparcadas finalmente trás la II Guerra Mundial,<sup>909</sup> se retoman<sup>910</sup> en Alemania las tareas de reforma del derecho de autor con el "Referentenentwurf eines Urheberrechtsgesetzes", presentado el 15 de febrero de 1954 por el "Bundesjustizministerium", hasta que en 1963 queda ultimado el "Regierungsentwurf" - definitivo al menos en cuanto a los "Verwertungsrechte", para los que ya no se operan modificaciones entre 1963 y 1965 - o Proyecto gubernamental de lo que es la Ley vigente de 1965. La actual tipificación de los "Verwertungsrechte" la hemos reconstruido partiendo del articulado y Exposiciones de Motivos de uno y otro Proyecto.

### **2.1. El "Referentenentwurf" de 1954 y el "Regierungsentwurf" de 1963**

El patron o esquema de presentación de los "Verwertungsrechte", tal y como lo conocemos ahora, arranca

<sup>909</sup> Vid. "Referentenentwurf" o Proyecto inicial de la UhrG de 1965, pág. 61; "Begründung" o Exposición de motivos de la Ley de 1965, pág. 241. Vid. también FROMM/NORDEMANN, op. cit., pág. 34; ULMER op. cit., págs. 60-62.

<sup>910</sup> Vid. las razones que se señalan como detonante de la reanudación de las tareas de reforma, en la "Begründung" del "Referentenentwurf", publicado por el "Bundesjustizministerium", Bonn 1954, págs. 56 y s.s., relativas a "Gründe für die Neugestaltung des Urheberrechts".



del "Referentenentwurf":<sup>911</sup> es allí donde la regulación se organiza a base de un artículo preliminar (§10 RefE), que sirve simultáneamente de formulación genérica y de índice de facultades; y de preceptos que definen individualmente cada una de las facultades ya anticipadas en el artículo inicial (§§ 11-16).

A este esquema se plegará el Proyecto del Gobierno o "Regierungsentwurf"<sup>912</sup> - a estos efectos, igual a la vigente UhrG - con casi absoluta fidelidad, con tres únicas salvedades:

- La sustitución de la rúbrica, "Verwertungsrecht", del RefE por la actual rúbrica en plural, "Verwertungsrechte". Por otra parte, si bien la denominación que se asigna a cada una de estas facultades en ambos Proyectos es idéntica (p.ej. "Vervielfältigungsrecht", "Verbreitungsrecht"), al referirse a todos estos poderes en conjunto el "Referentenentwurf" (§10(2)) se pronuncia resueltamente por el término "Befugnisse", y, en cambio, la UhrG, al menos en

---

<sup>911</sup> Vid. *Referentenentwürfe zur Urheberrechtsreform*, publicado por el "Bundesjustizministerium", Bonn 1954.

<sup>912</sup> Vid. «Begründung des Regierungsentwurfes» (Bundestags-Drucksache IV/270), publicada en el *Archiv für Urheber-, Film-, Funk-, und Theaterrecht* <UFITA>, 44. Band 1965-I, págs. 240 y s.s.

el articulado,<sup>913</sup> evita tomar partido en cuanto a su carácter de "derechos" o "facultades".

- La definición del "derecho" de "comunicación pública": el RefE se limitaba a enunciar las distintas actividades en que se manifiesta tal "derecho", sin agruparlas bajo la denominación unitaria "Recht der öffentlichen Wiedergabe" ni definir ese "supraderecho" de explotación de la obra en forma incorporeal.
- La incorporación al contenido del derecho de autor de una particular "forma" de explotación, el "Austellungsrecht" (nuestro "derecho de exposición pública" (arts. 20.2. h) y 56,2 Ley española de 1987), que el RefE no sólo no mencionaba, sino incluso negaba explícitamente al titular del derecho de autor.<sup>914</sup>

## **2.2. La vigente Ley alemana de 1965**

Con las modificaciones señaladas, es ésta la tipificación de la UhrG de 1965 y, también, la de nuestra propia Ley de

<sup>913</sup> Pero sí ocasionalmente en la "Begründung": "Im einzelnen ergeben sich aus diesem umfassenden Recht des Urhebers folgende im Entwurf besonders erwähnten neue Befugnisse..."\* (pag. 242, epígrafe 3. "Erweiterung der ausschliesslichen Rechte des Urhebers").

\* El subrayado es mío.

<sup>914</sup> Vid. RefE, pág. 168. Una de las razones esgrimidas es la de no venir contemplada tal facultad en la KUG (§15), cuya lista de las "formas" de explotación reconocidas al autor de las obras de artes plásticas era, igual que en su modelo, la LUG, de carácter exhaustivo (vid. sobre este extremo, FROMM/NORDEMANN, op. cit., pág. 135).

Propiedad Intelectual de 1987. Es, por ello, que en el estudio de las formas materiales de explotación de la obra que emprendemos en este momento vamos a partir muchas veces de un examen paralelo del texto alemán de 1965.

## II. LA CONFIGURACION DE LAS FORMAS DE EXPLOTACION EN LA LPI DE 1987

### 1. La cláusula general

Siguiendo el esquema pergeñado en el "Referentenentwurf" de 1954, tanto la "Urheberrechtsgesetz" de 1965, como nuestra propia Ley de 1987 organizan el contenido de la propiedad intelectual partiendo de un precepto de síntesis, referido a la totalidad de la protección conferida,<sup>915</sup> el §11 UhrG y, entre nosotros, el art. 2o. de la LPI: "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..."

A continuación, el segundo miembro de ese binomio, "el derecho a la explotación", se encuentra desarrollado, respectivamente, en el §15 y en nuestro art. 17, que anticipan las diferentes formas de explotación definidas en los preceptos siguientes (§§ 16-22 UhrG; arts. 18 a 21 LPI).<sup>916</sup>

<sup>915</sup> "Se atribuye, pues, a la protección jurídica al autor la finalidad que verdaderamente le corresponde, de extenderse a la totalidad de los intereses morales y económicos que la obra representa para él." (así BAYLOS CORROZA, Hermenegildo en «Acotaciones al nuevo Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1986, pág. 529).

<sup>916</sup> Ese esquema de presentación, combinando una cláusula general y un índice de formas o actividades de explotación definidas en preceptos sucesivos, aparece también utilizado en el Proyecto de reforma de la Ley de 1879 elaborado durante la II República. Sin embargo, los términos concretos en que están redactados tales normas parecen haber influido muy poco en la dicción de los preceptos de nuestra vigente Ley. Vid. así los arts. 1o. y 2o. del citado Proyecto:

Ahora bien, si bien uno y otro precepto cumplen una función parecida, responden a una diferente técnica legislativa: mientras que el §15 UhrG presenta las singulares formas de explotación encuadradas en dos grandes apartados, en base a su carácter "corporal" (§15 (1)) o "incorporal" (§15 (2)), criterio que - como se verá - se mantiene en la enumeración en concreto, el art. 17 LPI realiza una enumeración ejemplificativa de las "formas" más importantes, sin reconducirlas a previas categorías generales.

Tanto en el §15 UhrG como en el art. 17 L.P.I., se ha querido poner de relieve el carácter no exhaustivo de la enumeración,<sup>917</sup> mediante el recurso a la locución

Art. 1o. del Proyecto de 1934: "La propiedad intelectual consiste en el derecho exclusivo que tiene el autor de una obra literaria, musical, científica o artística, de publicarla, venderla, explotarla y autorizar su explotación por cualquier medio."

Art. 2o. del citado texto: "Esta facultad, llamada 'Derecho de autor', abarca las modalidades siguientes: edición, representación, ejecución, traducción, adaptación, reproducción, difusión, comunicación y utilización en general de la obra."

<sup>917</sup> En este caso, se ha procedido por reacción respecto a la LUG de 1901: en aquella, si bien se quiso reconocer al autor el mayor número posible de facultades, la lista era de carácter exhaustivo y cerrado (vid. la ya transcrita pág. 12 de los "Motivos" de la LUG), opción legislativa profusamente criticada por el legislador alemán de la actualidad. Vid. así UhrG 1965, "Begründung", pág. 243; y los "motivos" del §15, pág. 260: "Diese Regelung <se refiere a la regulación de LUG y KUG> hat sich nicht bewahrt, weil bei der fortschreitenden Entwicklung der Technik neue Verwertungsarten gefunden worden sind, die gerechterweise ebenfalls dem Urheber vorbehalten sein müssen...Die Rechtsprechung hatte jedoch Schwierigkeiten, hierfür eine mit dem System der geltenden Gesetze vereinbare Begründung zu finden. Um diese Schwierigkeiten für die Zukunft zu vermeiden, verzichtet der Entwurf auf eine erschöpfende

"insbesondere" o "en especial", con la diferencia de que en el §15 UhrG la fórmula "insbesondere" está referida a las dos grandes categorías señaladas (explotación "corporal" o "incorporal"), mientras que en el art. 17 L.P.I. "en especial" se refiere a la enumeración en sí misma.

Aun así hay que señalar<sup>918</sup> que, no obstante haberse optado en la UhrG de 1965 por una "allgemeine Bestimmung" o disposición de carácter general, manifiesta el legislador alemán unas reservas o cautelas que no coinciden íntegramente con el "umfassendes Recht" o derecho omnicomprendivo inicialmente pergeñado en el "Referentenentwurf" de 1954.<sup>919</sup> La UhrG de 1965, si bien no vacila tampoco en designar el derecho del autor a la explotación de su obra como "umfassendes absolutes Recht", puntualiza que se quiere con ello - tan sólo - afirmar la permeabilidad del "Urberrecht" hacia formas de utilización de la obra derivadas de futuros medios de difusión (arg. ex

Aufzählung der Verwertungsrechte...Dadurch wird klargestellt, dass auch etwaige künftige Verwertungsformen, die heute noch nicht bekannt sind, dem Urheber vorbehalten sein sollen".

Así se hace en §31 (4) UhrG, que desempeña la misma función que el art. 43.5. de nuestra Ley de 1987, en cuanto a la finalidad de abarcar las "formas" de explotación que puedan derivar de futuros medios o procedimientos de difusión.

<sup>918</sup> Vid. ULMER, op. cit., pág. 224; HUBMANN, op. cit., pág. 140.

<sup>919</sup> Vid. "Referentenentwurf", <Motiven> zu §10, pág. 93.

§31 (4) UhrG),<sup>920</sup> pero no se permite, en cambio, invocando la cláusula general, manejar las definiciones de las formas singulares de explotación como "tipos abiertos".<sup>921</sup>

Es mucho más difícil establecer cuál haya podido ser la postura del legislador español al respecto: la Ley de 1987 cuenta, desde luego, con un Preámbulo, pero no nos atreveríamos a calificarlo de verdadera "Exposición de Motivos";<sup>922</sup> tampoco la discusión parlamentaria del texto de 1987 trasluce toma alguna de posición al respecto: los arts.

---

<sup>920</sup> Vid. UhrG "Begründung", pág. 242: "...ein umfassendes absolutes Recht, das dem Urheber alle vorhandenen und künftig etwa neu entstehenden Verwertungsmöglichkeiten seines Werkes vorbehalt."; vid. también "Begründung", pág. 260.

<sup>921</sup> "Soweit der Entwurf <Proyecto del Gobierno y futura Ley de 1965> die einzelnen im Geschäftsverkehr entwickelten Verwertungsrechte als Bestandteile des allgemeinen Verwertungsrechts ausdrücklich nennt, gibt er daher in den §§16 bis 22 zugleich abschliessende Begriffsbestimmungen dieser Rechte. Die Abgrenzungen, die sich aus diesen Begriffsbestimmungen ergeben, können nicht unter Berufung auf das allgemeine Verwertungsrecht überschritten werden. Ist also beispielweise das Ausstellungsrecht in §18 als das Recht definiert, das Original oder Vervielfältigungsstücke eines unveröffentlichten Werkes der bildenden Kunst... öffentlich zur Schau zu stellen, so soll nicht darüber hinaus ein entsprechendes Recht für Werke der Literatur oder der Musik aus §15 abgeleitet werden können..." (vid. URG Begründung pág. 260).

<sup>922</sup> Vid. el apdo. 60. de la ya citada Resolución del Ministerio de Relaciones con las Cortes..., de 15 de noviembre de 1991: "La exposición de motivos del anteproyecto de Ley declarará breve y concisamente los objetivos de éste, aludirá a sus antecedentes y a las competencias en cuyo ejercicio se dicta (en particular, las relativas a los ordenamientos comunitario, europeo o autonómicos), así como a su contenido (aunque esto último sólo si es preciso para la comprensión del texto legal) y evitará en todo caso las exhortaciones, declaraciones didácticas o laudatorias u otras análogas."

17 y s.s. no sufrieron apenas modificaciones ni fueron prácticamente debatidos en ninguna de las dos Cámaras.<sup>923</sup>

Que entre nosotros se ha pretendido igualmente, a través del recurso a una enumeración puramente ejemplificativa, dejar reservadas al autor o titular originario de la propiedad intelectual las formas de explotación de una obra intelectual que puedan articularse o desarrollarse en un futuro resulta, sin más, de lo que se establece más adelante en el propio articulado (vid. así el art. 43.5.), e incluso quedaría avalado por nuestra propia tradición (art. 1 Ley 1879; art. 1 "in fine" del Regl. de 1880).<sup>924</sup>

Mucho más dudoso es el grado de libertad que haya querido reconocerse al intérprete en cuanto a la creación de tipos distintos a partir de la configuración o combinación de las definiciones legales de las formas de explotación específicamente contempladas.

<sup>923</sup> Si se exceptúa el cambio de redacción - del singular al plural - que experimentó el art. 17 a su paso por la Ponencia del Congreso (vid. Informe de la Ponencia en BOCG, de 22 de abril de 1987, Serie A, no. 14-7, pág. 145) y el introducido en el art. 19,2, relativo al "derecho de distribución", por la Comisión del Congreso que conocía del Proyecto de Ley con competencia legislativa plena y al que ya tendremos lugar de referirnos en la sede correspondiente.

<sup>924</sup> Frente a la enumeración abierta y generalísima que ahora realiza el art. 17 LPI, en el ya citado Proyecto de 1934 la previa enumeración de las formas de explotación (vid. su art. 2) se veía, en cambio, cerrada por una cláusula general, la del ya transcrito art. 11: "Y en el concepto de utilización general se engloban todas las formas de explotación de una obra que aún no tienen una mecanización suficiente, como la televisión y las que en lo sucesivo puedan ser descubiertas para comunicar al público la imagen, la palabra o el sonido."



A nuestro modo de ver, cabe mantener entre nosotros el carácter abierto y libremente manipulable de los "tipos" legales del art. 17. Sin embargo, ello será antes reconducible a una imprevisión, que a una opción deliberada al respecto por parte del legislador español.<sup>925</sup> A la cláusula general del art. 17 - que, si atendemos a su modelo en la UhrG, sólo pretende establecer lo mismo que el art. 43.5. - se suma la propia ambigüedad de algunas de las definiciones de formas singulares de explotación (art. 19,1, final: "...venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma."; art. 21,1: "...y cualquier otra modificación..."), modo de proceder que se reitera en la Ley, no sólo en este ámbito de los "Derechos de explotación", sino también en relación a la "Obra" (vid., p. ej., como se rematan los distintos apartados del art. 10: "...y cualesquiera otras..."), al "Derecho moral" (p. ej. art. 14,4o. y 14,7o.), e incluso en relación a los "Otros derechos de propiedad intelectual", del Libro II (vid. p. ej. el art. 107: "...o cualquier otro atentado..."; art. 108.1.: "...u otros sonidos..."; art. 116.1. a): "...cualquier procedimiento técnico" y b): "...cualquier soporte..."; art. 118,1: "...u otra reproducción...").

---

<sup>925</sup> En cambio, para RIVERO (loc. cit., pág. 347; 348; 349 y nota 3), "La alusión clara y directa a la explotación por el autor, de su obra, "en cualquier forma" es la mejor expresión de un tipo abierto, por el que ha optado nuestra Ley, superior a otros..." (pág. 347); "Las leyes italiana de 1941 y alemana de 1965 siguen un camino...que es también el de la ley española." (pág. 348).

Es decir, se abusa de tales enumeraciones o retahílas que, a sabiendas de que nunca podrán ser exhaustivas, y temiendo que, por consiguiente, pudieran quedar fuera de su ámbito de protección determinadas situaciones, tiene que rematar la Ley una y otra vez con la coletilla "y cualesquiera otras...", con lo cual parece estarse dejando un excesivo margen al arbitrio judicial.

## **2. La enumeración**

### **2.1. Las notas comunes a las "formas" o actividades enumeradas: el carácter colectivo y potencialmente lucrativo de la utilización**

Si las actividades que en concreto menciona el art. 17 ("reproducción", "distribución", "comunicación pública" y "transformación") son sólo algunas de las posibles "formas de explotación" (art. 17: "ejercicio exclusivo...en cualquier forma"), ¿cómo saber, frente a una actividad concreta no mencionada, si constituye o no explotación de la obra? Se impone, pues, la búsqueda de un mínimo común denominador o el establecimiento de alguna precisión de carácter elemental que sirva cuando menos de criterio de eliminación.

A estos efectos, resulta mucho más productivo el segundo recurso.

En consonancia con el inciso final del art. 20. ("sin más limitaciones que las establecidas en la Ley") y con el propio art. 17 ("salvo en los casos previstos en la presente Ley"), la LPI contempla una serie de "Límites" de los derechos de propiedad intelectual (Capítulo II, Título III, del Libro II), que, en términos generales, recogen supuestos en que la obra puede ser utilizada "sin autorización del autor" (art. 31) o "libremente" (art. 35), justificándose en la mayoría de los casos tales "Límites" - como para cualquier otro derecho subjetivo (art. 7,1; art. 348,1; 349

C.c.) - por finalidades de interés general (vid. Preámbulo LPI, párrafo 2o. y art. 40 de la Sección en su invocación del art. 44 de la Constitución: "acceso de la mayoría de los ciudadanos a la cultura").<sup>926</sup>

De estos "Límites", se desprenden dos grandes notas, inherentes a toda actividad o "forma" de explotación: el carácter colectivo de la utilización de la obra y su carácter potencialmente lucrativo.

### **2.1.1. El carácter colectivo de la utilización**

Cabria destacar aquí, como específico del derecho de propiedad intelectual, uno de esos supuestos de "límites": la obra intelectual puede ser reproducida sin autorización del autor "Para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa".<sup>927</sup> En esta misma línea y con relación a algunos

<sup>926</sup> "De fet, aquesta és una d'aquelles matèries de Dret Privat en què és manifesta amb particular intensitat la tensió constant entre l'interès privatiu de l'autor o inventor i l'interès general de la societat..." (así CASANOVAS i MUSSONS, Anna, «Propietats immaterials» en *Comentaris sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya*, Barcelona 1986, págs. 433 y s.s.; vid. pág. 417).

<sup>927</sup> En el Proyecto, el art. 31,2o. se valía del término "personal", en lugar de "privado" ("Para uso personal del copista..."). La sustitución se debe a la aceptación en el trámite de Ponencia del Senado (BOCG de 1987. Senado, Serie II, no. 94 d), de 22 de septiembre) de la Enmienda 153 del Grupo parlamentario socialista, presentada con la siguiente justificación: "Es más adecuada la expresión "para uso privado", sin restringirlo al uso de una persona como sujeto físico..." (Vid. BOCG. Senado, de 7 de septiembre de 1987, Serie II, no. 94 (c)).

Que los conceptos de "uso privado" y "uso personal" no siempre coinciden lo veremos en relación a la actividad de

tipos concretos de obras, se exceptúan como actos de explotación actividades que materialmente coinciden con algunas de las enunciadas en el art. 17, por haber sido asimismo realizadas "para satisfacer únicamente las necesidades del usuario" (arg. ex art. 99.1.,2,final): así, en base a dicha justificación, para los programas de ordenador, se excluyen como "reproducción" y "transformación" determinadas intervenciones sobre el programa reconducibles a un "uso personal" (arts. 99.2;<sup>928</sup> 99.3.;99.4.).<sup>929</sup>

En materia de infracción de los derechos de propiedad intelectual (arts. 123 y s.s.), el art. 124.4. confirma que las utilizations de la obra "para uso personal", además de estar exceptuadas como "explotación", no constituyen "actividad ilícita".

"transformación", donde la excepción de la utilización de la obra para "uso privado" es más estricta que para las demás actividades de explotación. Sólo será "transformación" exceptuada de la necesidad de consentimiento del autor o titular de la obra transformada la que se realice para "uso personal" (arg. ex art. 99.4. LPI) y no la que se realice para "uso privado".

<sup>928</sup> El art. 99.2. viene a ser la excepción de la excepción: "...incluso para uso personal."

<sup>929</sup> Que la actividad de utilización de la obra que no reviste carácter colectivo escapa al poder de interdicción del autor constituye un principio general del derecho de autor, que no puede comportar una inmisión en la esfera privada de los destinatarios finales de la obra. Así lo puso de relieve el propio KOHLER: "...und auch hier zeigt sich der Satz des Immaterialgüterrechts, daß es an den Schranken des Hauses halt macht." (vid. así Kohler, *Urheberrecht an Schriftwerken...* cit. pag. 181).

Como primera delimitación cabe entonces señalar que las actividades de "explotación" necesariamente habrán de revestir carácter de utilización colectiva y, más en concreto, irán dirigidas sustancialmente a "hacer accesible la obra al público" (arg. ex art. 4 Ley), elemento éste último que se impone como único punto de conexión entre las actividades enumeradas singularmente en el art. 17.<sup>930</sup>

El problema que a continuación se plantea es determinar qué se entienda por "el público". El legislador parece haberse conformado en este punto, como en tantos otros, con remitirse al significado habitual del término y, con excepción de la actividad de "comunicación pública" (art. 20.1.,2) no establece ninguna acotación al respecto: "el público" lo constituye una "pluralidad de personas" (art. 20.1.,1), con la única restricción de no hallarse éstas o no formar parte "de un ámbito estrictamente doméstico." (art. 20.1., 2; vid. también art. 88.1.,2).

La desventaja que ofrece este art. 20.1.,<sup>931</sup> único relativo

<sup>930</sup> Ese carácter de utilización colectiva que habrá de revestir una determinada utilización de la obra para ser considerada actividad de explotación puede ser incluso en algunos casos sólo potencial, como veremos en relación a la "reproducción" de la obra (art. 18): la "fijación de la obra en un medio..." constituye ya "reproducción" porque "permite" su comunicación o la obtención de copias de la misma, aun antes de que dicha comunicación u obtención de una pluralidad de ejemplares de la obra hayan llegado a ser efectivas.

<sup>931</sup> Frente a normas equivalentes de otras leyes europeas de propiedad intelectual - por las que, sin embargo, se ha guiado en cuanto a algunas otras cuestiones la Ley de 1987 -, el art. 20.1., 2 presenta la desventaja de no subrayar suficientemente la idea fundamental de la noción "el

a la noción "el público", es la de no subrayar suficientemente lo que, por pura constatación empírica, hay que considerar que constituyen las notas fundamentales de la noción: de una parte, el carácter indeterminado de los destinatarios de la utilización; y, de otra, el estar integrada esa pluralidad indeterminada precisamente por sujetos que sólo pueden "usar personalmente"; es decir, meros "usuarios" (arts.50.2.; 99.1.,2; 142.1. b) y c); 138.2.) o consumidores finales de la obra - por contraposición al sujeto explotante o divulgador (art. 48,1) -, es decir, sujetos a quienes el hecho de haber tenido acceso a la obra en cualquier forma (art. 4) - p. ej. como poseedores de ejemplares de la misma (art. 4; art. 14.7o.; art. 19) -, no faculta para poner en marcha nuevas utilidades colectivas o de puesta a disposición de una pluralidad de personas, sino sólo a conocer la obra y disfrutarla para sí, normalmente en su esfera privada.<sup>932</sup>

### **2.1.2. El carácter potencialmente lucrativo de la utilización**

público": el carácter indeterminado de los destinatarios de la utilización de la obra. Vid. así el §15 (3) de la Ley alemana de 1965: "Die Wiedergabe eines Werkes ist öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Personen bestimmt ist, es sei denn, dass der Kreis dieser Personen bestimmt abgegrenzt ist und sie durch gegenseitige Beziehungen oder durch Beziehung zum Veranstalter persönlich untereinander verbunden sind." Vid. asimismo el art. 15,2 de la Ley italiana de 1941: "Non è considerata pubblica la esecuzione, rappresentazione o recitazione dell'opera entro la cerchia ordinaria della famiglia, del convitto, della scuola o dell'istituto di ricovero, purché non effettuata a scopo di lucro."

<sup>932</sup> Vid. HUBMANN, *Urheberrecht...* cit., pág. 56.

De algunos de los supuestos de "Límites" o libre utilización podría desprenderse también que no constituyen "explotación" las utilizations de la obra de carácter no lucrativo (arts. 31.2o., inciso final;<sup>933</sup> 31.3o.final; 37; 38 LPI; vid. también art. 101 Regl. de 1880).<sup>934</sup> Cabe considerarlo así efectivamente en línea de principio. Ahora bien, mientras que la afirmación de que las utilizations de carácter privado o personal no constituyen "explotación" es de carácter absoluto, lo relativo a la utilización no lucrativa requerirá ulteriores precisiones.<sup>935</sup>

La actividad de explotación es siempre de naturaleza patrimonial (arg. ex art. 2; ex art. 132). Y ello significa que es potencialmente lucrativa (arg. ex art. 125.1; ex art. 126.1. 1.), es decir, que puede generar generar beneficios, lo cual no impone que hayan debido producirse éstos en el caso concreto.<sup>936</sup>

<sup>933</sup> El término "lucrativa" sólo a última hora fue incorporado al art. 31.2o., como fruto de la aceptación de la ya citada Enmienda 153 del Grupo socialista por la Ponencia del Senado (vid. nota ).

<sup>934</sup> Parece que en virtud de la regulación incompatible entre este citado precepto del Reglamento y el art. 38 de la LPI, que declara exonerado de la necesidad de autorización al mismo o muy parecido género de utilizations, cabría entender derogado tácitamente ese art. 101 del Reglamento (vid. la Disp. Transitoria 6a. LPI).

<sup>935</sup> Vid. el siguiente epigrafe 2.1.3. "La prioridad del carácter colectivo de la utilización".

<sup>936</sup> Así parece entenderlo también SCHRICKER (vid. «Urheberrecht zwischen Geist und Geld» cit., pág. 318): "Ein Buch zu lesen, eine Schallplatte zu hören, Hörfunk oder Fernsehen zu empfangen, ist stets urheberrechtsfrei



### **2.1.3. La prioridad del carácter colectivo de la utilización**

Poniendo en relación los dos caracteres enunciados, puede establecerse que el prioritario o determinante para asignar a una actividad de utilización de la obra el carácter de "forma" de explotación es, en última instancia, el carácter colectivo de la utilización. Por ello:

- a) existen supuestos de utilizations no directamente lucrativas (o en las que el lucro o ganancia no deriva directamente de la utilización de la obra) que, por revestir carácter colectivo, y, en concreto, masivo, generan, como ya se ha visto, en algunos casos

gewesen... Anders als die Kommission <Comisión de la Comunidad Económica Europea> meint,\* ist auch unerheblich, ob der Verbraucher, für die Quelle, mit deren Hilfe er die Vervielfältigung vornimmt, bezahlt hat oder nicht.\*\* Wer z.B. eine Musikkassette, die er gekauft hat, überspielt <es decir, la transporta a otra "casette": vid. §16 (2) UhrG>, weil er die Musik auch im Auto hören möchte, hat eine neue Möglichkeit der Werknutzung geschaffen;\*\* ohne seine Eigenproduktion hätte er eine zweite Kassette kaufen müssen."\*\*

\* Se refiere el autor a algunos de los estudios que se están llevando a cabo en la C.E.E., como el llamado "Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology-Copyright Issues requiring immediate action" ("Communication of the Commission, COM (88) 172 (final)", Bruselas, 7 de junio de 1988).

\*\* Los subrayados son míos.

(vid. art. 90.3.)<sup>937</sup> algún tipo de remuneración para el titular de la obra.<sup>938</sup>

b) la ausencia de ánimo de lucro en quien pretende o procede a una utilización colectiva de la obra (p.ej. con fines benéficos) no exime de por sí a dicho sujeto de la necesidad de recabar la pertinente autorización del autor o titular de la obra, porque no hay razón para asociarlo sin su consentimiento a iniciativas benéficas.<sup>939</sup>

<sup>937</sup> Vid. supra (Capítulo primero, sección II, "LOS "DERECHOS DE EXPLOTACION" y "otros derechos patrimoniales") lo ya expuesto en relación a dicho precepto y a las utilizaciones de obras intelectuales en locales de hostelería a que se refiere. Vid. además infra lo que se expone en el capítulo consagrado al DERECHO DE DISTRIBUCION, sobre la posibilidad de una distribución no lucrativa, p. ej. con fines publicitarios o benéficos (capítulo cuarto, epígrafe II.1.) y sobre la donación de ejemplares, como posible modalidad de distribución (id. capítulo, II.2.).

<sup>938</sup> "...das Merkmal der Entgeltlichkeit kein entscheidendes Abgrenzungskriterium zwischen Öffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit einer Wiedergabe darstellt. Für die spanische Regelung gilt dies uneingeschränkt, da dieses Kriterium in Art. 20. span. UrhG überhaupt nicht auftaucht." (así, en relación a la actual LPI española, DIEIZ, *Das Urheberrecht in Spanien...* cit., págs. 175-176).

En Derecho alemán, vid. para la misma idea la Exposición de Motivos del "Referentenentwurf" o Proyecto de 1954, pag. 93; y RUNGE, Kurt, *Urheber und Verlagsrecht*, Bonn 1948, pag. 88. Para la Ley francesa de 1957, vid. DESBOIS, Henri, *Le droit d'auteur en France*, París 1966, págs. 311-320.

<sup>939</sup> Así lo entiende DESBOIS (vid. op. cit., pag. 321). A nuestro modo de ver, no cabe inferir de preceptos como los arts. 31,30., 38 y 40 una regla general favorable a la libre utilización de la obra intelectual con fines benéficos o sociales. Las excepciones basadas en ese orden de intereses habrá de establecerlas la propia Ley - si se estiman insuficientes las que ahora existen - y/o, en su caso, deducirse necesariamente de preceptos más generales del ordenamiento jurídico, como el art. 7o. del Código civil.

## **2.2. La enumeración legal de las formas de explotación**

### **2.2.1. El carácter "corporal" o "incorporal" de la utilización**

Como ya apuntábamos al examinar la cláusula general, del §15 UhrG y del art. 17 LPI, sí existe una diferencia de importancia entre la Ley de 1965 y la Ley española de 1987 en cuanto a la enumeración: mientras aquélla, ya al enunciarlas por primera vez, las sistematiza de modo dual, distinguiendo entre las que son formas de explotación "corporal" - lo son el "Vervielfältigungsrecht" y el "Verbreitungsrecht" ( §15 (1)) - y la(s) que son de carácter "incorporal"<sup>940</sup> - de carácter incorporal son las distintas "formas" del "Recht der öffentlichen Wiedergabe": §15 (2) UhrG -, el art. 17 de la Ley de 1987 se limita a enumerarlas; cuáles de ellas revisten en la Ley española carácter corporal y cuáles carácter incorporal, se deduce de la puesta en relación del art. 17 con los arts. 4 y 20.1. de la Ley de 1987.

Entre nosotros, son igualmente formas de utilización de carácter corporal las actividades que legalmente se definen como contenido de los "derechos" de "reproducción" (art. 18)

<sup>940</sup> Tal sistematización de las formas de explotación en base a su carácter corporal o incorporal no aparecía todavía en la LUG, sino que se remonta a uno de los Proyectos del periodo de entreguerras - de cuya existencia damos noticia en pag. -, el Proyecto elaborado por el abogado Willy HOFFMANN en 1933 (vid. al respecto RUNGE, op. cit., pag. 64; ULMER, op. cit., pag. 132).

y de "distribución" (art. 19); y de carácter incorporeal, las distintas manifestaciones del "derecho de comunicación pública" enumeradas en el art. 20.2. - incluida la "exposición pública" de obras de arte, que, en cambio, en la sistemática alemana está alineada entre las formas de utilización corporal: §15 (1); §18 ("Ausstellungsrecht")<sup>941</sup> -

Se ha señalado que el carácter incorporeal o directo que hasta ahora se asignaba a las formas de comunicación<sup>942</sup> ha quedado hoy desvirtuado por la aplicación de las nuevas tecnologías. En efecto, a diferencia de la "representación escénica", forma primitiva de comunicación directa, ceñida a la interpretación humana, recurren ahora las demás modalidades o "actos" de comunicación pública a medios interpuestos (art. 20.2. b) en relación con art. 86,1: "aparatos de proyección"; art. 20.2. d): "hilo, cable..."; y, con carácter general, art. 124.1. e): "aparatos utilizados en la comunicación pública").

<sup>941</sup> Ya pondremos de relieve al realizar el análisis específico de esta particular modalidad de explotación de "obras de arte" que la sistemática que nos parece acertada en este caso concreto es la de la Ley española: por las características de la propia actividad, el "derecho de exposición pública" merece ser catalogado entre los "actos" de "comunicación pública" o formas de utilización de la obra de carácter incorporeal.

<sup>942</sup> "La apparition des techniques nouvelles de diffusion des oeuvres de l'esprit a gonflé le concept de communication: celle ci s'opère souvent par le truchement de supports matériels (disques, films, émissions de radio)..." (asi, COLOMBET, op. cit., pág. 206). En el mismo sentido, RIVERO, loc. cit., pág. 386 y pág. 388.

Aun así, nos parece posible seguir manteniendo la distinción entre formas corporales e incorpóreas de explotación: aunque algunos de los "actos" o manifestaciones de la "comunicación pública" tengan una base o referencia material (v. gr. el "original o reproducción expuesta"; la película proyectada; la emisión grabada), la base o instrumento material de la comunicación, el "medio", queda en manos del sujeto que realiza la actividad de comunicación pública; el "público" destinatario (art. 20.1.) no obtiene representaciones materiales ("ejemplares") de la obra, de manera que, desde el punto de vista del receptor, la comunicación sigue siendo incorpórea - aunque ya no sea "directa"<sup>943</sup> -: los instrumentos transmisores quedan en manos del comunicador, son "medios" (art. 43.5.; 86.1; 92.2.,2), pero no el vehículo directo del disfrute de la obra por el destinatario o usuario, lo cual sí ocurre en el caso del "ejemplar" o soporte de la obra<sup>944</sup> (arts. 4, 2a. parte; 20.1., 1). Las formas corporales de explotación, como son la reproducción y la subsiguiente distribución, comportan desplazamiento posesorio hacia el destinatario (art. 20.1.,1: "...distribución a cada una de ellas...") del

<sup>943</sup> Así es como sistematiza la Ley francesa de 1957 las formas de explotación de la obra intelectual: su art. 27 se refiere a la "représentation" o "communication directe" y su art. 28 a la "reproduction" o "communication indirecte".

<sup>944</sup> Aunque la nomenclatura legal no sea excesivamente rigurosa, algunos preceptos permiten vislumbrar la diferencia entre los conceptos de "medio" para la comunicación y "soporte" para la reproducción. Vid. sobre todo el art. 534bis a) del Código penal: "obra...fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio."

objeto material que representa la obra (art. 14,7º; art. 124. 3. y 4.).

### **2.2.2. Los criterios que "modalizan" las formas de explotación enumeradas**

Además de ese macrocriterio del carácter "corporal" e "incorporal" de la utilización que, según entendemos, está por lo menos implícito en nuestra LPI, cabe, además, descender al detalle de la técnica - o falta de ella - que, dentro ya de cada una de las formas de explotación definidas en particular, ha seguido el legislador español.

Se observa así que es la "reproducción" la forma de explotación que ha quedado definida en términos más abstractos y generales: el art. 18 omite toda enumeración y, sobre todo, se prescinde de cualquier alusión a *medios* o *procedimientos* concretos para llevar a cabo la actividad de reproducción (comp. art. 18 con art. 124.1. d): "moldes, planchas matrices, negativos..."). Por ese aludido carácter general y por partir de una única premisa, que es "la fijación de la obra en un medio", es tal definición legal omnicomprensiva, una de las más omnicomprensivas del texto legal. Su posible utilidad se ve, no obstante, desvirtuada, porque, como indicamos en la sede específica, no se mantiene luego el legislador en otros lugares del texto fiel a la definición que él mismo formula en el art. 18.

Los siguientes preceptos, los arts. 19, 20 y 21 sí descienden a enumeraciones.

En el art. 19, la enumeración es breve y reviste escaso valor para la comprensión del precepto, dado que al término "distribución" se le atribuye un valor muy semejante al que reviste en el lenguaje habitual, a saber - a salvo las oportunas matizaciones en la sede correspondiente - "difusión comercial" de ejemplares de la obra. El criterio que guía esa breve enumeración es el de las diferentes modalidades (o, de nuevo, "formas": art. 19,1, final) o, más correctamente, los títulos jurídicos, a través de los cuales puede operarse esa difusión comercial de los ejemplares.

El término "comunicación pública" que utiliza el art. 20 para referirse a la explotación de la obra en forma incorporal o "sin previa distribución de ejemplares al público" (art. 20.1., 1) es el más necesitado de interpretación y es, por ello, imprescindible la enumeración ejemplificativa del art. 20.2., en sus diferentes apartados. La expresión "comunicación pública" no se utiliza en el lenguaje habitual y tampoco ha sido - al menos hasta ahora - común referirse unitariamente a modos tan heterogéneos de hacer accesible la obra al público. En el aprecio de "el público", nada habrá tan distante como, p. ej. la "representación escénica" (art. 20.2. a)) y la "emisión" o "transmisión" por radio o televisión (art. 20.2. f)). La categoría supone, pues, una verdadera innovación, justificable aun así desde el punto de vista jurídico, si se piensa en el criterio - expuesto en el epígrafe anterior -

que determina la distinción entre formas "corporales" e "incorporales" de utilización de la obra.

Los criterios que, a continuación, se barajan en cada uno de los apartados del art. 20.2. son sumamente heterogéneos. Así, los distintos "actos" contemplados en el apdo. a) tienen en común el estar basados en una conducta humana, realizada directamente frente al público, con independencia del medio o procedimiento empleado. En la configuración del apdo. b) ha incidido tanto la especificidad del objeto ("obras audiovisuales"), como de los medios empleados (la "proyección" requiere, como se verá, medios específicos). La especialidad que, como objetos, caracteriza a las "obras de arte" y, en este caso, la ausencia de procedimientos o dispositivos, más allá del propio soporte de la obra, para mostrarlas está en la base del apdo. g) del art. 20.2.

Y, por fin, es en los apdos c) d) e) f) y h) donde la importancia del procedimiento de comunicación es máxima. A salvo lo que se diga, cuando corresponda, en relación al apdo. f), se trata en todos esos casos de actividades relacionadas con la telecomunicación. Más allá de esa nota común, lo que distingue los apdos. c) y d) es el dispositivo concreto empleado ("sin hilo...", en el apdo. c); "por hilo..." en el apdo. d)). A identidad de procedimiento (art. 20.2. e): "por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores"), el apdo. e) se distingue de los dos anteriores por un criterio subjetivo: el venir realizada la actividad de comunicación "por emisora distinta de la de



origen". Y la singularidad del apdo. h) viene dada, además de por el procedimiento (también "por medio de telecomunicación"), por la particularidad del objeto ("bases de datos de ordenador").

A la actividad de "transformación" se refiere el art. 21 de la Ley. En este precepto, se invierte la técnica de los anteriores. Mientras que en todos ellos (arts. 18, 19 y 20) se inicia la proposición legal mediante un enunciado general, al que sigue o no - como se ha visto - una enumeración, en este concreto precepto se anticipa la enumeración a la proposición más general ("y cualquier otra modificación en su forma..."). Hay que suponer que ello es debido a la fuerza expresiva de los dos ejemplos utilizados: "traducción" y "adaptación" (tampoco hacen falta más, porque, como se verá, el art. 21.1. repite parcialmente el contenido del art. 11).

Ambos ejemplos orientan al intérprete sobre qué es aquello a que puede estarse refiriendo el legislador. Porque, en efecto, el término "transformación", también del lenguaje habitual, es excesivamente vago, en tanto que no designa inequívocamente una actividad intelectual (y, en cambio, la "traducción" y la "adaptación", sí). También podría considerarse "transformación" una modificación puramente material de la obra y eso es algo, como se verá, que el

legislador español ha pretendido, en alguna medida, excluir (arg. ex art. 108.1.).<sup>945</sup>

### **2.2.3. La terminología legal**

Finalmente y como última observación de conjunto, cabría aludir al carácter errático de la terminología legal. La existencia de las enumeraciones indicadas dentro de cada uno de esos preceptos (salvo, como se ha indicado, en el art. 18) hace pensar que cada una de esas actividades en concreto queda modalizada o se desarrolla, a su vez, bajo "formas" diferentes, como apunta en relación a la "distribución" el art. 19 "in fine" y en relación a la "comunicación pública" el art. 20, que opta, sin embargo, por el término "actos" (art. 20.2.).

Parece que lo más procedente hubiese sido, sin embargo, reservar el término "formas", a los tipos básicos de explotación de la obra, puesto que es así como se les alude inicialmente en el art. 17. Y, en cambio, para las diferentes especificaciones de cada una de esas actividades centrales debiera imponerse el empleo del término "modalidad". Podría hablarse así entonces, p.ej., de la "comunicación pública" y sus diferentes "modalidades", que son las enumeradas en el art. 20.2. A simple vista, podría pensarse que esta es la gradación de que parten preceptos como el art. 43.1. y .5.: "derechos" o formas básicas de

<sup>945</sup> Queda aludido dicho tema infra, al referirnos a la actividad del "productor de fonogramas" y de "grabaciones audiovisuales" en sede de "Reproducción".

explotación, cedidos para ser realizados o actuados bajo algunas de sus modalidades específicas (vid. así el art. 82 LPI: "y siendo su representación escénica la única modalidad de comunicación contemplada en el contrato..."; en el mismo sentido también, el art. 83 "in fine").

El término "modalidades" es, sin embargo, conflictivo, como pone de relieve otro precepto, el art. 57, recogido, al igual que los citados en último lugar, dentro de las "Disposiciones generales" relativas a la "Transmisión de los derechos" (Titulo V del Libro I LPI). El citado art. 57 designa, en efecto, a la "representación", que, a tenor de lo expuesto, es sólo una concreción o especificación (art. 20.2. a)) de una "forma" básica de explotación, como es la "comunicación pública (art. 17). El problema estriba en que el art. 57 aplica también el término "modalidades" a actividades, como la "edición" y la "producción de obras audiovisuales", que no sólo no constituyen, *fracciones* de las "formas" básicas de explotación enumeradas en el art. 17, sino que, bien al contrario, representan incluso *sumas* de algunas de ellas: así, la "edición" atribuye simultáneamente al "editor" el "derecho de reproducir" y el de "distribuir" la obra (art. 58). Y la "producción" comporta la cesión al productor de - entre otros - los "derechos de reproducción, distribución y comunicación pública" (art. 88.1.1). El art. 57,2 confirma además que el término "modalidades" está designando una unidad superior a los singulares "derechos de explotación": "Las concesiones

*de derechos para cada una de las distintas modalidades de explotación...*".

La conclusión a que puede llegarse a este respecto es que en la Ley el término "modalidad" designa antes una noción económica (art. 57,1 y 2) que jurídica (arts. 82 y 83). Lo que la Ley denomina "modalidades de explotación", es decir, la "representación", la "edición", la "producción"... no son sino sectores o ámbitos de explotación que han ganado en el tráfico autonomía en sentido técnico y económico (hasta el punto de que sirven para nominar particulares contratos de explotación de obras intelectuales) y ello con independencia de que jurídicamente representen una subdivisión (como es el caso de la "representación") o una suma (como la "edición" y la "producción") de lo que legalmente se configuran como las "formas" básicas o contenido esencial de los "derechos de explotación" legalmente destacados (art. 17 LPI).

A salvo lo expuesto y teniendo presentes los indicados desajustes en la dicción legal, nos ha parecido que puede verse facilitada la exposición que sigue, manteniendo el término "modalidades" para designar las diversas especificaciones o concreciones de que son susceptibles las "formas de explotación" en particular que han de examinarse a continuación.

**CAPITULO TERCERO**  
**EL "DERECHO DE REPRODUCCION"**

Por estar vinculado al derecho del autor al descubrimiento de la imprenta, constituye el "derecho de reproducción", entendido como multiplicación u obtención de ejemplares de la obra por medio de la imprenta, la primera manifestación<sup>946</sup> y, durante mucho tiempo, el "derecho principal" de los que integran la propiedad intelectual (vid. el art. 46 de la Ley de hipoteca mobiliaria, donde se califica a la "impresión" de la obra como "derecho principal").<sup>947</sup> La "reproducción" era el hito previo de la "publicación" o "edición" y la propiedad intelectual, en el régimen hasta ahora vigente

<sup>946</sup> "En sus orígenes, este derecho <la propiedad intelectual> se circunscribía casi únicamente a la forma de reproducción impresa y tenía por objeto impedir la reproducción no autorizada con fines comerciales" (así, BONDIA ROMAN, op. cit., pág. 220). Vid. asimismo RIVERO, loc. cit., págs. 340-341; 348-349; 359.

<sup>947</sup> Vid. la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión. En el Capítulo VI ("De la hipoteca de propiedad intelectual e industrial") establece el art. 46 de dicho texto legal: "La hipoteca del derecho principal\* comprenderá como accesorios, salvo pacto en contrario: 1o. La adaptación, refundición, traducción, reimposición, nueva edición o adición de la obra hipotecada". A la vista de lo que tal Ley considera "derechos accesorios", hay que entender que es la "impresión" de la obra hipotecada el "derecho principal". Vid. asimismo la Real orden de 11 de diciembre de 1894 ("Gaceta" del 14 del mismo mes y año): "Por más que las palabras "publicación de las obras" del art. 36 <Ley 1879> no dejan lugar a duda y excluyen de su concepto gramatical y legal las reimpresiones y sucesivas ediciones de la obra (a no ser que esta haya sido modificada ó aumentada), vino constantemente desde la publicación de la ley entendiéndose que el plazo para la inscripción podía contarse a partir de la fecha en que las obras fueran reimpresas en ediciones sucesivas, y así los autores ó propietarios presentaron sus obras en el Registro fuera del año de la primera edición, ó sea de la verdadera publicación\* á que se refiere la ley...De esta suerte y por modo indirecto, se prolongó el plazo que el art. 36 determina para la inscripción."

\* Los subrayados son míos.

entre nosotros, era, no sólo, pero sí ante todo, un "derecho a publicar" (art. 7; 11; 16; 40 Ley de 1879).

En la regulación actual, el "derecho de reproducción" está contemplado como uno más de los "derechos de explotación" que corresponden al autor (art. 17).<sup>946</sup> Y, además, la definición legal de la actividad que constituye el contenido de dicho "derecho" en el art. 18 permite entrever que la noción de "reproducción" ha ganado autonomía respecto a la de "publicación" y que "reproducción" e "impresión" de la obra han dejado de ser términos casi equivalentes (vid. el art. 1 "in fine" del Reglamento de la propiedad intelectual de 1880: "...sistemas impresores o reproductores...").

<sup>946</sup> RIVERO (loc. cit., pág. 359) se refiere a la pérdida de importancia, desde el punto de vista económico, de esta manifestación del derecho de autor.

## **I. EL NUEVO CONCEPTO DE "REPRODUCCION" EN EL AMBITO JURIDICO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

### **1. El término "reproducción" en la Ley de 1987. Sus distintas acepciones en el texto legal**

A tenor del art. 18 de la Ley de 1987, "Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella."

El art. 18 se preocupa, pues, por asignar un significado propio - "a efectos de lo dispuesto en la presente Ley" (comp. art. 4 LPI) - a un término, que, como tantos otros en el ámbito de la propiedad intelectual (*divulgación, publicación, obra, adaptación, distribución...*) procede de y se utiliza en el lenguaje habitual.

El precepto nos proporciona así un nuevo concepto de "reproducción",<sup>949</sup> basado en la idea de "fijación de la obra en un medio...". Este es a partir de ahora el significado o acepción técnico-jurídica, en el ámbito de la propiedad intelectual, del término "reproducción", acepción que, enseguida se constata, se distancia, tanto de ese sentido habitual del término a que antes aludíamos (vulgarmente, "reproducir" una obra significa multiplicarla, obtener un

---

<sup>949</sup> "No hay ningún precepto parecido al art. 18 LPI en nuestros antecedentes legales, ni definición alguna semejante o distinta de "reproducción" a que se concreta este precepto" (vid. RIVERO, loc. cit., pág. 357).



número de copias o ejemplares de la misma), como de la concepción jurídica tradicional de "reproducción", como multiplicación de la obra por medio de la imprenta u otros medios mecánicos (art. 1º. Regl. 1880).

Dicho elemento de la noción tradicional sólo en último término está presente en la actual definición (art. 18, final: "...y la obtención de copias...").<sup>950</sup> Es, en cambio, en el primer miembro de tal definición donde radica ahora todo el peso de la noción legal de "reproducción".

El sustrato de la noción de "reproducción" en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 gravita sobre la idea de "fijación" o incorporación de la obra a una base material o soporte físico (vid. p. ej. los arts. 25.1.; 102.3.; 108 LPI), con independencia de que esa fijación sea o no ulteriormente utilizada para obtener copias o ejemplares (art. 18, final). Por tanto, la nota antes esencial de la *reproducción efectiva* de la obra ha quedado ahora degradada, puesto que ya sólo se alude a ella como mera aptitud o cualidad del "medio" o soporte material a que ha sido

---

<sup>950</sup> En algunos textos legales de otros Estados y también del Derecho Internacional, se ha mantenido, en cambio, la definición de "reproducción" como multiplicación efectiva de ejemplares de la obra. Vid. así el art. 13 de la Ley italiana de 1941: "Il diritto esclusivo di riprodurre ha per oggetto la moltiplicazione in copie dell'opera con qualsiasi mezzo, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, la incisione,...". Vid. también el art. 3 e) de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, de 26 de octubre de 1961: <"A los efectos de la presente Convención, se entenderá por"> e) "reproducción", la realización de uno o mas ejemplares de una fijación."

trasladada la obra, "medio" que "permite", desde luego, la obtención de copias o ejemplares de la misma (art. 18, 2a. parte), pero asimismo la ulterior comunicación de la misma (art. 18, 1a. parte) en forma incorporal (art. 20.1.: "sin previa distribución de ejemplares").<sup>951</sup>

Es decir, la ulterior actividad de multiplicación de la obra reviste ahora sólo carácter eventual y, jurídicamente, ha quedado fuera de consideración. Para consumir la actividad de "reproducción" basta, en cambio, incorporar la obra a un soporte distinto del originario, es decir, trasladarla a un "medio" distinto de aquél que ha servido para crearla o expresarla por primera vez<sup>952</sup> (art. 10.1.: "medio de

---

<sup>951</sup> "Hier sei nur darauf hingewiesen, daß der Begriff der Vervielfältigung die Herstellung eines körperlichen Gegenstandes erfordert, der das Werk zum Zwecke sinnlicher Wahrnehmung wiedergibt und es derart festlegt, daß diese sinnliche Wahrnehmung sich beliebig oft wiederholen kann." (asi, ALLFELD, op. cit., pág. 141).

<sup>952</sup> En congruencia con ello, no constituye "reproducción" la plasmación en un medio o soporte físico de la obra que, sin el mismo, carece de existencia, como ocurre en el caso de las obras audiovisuales: la obra audiovisual no existe en cuanto tal antes de la "fijación" de los sonidos e imágenes en un soporte material (arg. ex art. 86,1, final; art. 112; art. 115, final). Sí podemos, en cambio, hablar de "reproducción" para la fijación material de obras cuya existencia es concebible sin el apoyo de un sustrato físico, como es el caso de las obras orales (art. 10.1. a): "...discursos, alocuciones, conferencias...") y de las composiciones musicales (art. 10.1. b) en relación con art. 108.1.).

Vid. al respecto, DIETZ, *Das Urheberrecht in Spanien...* págs. 129-130: "Freilich gibt es Werkkategorien, die ohne derartige Festlegung in einer dauerhaften materiellen Form nicht existieren können...in diesen Fällen wäre der Begriff der Vervielfältigung überdehnt, wenn man bereits die Herstellung des Originals als Vervielfältigung bezeichnen wurde. Dies ist wohl auch von dem spanischen Gesetzgeber nicht beabsichtigt."

expresión "versus" art. 18: "medio que permita su comunicación y la obtención de copias...").<sup>953</sup>

Resulta, no obstante, curioso, y queremos ponerlo de relieve antes de adentrarnos, en nuestro siguiente epígrafe, en las razones de esa inversión en los términos de la definición legal, que, después de haberse preocupado el legislador español por ofrecer esa definición auténtica del término "reproducción", guarde tan poca fidelidad a la misma.

En efecto, a partir del art. 18, reaparece el término en diferentes lugares del texto legal, pero bajo otras acepciones.

La noción rigurosa o técnica del art. 18, como equivalente a "fijación", o *reproducción sólo potencial* de la obra, está presente desde luego en muchos otros preceptos legales (arts. 102.3.; 108; 112; 116.1. b); y también 36.3. y 99.3.)<sup>954</sup>. Y, sin embargo, después de haberse excluido de la

---

<sup>953</sup> Sobre el concepto de "medio o soporte para la reproducción", vid la ya citada Circular, sin fecha, de la Fiscalía General del Estado no. 2/1989: "Medio o soporte para la reproducción, es, pues, el vehículo empleado para difundir las creaciones originales. Los medios tradicionales para difundir son los impresos, dibujos, grabados, etc.; el desarrollo tecnológico ha producido gran variedad de medios de difusión: fotografías, fotocopias, microfilms, cintas de cassette de sonido, disco de microsurco., cintas de video, etc. o medios informáticos que permiten almacenar cualquier información codificada en forma numérica (disquete de ordenador, cinta magnética de ordenador, disco óptico o "compact disc")."

<sup>954</sup> El art. 36.3. y el art. 99.3. encajan en la noción de "reproducción", tal y como la define el art. 18. Tanto el registro de la obra que va a ser emitida a través de la radiodifusión, como la introducción del programa en la

definición legal la noción de *reproducción efectiva* u obtención de ejemplares de la obra, reaparece tal acepción, impropia "a efectos de la presente Ley", en preceptos como el art. 25.2.;<sup>955</sup> 31; 37, final; 58 y 64;<sup>956</sup> 116.1. b), final; 124.1. d).<sup>957</sup> Es más, hay también artículos donde el término se utiliza para designar, ya no a la propia actividad de reproducción efectiva o multiplicación de la obra, sino al

---

memoria interna de un ordenador son actividades que materialmente constituyen "reproducción" o fijación de la obra en un medio que ofrece la posibilidad de comunicarla u obtener copias de la misma. Cosa distinta es que legalmente quiera relevárselas de tal calificación; si se las exceptúa expresamente, es porque son "reproducción".

<sup>955</sup> El art. 25.2. se refiere a "materiales y equipos que permitan la reproducción...", que en este caso sólo puede ser la *reproducción efectiva* u obtención de copias, porque es precisamente la obtención de las mismas lo que genera el concepto remuneratorio regulado en el art. 25 de la LPI. Vid. asimismo el Preambulo del Real Decreto 287/1989, de 21 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, que se refiere a la "reproducción masiva de las obras", efectuada a través de tales medios. Es más, los beneficiarios de tal compensación económica por la "reproducción masiva" son - aparte del autor - sujetos que, como el "productor de fonogramas" (art. 25.1. y art. 17.3. b) del R.D. citado), han procedido a una "fijación de la obra" o "reproducción", en el sentido riguroso del art. 18. Sólo la existencia de posibles acepciones de un mismo término, "reproducción", permite no confundir las figuras de beneficiario y gravado.(!)

<sup>956</sup> Los arts. 58 y 64 se refieren a la actividad de reproducción efectiva que consiste en la obtención de ejemplares de la obra "en forma de libro" (art. 25.1.).

<sup>957</sup> El art. 124.1. d) se refiere a la "reproducción de ejemplares ilícitos", referencia inútil y redundante: ateniéndonos a la acepción técnica del art. 18, lo que constituye ya "reproducción" ilícita es la propia fijación de la obra en el "molde, plancha o negativo" a que se refiere este art. 124, sin necesidad de que a partir de tal "fijación" haya producción o fabricación efectiva de ejemplares. Si se piensa en las consecuencias penales, la observación no es baladí.

*resultado* de tal actividad: el ejemplar o la copia (así, en los arts. 25.1. en R con art. 31, 2º.: "reproducciones...efectuadas para uso personal"; y 37: "reproducciones...sin finalidad lucrativa..."). Y, por último, ignorando cualquiera de las anteriores acepciones, se vale la Ley en el art. 118 del término "reproducción" para designar una forma de captación de la realidad: "...fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo..."

## **2. El origen de la noción de "fijación material"**

Si nos hemos preocupado por destacar el cambio en la definición legal no es por puro rigor terminológico. Al contrario: el vocablo "reproducción" designa una actividad que constituye el contenido de uno de los "derechos de explotación", de manera que si el legislador recurre a otros términos a la hora de formular tal concepto, habrá cambiado también el contenido del "derecho" del mismo nombre. Y, es que, en efecto, detrás de dicho cambio en la definición de un término aparentemente tan poco críptico se esconde toda una evolución que ha obligado a asignar un contenido diferente al "derecho" en cuestión.

Así ha ocurrido en Francia en 1957 y en Alemania en 1965. En los ordenamientos de tales Estados, la noción de "reproducción" hubo de ser necesariamente modificada para dar cabida a la actual de "fijación", porque el concepto tradicional de "reproducción", como equivalente a

reproducción efectiva u obtención de una pluralidad de ejemplares de la obra, se había revelado insuficiente para subvenir a la protección de los titulares de derechos de propiedad intelectual. El actual art. 18 de la Ley española de Propiedad Intelectual parece, una vez más, haberse valido de la correspondiente expresión de tales ordenamientos para formular análogo concepto.<sup>958</sup> Sin embargo, nos ha parecido que no se trata, a este particular respecto, de ciego mimetismo: la existencia en nuestro ámbito de idénticos imperativos nos permite aventurar que, de haber existido en el ordenamiento jurídico español una ley de propiedad intelectual entre la actual de 1987 y la hasta ahora mismo vigente de 1879, la definición del término "reproducción"

<sup>958</sup> En este caso, la coincidencia literal es más acentuada respecto a la Ley francesa que respecto a la Ley alemana. En Francia, la definición del término "reproduction" se basa exclusivamente en dicha noción de "fixation". Vid. así el art. 28,1 de la Ley de 1957: "La reproduction consiste dans la fixation materielle de l'oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte."

En Alemania, en cambio, la definición de "Vervielfältigung" en el §16 URG de 1965 es ecléctica: junto a la noción actual de "reproducción" como "fijación" de la obra en un medio que permite su comunicación ulterior (§16 (2)), se recoge todavía, en el §16 (1), la noción tradicional de "reproducción" como multiplicación (que, por otra parte, es lo que significa literalmente el vocablo "Vervielfältigung"); vid. así el §16 UhrG:

- (1) "Das Vervielfältigungsrecht, ist das Recht, Vervielfältigungsstücke des Werkes herzustellen, gleichviel in welchem Verfahren und in welcher Zahl."
- (2) "Eine Vervielfältigung ist auch\* die Übertragung des Werkes auf Vorrichtungen zur wiederholbaren Wiedergabe von Bild- oder Tonfolgen (Bild- oder Tonträger), gleichviel, ob es sich um die Aufnahme einer Wiedergabe des Werkes auf einen Bild- oder Tonträger oder um die Übertragung des Werkes von einem Bild- oder Tonträger auf einen anderen."

\* El subrayado es mío.

hace mucho tiempo que hubiese sido también entre nosotros modificada en el sentido del actual art. 18.<sup>959</sup>

Sin embargo, no ha sido así, y es, por ello, que, una vez más, hemos de reconstruir la evolución que lleva hasta el precepto actual partiendo, en igual o mayor medida, de datos de tales ordenamientos.

La noción de "reproducción" que ha quedado positivizada en los ordenamientos citados y en el nuestro propio refleja y responde a una expansión del concepto: ha sido necesario contemplar el acto inicial de incorporación de una obra a una base material distinta de la que ha servido para crearla o expresarla por primera vez<sup>960</sup> como actividad que no podía tampoco ser realizada sin el consentimiento del titular de la obra, con independencia del destino ulterior asignado a tal fijación. Estamos, pues, ante una anticipación o desplazamiento del concepto al principio de todo el proceso.

Dicha extensión resulta fundamental a determinados efectos:

---

<sup>959</sup> Lo que decimos no constituye mera especulación, pues tanto el Proyecto de 1934, de reforma de la Ley de propiedad intelectual de 1879, como la Real Orden de 1928 a que más adelante nos referimos en nota     , habían pretendido ampliar la noción de "reproducción" en el sentido que indicamos.

<sup>960</sup> "Bei der Definition des Vervielfältigungsrechts...kommt deutlich zum Ausdruck, daß Vervielfältigung auch bereits die erste Festlegung eines Werkes in einem Medium, das seine Kommunikation erlaubt, darstellt" (así, DIETZ, *Das Urheberrecht in Spanien...* cit., pag. 129).

\* El subrayado es mio.

a) De una parte era necesario articular la protección de las obras expresadas o dadas a conocer sólo en forma incorporal.

Entre nosotros, el tan traído y llevado art. 8º. de la Ley de 1879 se había propuesto la protección de tales obras. La estrechez de la fórmula del art. 7º., que en dicho texto recogía el contenido principal del derecho de propiedad intelectual como "derecho a reproducir" o "publicar" una obra, pero refiriéndose sólo a las obras escritas y ya publicadas,<sup>961</sup> hizo necesaria la adición posterior del citado art. 8º., que pretendía extender la protección al autor o dueño, tanto de las obras orales, como de aquéllas que habían sido sólo dadas a conocer "mediante su lectura, ejecución o exposición pública o privada...".<sup>962</sup> Lo que se pretendía así era que tampoco tales obras pudieran ser publicadas sin consentimiento de su autor o

<sup>961</sup> Aunque parezca una tautología, en el art. 7º. de la Ley de 1879 se reconocía al titular de la obra un derecho exclusivo a publicar la obra que ya hubiese sido publicada o editada una primera vez; recuérdese que la obra rigurosamente inédita no tenía acceso al Registro de la Propiedad Intelectual (vid. el art. 36,3 Ley de 1879 y las disposiciones de desarrollo que citamos en nuestro capítulo tercero sobre el régimen de la Ley de 1879: LA OBRA COMO OBJETO...; vid. allí en la sección II nuestras consideraciones sobre el tema de la "Obra" protegida).

<sup>962</sup> En el capítulo dedicado a la obra intelectual en la Ley de 1879 (capítulo tercero de la Tercera Parte) realizamos un minucioso estudio, tanto del contenido, como de la génesis del citado art. 8º. Recordemos ahora sólo que el precepto no existía en el Proyecto de Ley que salió del Congreso, sino que fue incorporado al texto por la Comisión dictaminadora del Senado.



propietario (art. 8º. Ley de 1879: "...Nadie por tanto tiene derecho a publicar..."). Pero no se proscribía allí expresamente la obtención de un único ejemplar o fijación material de esa clase de obras.

El problema a superar a estos efectos era la vinculación tradicional entre las nociones de "reproducción" y "publicación", hasta el punto de haber quedado la primera de ellas casi siempre absorbida en la segunda, de manera que sólo se protegía al titular de la propiedad intelectual frente a la obtención de una pluralidad de copias de su obra, puestas a disposición del público.

El primer texto legal que rompe tal asociación es la "Literatururheberrechtsgesetz" (LUG) de 1901, cuyo §15 establecía taxativamente "Eine Vervielfältigung ohne Einwilligung des Berechtigten ist unzulässig, gleichviel durch welches Verfahren...auch begründet kein Unterschied, ob das Werk in einem oder in mehreren Exemplaren vervielfältigt wird."<sup>963</sup> Tal

---

<sup>963</sup> Ya antes de la entrada en vigor de dicho texto legal se había esforzado Josef KOHLER por demostrar - aun a costa de violentar el propio término legal "Vervielfältigung", que literalmente significa "multiplicación" - que la identificación absoluta entre las nociones de "reproducción" y "publicación" produce un vacío legislativo que puede redundar en situaciones de desprotección para el autor y sus causahabientes: si el legislador utiliza el término "Vervielfältigung" para designar la actividad de "reproducción" u obtención de ejemplares de la obra, dice KOHLER, es porque está pensando sólo en la publicación; pero también la producción de un único ejemplar de la obra puede ser lesiva para el autor, como ocurre en el caso de que a partir de la copia manuscrita de una partitura se realice una ejecución pública de la obra musical en ella reflejada

concepción ha pasado a la actual Ley alemana de 1965.<sup>964</sup>

En Francia, la ampliación de la protección en esta misma dirección no obedece, como en el caso alemán, a un desarrollo legislativo y doctrinal, sino que es tributaria de la elaboración jurisprudencial:<sup>965</sup> desde

(vid. KOHLER, Josef, «Abschreiben als Autorverletzung», en los *Autorrechtliche Studien*, publicados en el *Archiv für die civilistische Praxis*, 1896, no. 85, págs. 417 y s.s.; vid. pág. 419: "Um diese Frage zu lösen, dürfen wir nicht mit Worten, wie "vervielfältigen", hantieren, denn die gesetzliche Ausdrucksform ist ein deutender Faktor, kein Halseisen, das uns fesselt..."; y pág. 426: "Es muss also hiernach die Anfertigung eines Exemplars genügen, wenn, wie hier einerseits dasselbe nicht privatim, sondern zu einer öffentlichen Aufführung im Theater benutzt werden soll."). Como decimos, tal doctrina fue acatada por la LUG de 1901 (vid. LUG "Begründung", pág. 26; vid. asimismo la opinión de sus comentaristas MARWITZ, Bruno, y MÖHRING, Philipp, *Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst in Deutschland*, Berlin 1929, pág. 110) y de allí ha pasado a la Ley alemana actual.

<sup>964</sup> Vid. los "motivos" del §16 actual: "Die Begriffsbestimmung des Vervielfältigungsrechts in Absatz 1 entspricht dem geltenden Recht (§15 Abs. 1 LUG; §17 KUG). Das Vervielfältigungsrecht umfasst nach dieser Definition die Herstellung jeder Art und Zahl von Vervielfältigungsstücken des Werkes, das heisst, von körperlichen Festlegungen, die geeignet sind, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen..." (UhrG "Begründung", zu §16, pág. 262). Vid. también ULMER, op. cit., pág. 231; FROMM/NORDEMANN, op. cit., pág. 131.

<sup>965</sup> De hecho, ésta parece ser la constante en la evolución del derecho de la propiedad intelectual en uno y otro ordenamiento. Mientras en Francia la llamada "propriété littéraire" es antes una institución de creación jurisprudencial, el "Urheberrecht" alemán es obra de construcciones doctrinales que impulsan el cambio legislativo. Parece confirmarlo el hecho de que en Francia se haya pasado, casi sin solución de continuidad, de los textos del período revolucionario de 1791 y 1793 a la Ley de 1957 (con el único paréntesis de la Ley de 1866, que se limita a ampliar el plazo de protección y de algunos Proyectos de ley de escasa resonancia\*), mientras que en

el primer tercio de este siglo, una serie de decisiones habían contribuido a trazar una línea jurisprudencial que culmina, en puertas de la Ley de 1957, en una sentencia de 1956<sup>966</sup> que proscribe que sin consentimiento de su autor pueda procederse a una fijación de obras musicales con motivo de su interpretación o ejecución en público, incluso en un único ejemplar y aun sin proponerse el artífice de dicha captación realizar a partir de ella copias que pudieran ser puestas a disposición del público. El mero dato de la reproducción potencial o *reproductibilidad*, es decir, que la fijación así realizada ofreciera tal posibilidad de puesta a disposición al público de ejemplares de la obra, se consideró suficiente para entender consumada la actividad de reproducción.<sup>967</sup>

Alemania en el periodo equivalente se han sucedido al menos cuatro series de textos legales - la Ley prusiana de 1837 (como la más significativa de las anteriores a la Unificación), las "Reichsgesetze" de 1870/76, la LUG y la KUG de 1901/1907 y la actual de 1965.

\* Contiene una relación de los Proyectos del siglo pasado STROMHOLM, op. cit. (índice de su obra); y de los del presente siglo la obra de ESCARRA, RAULT y HEPP (vid. *La doctrine française...* cit., pág. 9).

<sup>966</sup> Vid. la Sentencia de la "Cour d'Angers" de 22 de noviembre de 1956. Se refiere a dicha sentencia y a las anteriores DESBOIS, *Le droit d'auteur...* cit., pág. 272; y el mismo autor en *Revue trimestrielle de Droit commercial*, 1959, págs. 112 y s.s.

<sup>967</sup> En el caso enjuiciado en la citada sentencia, el sujeto demandado (un artesano radioelectricista) se limita a proceder a una fijación incontestada en un único ejemplar de la obra musical; y son otros (los clientes por cuyo encargo había procedido a tal fijación), en cambio, quienes sin su intervención aprovechan la existencia de dicha fijación de

Al desarrollo hasta aquí trazado se debe, en definitiva, que resulte ahora posible insertar en el propio concepto de "reproducción" la protección de las obras expresadas o dadas a conocer sólo en forma incorporal.

- b) De otra parte, era necesario ampliar el concepto de "reproducción" a los sistemas de "fijación" de la obra intelectual surgidos en los últimos tiempos, que facilitan una difusión de la misma muy superior a la que permite el procedimiento tradicional de la imprenta o reproducción tipográfica (vid. el art. 25.1. LPI de 1987, que alude a las grabaciones de carácter sonoro o visual y a las reproducciones obtenidas "por medio de aparatos técnicos no tipográficos" <fotocopias>).<sup>968</sup>

la obra musical para reproducirla efectivamente y distribuir entre el público las copias obtenidas. No obstante, el Tribunal estimó que la mera realización de la primera fijación es en sí suficiente para imputar una actividad de reproducción ilícita al sujeto que lleva a cabo la fijación inicial de la obra (vid. el razonamiento de tal Sentencia en la *Revue trimestrielle...* de 1959, cit. en nota anterior). Como decíamos, con esta decisión culmina todo un desarrollo jurisprudencial, expresión de una opinión generalizada en Francia desde bastante antes: "Tout acte, quel qu'il soit...qui n'a pas reçu l'assentiment de l'auteur est illicite en soi quel que soit son objet. *Et, chose trop ignorée en general, le seul fait de la reproduction même non utilisée, consomme le délit de contrefaçon.*" (así ESCARRA, Jean; RAULT, Jean y HEPP, François, en *La doctrine française du droit d'auteur*, Paris 1937, pág. 33).

\* Subrayado en el original; la cursiva es mía.

<sup>968</sup> Vid. asimismo el Preámbulo del Real Decreto 287/1989, de 21 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual: "Los nuevos medios técnicos de

Algunos de ellos ya fueron tenidos en cuenta por el Proyecto de reforma de la Ley de propiedad intelectual de 1934. Vid. su art. 8º.: "El derecho de "Reproducción" da al autor la facultad exclusiva para permitir que su obra...se impresione en discos, rollos o cilindros, películas cinematográficas, fotografías o se dé a conocer al público por cualquier otro procedimiento mecánico."

Pero, como ya hemos señalado, tal Proyecto no llegó a ser ley y, a pesar, de la cláusula extensiva del art. 1º. "in fine" del Reglamento de la propiedad intelectual de 1880, la ya aludida identificación entre los conceptos de "reproducción" e impresión determinó en el régimen de 1879/80 situaciones de desprotección en cuanto a sistemas de reproducción desarrollados posteriormente.<sup>969</sup>

---

difusión de las obras protegidas por la propiedad intelectual a través de...diversos soportes, como el videograma y el fonograma, y los actuales medios de reproducción, tales como los aparatos de grabación sonora y visual permiten la reproducción masiva de las obras sin la previa autorización de los titulares de los derechos y sin el pago de la correspondiente remuneración."

<sup>969</sup> El modo de proceder en este punto encaja con el descrito (en nuestro capítulo segundo sobre LA TIPIFICACION DE LAS FORMAS DE EXPLOTACION...) como característico de nuestro ámbito, a medida que el desarrollo técnico iba minando la aplicabilidad de la Ley de 1879: apuntalarla mediante disposiciones parciales de rango inferior. Vid. así la Real Orden de 28 de marzo de 1928, relativa al precinto de cilindros de pianos, manubrios, aparatos mecánicos, discos u objetos en que se reproduzcan clandestinamente obras musicales: "...la Asesoría Jurídica del mismo <del Ministerio de Instrucción pública> ha dictaminado a su vez que debe obligarse a los reproductores\* de piezas musicales

En Francia, la actual definición del término "reproduction" en la Ley de 1957<sup>970</sup> se articula con la finalidad de incorporar a la noción legal la fijación o, más específicamente, la grabación de la obra operada a través de tales procedimientos.<sup>971</sup> De esta forma culmina también en este punto todo un desarrollo jurisprudencial,<sup>972</sup> que tiene como principales hitos

en aparatos mecánicos o pianos de manubrio que acrediten el pago de los correspondientes derechos a los compositores...debiendo precintarse los cilindros u objetos en que se haya reproducido\* la obra musical hasta que se acredite haber obtenido el oportuno permiso de los compositores o autores".

\* Los subrayados son míos.

<sup>970</sup> La Ley de reforma de 1985 deja inalterado el art. 28 francés.

<sup>971</sup> "L' article 29 <del Proyecto de Ley, igual al 28 definitivo> définit la reproduction comme "la fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte"; l'alinéa 2 <del mismo artículo> énonce, à titre purement exemplaire, quelques applications de manière à souligner que l'édition sonore est assimilée à l'édition graphique: "notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique et cinématographique." El fragmento transcrito es de DESBOIS, uno de los más influyentes autores franceses en materia de propiedad intelectual, quien en 1955 expuso en una publicación jurídica alemana consagrada al derecho de autor las líneas básicas del entonces Proyecto de Ley francés; vid. «Le projet de loi français relatif aux droits d'auteur» en *Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht* <UFITA>, 1955, Band 20, págs. 1 y s.s.; vid. pág. 16.

<sup>972</sup> "Sur de nombreux points, la Commission a fait oeuvre, non de révolution ou d'innovation, mais de consécration:\* M. le Profeseur Escarra, de la Faculté de Droit de Paris, qui a mis au service de la Commission, qu'il présidait, tout son dévouement...\* tenu à souligner les services rendus par la jurisprudence française dans le silence des lois de 1791 et 1793..." (id. DESBOIS, loc. cit. en nota anterior, pág. 2).

las dos sentencias recaídas en 1925 ("Cour d'Appel de Paris") y en 1930 ("Cour de Cassation")<sup>973</sup> en el llamado "affaire Halevy".<sup>974</sup>

La principal aportación de tales Sentencias consiste en haber dejado establecido que la nueva forma de utilización que representaba en aquel momento la grabación o registro fonográfico de la obra debía ser considerada también como una "reproducción". Así declara la primera de las decisiones citadas: "...la reproduction phonographique doit être tenue pour une édition dans le sense large attribue par l'usage et par la jurisprudence au mot "édition"; que, dans l'acception ainsi consacrée, éditer une oeuvre c'est la produire et la repandre dans le public par une fixation materielle et durable...". La "Cour de Cassation", por su parte, redunda en tal aserto cuando afirma: "...les disques phonographiques ne sont autre chose que l'enregistrement, la matérialisation d'une exécution...".

\* El subrayado es mio.

<sup>973</sup> Son las sentencias de la "Cour d'Appel de Paris", de 10. de mayo de 1925 (*Gazette du Palais*, 1925, II, págs. 291-293) y de la "Cour de Cassation (Chambre civile)", de 10 de noviembre de 1930, que confirma la anterior (*Gazette du Palais*, 1930, II, págs. 771-773).

<sup>974</sup> Jacques-Fromental HALEVY (París 1799-Niza 1862). En el pleito referido, eran parte sus sucesores "mortis causa".

Tales decisiones tienen una influencia determinante<sup>975</sup> en la definición que el art. 28 francés ofrece del término "reproduction" como "fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés...", que coincide casi literalmente con la del art. 18 de nuestra vigente Ley de Propiedad Intelectual. La importancia de tales formulaciones legales es sobre todo subrayar que la actividad de "reproducción" se puede realizar ahora mediante infinidad de procedimientos, que poco tienen que ver con la casi exclusividad de que hasta el momento había venido disfrutando el procedimiento de la imprenta (recuérdese el art. 10. de nuestro Reglamento de 1880: "...sistemas impresores o reproductores...").

- c) La inclusión de la grabación sonora y visual en la noción legal de "reproducción" reviste además importancia a otros efectos.

El uso de tales sistemas de registro y grabación de creaciones intelectuales suscitó a partir de su generalización, no sólo problemas de calificación, como hasta aquí se ha visto, sino que obligó además a adoptar juicios de valor relativos a la actividad de los sujetos que se servían de tales medios para difundir creaciones ajenas.

<sup>975</sup> "La loi du 11 mars 1957 a consacré la qualification accueillie dès 1930 par la Cour de Cassation..." (vid. DESBOIS, *Le droit d'auteur...* cit., pág. 267); vid. también COLOMBET (op. cit., pág., 197).



En el caso de la imprenta, la calificación de la actividad como mera reproducción o incorporación de la obra a una base material (el molde o la plancha) no ofrece lugar a dudas, porque la obra puede ser transportada al soporte tal cual es. El problema que, en cambio, plantean esos otros procedimientos de grabación y registro, tanto de obras sonoras como de obras visuales, es que antes de consumir la propia fijación o reproducción de la obra expresada a través de imágenes o sonidos es necesario proceder a una cierta transformación o elaboración de tales elementos.<sup>976</sup>

Al enfrentarse por primera vez al fenómeno, mejor dicho, a lo que fue una de sus primeras manifestaciones, la grabación de obras sonoras, el legislador español quiso reconocer un derecho al sujeto que realizaba tal operación de carácter técnico, considerándolo "creador" de la obra. Así, en nuestro ordenamiento, la Orden de 10 de julio de 1942, sobre protección de obras fonográficas" no vaciló en declarar que "hay unos creadores de obra artística original - los productores de discos -..." y que ha de ser amparado "el nuevo derecho de las entidades

<sup>976</sup> "...la transcripción supone sólo una transformación puramente material: conversión de los sonidos en grafía o en impulsos electromagnéticos fijados en la cinta o soporte correspondiente." (así, RIVERO, loc. cit., pág. 354). En el mismo sentido, MOLAS VALVERDE, op. cit., págs. 37-38.

fonográficas creadoras de esta especial versión o impresión de la obra...", a la que por otra parte se designa como "obra fonográfica".<sup>977</sup>

Como en el epígrafe siguiente se verá, la postura actual del legislador español a este respecto es opuesta a la de la citada Orden de 1942. Este dato, unido a la inexistencia en nuestro ordenamiento de otros antecedentes legales, nos lleva a pensar que la opción que a este respecto se adopta en 1987 procede en este caso del Derecho alemán.<sup>978</sup>

<sup>977</sup> Vid. la crítica de tal disposición en MOLAS VALVERDE, op. cit., pág. 37; PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, *Comentarios al Código civil...* cit., págs. 724 y s.s.; y BAYLOS CORROZA, «Acotaciones al nuevo Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual», en la *RGLJ*, 1986, págs. 525 y s.s.; vid. págs. 533; págs. 545 y s.s.

<sup>978</sup> Que la opción de la vigente LPI de 1987 es tributaria de la evolución operada a estos efectos en el ordenamiento jurídico alemán queda confirmada no sólo por la falta de antecedentes legales propios, sino además por no haberse ocupado ni la Convención de Berna ni la de Ginebra del derecho de tales sujetos, extremos todos ellos puestos de manifiesto en un artículo del Profesor Rodrigo BERCOVITZ, relativo a «La protección de los productores de fonogramas en España», en *Estudio de Derecho civil en homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca 1984, págs. 86 y s.s. Del citado trabajo, se desprende asimismo que, al margen de alguna esporádica publicación anterior sobre el tema (vid. así en la *Revista Jurídica de Cataluña*, año 1963, págs. 717 y s.s., el artículo de MOLAS VALVERDE, J., «Los llamados "derechos conexos" al derecho de autor y la Convención de Roma de 26 de octubre de 1961») y de las consideraciones del propio BERCOVITZ, en 1984 no existía en el ámbito español ni siquiera un estado de opinión doctrinal sobre la cuestión que ahora nos ocupa.

La influencia francesa a este respecto nos parece igualmente irrelevante: el legislador francés de 1957 se niega a incluir a los productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales en la protección otorgada por la Ley de propiedad literaria (vid. en DESBOIS op. cit., pág. 206 el extracto de discusión parlamentaria relativo a este punto) y relega lo relativo a la protección de tales sujetos al terreno de la competencia desleal (id. DESBOIS, loc. cit.,

En efecto, con el segundo párrafo que la UhrG de 1965 consagra al concepto legal de "reproducción" se pretende establecer taxativamente que la producción de fonogramas ("Schallplatten") y registros sonoros o visuales de una obra ("Tonband- oder Filmaufnahmen eines Werkes") no puede ser valorada como "transformación" - que tanto en la Ley alemana como en la española es título de adquisición de derechos en calidad de autor -, sino sólo como "reproducción" de la misma.<sup>979</sup>

pág. 208; COLOMBET, pág. 404 y BERCOVITZ, loc. cit., pág. 89). Cuando, más tarde, en la Ley de reforma de 1985, el legislador francés se decide a incorporar a tales sujetos como titulares de derechos de propiedad intelectual su opción es también esta referida de la Ley alemana de 1965.

<sup>979</sup> Vid. UhrG 1965 "Begründung", zu §16, pag. 262: "...dass die Herstellung von Schallplatten und Tonband- oder Filmaufnahmen eines Werkes ebenso wie Überspielungen eines Werkes von einem Tonband auf ein anderes Tonband Vervielfältigungen und nicht Bearbeitungen des Werkes sind..." De este modo, el legislador alemán de 1965 se mueve por reacción frente a la propia tradición. La LUG de 1901 no encontró mejor solución, para dar salida a los primeros intentos de articular una fórmula de protección de la actividad de estos sujetos materializadores de creaciones ajenas que la de reconocerlos como "transformadores" de la obra (§2 (2) LUG),\* lo cual les permitía disfrutar de derechos en calidad de autor, solución que rechaza la vigente Ley alemana en línea de principio: "Die Anwendung urheberrechtlicher Vorschriften auf den Schutz...des Herstellers der mechanischen Vorrichtung (durch Lochen, Stanzen usw) widerspricht jedoch dem Grundsatz, dass der Urheberrechtsschutz nur einer schöpferischen Tätigkeit\*\* zukommen kann; denn die Übertragung eines vorhandenen Werkes auf eine mechanische Vorrichtung ist keine schöpferische Leistung, mag sie künstlerisch und technisch noch so vollendet sein." (id. "Begr." loc. cit.).

\* El citado precepto de la LUG fue redactado en el sentido indicado por una Ley de 22 de mayo de 1910 (vid. "Gesetz zur Ausführung der revidierten Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst vom 13 November 1908"; se adjunta el texto

Pensamos entonces que también en este punto el legislador español de 1987 puede haber optado por seguir el camino trillado por el desarrollo legislativo en Alemania y que, en definitiva, la fórmula "Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio..." está copiada del §16 (2) alemán, eliminando, eso sí, la prolijidad del precepto y tomando su idea fundamental ("Die Übertragung des Werkes auf Vorrichtungen..."), que el legislador español ha tenido el acierto de convertir en el núcleo esencial del concepto legal de "reproducción": "la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación..."

citado como Apéndice II de este trabajo).

\*\* El subrayado es mío.

## II. La utilidad de la actual noción de "fijación"

A la vista del desarrollo que cristaliza en la actual definición legal del término "reproducción", nos parece que cabe establecer a partir del mismo determinadas consecuencias:

- a) Con arreglo a la moderna acepción del término "reproducción", como "reproductibilidad", es decir, como reproducción potencial o fijación de la obra incluso en un único ejemplar, concepción que profesa también nuestra Ley actual, no hay dificultad en mantener que la pura transcripción,<sup>980</sup> o en general, captación de las obras orales<sup>981</sup> (art. 10.1. a) o de las expresadas por medios materiales (art. 10.1.), pero difundidas por medios incorporales (p. ej., obras

<sup>980</sup> En la Ley italiana de 1941, la estrechez de la definición de la noción legal de "reproducción", que sigue siendo todavía sinónima de "moltiplicazione in copie dell'opera..." (vid. el art. 13 de dicho texto legal, transcrito en nuestro primer epígrafe) obliga a referirse por separado (en el art. 14) al "diritto esclusivo di trascrivere"; vid. su art. 14: "Il diritto esclusivo di trascrivere ha per oggetto l'uso dei mezzi atti a trasformare l'opera orale in opera scritta o riprodotta con uno dei mezzi indicati nell'articolo precedente".

<sup>981</sup> Tanto de los arts. 17 y 18 de la LPI como del art. 10.1. a) del mismo cuerpo legal, que considera expresamente las explicaciones de cátedra como objeto de la propiedad intelectual...se deriva que las conferencias o los cursos pronunciados en los centros universitarios no pueden ser reproducidos sin permiso del que los ha pronunciado (el art. 33, párrafo 2 de la LPI permite la libre reproducción de las conferencias pronunciadas en público sólomente con el exclusivo fin de informar sobre la actualidad." (Vid. BONDIA ROMAN, op. cit., pág. 220, nota 209).

escritas recitadas o leídas; obras plásticas expuestas y obras musicales ejecutadas en público) y su plasmación o incorporación a una base material constituye "reproducción" (arg. ex art. 33.2.),<sup>982</sup> con independencia, además, del medio empleado.<sup>983</sup>

- b) El carácter unitario de la reproducción como forma de explotación: siempre que se cumpla el ya reiterado presupuesto de "la fijación en un medio..." distinto del medio expresivo o creativo originario (art. 10.1.), estaremos ante un supuesto que encaja en la noción legal de "reproducción", con independencia del procedimiento para ello empleado.<sup>984</sup> Sin violencia alguna, tienen ahora cabida en la noción de "reproducción" del art. 18, además de la fijación de la obra que se realiza a través de la imprenta (art. 64,6o.; art. 72),<sup>985</sup> las grabaciones de carácter sonoro

<sup>982</sup> Vid. asimismo el art. 2bis apdo. 2 del Convenio de Berna, relativo a la protección en general de las obras orales.

<sup>983</sup> "Die Vervielfältigung kann durch ein mechanisches Verfahren...oder eigenhändig erfolgen." (ULMER, op. cit., pág. 230).

<sup>984</sup> Como tendremos ocasión de poner de relieve cuando proceda el estudio de las mismas, existen otras actividades de explotación en las que el empleo de uno u otro procedimiento si ha incidido, en cambio, en una diferente tipificación legal (comp. art. 20.2 c): "emisión inalámbrica..."; y d): "transmisión...por hilo, cable o fibra óptica...").

<sup>985</sup> Vid. asimismo el Real Decreto 396/1988, de 25 de abril, por el que se desarrolla el artículo 72 de la Ley de Propiedad Intelectual sobre control de tirada.

y visual,<sup>986</sup> como puede ser la incorporación de la obra a un "soporte sonoro" (art. 25.1.) o fonograma (art. 108. 1. y 2.; 111, final) y la fijación o incorporación de una obra a un soporte audiovisual (art. 112).

En este sentido, consideramos un acierto el que el precepto de la Ley de 1987, apártándose de la fórmula francesa (art. 28,2) y acercándose en este punto mas a la alemana, prescinda de una enumeración de procedimientos concretos. Parece que de este modo podrán ser más fácilmente obviados futuros problemas en la calificación de nuevos procedimientos (vid. art. 43.5.: "...medios de difusión inexistentes o desconocidos...").

<sup>986</sup> El Convenio de Berna se ve, en cambio, obligado a precisar en su art. 9.3. que "toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio." Ello obedece quizá al "exclusivismo de la edición impresa" en la citada Convención. Sólo tímidamente se han hecho acreedoras de protección en dicho texto las obras dadas a conocer de otro modo (vid. así cómo en la revisión de Bruselas en 1948\* se inserta en su art. 3.3., que define la noción de "obras publicadas", la fórmula "cualquiera que sea el modo de fabricación de los ejemplares"), pero, según se ha dicho, "el espíritu de la Convención era proteger cuantas obras hubiesen tomado realmente raíces en un país contratante - lo que se da por sentado que sólo por la edición se consigue - y tanto la radiodifusión como la proyección cinematográfica les parecían demasiado fugitivas" (así, FORNS, José, «Sobre una definición lógica del concepto "publicación" en derecho de autor.» en *Revista de Derecho Privado* 1951. págs. 304 y s.s.; vid. pág. 309).

\* Convenio de Bruselas de 26 de junio de 1948, de revisión de la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, suscrito por España (vid. B.O.E. de 9 de agosto de 1948).

También es independiente la actual noción de "reproducción" del destino ulterior de la fijación realizada, cuya aplicación puede ser tanto la obtención de ejemplares a partir de esa fijación inicial, como su utilización para una ulterior comunicación de la obra. A través de la incorporación de la obra - o de sus interpretaciones, emisiones o transmisiones - a soportes sonoros o visuales (art. 25.1.) - como los discos, películas o cintas de vídeo - se hace tanto posible comunicarla, como obtener ulteriores ejemplares de la misma y ponerlos a disposición del público (art. 103: "fonograma publicado con fines comerciales"; art. 116.1. b) in fine: "reproducción de tales grabaciones").

Ahora la "reproducción" es una actividad técnicamente emancipada y, en congruencia con ello, jurídicamente valorada con independencia de la publicación<sup>987</sup> o

<sup>987</sup> Prescindiendo del hecho de que en el art. 17 de la Ley actual no exista una "forma" de explotación (ni tampoco una modalidad económica: vid. art. 57 LPI)\* denominada "publicación", sino que - por influencia alemana: comp. §6 UhrG y art. 4 LPI - sólo se eche mano de tal concepto para describir en el art. 4 un peculiar estado o situación de la obra, seguimos hablando de "publicación", porque, aquí simplemente pretendemos establecer una comparación con la noción anterior de "reproducción", embebida, en la Ley de 1879, como ya decíamos, en la idea de "publicación". Es más, la idea de una explotación realizada en forma de "publicación", aunque no designada explícitamente como tal, sigue estando presente en la Ley de 1987, enmascarada en otras nociones, como la de "distribución" (art. 19) o puesta a disposición del público de los ejemplares de la obra obtenidos a partir de su reproducción efectiva; y también en la noción de "edición" (art. 58), que consiste asimismo en una reproducción efectiva de la obra, de la que se obtienen copias en forma de libro, puestas igualmente a continuación a disposición del público.



"edición": tanto porque la publicación requiere, por definición, la obtención de "un número de ejemplares de la obra"; y, en cambio, lo que constituye ahora "reproducción" es la propia "fijación" en sí, como porque, mientras que en la explotación de la obra vía publicación el destino natural de los ejemplares es la subsiguiente puesta a disposición del público o "distribución" de los mismos (art. 4, 2a. parte; art. 19; art. 20.1.1; y, para la "edición" o publicación de la obra en forma de libro, vid. los arts. 58 y s.s; 60, 3o., 4o. y 6o.; 64, 1o. y 3o.), actualmente la actividad de "reproducción" tiene otras aplicaciones, como es la de la grabación o registro de la obra en dispositivos que permitan sucesivas comunicaciones de la misma y de ello se ha hecho eco el propio legislador de 1987 (vid. el art. 18, 1a. parte: "...en un medio que permita su comunicación"; y, más en concreto, art. 103: "comunicación pública de un fonograma"; art. 116.1. b) y c): "comunicación pública de una emisión o transmisión de radiodifusión", que habrá sido para ello previamente grabada).

- c) La separación entre la actividad creativa y determinadas prestaciones de carácter industrial o técnico.

---

\* Sobre la distinción entre la noción jurídica "forma" de explotación y la económica "modalidad" de explotación, vid. *supra* el capítulo segundo de esta Cuarta Parte, epígrafe II, 2.2.3.

La inclusión de tales actividades en el concepto de "reproducción" reviste cardinal importancia, porque permite separar las prestaciones de carácter industrial o técnico - relegándolas, además, a una segunda categoría (Libro II de la Ley de 1987: "Otros derechos de propiedad intelectual") - de la "tarea puramente humana y personal de creación de la obra", a la cual se reservan derechos en calidad de autor (Libro I de la Ley: "Derechos de autor").<sup>988</sup>

Es decir, lo que de este modo se persigue es que, a partir de la pura "reproducción" de una obra ya existente, por sofisticada y costosa que sea la obtención de la misma,<sup>989</sup> no nazca ni quede constituido

---

<sup>988</sup> Vid. el Preamble de la Ley de 1987, párrafo 60.: "...se determinan, por una parte, los derechos que corresponden al autor, que es quien realiza la tarea puramente humana y personal de creación de la obra y que, por lo mismo, constituyen el núcleo esencial del objeto de la presente Ley y, por otra, los derechos reconocidos a determinadas personas físicas o jurídicas cuya intervención resulta indispensable para la...difusión de las obras creadas por los autores."; y párrafo 12: "En lo que respecta al régimen jurídico de los derechos derivados de la...producción o difusión de las obras de creación, es decir, de aquellos otros derechos de propiedad intelectual...". Tal organización de los derechos legalmente protegidos estaba ya pergeñada en el "Dictamen acerca de prioridades legislativas en materia de Derechos de Autor y de la Propiedad Intelectual", elaborado en 1985 por la Comisión de Educación, Universidades, Investigación y Cultura del Senado (BOCG, Senado, de 1985, Serie I, no. 152, de 14 de mayo, págs. 6253 y s.s.; vid. pag. 6259).

<sup>989</sup> "...mais le fait même de l'enregistrement est une operation mécanique, automatique...Les qualités des techniciens de l'"écriture sonore", parmi lesquelles le goût artistique s'allie aux connaissances techniques, se développent dans la preparation des meilleures conditions de réalisation des enregistrements...l'ingénieur du son ne peut

ningún derecho en calidad de autor. Puesto que, como señalamos en el párrafo anterior, existe también en nuestro ámbito la voluntad de separar las actividades puramente creativas de las que contribuyen a la difusión de creaciones ajenas,<sup>990</sup> la definición del art. 18, al dar acogida a tales actividades no creativas en la noción de "reproducción" (comp. art. 18 y arts. 108 y 112 Ley 1987),<sup>991</sup> contribuye a evitar

plier l'enregistrement à sa propre fantaisie, ou plutôt n'a d'autres ressources que de modifier les données qui seront enregistrées...En un mot, sa personnalité intervient aux alentours de l'enregistrement, mais celui-ci est accompli en dehors de lui, par un mécanisme aveugle; le peintre, au contraire...se prévaut d'une exécution humaine, personnelle." (así, DESBOIS, *Le droit d'auteur...* cit., pags. 206-207).

<sup>990</sup> Id. Preámbulo Ley de 1987.

<sup>991</sup> No decimos aquí nada de las otras categorías de sujetos titulares de derechos en el Libro II, porque realizan actividades distintas de la "reproducción": los intérpretes y las entidades de radiodifusión realizan actos de comunicación pública de la obra (vid. art. 20.2. a), para el intérprete y art. 20.2. c) d) e), para las entidades de radiodifusión); los realizadores de las "meras fotografías" crean un objeto de derecho que no merece la calificación de obra (comp. art. 118 y art. 10.1. h)); y los "editores" del Libro II realizan algo más que la pura reproducción de la obra: facilitan el conocimiento de obras a las que, sin su intervención, el público no hubiera tenido acceso y, por ello, adquieren sobre la obra misma (y no sólo sobre la particular edición de la misma por ellos realizada) "los derechos que hubieran correspondido a su autor"; en relación a este último título adquisitivo de "otros derechos de la propiedad intelectual" del art. 119, vid. Lacruz Berdejo, quien considera que constituye un supuesto de ocupación (así en el comentario del art. 20. LPI, en los *Comentarios...* cit. coordinados por Rodrigo Bercovitz, pág. 39). Vid. además lo relativo a la "editio princeps" en nuestra exposición sobre la Ley de 1879 (supra Tercera Parte, capítulo cuarto, epígrafe I.3.1. y en el capítulo séptimo, lo relativo a la adquisición del derecho sobre las obras inéditas en el dominio públ. : vid. nota ). Sobre este último supuesto del art. 119, vid. asimismo el reciente Proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (BOCG de 1991. Congreso, Serie A, no. 76-1, de 30 de diciembre) que añade un segundo párrafo al citado

toda posible asociación entre las mismas y las actividades de rigurosa creación (art. 5) y transformación de una obra (arts. 11; 21), que son las únicas que atribuyen derechos en calidad de autor.

---

precepto. En realidad, lo único que así se hace es introducir ahora en el texto legal vigente un precepto que ya había formado parte del Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 24 de noviembre de 1986 (art. 119), que se suprimió del texto definitivo por no haber conseguido superar el trámite de discusión en la Comisión del Congreso. El precepto en cuestión, traducción literal del §70 de la Ley alemana, fue suprimido, por acuerdo de todos los Grupos, en la citada Comisión "por ininteligible" (vid. Diario de Sesiones del Congreso de 1987. Comisiones, no. 131, de 13 de mayo, págs. 4950-4951).