

LA PROPIEDAD INTELECTUAL (ESTUDIO SISTEMATICO DE LA LEY 22/1987) (*)

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: I. La nueva Ley de Propiedad Intelectual. 1. Fuentes normativas. 2. Estructura y contenido. 3. Breve indicación histórica. 4. El marco constitucional. 5. Algunas consecuencias dogmáticas.—II. Los derechos de autor. 1. Autoría y coautoría. 2. Obras protegidas. 3. Las facultades personalísimas. A. Características. B. Contenido y límites. C. Ejercicio «post mortem auctoris». D. Conclusión sobre la naturaleza de estas facultades. 4. Las facultades de explotación y remuneración. A. Concepto legal. B. Límites, duración y dominio público. C. Transmisión y cesión. D. Contratos típicos.—III. Los otros derechos de propiedad intelectual. 1. Características generales. 2. Artistas intérpretes o ejecutantes. 3. Fonogramas, grabaciones audiovisuales y radiodifusión. 4. Meras fotografías y obras inéditas.—IV. Tutela civil y gestión colectiva. 1. Acciones de cesación y resarcimiento y medidas cautelares. 2. Publicidad formal y publicidad material. 3. Las Entidades de gestión colectiva.

I. LA NUEVA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

1. FUENTES NORMATIVAS

La nueva Ley de Propiedad Intelectual (LPI), Ley 22/1987, de 11 de noviembre, ha derogado y sustituido, entre otras, a la más que centenaria Ley Danvila, de 10 de enero de 1879 (Disp. der.), cuyo Reglamento de 3 de septiembre de 1880 continúa en vigor en lo que no se oponga a la LPI (Disp. tr. 6.^a). En menos de cinco años, la LPI ha sufrido su primera reforma por Ley 20/1992, de 7 de julio, que autoriza

(*) Trabajo dedicado a la memoria del Profesor José Luis Lacruz Berdejo y destinado a la «NEJ», XX, donde aparecerá una sesión anterior del mismo.

al Gobierno para dictar nuevas normas reglamentarias, al tiempo que le delega la potestad de promulgar un Texto Refundido, que no sólo debe armonizar las dos Leyes vigentes sino adaptarlas al Derecho comunitario incorporado al ordenamiento español (Disp. fn. 1.^a y 3.^a). La reforma se ha desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, en lo que concierne a los nuevos artículos 24, 25 y 140 CPI, y en el Real Decreto 733/1993, de 14 de mayo, sobre el Registro General de la Propiedad Intelectual, que entra en vigor el 1 de marzo de 1994 y que mantiene la vigencia del derogado Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, hasta la fecha indicada; siguen en vigor, en cambio, estas disposiciones: Real Decreto 396/1988, de 25 de abril, sobre control de tirada de libros, Real Decreto 479/1989, de 5 de mayo, sobre la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual y Real Decreto 834/1989, de 7 de julio, de creación de la Subdirección de la Propiedad Intelectual en el Ministerio de Cultura. Asimismo, la Directiva CEE 250/1991, de 14 de mayo, que regula los programas de ordenador.

Además, la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, ha modificado el Código penal en materia de delitos contra el derecho de autor y ha introducido los nuevos arts. 534 *bis* a 534 *ter* CP.

Por último, a esta normativa interna hay que unir los Convenios internacionales de los que España forma parte, a saber: el Convenio de Berna de 1886, para la protección de las obras literarias y artísticas, y la Convención Universal sobre los derechos de autor acordada en Ginebra en 1952, ambos textos revisados en 1971 por última vez y ratificados por España en 1974, así como el Convenio de Ginebra de 1971, sobre la reproducción de fonogramas, ratificado también en 1974; pero España no ha suscrito, en cambio, otros textos internacionales, tales como el Convenio de Roma de 1961, sobre los artistas, intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, la Convención de Bruselas de 1974, sobre la transmisión por satélites, o la Convención de Madrid, sobre la doble imposición de los derechos de autor.

2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

Con todo, el eje de la nueva disciplina está constituido por la LPI, puesto que el grado de protección que confiere supera ampliamente el de los citados convenios internacionales; por eso, conviene que nos fijemos en su estructura y contenido, así como en sus innovaciones más sobresalientes, al menos de los tres primeros libros, dado que el Libro IV, que establece el ámbito de aplicación, concuerda y se limita a desarrollar la regla del art. 10.4 del Código civil (arts. 145-148). El Libro III contiene las disposiciones generales sobre la protección y la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, y en él destacan, respectivamente, la inscripción en el Registro de carácter voluntario y eficacia probatoria (art. 130.4) y la supresión del monopolio legal otorgado a la Sociedad General de Autores de España por Ley de 24 de junio de 1941 (art. 132). La materia sustantiva se desdobra en otros dos

libros, el Libro I dedicado a los autores en sentido estricto y denominado «derechos de autor» y el Libro II, titulado «otros derechos de propiedad intelectual», relativo a los derechos reconocidos a los llamados usualmente auxiliares de la creación intelectual, que son los artistas, intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los de grabaciones audiovisuales y las entidades de radiodifusión, además de los fotógrafos y los editores de obras pertenecientes al dominio público.

Es claro que el Libro I está centrado en el autor y sus novedades más importantes son acaso estas tres: la adquisición originaria de la propiedad intelectual por la sola creación de la obra literaria, artística o científica, sin que se requiera formalidad alguna; la expansión del contenido de la propiedad intelectual que ahora está formado por el mal llamado derecho moral y los derechos patrimoniales de explotación y de remuneración, y el régimen notablemente pormenorizado de la cesión *inter vivos* de los derechos de explotación en general y de estos cuatro contratos en particular: el contrato de edición, el de representación teatral, el de ejecución musical y el de producción de obras audiovisuales. Es cierto que lo que da unidad a este Libro I es la figura del autor, pero es dudoso que se haya elevado a «un primer plano valorativo —como se ha escrito— al autor y a los intereses personales siempre presentes en su obra» (1), pues, sin negar esta última novedad formal, no hay que olvidar que la materia regulada con mayor amplitud es la transmisión y el tráfico de los derechos patrimoniales, los cuales no se suelen ejercer por el autor en persona sino mediante cesión a los editores en general, productores de obras audiovisuales y empresas de *software*. Ante este contenido, es fácil advertir que lo que se ha regulado aquí, principalmente, es el mercado de los derechos de autor.

El contenido del Libro II confirma esta interpretación ya que comprende los habitualmente denominados derechos afines, conexos o vecinos, pero, en lugar de adoptar la terminología corriente, los llama, según vimos, «otros derechos de propiedad intelectual», con lo que se acentúa la proximidad de estos derechos a los que incumben a los autores; y sucede que, aun cuanto tales derechos son de características similares, prevalece en ellos una más nítida naturaleza pecuniaria; en fin, hay que reconocer que en la realidad social y económica de hoy sus titulares, los auxiliares de la creación intelectual, son los auténticos protagonistas del mercado cultural, quienes predominan de hecho sobre los autores, cuya creación en muchas ocasiones no representa más que la primera materia de la industria o de la empresa cultural. A nuestro juicio, es esta realidad la que justifica la reforma profunda llevada a cabo por la LPI, a la vez que explica la actual fisonomía de la propiedad intelectual.

(1) Lugar común que expresa, entre otros, A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, 1988, p. 26.

3. BREVE INDICACIÓN HISTÓRICA

Esto significa que se ha plasmado así de nuevo, y a pesar de la ideología personalista que late tras el derecho moral, la concepción patrimonialista de la propiedad intelectual, que ha sido constante en la corta y agitada historia de la figura, desde su origen hasta el presente, salvo quizá el breve paréntesis individualista del siglo pasado.

En efecto, recordemos que, como consecuencia de la imprenta, surge con los privilegios de impresión —que en España se remontan a 1480—, no sólo por coherencia con el *Ancien regime*, sino porque tal privilegio permitía a los impresores, en tanto que editores, recuperar los costes de la edición y un *plus* de ganancia, creando así un nuevo producto cultural y el mercado del libro impreso; el privilegio se basaba, pues, en que eran los impresores quienes introducían dicho producto en el nuevo mercado (2). El giro iniciado a favor del autor por el Estatuto de la Reina Ana Estuardo de Inglaterra, publicado en 1710, se tradujo tan sólo en un derecho de naturaleza patrimonial consistente en la explotación económica de la obra por un tiempo determinado; y tal es la concepción que predomina en el Derecho anglosajón, donde perdura el sistema llamado de *copyright*, con la notable salvedad de Inglaterra, cuya *Copyright, Designs and Patents Act* introdujo los *moral rights* en 1988 (3). En el tránsito de la ilustración al liberalismo, las leyes francesas de 1791 y 1793 configuraron este derecho como una auténtica propiedad, aunque especial, y lo fundaron en la promoción general de la cultura; y así se estableció en España, lo mismo por el Decreto Legislativo de 1813, que por la primera Ley sobre la materia, de 10 de junio de 1847, por la Ley derogada de 1879 y por los arts. 428 y 429 del Código civil. Sólo el exasperado individualismo del siglo XIX pudo vincular la propiedad intelectual a la esfera de la personalidad del autor, acentuado tal vez por una buena dosis de sentimentalismo romántico, precisamente el ambiente cultural en que los libreros y editores euro-

(2) Destaca esta realidad económica E. PÉREZ CUESTA, «Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor», en *RDP*, 1981, pp. 333 y ss.; también J. PHILLIPS-A. FIRTH, *Introduction to Intellectual Property Law*, 2.^a ed. Londres, 1990, p. 105. Ofrece los datos históricos fundamentales C. ROGEL VIDE, *Autores, coautores y propiedad intelectual*, Madrid, 1984, pp. 13 y ss.; una visión humanista propone M. YZQUIERDO TOLSADA, «Evolución histórica del derecho de propiedad intelectual», en *RGLJ*, 1988, pp. 515 y ss.

(3) Los estudian J. PHILLIPS-A. FIRTH, *op. cit.*, pp. 205 y ss., y M. F. FLINT, *A user's guide to copyright*, 3.^a ed. Londres 1990, pp. 87 y ss., entre otros; para el sistema anglosajón en general, S. M. STEWART, *International copyright and neighbouring rights*, 2.^a ed. Londres, 1989, pp. 59 y ss.; una síntesis del Derecho comparado ofrece C. COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde. Approche de droit comparé*, Paris, 1990, pp. 38 y ss. El punto no se ha retocado en los Estados Unidos, pese a la *Bern Convention Implementation Act.* de 1988, en vigor desde el 1 de marzo de 1989.

peos —como se ha señalado con acierto (4)— establecen las bases que cristalizan a finales del siglo en el Convenio de Berna, en el que sólo después de arduas negociaciones se consagró en 1928 el art. 6.^o *bis*, según el cual corresponden al autor las facultades de exigir el respeto a la autoría e integridad de la obra, pero sin mencionar expresamente su derecho moral. Y en el siglo XX, a esta misma lógica patrimonialista responde la protección de los auxiliares de la creación —no sólo de los artistas sino también de las empresas productores de fonogramas o grabaciones audiovisuales, a las que ahora se quieren asimilar las empresas editoras de libros u otros materiales impresos— ya que son ellos los agentes activos del mercado cultural y sus posibilidades de actuación se multiplican incesantemente por las nuevas tecnologías (5).

4. EL MARCO CONSTITUCIONAL

A conclusión semejante nos lleva un repaso somero del marco constitucional. Por un lado, el art. 44 establece que todos tienen derecho de acceso a la cultura y que los poderes públicos deben promover la investigación científica y técnica en beneficio del interés general; precepto que se menciona por el art. 40 LPI y que justifica el art. 16 LPI, pero que naturalmente no se ha agotado con la especial legitimación para divulgar obras inéditas que estos últimos establecen, si bien constituye el fundamento histórico de la propiedad intelectual. Por otro lado, se ha invocado por los partidarios del personalismo el art. 20.1.b), que reconoce y protege el derecho «a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica», presuponiendo que el derecho de autor, o al menos las facultades morales del mismo, integran la personalidad y es un derecho fundamental de todo ser humano. Pero esta construcción se ha descartado por la sentencia de 9 de diciembre de 1985 recaída en el sonado caso del escultor Pablo Serrano, en línea con la anterior sentencia sobre el mismo caso de 21 de junio de 1965, que dio a entender que el derecho moral era de entidad puramente doctrinal a pe-

(4) Destaca que fueron los promotores del Convenio J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario de la Unión de Berna: 1886-1986. Precedentes históricos», en *ADC*, 1986, pp. 885 y ss., así como el entorno en que se gestó.

(5) Se ocupa ampliamente de la sociedad, tecnología y propiedad intelectual F. BONDIA ROMAN, *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Madrid, 1988, pp. 109 y ss.; la dimensión económica y las nuevas tecnologías preocupan a los especialistas, como puede advertirse en las ponencias recogidas en *Le droit d'auteur enjeu économique et culturel. Copyright economic and cultural challenge*, París, 1990, pp. 25 y ss., y 87 y ss., y en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, I, Madrid, 1991, pp. 321 y ss., y 361 y ss. Una síntesis ofrece J. L. GARCÍA MARTÍN, *La noción de explotación en las cuestiones intelectuales*, en *RDP*, 1992, pp. 907 y ss., en especial 908-909 y 916-919.

sar de estar vigente en España el antes mencionado precepto del Convenio de Berna. El voto de mayoría de la primera sentencia citada entiende que la expresada norma constitucional «consagra como fundamental un derecho genérico e impersonal, a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona produce o crea arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad, porque asimismo carece de la nota de esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor»; mientras que para el voto particular dicha norma eleva al rango constitucional «el núcleo esencial del derecho de autor a la protección de sus intereses morales y patrimoniales». Por último, aunque el tema sigue abierto (6), es claro que expulsado de momento el derecho de autor del campo de los derechos fundamentales y libertades públicas se debe encuadrar en el derecho de propiedad y conforme al art. 33 de la Constitución es la función social la que ha debido delimitar su especial contenido en los términos que, por ahora, ha establecido la LPI; tal es, pues, la sede institucional por la que ha optado el texto fundamental.

En otro orden de cosas, no está demás recordar que el art. 149.1.9.^a de la Constitución reserva al Estado la competencia exclusiva para legislar en materia de propiedad intelectual, junto a la industrial.

5. ALGUNAS CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS

Varias son las consecuencias que se derivan de esta opción del constituyente y que se refieren al rango y materia de la LPI, al fundamento de la figura y a la discutida naturaleza jurídica de la propiedad intelectual; veámoslas esquemáticamente.

Ante todo, se ha hecho notar con razón que la LPI tiene el rango de una ley ordinaria porque no desarrolla un derecho fundamental, en consonancia con el art. 81 de la Constitución, y en ésto difiere de la reforma del Código penal sobre la misma materia; y que su materia es el derecho de propiedad, sólo que es de un tipo especial y que se rige pri-

(6) Sobre la citada sentencia, *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Derecho de autor y destrucción de la obra plástica (Comentario a la STS de 9 de diciembre de 1985)», en *ADC*, 1986, pp. 217 y ss.; mantiene la tesis personalista del voto particular, en cambio, E. DE LA PUENTE, «El derecho de autor, los derechos conexos y el derecho a la cultura en el marco de los derechos humanos y las garantías constitucionales. Su perfil en el orden constitucional español», en *I Congreso Iberoamericano*, I, cit., pp. 47 y ss., y allí referencias a la literatura anterior. Estudia la relevancia constitucional ampliamente J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Siete derechos en busca de autor. La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 (BOE, 17 de noviembre)», en *ADC*, 1988, pp. 233 y ss., en especial 246 y ss. En fin, recuérdese que la sentencia del Tribunal Constitucional 35, de 18 de marzo de 1987, desestimó el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia mencionada sin entrar al fondo del asunto.

mordialmente por la LPI y supletoriamente, tal y como establece el art. 429 del Código civil, por las reglas generales del dominio (7).

En cuanto al fundamento, hay que hacer dos consideraciones diferentes. Por una parte, destaca el carácter instrumental de la propiedad intelectual puesto que se la protege en función y en la medida en que favorece el derecho de todos de acceso a la cultura; y así lo reconoce paladinamente el Preámbulo de la LPI, a cuyo tenor: «la presente Ley se propone dar adecuada satisfacción a la demanda de nuestra sociedad de otorgar el debido reconocimiento y protección de los derechos de quienes a través de las obras de creación —nótese: no sólo a través de los autores sino de todos los que— contribuyen tan destacadamente a la formación y desarrollo de la cultura y de la ciencia para beneficio y disfrute de todos los ciudadanos (pár. final). Y por otra parte, la figura descansa en el derecho de propiedad privada que reconoce el art. 33 de la Constitución y es susceptible de expropiación, con arreglo a este precepto, igual que todo derecho subjetivo o interés legítimo por causa justificada de utilidad pública o interés social, con la particularidad de que las facultades previstas por el art. 14 LPI no son hábiles de ablación singular por ser inalienables y, por tanto, inseparables de la persona del autor (8).

Por último, es bien sabido que sobre la naturaleza jurídica de nuestra figura hay dos tesis es pugna, la tesis dualista y la tesis monista; para la primera, el derecho de autor comprende a su vez otros dos derechos de índole diferente, que son el derecho moral, que se liga a la personalidad del autor, y el derecho patrimonial, que comprende el monopolio de la explotación económica de la obra; en cambio, la segunda tesis sostiene la existencia de un derecho único, aunque reconoce que está integrado por facultades de naturaleza diversa —personales y patrimoniales— y hasta admite que están sujetas a un régimen jurídico también diverso (9). Lo importante para nosotros aquí es que la LPI se ha interpretado conforme a estas tesis contrapuestas. Así, se ha en-

(7) Advierte los dos aspectos R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (en adelante *Com. LPI*), coordinados por él mismo, Madrid, 1989, pp. 19 y ss., obra colectiva a la que nos permitimos hacer una remisión global para un estudio extenso y completo de toda la materia.

(8) Por el contrario, sólo son expropiables las facultades de explotación de las concretas obras previamente divulgadas por el autor u otras personas legitimadas por los arts. 15.2 y 40 LPI; para el Derecho anterior, en el mismo sentido M. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García, V. 2, Madrid, 1985, p. 778, nota 111.

(9) Sobre estas tesis conserva actualidad el estudio de L. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, «Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales», en *RDP*, 1949, pp. 747 y ss., y 830 y ss., resumido en *NEJ*, III, Barcelona, p. 138; un panorama completo ofrece H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, 1978, pp. 385 y ss., y P. GRECO, «Saggio sulle concezioni del diritto d'autore (monismo e dualismo)», en *Riv. dir. civ.*, 1964, pp. 539 y ss. Apuntemos que, a juicio de C. ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985, p. 69, es mayoritaria en nuestra doctrina la corriente contraria a la consideración del derecho moral de autor como un derecho de la personalidad.

tendido que el legislador se ha inclinado a favor de la tesis dualista, entre otras razones, por la indudable separación que ha establecido en el Capítulo III entre el «derecho moral» —que se concibe vinculado a la personalidad del autor y se le predicen sus caracteres— y los «derechos de explotación» (10); pero, al propio tiempo, se ha afirmado también el triunfo de la tesis monista, en especial, por la noción unitaria que parece consagrar el art. 2.º LPI, a cuyo tenor: «la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial...» (11).

A nuestro juicio, el problema debe entenderse resuelto por la propia LPI. En efecto, el mencionado art. 2.º, al contraponer el carácter personal y el carácter patrimonial, da a entender que el primero se refiere a la esfera de los derechos extrapatrimoniales, que forman parte del círculo de los bienes o derechos de la personalidad; pero, si bien se mira, esto no es exactamente así, ya que los derechos de carácter personal son los que se desarrollan por el art. 14, el cual los califica de «irrenunciables e inalienables». Y esto sólo significa que se trata de derechos personalísimos, pero no extrapatrimoniales, en el preciso sentido de los arts. 525 y 1161 del Código civil; lo que quiere decir que tales derechos son inseparables del autor y que sólo él puede ejercerlos, bien por sí mismo o bien por las personas designadas *ex lege* o, en su caso, *ex voluntate*. Buena prueba de ello es que en la LPI hay otros derechos de neta e indiscutible naturaleza patrimonial, que también se consideran irrenunciables e intransmisibles, al menos, *inter vivos* y deben entenderse asimismo como personalísimos en el sentido indicado; se trata del derecho de participación en el precio de reventa de las obras plásticas (art. 24.3) y la remuneración de los autores de las obras audiovisuales (art. 90.2 párr. 2.º) (12).

En conclusión, si esta interpretación es correcta, quiere decir que la LPI ha continuado la tradición patrimonialista del derecho de autor y ha mantenido un criterio monista y homogéneo para las dos clases de

(10) Así, entre otros, F. BONDÍA ROMÁN, *op. cit.*, p. 155; A. DELGADO PORRAS, *op. cit.*, p. 25, y D. ESPIN CÁNOVAS, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, 1991, pp. 51 y ss.

(11) En opinión de J. L. LACRUZ BERDEJO, *Com. LPI*, cit., pp. 31 y ss., y de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Com. LPI*, cit., p. 27 y *Comentarios del Código civil*, I, Madrid, 1991, p. 1155, y para el Derecho anterior, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, p. 209; asimismo, M. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *op. cit.*, pp. 715 y ss. En la doctrina penalista, parece prevalecer esta postura unitaria; *vid.* C. CARMONA SALGADO, *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1988, pp. 103 y ss., y J. A. VEGA VEGA, *Derecho de autor*, Madrid, 1990, p. 38, quien adscribe la LPI al monismo integral.

(12) Para M. VALLES RODRÍGUEZ, *Com. LPI*, cit., p. 450, el derecho de participación es análogo al derecho moral del autor, a lo que se opone con razón R. CASAS VALLES, «La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», en *I Congreso Iberoamericano*, I, cit., pp. 259 y ss., en especial 277; contrario a la indisponibilidad de esta remuneración de los autores de obras audiovisuales se muestra R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El derecho de remuneración del artículo 90.2 de la Ley de Propiedad Intelectual y su irrenunciabilidad», en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 81 y ss.

facultades que lo integran, pues ambas clases son de naturaleza patrimonial y difieren únicamente en la forma de ejercicio; mientras las de carácter personal, que forman parte del derecho moral, son personalísimas y sólo el autor puede ejercerlas, las de carácter patrimonial, en cambio, son transmisibles a terceros, lo mismo *mortis causa* que *inter vivos*, dentro de los límites impuestos por la propia LPI. Lo que no sólo es coherente con el modelo constitucional sino que, al no generar una figura híbrida, encaja perfectamente en los parámetros normales del derecho de propiedad (13).

Así concebida, se entiende bien que la propiedad intelectual sea independiente y compatible con otras titularidades sobre la cosa material o el soporte en que se ha incorporado la creación realizada por el autor, al menos, en las tres hipótesis que menciona el art. 3.º LPI. En primer lugar, se trata de la propiedad u otros derechos, tanto reales como personales, sobre el mismo objeto, el cual puede transmitirse a cualquier título, lo mismo oneroso que gratuito, bien por el propio autor o por el cesionario de sus derechos de explotación; pero el adquirente no ostenta por virtud de su título de adquisición las facultades para la utilización económica mediante la reproducción, distribución comunicación o transformación de la cosa (arts. 56.1 y 17). Única excepción es el derecho de exposición pública que corresponde al adquirente del original de una obra plástica o fotográfica, aunque no se haya divulgado —caso difícil en la práctica, dado que la adquisición presupone la divulgación y que la obra se ha hecho ya accesible al público (art. 4.º)—; a lo que puede oponerse el autor al momento inicial en el acto de enajenación o sobrevenidamente «cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional» (art. 56.2). En segundo lugar, la propiedad intelectual es compatible con la propiedad industrial sobre el mismo objeto, y concretamente los programas de ordenador, aunque no sean patentables por la exclusión del art. 4.º.2,c) de la Ley de patentes, Ley 11/1986, de 20 de marzo, gozán de la protección que confiere la patente cuando formen parte de un invento patentado (art. 96.3); lo que significa que el programa queda amparado por el monopolio de la patente en cuanto parte integrante del invento, pero no fuera de su contexto (14). Por último, los derechos de autor pueden concurrir con «los otros derechos de propiedad intelectual

(13) Posturas semejantes mantienen L. DíEZ-PICAZO-A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, III, 5.ª ed. Madrid, 1990, p. 237: «el derecho de autor contiene facultades que son personalísimas, pero no es un derecho de la personalidad», y C. ROGEL VIDE, «Bienes gananciales, bienes privativos y propiedad intelectual», en *Centenario del Código civil*, II, Madrid, 1990, pp. 1820 y ss., en concreto 1849, al entender que la propiedad intelectual, comprendidas las facultades personalísimas, se encuadra en el art. 1346. 5.º Cc., como veremos *infra*; asimismo, en la literatura extranjera, DE BOOR según refiere J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 35, y P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété: histoire et théorie*, Paris, 1969, pp. 7 y ss.

(14) En opinión de E. GALÁN CORONA, «Les logiciels», en *Boletín Aladda*, 1987-1989, pp. 33 y ss., en particular 37; duda de esta compatibilidad, en cambio, J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Com. LPI*, cit., p. 1384.

tual reconocidos en el Libro II» (art. 3.º.3); se trata, a primera vista, del concurso del autor y de uno o varios auxiliares de la creación intelectual, los cuales ostentan derechos originarios sobre su respectiva obra de creación (arts. 1.º y 121). Pero este concurso puede presentarse además en casos situados fuera del Libro II, tales como las obras compuestas (art. 9.º), las obras derivadas (art. 12) o transformadas (art. 21.2) y la cesión de los derechos transmisibles (arts. 43 y ss.); mientras en el primer caso y en el último se trata de derechos derivativos porque nacen de la voluntad del autor de la obra primitiva, en las obras derivadas y transformadas coexisten, en cambio, derechos originarios porque surgen directamente de la ley.

II. LOS DERECHOS DE AUTOR

1. AUTORÍA Y COAUTORÍA

La condición de autor se adquiere con carácter originario por el sólo hecho de la creación (art. 1.º), habiéndose suprimido las antiguas cargas de inscripción, publicación o depósito; esta adquisición es originaria porque la obra no preexiste a la creación y su fuente es la ley puesto que se trata de la consecuencia jurídica que surge al momento en que el autor da por concluido el proceso de elaboración o, en el caso de procesos complejos como las obras audiovisuales, se fije la versión definitiva, cuyo soporte original no se puede destruir (art. 93). La creación se agota con la producción del *corpus mechanicum*, que debe pertenecer a cualquiera de los tres géneros clásicos, a saber: la literatura, el arte y la ciencia; sin estar definidos por la LPI, sus rasgos se determinan en cada momento por las concepciones imperantes en la sociedad, los cuales carecen de relevancia jurídica por estar dichos géneros sujetos al mismo régimen, salvo en materia de derechos de remuneración y de límites.

Desde otro ángulo, la creación es un hecho jurídico no negocial, no exige capacidad de obrar y está sujeta a las limitaciones impuestas por la LPI, el abuso del derecho, la moral, el orden público y las buenas costumbres (15); ello se debe a que genera de forma automática la propiedad intelectual, la cual se subordina a estas limitaciones genéricas igual que todos los derechos subjetivos. Este automatismo revela que la propiedad intelectual globalmente considerada es irrenunciable —y no sólo las facultades especialmente previstas por los arts. 14, 24 y 90 LPI— si bien el autor que no quiere dar a conocer su obra puede decidir no divulgarla (art. 14.1.º), con las excepciones establecidas por los arts. 15.2 y 40 LPI. En fin, la creación difiere de las fases ulteriores de

(15) Bien lo ha advertido J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pp. 42-44.

divulgación y publicación; mientras la primera es la forma de expresión consentida por el autor que la hace accesible por primera vez al público, la última, en cambio, es la divulgación realizada por la puesta a disposición del público de un número razonable de ejemplares según la naturaleza y finalidad de la obra (art. 4.º), que se identifica en la práctica con la reproducción de la misma y determina el año inicial desde el que comienzan a correr los distintos plazos de protección (16).

Dada esta configuración de la creación o producción de la obra, se comprende bien que sólo pueda ser autor, en el sentido más pleno de la palabra, una persona física, y así lo establece el art. 5.º.1, a cuyo tenor: «se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica»; norma concordante con el precepto siguiente que determina una presunción *iuris tantum* de autoría a favor de la persona física que aparezca como autor en la propia obra mediante su nombre o firma o, en el caso de personas jurídicas, signo que la identifique (art. 6.º.1), que no debe confundirse con los símbolos de reserva de derecho (art. 131).

La primera norma citada establece el denominado principio de autoría en virtud del cual ésta se atribuye, pues, a la persona física que ha creado la obra, atribución que resulta reforzada y favorecida por la mencionada presunción; de este modo se excluye de la autoría, en sentido estricto, no sólo a las obras realizadas por procedimientos mecánicos o técnicos o por objetos inanimados —como puede ser un sistema experto— sino también a las atribuidas a personas jurídicas.

Una aparente excepción contempla el art. 5.º.2 LPI según el cual este tipo de personas se puede beneficiar de los derechos de propiedad intelectual en los casos previstos expresamente; estos casos son numerosos y se pueden agrupar en dos clases, a saber: La primera está constituida por supuestos en que es la propia LPI la que asigna tales derechos a la persona jurídica, como ocurre con los derechos conexos de los productores de fonogramas, grabaciones audiovisuales y programas de radiodifusión (arts. 109, 113 y 116), y la segunda, por hipótesis en que la persona jurídica ostenta tales derechos por cesión del autor, que puede ser expresa —cesión *inter vivos* y contratos típicos— o tácita o presunta a base de la autorización o consentimiento del autor, salvo pacto en contrario, como sucede con las obras anónimas o pseudónimas (art. 6.º.2), las obras colectivas (art. 8.º), las obras derivadas (arts. 11 y 12), las obras transformadas por otro (arts. 11.5.º y 21.2), las obras realizadas por trabajadores por cuenta ajena (art. 51.2), las obras audiovisuales (art. 88) y los programas de ordenador (art. 98). Puesto que la primera clase está referida a derechos distintos —los del Libro II— que los derechos de autor y la segunda descansa en su voluntad expresa o tácita, se puede afirmar con razón que «el principio de auto-

(16) Estudia pormenorizadamente estas dos fases F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 65 y ss.; asimismo, C. PÉREZ DE ONTIMOS BAQUERO, *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, Madrid, 1993, pp. 57 y ss.

ría no sufre excepciones a lo largo de la Ley» (17); pero esta casuística nos muestra que es normal en la *praxis* la sustitución del autor por personas jurídicas en el ejercicio de sus derechos transmisibles y no sólo por cesión a las Entidades de gestión colectiva (art. 138.1).

Tampoco presenta excepciones este principio en materia de coautoría, dado que los distintos supuestos previstos por la LPI comportan una cesión de facultades a favor de los comuneros (art. 7.º) o del editor (art. 8.º) o, al menos, una autorización a quien realiza una obra compuesta (art. 9.º) o derivada (arts. 11 y 12), de modo que solamente pueden extenderse a las concretas facultades transmitidas por el autor (art. 43. 1 y 2); por el contrario, las facultades personalísimas seguirán perteneciendo al autor individual o, en su caso, al autor de la obra primitiva, a pesar de la coautoría del resultado final.

En efecto, así se advierte en las llamadas obras en colaboración que se caracterizan por ser el resultado unitario de la creación de varios autores, todos los cuales se consideran autores del mismo; por eso, para divulgar o modificar la obra todos los coautores deben consentir y, a falta de acuerdo, resuelve el juez. Una vez divulgada, sin embargo, no cabe negar el consentimiento injustificadamente para la explotación en la forma en que se divulgó; salvo pacto en contrario, cada coautor puede explotar su aportación separadamente a no ser que perjudique la explotación de la obra común. La participación en la comunidad es la que los coautores determinen, la cual se rige por los arts. 392 y siguientes del Código civil (art. 7.º).

Precisamente, la cotitularidad de carácter real que esta comunidad supone, indica que los coautores se han desprendido de sus facultades transmisibles y las han puesto en común y que por ello retienen las intransmisibles; de aquí la regla de unanimidad para ejercer las facultades de divulgación y de modificación por ser personalísimas (art. 14.1.º y 5.º), y que sea razonable entender que el juez, para apreciar si la negativa a explotar la obra común es justificada o no, deba atender a las exigencias de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho (18). Aunque se ha pensado que no cabe aquí la acción de división por el aspecto personal de los derechos de autor (19), es lo cierto que, limitada

(17) En este sentido, A. CARRASCO PERERA, *Com. LPI*, cit., p. 103; sin embargo, en p. 107 da a entender que el art. 5.º.2 LPI podría constituir una excepción a la atribución originaria plena de la propiedad intelectual al autor, lo que debe descartarse, a nuestro juicio, por la expresa derogación del art. 5.º Ley 9/1975, de 12 de marzo, del Libro; criticado este precepto por M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 752, su derogación es un indicio claro de que se ha querido excluir la autoría de las personas jurídicas.

(18) Destaca este punto J. M. MIGUEL GONZÁLEZ, *Com. LPI*, cit., p. 129.

(19) Como observa J. M. MIGUEL GONZÁLEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 135-136. Con todo, para J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*, Madrid, 1992, p. 108, es difícil entender —pero no imposible— la división de las obras no plásticas, quien afirma, además, que los vínculos personales de los coautores no impiden la entrada en la comunidad de personas no autores (p. 109).

la comunidad de coautores a las facultades patrimoniales o transmisibles, nada impide la aplicación del artículo 404 del Código civil, y si la obra es indivisible, o dividida desmerece (art. 1062 Cc.), tales facultades se pueden adjudicar a un comunero o a un tercero, conforme a las reglas generales. En esta clase de obras, pues, las facultades personalísimas pertenecen a cada autor, incluso en el caso extremo de la división.

Un supuesto especial de obra en colaboración es el de las obras cinematográficas, radiofónicas o audiovisuales en general, cuyo régimen viene a confirmar la interpretación expuesta. En línea con las legislaciones latinas, el art. 87 LPI determina que estas obras pertenecen a la categoría de las obras en colaboración y precisa que son coautores —y sólo ellos (20)— el director-realizador y los creadores del argumento, la adaptación, el guión o los diálogos y las composiciones musicales, con o sin letra, creadas para la obra; en concordancia con el art. 7.º.3 LPI, cada coautor puede disponer de su aportación separadamente, salvo pacto en contrario o perjuicio a la explotación de la obra común (art. 88.2). Aquí la comunidad surge del contrato de producción de esta clase de obras en cuya virtud se presumen cedidos en exclusiva al productor ciertas facultades de explotación, si bien todos los coautores de las obras cinematográficas deben autorizar expresamente la explotación pública, doméstica o a través de la radiodifusión de la obra (art. 88.1); la negativa injustificada de un coautor o la fuerza mayor que le afecte, según el art. 91 LPI, habilita al productor la utilización de la parte ya realizada (21), quien fija, conforme a lo pactado con el director-realizador, la versión definitiva (art. 92.1). Sobre esta versión todos los coautores conservan y ejercen las facultades personalísimas (art. 93.1), si bien la facultad de modificación requiere la autorización previa de los que han acordado la versión definitiva y se entiende cedida, salvo pacto en contra, «para realizar en la forma de emisión de la obra las modificaciones estrictamente exigidas por el modo de programación del medio» radiodifundido (art. 92.2). Es claro, pues, que la obra en colaboración de tipo audiovisual produce una comunidad limitada a las facultades transmisibles y deja a salvo, con las atenuaciones señaladas, las facultades personalísimas correspondientes a cada coautor.

Lo mismo se aprecia en las obras colectivas, aunque el tenor literal del art. 8.º LPI pueda dar a entender lo contrario. Se trata de las aportaciones inseparables de diferentes autores, fundidas en una obra única y autónoma, que se ha creado por la iniciativa y la coordinación de una persona natural o jurídica, que la edita y publica bajo su nombre y a la que corresponden, salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra (art. 8.º.1.º y 2.º). Se ha entendido con frecuencia que se ha roto aquí

(20) Como advierte N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., pp. 1221 y ss.

(21) Para la exégesis de este precepto, *vid.* D. ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, pp. 142 y ss., y N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., pp. 1281 y ss.

el principio de autoría porque aparentemente la propiedad intelectual de la obra colectiva puede atribuirse a una persona jurídica, comprendiendo tanto las facultades personalísimas como las transmisibles de los creadores de las aportaciones individuales (22); incluso se ha pensado que hay aquí una atribución originaria, aunque basada en un título autónomo y distinto de la creación (23). Pero la salvedad del pacto en contrario pone de relieve que no estamos ante una atribución *ex lege* de la propiedad intelectual a favor del editor sino *ex voluntate* de cada autor, que no puede disponer de las facultades personalísimas por ser irrenunciables e inalienables —como se ha observado con razón sobre la coautoría de los programas de ordenador (24)— de modo que la obra colectiva no sólo no puede extenderse a dichas facultades sino que tampoco constituye una verdadera excepción al principio de autoría; por el contrario, se reduce, en suma, a las facultades transmisibles de cada autor, que se ceden singularmente al editor conforme a lo pactado, dentro de los límites marcados por los arts. 43 y ss. LPI. Prueba de ello es que en las publicaciones periódicas, caso emblemático de obra colectiva, el autor conserva no sólo las facultades personalísimas sino también la de explotación «en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se han insertado» sus aportaciones o colaboraciones (art. 52.1.º). En definitiva, los derechos del editor de las obras colectivas se refieren solamente al contenido económico de la propiedad intelectual, mientras que a los distintos autores corresponde la autoría de su respectiva aportación, comprensiva de las facultades personalísimas y las transmisibles no cedidas al editor.

Esta dicotomía es aun más nítida en las obras compuestas y en las derivadas. De acuerdo con el art. 9.º LPI, son compuestas las obras nuevas —y pertenecen a su creador— que incorporen una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de sus derechos y de su necesaria autorización (art. 9.º.1); y en particular, la transformación de una obra preexistente que no esté en el dominio público en una obra audiovisual exige un contrato de cesión de las facultades de explotación al productor que, al cabo de quince años, habilita al autor de aquélla para una nueva transformación de la obra preexistente en otra obra audiovisual (art. 89). Nótese que los autores de esta transformación son los redactores del argumento, adaptación y guión o diálogos de la obra audiovisual (art. 87.1), los cuales pueden

(22) Así, J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Com. LPI*, cit., p. 120 y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Com. LPI*, cit., p. 260.

(23) Es la opinión de A. CARRASCO PERERA, *Com. LPI*, cit., p. 107.

(24) *Vid.* M. HEREDERO, «La regulación jurídica de los programas de ordenador en el derecho español», en *I Congreso Iberoamericano*, I, cit., pp. 149 y ss., concretamente 155; a juicio de J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *Com. LPI*, cit., p. 141, aquí «ni se deroga el principio de autoría ni el derecho moral», autor que concluye en *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 117-118, que la obra colectiva implica y se explica por una transmisión operada *ex lege* al titular de la misma, y que examina con detalles en *Com. LPI*, cit., pp. 160 y ss.

actuar tanto con la colaboración del autor de la obra preexistente como sin ella; pero se trata de una obra compuesta porque requiere siempre la autorización o el consentimiento de este último y en esto difiere de la parodia, que es también una transformación de obra preexistente, la cual, en la medida en que no se confunda con la obra original ni la dañe o a su autor, no exige su consentimiento (art. 39), por lo que debe calificarse, en lugar de obra compuesta, como obra derivada. En efecto, pertenecen a esta clase las traducciones, adaptaciones, revisiones, actualizaciones, anotaciones, compendios, resúmenes, extractos, arreglos musicales (art. 11.1.º-4.º), así como las colecciones de obras ajenas, en especial las antologías o las dispuestas de forma creativa (art. 12); y en general, «cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica» (art. 11.5.º), cuyo resultado pertenece al autor de la transformación, sin perjuicio de la autoría de la obra original (art. 21.2), lo que se reitera en sedes distintas sin que se exija el consentimiento de este último autor (arts. 11, párr. 1.º, 12 i.f. y 21.2 i.f.).

A primera vista, la diferencia entre las obras compuestas y las derivadas parece estar en el consentimiento del autor de la obra primitiva, que se exige en las primeras pero no en las últimas. No obstante, es así el sistema de la LPI, que se debe integrar en este punto con el art. 5.º del Reglamento de 1880, según el cual las obras derivadas requieren también dicho consentimiento, que debe expresarse y constar por escrito. Por otra parte, el régimen especial de la parodia viene a confirmar esta interpretación ya que del art. 39 LPI se deduce, *a contrario*, que las obras derivadas necesitan por regla general el consentimiento del autor de la obra imitada (25). Por eso, es de compartir el criterio de no distinguir las obras compuestas y las obras derivadas, y reconducir el régimen de aquéllas a éstas (26). Unas y otras requieren, pues, el consentimiento del autor de la obra preexistente, con independencia de que éste intervenga o no en la creación, también original, de la obra compuesta o derivada; tal consentimiento debe entenderse otorgado por la mera autorización, puesto que supone ésta una cesión, al menos no exclusiva, de las facultades de explotación, en particular la de transformación (27). El consentimiento debe constar por escrito, no sólo en

(25) En el mismo sentido, S. DÍAZ ALABART, «La parodia en la nueva Ley de Propiedad Intelectual», en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, cit., pp. 193 y ss., en particular 207, y en *Com. LPI*, cit., pp. 584 y ss., concretamente 598, observa que la parodia, al no requerir el consentimiento del autor primitivo, constituye un *tertium genus* situado entre las obras originales y las derivadas.

(26) Concuerdan en esto J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Com. LPI*, cit., p. 120, y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Com. LPI*, cit., p. 247.

(27) Autorización y cesión son términos sinónimos y se rigen por las mismas reglas, como ha observado J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 74; no obstante, este autor opina en *Com. LPI*, cit., p. 191, que la autorización prevista por el art. 9.º1 LPI «no implica necesariamente un contrato de cesión de derechos, aunque tampoco lo descarta».

los supuestos de refundición, copia, extracto, compendio o reproducción que menciona el citado precepto reglamentario, sino además en todos los contemplados por los arts. 11 y 12 LPI, y también el contrato de transformación de una obra preexistente en una obra audiovisual (art. 45.).

Con todo, es de notar que tanto en las obras compuestas como en las obras derivadas coexisten al menos dos propiedades intelectuales plenas sin que se confundan ni las facultades personalísimas, ni las transmisibles, salvo lo acordado por los distintos autores en lo concierne a estas últimas.

Cabe, en fin, la mera unión formal de obras autónomas debida a su publicación conjunta, caso en que cada una se considera una obra independiente (art. 9.º.2); se trata, por ejemplo, de un libro conmemorativo, el catálogo de una exposición o el programa de mano de un concierto. Aunque esta clase de obras suele ser colectiva, contiene aportaciones independientes entre sí y confiere plenos derechos también independientes (28).

Por último, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el criterio de territorialidad previsto por el art. 10.4 del Código civil, la autoría se reconoce no sólo a los autores españoles sino también a los extranjeros, e incluso las facultades personalísimas se respetan siempre cualquiera que sea la nacionalidad del autor (art. 145.4). Conforme con este criterio, la protección de los autores extranjeros exige, por regla general, residencia habitual en España (art. 145.1,a); por excepción, y en concordancia con los arts. 3.º.1,b) del Convenio de Berna y II.1 de la Convención Universal, se tutela a los autores extranjeros no residentes en España por las obras publicadas por primera vez en territorio español o dentro de los treinta días siguientes a la primera publicación en el país de origen, salvo que en éste se proteja de forma insuficiente a los autores españoles, en cuyo caso el Gobierno español puede restringir esta protección (art. 145.1,b). La tutela comprende, como mínimo, los derechos establecidos por los citados Convenios internacionales y los Tratados bilaterales suscritos por España y, como máximo, los derechos conferidos a los autores españoles, siempre que éstos estén equiparados a los autores nacionales en el respectivo país (art. 145.3). Por último, el canon por exhibición de obras audiovisuales en España pueden percibirlo los autores extranjeros, residan o no en territorio español, si en el país de origen se otorga a los autores españoles el mismo trato; en caso contrario, el Gobierno puede disponer que las Entidades de gestión —perceptoras finales del canon (art. 90.2)— destinen las cantidades satisfechas a los fines culturales que reglamentariamente se señalen (art. 145.2), y los autores españoles, en caso de exportación de obras audiovisuales a países donde sea imposible o difícil percibir semejante canon, pueden, a pesar de ser un derecho irrenunciable e inalienable *inter vivos*, cederlo probablemente al exportador y sustituirlo por una cantidad alzada (art. 90.2.2.º).

(28) Bien lo advierte J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *Com. LPI*, cit., p. 201.

Late aquí un bien intencionado principio de reciprocidad, que no debe ocultar que son más probables, de hecho, las importaciones que las exportaciones de obras intelectuales —como lo ponen bien de relieve las obras cinematográficas— por lo que se favorece más a los autores extranjeros que a los españoles.

2. OBRAS PROTEGIDAS

La definición del art. 10.1 LPI puede considerarse clásica al establecer que «son objeto de la propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro», así como el título de la obra cuando sea también original (art. 10.2). Una obra intelectual es, pues, tan sólo una forma creada por el autor y susceptible de ser encuadrada dentro de los límites elásticos de los géneros literario, artístico o científico —que es asimismo literario— pero no se extiende al contenido ni a las ideas utilizadas en la creación, las cuales, según afirmación corriente, son patrimonio de la humanidad por ser apropiables por cualquiera; en consecuencia, para que la obra exista basta que esta forma sea un producto del trabajo creador realizado por el hombre, que pertenezca a los géneros mencionados, con independencia de su valor, mérito, estilo, destino o utilidad, y que se exprese o comunique al exterior, aunque no se divulgue (art. 4.º), por cualquier medio conocido o por conocer.

Para merecer protección, sin embargo, se requiere algo más, y es que la obra sea además original, requisito cuyo significado y alcance no se ha determinado por la LPI, y sobre el que existen dos teorías diferentes. Para una teoría la originalidad es de naturaleza subjetiva, consiste en el esfuerzo creador llevado a cabo por el autor y se traduce en la obra como un reflejo de su personalidad; concebida así la originalidad es relativa y se contrapone a la novedad por ser ésta propia y exclusiva de la propiedad industrial, pero no de la creación intelectual, donde rige, en cambio, un criterio menos exigente (29). La otra teoría eleva el grado de exigencia y entiende que la originalidad es una noción objetiva y absoluta que se identifica con la novedad y supone una relevancia al menos de grado mínimo, incluso en las llamadas obras menores, a la vez que un grado de complejidad también mínimo; debe ser apreciada, por eso, con arreglo a las convicciones imperantes en los grupos sociales a los que la obra está dirigida o, en último término, conforme a las opiniones predominantes entre los especialistas (30).

(29) Es el criterio tradicional en nuestra doctrina; lo mantienen J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, III, 1.º, 3.ª parte, 2.ª ed. Barcelona, 1989, p. 28, F. BONDÍA ROMÁN, *op. cit.*, p. 198, y C. ROGEL VIDE, «La copia privada de las obras audiovisuales», en *I Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 609 y ss., en especial 616-617.

(30) Ha propuesto esta teoría R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Com. LPI*, cit., pp. 208-211, y *Comentarios del Código civil*, I, cit., p. 1155 (n.º 5).

No es fácil optar por una u otra de estas teorías, sobre todo, porque la LPI no es explícita al respecto. La teoría subjetiva presenta el inconveniente de terminar por confundir la originalidad con el proceso de creación, y tiene a su favor que concuerda con el criterio adoptado por el art. 1.º.3 de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, según el cual el programa es original cuando «sea una creación intelectual propia de su autor», aunque no sea nuevo o no suponga novedad alguna; por eso, otra ventaja de esta teoría es que reduce el grado o nivel de originalidad exigible, y en este sentido parece adaptarse bien al sistema de la LPI. Por el contrario, la teoría objetiva es acaso correcta y rigurosa en el plano conceptual, pero se compagina mal con un sistema que confiere plenos derechos de autor no sólo a los creadores de obras derivadas, las transformadas o la parodia sino de originalidad limitada, como son los programas de ordenador, y reconoce derechos de propiedad intelectual —aunque no derechos de autor— a los artistas que interpretan o ejecutan obras ajenas y a los productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales en que se han fijado las obras de otros; tampoco concuerda —como se ha observado (31)— con los Tratados internacionales suscritos por España, en especial el art. 2.º.1 del Convenio de Berna, que es muy significativo por contener un elenco semejante al de nuestro art. 10 LPI y no exige que las obras deban ser originales. En suma, se comparta una u otra teoría, lo cierto es que debe prevalecer una originalidad reducida, que el juez ha de apreciar caso por caso con arreglo a las reglas generales de la prueba (31 *bis*).

Por otra parte, la obra de creación intelectual puede expresarse por cualquier medio tangible o intangible —por ejemplo: un libro o la voz, respectivamente— sin limitación alguna, dado el claro carácter abierto de la enumeración contenida en el art. 10.1 LPI. Este sistema abierto presenta la ventaja de ir expandiendo los supuestos de obras protegidas al compás de los avances tecnológicos, evitando continuas reformas para actualizar la legislación; pero tiene el claro inconveniente de extender paralelamente el derecho de autor a hipótesis cuya protección satisfactoria requiere, en ocasiones, otros instrumentos jurídicos. Es el caso, por ejemplo, de los derechos del editor, el cual, aunque está protegido como cesionario del autor, ostenta una legitimación independiente para perseguir las violaciones a las facultades que se le hayan concedido (art. 48, párr. 1.º); pero se considera mejor conferirle una titularidad enteramente autónoma sobre la obra editorial y distinta

(31) Vid. E. SERRANO ALONSO, «Sugerencias para la reforma del derecho de autor», en *AC*, 1986, pp. 57 y ss., en concreto 62.

(31 *bis*) Sin embargo, las sentencias de 20 de febrero y de 26 de octubre de 1992 parecen inclinarse a favor de la teoría objetiva, como lo pone de relieve R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO al comentar la última, en *CCJC* 30 (1992) n.º 797, pp. 959 y ss., en concreto 967.

de la que le corresponde al autor, acaso un derecho conexo semejante al de los productores de fonogramas o de videogramas u otras grabaciones audiovisuales (32).

El precepto mencionado contiene un amplio, y a veces reiterativo, elenco de medios de expresión, que es el siguiente. Los libros, folletos, impresos, epistolarios —no las cartas— discursos, alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y obras similares; las composiciones musicales, con o sin letra; las obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomimas y teatrales en general; las obras cinematográficas y audiovisuales en general; las esculturas, pinturas, dibujos, grabados, litografías, historietas gráficas, tebeos o comics, los ensayos o bocetos y las obras plásticas, sean o no aplicadas; los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería —pero no las obras de construcción en cuanto tales—; los gráficos, mapas y diseños geográficos, topográficos y científicos en general; las fotografías creativas y las expresadas por procedimientos análogos, y los programas de ordenador.

En su mayor parte estos medios expresivos carecen de una definición legal y el legislador los menciona en su significado vulgar y hasta coloquial; excepciones a esta regla, debidas quizá a la relativa complejidad o novedad técnica de la obra, son las obras audiovisuales y los programas de ordenador, respecto de las que se articula una precisa noción jurídica por los arts. 86 y 96 LPI.

De acuerdo con el primero de estos preceptos, se entiende por obras audiovisuales «las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de los soportes materiales de dichas obras». Se trata de un concepto concordante con las normas internacionales y con la tradición franco-germana o «continental» en la materia, y por eso la sucesión de imágenes no requiere de una determina forma de fijación para ser calificada como obra audiovisual (33); parece que el concepto abarca no sólo esta clase de obras en sentido estricto sino también otras similares, como las radiofónicas (art. 94) o los videogramas y los videojuegos (34).

Conforme al segundo precepto citado, es programa de ordenador «toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar

(32) Mantiene este criterio M. MANGADA, «Los derechos del editor», en *I Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 779 y ss., en especial 783. Vid. las distintas opciones que ofrece la legislación extranjera sobre este punto en *Le droit d'Anterior origen économique et cultural*, cit. pp. 237 y ss.

(33) Así lo ha puesto de relieve A. DELGADO PORRAS, «La obra audiovisual. Planteamiento general», en *I Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 733 y ss., en especial 734-735; para el Derecho anterior, C. ROGEL VIDE, *Autores, coautores*, cit., pp. 127 y ss.

(34) Para ésto, vid. N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., pp. 1201 y ss.

una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación». Aquí también se ha seguido la tendencia predominante en las legislaciones de nuestro entorno, y se ha señalado que el texto legal transcribe la definición acordada por la OMPI en la reunión de Camberra el año 1984 (35). Se trata de una noción amplia, tal vez demasiado amplia, pues la posibilidad de la utilización indirecta de la secuencia de instrucciones o indicaciones puede extender el concepto legal indefinidamente. En todo caso, comprende toda clase de *software*, tanto el código-objeto como el código-fuente, lo mismo los programas de sistema que los programas de aplicación, sean destinados a cualquier usuario o para un tipo determinado, y hasta los incorporados en microcódigos o *chips*, si bien las topografías de los materiales semiconductores se rigen por la Ley especial de 3 de mayo de 1988. Se excluyen, en cambio, las bases de datos, las obras hechas o asistidas por ordenador, los videojuegos y también los sistemas expertos, pues, aunque el motor de inferencia se encuadra en el concepto legal, se ha estimado que constituye una obra compuesta o, en su caso, una obra en colaboración, que no encaja en el art. 96.1 LPI (36). Sin embargo, aquellas bases de datos, cuyos elementos son tratados con técnicas documentalistas más o menos complejas, deben ser considerados como auténticos programas en la medida en que son objeto de una secuencia de instrucciones destinada —en este caso directamente— a ser utilizada en un sistema informático. Al programa se asimilan la documentación técnica y los manuales de uso, que no son obras autónomas sino que se deben entender como accesorios (art. 1097 Cc.); asimismo, la antes citada Directiva CEE 250/91 comprende el *prius* o material preparatorio del programa, pero no las ideas o principios en que se base o fundamente cualquiera de sus elementos o sus interfaces (art. 1.º.1 y 2).

Por último, hay obras que por su naturaleza pública no se consideran dignas de protección ni objeto hábil de la propiedad intelectual; se trata de los proyectos y las disposiciones legales y reglamentarias, las resoluciones judiciales, los actos administrativos y los acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos y las respectivas traducciones oficiales (art. 13).

(35) En opinión de I. HERNANDO COLLAZOS, «Los programas de ordenador y la Ley de Propiedad Intelectual (Arts. 95-100 LPI)», en *RCDI*, 1991, pp. 1793 y ss., concretamente 1808; asimismo, otros antecedentes ofrece C. ROGEL VIDE, *Autores, coautores*, cit., pp. 59 y ss.; ampliamente, J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Com. LPI*, cit., pp. 1322 y ss. y P. SCLER, *Una aproximación a la terminología básica en materia de programas de ordenador*, en *RGD*. 1992, pp. 1645 y ss. Sobre el Derecho europeo, vid. M. LEHMANN, *La Directiva Europea sobre programas de ordenador* (trad. esp. por P. SOLER MASOTA), en *Ibidem*, pp. 1621 y ss, con bibliografía.

(36) En tal sentido, E. GALÁN CORONA, *op. cit.*, p. 39; sobre el concepto de *software* y obras semejantes, vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Com. LPI*, cit., pp. 1360 y ss.

3. LAS FACULTADES PERSONALÍSIMAS

A. Características

Una de las novedades de la LPI es haber reunido en un sólo precepto, el art. 14, las facultades personalísimas que corresponden al autor por el sólo hecho de serlo, y haber ampliado la lista de tales facultades hasta comprender las siete siguientes: decidir la divulgación; determinar el nombre del autor; reconocimiento de la autoría; integridad de la obra; modificación de la obra por el autor; retirada del comercio por cambio de convicciones ideológicas, y acceso al ejemplar único o raro. El precepto denomina estas facultades como derechos, los cuales integran el derecho moral del autor, que forma parte, a su vez, del derecho de propiedad intelectual; es claro, pues, que la terminología es imprecisa y no debe entenderse al pie de la letra. Los derechos que aquí nos interesan son auténticas facultades que integran el contenido legal del derecho subjetivo de propiedad intelectual, en tanto que el derecho moral, en rigor, no existe; se trata de una categoría meramente clasificatoria y sin relevancia institucional, puesto que agrupa, bajo una denominación unitaria, el conjunto de facultades personalísimas y no tiene entidad al margen de ellas.

Estas facultades se caracterizan, como sabemos, por ser inalienables e irrenunciables, y de estas notas se deduce un principio general de indisponibilidad; de aquí que todo pacto o contrato, que suponga transmisión o renuncia de estas facultades, debe considerarse nulo, como ocurre, por ejemplo, con la obligación de no crear obras en el futuro (art. 43.4). De estas notas se desprende también que estamos ante facultades personalísimas, en el doble sentido de que sólo pueden ser ejercidas por el autor y de ser inseparables de él; por eso, se extinguen con su muerte, a diferencia de las facultades transmisibles, salvo las de autoría e integridad de la obra, que admiten ejercicio *post mortem auctoris* sin límite de tiempo (art. 15.1), a la vez que son inexpropiables e inembargables. Pero de ésto no se deduce, como afirman los partidarios de vincular tales facultades a la personalidad del autor, que sean perpetuas, con la salvedad indicada, o imprescriptibles, dado que su pretendida extrapatrimonialidad las excluiría de la regla general de prescriptibilidad consagrada por el art. 1936 del Código civil (37). Sin embargo, la LPI no acoge esta concepción; según vimos, las facultades aludidas, aunque son personalísimas, son también de naturaleza patrimonial y se extinguen, por tanto, por la falta de ejercicio en el plazo de quince años, al no haber

(37) Es la tesis que mantienen, entre otros, D. ESPÍN CANOVAS, *op. cit.*, pp. 64-65, y J. CAFFARENA LAPORTA, *Com. LPI*, cit., p. 266. También C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.* p. 137. Para J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, nota crítica a la obra de esta última autora, en *ADC*. 1993, pp. 845 y ss., en concreto 851, se trataría más bien de la caducidad de tales facultades.

otro señalado por la Ley (art. 1964 Cc.). Prueba de ello es que la divulgación *post mortem* es temporal y se limita a los sesenta años después de la muerte del autor (art. 15.2); sólo por excepción, en cambio, las facultades para exigir el respeto a la autoría e integridad de la obra no tienen límite de tiempo (art. 15.1 y 41.2.º), excepción que se explica, a nuestro juicio, por la constante necesidad de identificar la obra en el tráfico jurídico, incluso tras su entrada en el dominio público.

B. Contenido y límites

Lógicamente, la primera de estas facultades es la de decidir si la obra se ha de divulgar o no y en qué forma (art. 14.1.º), ya que la divulgación se intercala entre el término de la creación intelectual y las demás facultades que corresponden al autor, con lo que la obra entra en el tráfico y se inicia la explotación económica de la misma, desde que es accesible por primera vez al público (art. 4.º); mientras la divulgación es una facultad transmisible por el autor *inter vivos*, la decisión que la antecede es, en cambio, personalísima, si bien admite ejercicio *post mortem* (art. 15.2). La decisión negativa constituye el llamado derecho de inédito, que el autor puede mantener durante toda su vida e incluso prolongarse hasta los sesenta años después de su muerte, bien por respeto a su voluntad expresa o bien por voluntad de sus albaceas o, en su defecto, sus herederos. Con todo, este derecho, tras la muerte del autor, tiene el límite de la iniciativa pública cuando la falta de divulgación vulnera el derecho de acceso a la cultura (art. 40). En fin, autorizada la divulgación de la obra a un tercero, la revocación exige la indemnización de los correspondientes perjuicios, ya que viene a ser equivalente a la retirada del comercio (art. 14.6.º).

La facultad siguiente es la de autoría o paternidad de la obra, que el art. 14 desdobra en estas dos reglas: el autor puede determinar si la divulgación debe hacerse con su nombre, bajo seudónimo o anónimamente (art. 14.2.º) y puede exigir el reconocimiento de su condición de autor (art. 14.3.º). La primera de estas reglas le habilita para revelar su nombre o, por el contrario, permanecer oculto tras el seudónimo o el anonimato; en este último caso, no se puede revelar la identidad del autor, aunque se conozca (art. 6.º.2), y éste es el único que puede identificarse en vida por cualquier medio fehaciente o una vez muerto por testamento (art. 27.2, pág. 2.º). La segunda regla le permite hacer valer su condición de autor *erga omnes*, tanto frente a quien se atribuya la obra como ante quien desconozca la autoría; para facilitar el ejercicio de esta facultad, el art. 6.º.1 establece una presunción relativa a favor de quien se identifique como autor en la propia obra, y tratándose de obras impresas, el editor está obligado a hacer constar tal identificación en todos los ejemplares (art. 64.1.º). En fin, esta facultad puede convertirse en un deber en algunos supuestos de cesión de facultades transmisibles a terceros; nos referimos a la obligación del autor de responder por la autoría, junto a la originalidad de la obra, en los contratos de edición (art. 65.2.º) y de representación teatral o ejecución musical (art. 77.2.ª).

Otra importante facultad es la de exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación de la misma «que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación» (art. 14.4.º); norma que concuerda, en los supuestos mencionados, con la obligación del editor de no introducir modificaciones inconscientes por el autor (art. 64.1.º) y del empresario teatral o musical de efectuar la comunicación pública de la obra, asimismo, sin variaciones, adiciones, cortes o supresiones inconscientes (78.2.º), y en las obras audiovisuales, aunque la modificación de la versión definitiva debe ser autorizada por quienes la hayan acordado, cuando se destinan a la radiodifusión, se presume la autorización de los autores «para realizar en la forma de emisión de la obra las modificaciones exigidas por el modo de programación del medio» (art. 92.2, párs. 1.º y 2.º); en fin, en el caso de las obras plásticas y fotográficas, el propietario del ejemplar tiene la facultad de exposición pública, a la que puede oponerse el autor, sin embargo, si la exposición se realiza en condiciones que perjudiquen su honor o su reputación profesional (art. 56.2).

Resulta de aquí la regla general y los límites que afectan a esta facultad. La regla general presenta dos manifestaciones, una de signo positivo y otra de signo negativo; en virtud de la primera, puede el autor exigir que se respete la integridad de la obra, en tanto que, con base en la segunda, puede impedir que se le introduzcan modificaciones o se atente contra ella. El interés de esta distinción radica en que se protege al autor frente a lesiones de índole diferente, pues la manifestación de signo positivo le preserva ante la mera posibilidad de lesiones virtuales o potenciales, mientras que la manifestación de signo negativo le permite reaccionar contra los atentados reales o actuales, que han alterado ya la integridad de la obra.

Esta facultad tiene también dos límites, la voluntad del autor y la gravedad del atentado temido o, en su caso, producido. En efecto, de las normas expuestas se deduce que el autor puede consentir o autorizar modificaciones al editor, al empresario o a la entidad de radiodifusión, lo que choca —como se ha observado con acierto (38)— con el carácter indisponible de esta facultad personalísima, que sólo puede ejercer el autor; contradicción que se resuelve, sin embargo, si entendemos que puede autorizar únicamente alteraciones de carácter leve, acaso de índole profesional o técnica, que no tropiecen con el otro límite, la gravedad del atentado o la modificación.

En efecto, esta facultad es relativa pues no permite oponerse a cualquier modificación sino solamente a las inconscientes y a las que la LPI considera como infracciones graves a la integridad de la obra, que son las que dañan los legítimos intereses o la reputación profesional del autor. Es de notar que «legítimos intereses» no quiere decir aquí «intereses legítimos» sino que la expresión alude más bien a todas las

(38) Sobre el punto, J. CAFFARENA LAPORTA, *Com. LPI*, cit., pp. 281-282.

facultades que se reconocen a favor del autor y que integran el contenido típico de la propiedad intelectual, y que la reputación profesional no debe confundirse con el honor, de modo que no se rige por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sino por las reglas generales derivadas del art. 1902 del Código civil. Buena prueba de todo ello la constituye la parodia, que permite transformar una obra sin el consentimiento del autor en la medida en que la imitación no se confunda con el original ni se dañe tanto a la obra transformada como a su autor (art. 39).

Se relaciona con la facultad anterior, la posibilidad que se confiere al autor de modificar por sí mismo la obra una vez divulgada (art. 14.5.º), esto es, la facultad de transformar su forma primitiva de manera que resulte una obra diferente (art. 21.1). Esta facultad tampoco es absoluta y tiene dos límites, a saber: el respeto de los derechos adquiridos por terceros y la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. El primer límite impide que la obra se modifique desde el momento en que se enajenen los ejemplares de la misma (art. 3.º.1.º) o se cedan las facultades de explotación en exclusiva (art. 48), pero no tras la cesión no exclusiva ya que en este caso el cesionario puede concurrir con el autor, lo mismo respecto de la obra cedida (art. 50.1) que de la modificada. El segundo límite es más elástico puesto que la obra intelectual no puede ser declarada Bien de Interés Cultural en vida del autor y, por tanto, éste siempre podrá transformarla, «salvo si existe autorización expresa de su propietario o media su adquisición por la Administración» (art. 9.º.4 Ley 16/1985); sólo en estos casos la obra queda sujeta al régimen protector, en especial el de los bienes muebles y del patrimonio documental y bibliográfico, y vedada, en concreto, su modificación (art. 36.1 Ley 16/1985), salvo para su mejora o restauración (art. 39.1 Ley 16/1985). Pero, como ésto presupone el consentimiento del autor-propietario o la enajenación de la obra al particular o a la Administración, este límite se confunde, en el fondo, con el anterior, de modo que la facultad de modificar la obra por el autor sólo está restringida por el respeto debido a los derechos adquiridos por terceros.

El llamado derecho de arrepentimiento es una facultad emblemática del autor y en su virtud puede retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o moras y previa indemnización a los cesionarios de las facultades de explotación, los cuales, en caso que el autor reanude la explotación económica de la obra, gozan de preferencia para contratar una nueva cesión, siempre que la oferta actual sea razonablemente similar a la cesión anterior (art. 14.6.º, párs. 1.º y 2.º). Sin embargo, se trata de una facultad de ámbito reducido puesto que carece de efectos reales y no alcanza a los derechos adquiridos sobre las cosas que constituyen el soporte material de la obra; por el contrario, su campo es puramente contractual y se traduce en una nueva causa de rescisión de los contratos, que debe integrarse en el art. 1291.5.º del Código civil. Además, su ejercicio se subordina a tres importantes requisitos, a saber: Por una parte, se debe fundar únicamente

en el cambio de las convicciones del autor, y no en otro motivo, cambio de una cierta entidad de tipo artístico, científico, profesional o ideológico, que el autor debe invocar y probar; por otra parte, se deben indemnizar previamente los daños y perjuicios sufridos por los cesionarios de los derechos de explotación, cuya cuantía, a falta de acuerdo, la determina el juez conforme a las reglas generales del art. 1106 del Código civil; por fin, la preferencia de los antiguos cesionarios, si el autor reemprende la explotación de la obra, siempre que se trate exactamente de la misma obra y que las condiciones de la nueva cesión no se distancien demasiado de la cesión anterior, de manera que si el autor modifica la obra o las condiciones son muy diferentes esta preferencia desaparece.

Por último, tampoco tiene efectos reales la facultad del autor para acceder al ejemplar único o raro de su obra para ejercitar la facultad de divulgación u otra que le confiera la propiedad intelectual, acceso que no implica desplazamiento físico de las cosas en que se ha plasmado la creación, debe ejercerse *civiliter* y obliga a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el poseedor (art. 14.7.º, párs. 1.º y 2.º). Aunque esta facultad se refiere principalmente a obras plásticas, no hay que excluir otras de naturaleza diferente; su finalidad no es recobrar el dominio de la obra o de los ejemplares, sino habilitar al autor para acceder a ellos al sólo fin de ejercer las facultades que le corresponde como autor; en concreto, se trata de la divulgación de obras no divulgadas y probablemente de la reproducción y copia de la obra (art. 18).

C. Ejercicio «*post mortem auctoris*»

Sabemos que estas facultades por ser personalísimas —y sin estar vinculadas a la personalidad del autor— se extinguen con su muerte, y por eso la transmisión hereditaria de la propiedad intelectual se contrae, en principio, a las facultades transmisibles o de explotación (art. 42). No obstante, los arts. 15 y 16 admiten el ejercicio *post mortem* de las facultades de divulgación, de autoría o paternidad y de integridad de la obra, lo mismo que la primera de ellas en la hipótesis que el inédito vulnere el derecho constitucional de acceso a la cultura (art. 40); dado este paralelismo, es fácil entender que las dos figuras obedecen a la misma *ratio* de promoción de la cultura (39), pero, en rigor, no es así puesto que el primer supuesto mira al interés particular del autor o, si se quiere, de los sujetos legitimados por los preceptos mencionados, en tanto que el último atiende al interés social previsto por el art. 44 de la Constitución (40).

(39) Así lo entiende D. ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 123.

(40) Ha puesto de relieve esta distinción J. CARAMES PUENTES, *Com. LPI*, cit., pp. 608-609.

La divulgación *post mortem* de obras inéditas tiene una duración limitada a los sesenta años después de la muerte o declaración de fallecimiento del autor (art. 15.2), duración que concuerda con el plazo general de las facultades de explotación (art. 26) y exige que la divulgación sea de fecha anterior a los sesenta años siguientes a su muerte (art. 27.1); prohibida por el autor de forma expresa, parece que su voluntad debe ser respetada, salvo que la obra inédita atente contra el acceso a la cultura (art. 15.2 i.f.), caso en el que el juez puede acordar la divulgación a iniciativa del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las instituciones públicas de carácter cultural y de cualquier persona que ostente un interés legítimo (art. 40). Transcurrido el plazo, esta facultad se extingue y la obra pasa al dominio público, en consonancia con las facultades de explotación (art. 41 párr. 1.º); divulgada en esta situación, las facultades de explotación corresponden al autor (art. 119) y duran diez años (art. 120). En cambio, el ejercicio *post mortem* de las facultades de autoría e integridad no tiene límite de tiempo (art. 15.1), e incluso se prolonga y debe ser respetado siempre, tras el paso de la obra al dominio público (art. 41 párr. 2.º).

Con todo, las personas autorizadas para el ejercicio *post mortem* son las mismas, a saber: En primer lugar, la persona física o jurídica designada por el autor en testamento y a la que confía expresamente dicho encargo; se trata de un albacea, que no requiere ser heredero o legatario del autor, ni sucederle en las facultades de explotación. En segundo lugar, y a falta o frustración de la anterior designación, pueden ejercer estas facultades los herederos del autor, incluyendo al viudo, que efectivamente le sucedan por llamamiento testamentario o intestado; a nuestro juicio, deben regir aquí las reglas generales del Derecho de sucesiones. Por último, a falta de herederos, o en caso que se ignore de hecho su paradero, pueden ejercerlas el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las instituciones públicas de carácter cultural (arts. 15.1 y 16), pero no los particulares que tengan un interés legítimo, lo que acaso acentúa el paralelismo con la sucesión intestada.

No es éste el lugar oportuno para profundizar en los problemas complejos que el ejercicio *post mortem* de estas facultades suscita, cuya naturaleza jurídica se ha discutido y puede arrojar alguna luz sobre los mismos. Se ha entendido que estas facultades se extinguen con la muerte del autor, pero renacen en dicho momento a favor de las personas autorizadas para ejercerlas, las cuales ostentarían, por ello, una especial legitimación *ex lege*, que no discurre por el cauce normal de la sucesión (41); por el contrario, se ha pensado también que estamos an-

(41) Tesis formulada en la doctrina italiana por P. GRECO-P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Turín, 1974, pp. 346-348; la comparten, entre otros, D. ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 122, y A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 29.

te un fenómeno sucesorio y que estas facultades se transmiten por herencia como un elemento más del caudal relicto, aunque su régimen, por ser personalísimas, no sea siempre el mismo que el de los demás bienes hereditarios (42). Acabamos de decantarnos a favor de esta última tesis por varias razones que en síntesis son las siguientes: los arts. 15 y 16 LPI guardan un paralelismo estrecho con las reglas generales de la sucesión por causa de muerte, en especial, la intestada, de manera que, con las matizaciones que procedan, tales preceptos pueden ser suplidos por éstas; la transmisión hereditaria de estas facultades personalísimas queda sujeta, de acuerdo con esta concepción, al mismo régimen sucesorio que las facultades de explotación; en caso contrario, estaríamos ante un nuevo supuesto de sucesión anómala y faltaría un precepto que la estableciera expresamente; en fin, la tesis opuesta conduce a la sorprendente conclusión de favorecer a las personas legitimadas con las posibles ventajas patrimoniales derivadas de la divulgación o de la reparación de las infracciones a la autoría o a la integridad de la obra, y no a los sucesores del autor.

D. Conclusión sobre la naturaleza de estas facultades

A la vista del contenido y régimen de estas facultades personalísimas, conviene destacar que poco o nada tienen que ver con la personalidad del autor. Hemos descartado la noción de «derecho moral» por carecer de contenido propio, aparte de ser inútil y puramente retórica; asimismo, hemos desestimado el pretendido carácter perpetuo e imprescriptible, pues estas facultades, aunque personalísimas, no son extrapatrimoniales; ahora debemos verificar si admiten otra explicación en los términos habituales del Derecho patrimonial.

Comencemos por la facultad de divulgación, que un significativo sector de la doctrina estima que es de naturaleza patrimonial, o muy próxima a la misma, por iniciar la explotación económica de la obra (43); sin embargo, parece que la LPI la distingue del acto de decisión que la precede, acto por virtud del cual el autor opta por la divulgación o no de su obra. Por contraste, por ejemplo, con el consentimiento matrimonial o con la autorización de intromisiones en la intimidad o la utilización de la imagen, este acto de decisión no difiere, en general, de

(42) Sin descartar la tesis anterior para determinados supuestos, se inclinan por esta concepción M. ALBALADEJO GARCÍA-R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Com. LPI*, cit., p. 305.

(43) Nos referimos a la tesis divulgada en la doctrina italiana por V. DE SANCTIS, «Autore», en *Enc. dir.*, IV, Milán, 1959, pp. 379 y ss., en especial 392; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milán, 1982, pp. 591 y ss., y M. FABIANI, «Il diritto di autore», en *Trattato di diritto privato*, 18, dirigido por P. Rescigno, Turín, 1984, p. 150. La comparten P. RECHT, *op. cit.*, pp. 299 y ss., y E. ULMER, *Urheber und Verlagsrecht*, Berlín-Heidelberg-New York, 1980, p. 210. La descartan entre nosotros F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Com. LPI*, cit., p. 71, C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.* p. 86 y ss. y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, nota crítica *cit.* p. 847.

cualquier acto de manifestación de la voluntad, ni, en particular, de la decisión de un empresario de colocar o no un bien en el mercado; por eso, el autor debe responder de la autoría y originalidad de su obra. En este sentido, sigue siendo válida la sagaz observación de Dupin según la cual «la ley espera el momento en que el escritor se hace comerciante, y entonces el prestigio del autor se desvanece para hacer lugar al derecho civil» (44). Cuando el resultado de esta opción es la obra inédita en vida del autor, la divulgación *post mortem* proviene de la voluntad de terceros, bien a favor de los sucesores del autor o bien para favorecer el interés público o social de promover la cultura. A esta hipótesis, en fin, hay que asimilar la retirada definitiva de la obra del comercio. Poco hay aquí, pues, que se relacione con la personalidad del autor.

A conclusión semejante hay que llegar sobre la facultad de determinar el nombre bajo el que ha de hacerse la divulgación, puesto que permite al autor el privilegio de la clandestinidad tras el seudónimo o el anonimato. Raro privilegio éste, aunque usual —incluso en la literatura jurídica: piénsese en el célebre seudónimo de Kantorowics «Gnaeus Flavius» o en los conocidos ensayos anónimos de Ihering—, que pone bien de relieve que la *ratio* de esta facultad es la identificación de la obra en el tráfico jurídico; como no se trata de la identificación del autor —que se rige por las normas de la filiación y el Registro Civil— esta facultad es del todo ajena, en rigor, a su personalidad.

Asimismo, las facultades para exigir el reconocimiento de la autoría o paternidad y de la integridad de la obra no se deben al respeto al honor o a la persona del autor ni a su personalidad pretérita, pues para ello hay otros cauces, en especial, la Ley Orgánica 1/1982. Por el contrario, responden más bien a un elemental principio de transparencia del mercado ya que aseguran permanentemente la autenticidad y la fidelidad de la obra o de sus ejemplares en los distintos circuitos del tráfico; por eso, participan estas facultades de la misma naturaleza que las normas reguladoras del comercio, la competencia, las marcas, la publicidad o el consumo. Pretender proteger por esta vía la persona del autor no sólo es inútil sino discriminador frente a los no autores, puesto que le habilitaría para alcanzar una tutela de mayor extensión e intensidad. Lo que estas facultades protegen, en rigor, es el producto de la creación intelectual, el bien cultural, y a las personas que se relacionan con el mismo.

Aun más nítido es el carácter patrimonial de las restantes facultades personalísimas, pues, al estar referidas a la modificación de la obra, a la retirada transitoria del comercio para reemprender la explotación y al acceso al ejemplar único o raro, todas ellas amplían y multiplican las posibilidades de utilización económica de la obra que, respectivamente, se pretende modificar, reservar para un mejor mo-

(44) La recuerda L. RODRÍGUEZ ARIAS-BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 836, nota 99. Examina ampliamente la estructura de esta facultad C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.* pp. 139 y ss.

mento comercial o, por último, divulgar o reproducir. Se trata, en realidad, de facultades de explotación anómalas por ser personalísimas, que consagran verdaderos privilegios a favor del autor, y por eso se sujetan a las fuertes restricciones y limitaciones que conocemos.

4. LAS FACULTADES DE EXPLOTACIÓN Y REMUNERACIÓN

A. *Concepto legal*

Sabemos que el art. 2.º LPI, en notable paralelismo con los arts. 348 párr. 1.º y 428 Cc., atribuye al autor, además de la facultad de disposición, «el derecho exclusivo a la explotación de la obra», que se despliega en el conjunto de facultades que contemplan los arts. 17 y 22, a los que se unen los llamados derechos de remuneración previstos por los arts. 24, 25 y 90.2 LPI; mientras las primeras pertenecen en exclusiva al autor y son esenciales a la propiedad intelectual, los últimos pueden corresponder, además, a cesionarios del mismo y conciernen a utilidades y rendimientos que exceden de la órbita estricta de la explotación económica de la obra por el autor (45). Estas facultades, a diferencia de las personalísimas, son transmisibles por el autor, quien puede ejercerlas por sí mismo —caso raro en la práctica, salvo que se trate de obras plásticas— o transmitir las a un tercero por cesión o autorización, y en ambos casos están sujetas a los límites impuestos por los arts. 31 a 40 LPI. Estas facultades son independientes entre sí (art. 22 LPI) y deben cederse de forma específica, ya que, de no ser así, se entienden limitadas por la finalidad de la transmisión (art. 43.2 *in fine*).

De acuerdo con esto, el citado art. 17 dispone que «corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación». Consta el precepto, pues, de dos partes claramente diferenciadas; mientras la primera establece la regla general según la cual corresponden al autor todas las posibles utilidades económicas de la obra, la segunda contiene la indicación singular de las cuatro mencionadas por ser acaso las más importantes y frecuentes, que no agotan la expresada regla general. Hay aquí un *numerus apertus* de utilidades que pertenecen al autor, las cuales se extienden incluso a las que se inventan después de la creación de la obra o, en su caso, después de la transmisión de las facultades de explotación (art. 43.5); tampoco las facultades mencionadas de forma singular excluyen la existencia de otras posibilidades de utilización, como puede ser el doblaje, subtítulo y uso doméstico de las obras audiovisuales (art. 88.1).

(45) Distinción que destaca A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., pp. 31-32. Encuadra estas facultades en la noción común de explotación J. L. GARCÍA MARTÍN, *op. cit.* pp. 919 y ss, para el que se trata básicamente de estas dos: la facultad de reproducción —que comprende la distribución— y la de comunicación pública y directa de la obra.

Por eso, la transcripción debe entenderse comprendida en la primera parte de la norma, pues, aunque se conciba en sentido amplio, no se confunde con las facultades allí mencionadas, ni con la grabación de obras musicales, fonogramas y grabaciones audiovisuales; se trata de «la captación de una obra oral y su plasmación en un soporte material (papel, fundamentalmente; pero creo —se ha escrito— que hoy también en disco o cinta magnetofónica), bien redactada por escrito o grabada en forma y por medio o procedimiento idóneo», incluso comprendiendo la reproducción fonográfica (46).

La reproducción de la obra consiste en su fijación «en un medio que permita su comunicación» y en la obtención de copias o ejemplares de toda o parte de ella (art. 18); en particular, son formas de reproducción la grabación de fonogramas y las grabaciones audiovisuales pues exigen fijación de la ejecución musical o, en su caso, del diverso objeto de estas últimas (arts. 108 y 122), pero no las obras audiovisuales que, como vimos, carecen en nuestro Derecho de este requisito, bastando que sean susceptibles de ser mostradas o proyectadas (art. 86.1). Estamos, en suma, ante un concepto amplio de reproducción que abarca cualquier medio hábil para la comunicación de la obra o para su multiplicación a través de copias o ejemplares de la misma.

La distribución alude a la comercialización del original de las obras plásticas o de copias o ejemplares de las demás clases de obras por la puesta a disposición del público mediante la venta, el alquiler, el préstamo o cualquier otra forma (art. 19); el préstamo aparece aquí en sentido vulgar y debe asimilarse al comodato (art. 1740 Cc.). La facultad de distribución se extingue o agota a partir de la primera venta de cada ejemplar (art. 19 pár. 2.º), de modo que no se extiende a la reventa o negocios ulteriores sobre el mismo, de igual manera que la propiedad del soporte no confiere la facultad de explotarlo (art. 56.1); por excepción la distribución de fonogramas comprende la facultad de autorizar la importación o la exportación con fines comerciales (art. 109.2). Pero la distribución, entre nosotros, no se extiende al control del destino o utilización posterior de los ejemplares, salvo acaso en materia de obras audiovisuales (art. 92.2 pár. 2.º) o que dicho control se determine al establecer, en los términos del art. 43.1 LPI, «las modalidades de explotación expresamente previstas» en la cesión (47).

La comunicación pública representa un paso más que la reproducción por cuanto se trata de «todo acto por el cual una pluralidad de perso-

(46) De acuerdo con el concepto propuesto por F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Com. LPI*, cit., p. 353, que compartimos.

(47) Sobre el agotamiento de la propiedad intelectual, *vid.* F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 378-379, y A. DELGADO PORRAS, «El control del autor sobre la utilización de los ejemplares de su obra. La experiencia española», en *I Congreso Iberoamericano*, I, cit., pp. 523 y ss., en concreto 539, donde sugiere la solución apuntada en el texto. Es contrario a este control, con toda razón, C. ROGEL VIDE, *El derecho de distribución de las obras del espíritu y su extinción en el Derecho comunitario y en el español*, en *RDP*. 1992, p. 811 y ss.

nas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas» (art. 20.1), y difiere, por la mencionada distribución, de la publicación (art. 4.º, parte 2.ª); con todo, la comunicación no es pública si se limita a un ámbito estrictamente doméstico, esto es, no integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo (art. 20.2). Dada esta amplitud, hay que entender por red de difusión «cualquier conexión —por hilo o sin hilo— de varios domicilios a un mismo centro de producción o de distribución de programas» para la emisión de imágenes y/o sonidos al público y que el llamado vídeo comunitario constituye, en consecuencia, un supuesto claro de comunicación pública (48). En particular, el art. 20.2 LPI considera que son actos de comunicación pública, asimismo, los siguientes: las representaciones escénicas y la ejecución de obras literarias, dramáticas y musicales por cualquier medio; la proyección de obras audiovisuales; la radiodifusión u otro medio de difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, incluyendo la producción de señales desde una estación terrestre hacia satélites de radiodifusión o de telecomunicación; la transmisión por hilo, cable, fibra óptica o procedimiento análogo, sea o no mediante precio; la retransmisión de obras radiodifundidas o televisadas por Entidad distinta de la de origen; la transmisión de obras difundidas por radio o televisión en lugares accesibles al público; la exposición de obras plásticas originales o reproducidas, y, por último, el acceso a bases de datos protegidas por medio de la telecomunicación.

La transformación de la obra consiste en su traducción, adaptación o cualquier otra modificación de la que resulte una obra diferente, a saber, una obra compuesta (art. 9.º), una obra derivada (arts. 11 y 12) o, en fin, una obra en colaboración (art. 7.º), que examinamos en los supuestos de coautoría. Recordemos que un caso especial de transformación, situado a medio camino entre las obras originales y las derivadas, es la parodia (49). En todos los supuestos de transformación coexisten los derechos de autor, y en particular las facultades de explotación, sobre la obra transformada y la *nova specie* (art. 21.2), salvo que se trate de la transformación de una obra preexistente en una obra audiovisual, en cuyo caso se presumen cedidos al productor las facultades de reproducción, distribución, comunicación pública, doblaje y subtítulo, menos la edición gráfica y la representación escénica (art. 89.1 y 2), o de la adaptación de un programa de ordenador para la utilización exclusiva por el usuario que, por excepción, no constituye legalmente una transformación del mismo (art. 99.4).

En fin, el art. 22 LPI contempla el llamado derecho de colección, en virtud del cual puede el autor publicar sus obras reunidas en colección escogida o completa, a pesar de haber cedido las facultades de explotación concernientes a cada una de ellas. A la vista de esta anomalía,

(48) En este sentido, A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 33.

(49) De acuerdo con la concepción de S. DÍAZ ALABART, *La parodia*, cit., p. 205 y *Com. LPI*, cit., p. 598.

se ha dudado de su naturaleza patrimonial y se ha pensado que la figura está muy próxima a las facultades personalísimas por ser exclusiva del autor y no de sus herederos, por ser una concesión a los autores de prestigio y por no estar mencionada expresamente en el art. 17 LPI; de aquí se ha concluido que esta facultad es irrenunciable e intransmisible, al menos, *inter vivos* (50). Sin embargo, ni la duda, ni la conclusión, están, a nuestro juicio, justificadas. En cuanto a la primera, la colocación sistemática de la figura constituye un índice claro de que se trata de una facultad de explotación, a la vez que la excepcionalidad del art. 14 LPI impide trasladar por analogía los caracteres de las facultades personalísimas a otras no contempladas en concreto por él; por lo que respecta a la indisponibilidad de esta facultad, no sólo choca con el art. 20 del Reglamento de 1880, sino que contrasta con los elocuentes arts. 24.3, 55 y 90.2 párr. 2.º LPI, que la consagran expresamente por actos entre vivos (51), al tiempo que el art. 21 del citado Reglamento admite su transmisión *mortis causa*. Por eso, hay que entender que la facultad de colección es una facultad típica de explotación de las obras, la cual se rige por las reglas propias de las facultades de esta índole, señaladamente, en lo que concierne a su transmisión, lo mismo *inter vivos* que *mortis causa*, y a su duración, por lo que pasa a los sucesores del autor igual que las demás facultades de explotación.

Por su parte, los derechos de remuneración son estos dos: el derecho de participación o secuencia y la remuneración compensatoria por copias de uso privado; ambas figuras se han reformado por la Ley 20/1992 (52), en cuya virtud se han suprimido los Reales Decretos 395/1988 y 287/1988, que establecían el desarrollo reglamentario de los dos supuestos, y se han sustituido por el vigente Real Decreto 1434/1992.

El primero de estos derechos consiste en la facultad irrenunciable del autor de obras plásticas de participar en el precio de reventa de las mismas, que supere un importe mínimo y se realice en pública subasta, establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o de un agente comercial, salvo que se trate de artes aplicadas (art. 24.1); aunque de evidente contenido patrimonial, esta facultad es indisponible *inter vivos*, pero, tras la recordada reforma, transmisible *mortis causa* por sesenta años a los herederos del autor (art. 24.3). El tipo de

(50) En tal sentido, F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 431-432 y 435-436; comparte las dudas, pero no la conclusión, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 196.

(51) Como advierte, entre otros argumentos, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 197.

(52) Se trata del Proyecto de Ley de 27 de diciembre de 1991 que fue aprobado, con leves pero significativas variaciones, por la Ley 20/1992, de 7 de julio; es de notar —y agradecer— que la Ley tiene una Exposición de motivos sobre las distintas modificaciones que introduce. Para su gestación y significado, en lo que concierne al *droit de suite*, vid. R. CASAS VALLÉS, *Notas al proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con el derecho de participación de los artistas plásticos* (art. 24 LPI), en ADC. 1992, pp. 155 y ss.

la participación es ahora del 3 por 100 y el precio mínimo de la obra revendida es de 300 mil pesetas (art. 24.2), cifras que se revisarán cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (Disp. ad. 7.^a). Los revendedores deben comunicar la venta de la obra en el plazo de dos meses directamente al autor o por medio de la Entidad de gestión a la que pertenezca; facilitar la información precisa para la liquidación; retener el importe de la participación, además de ponerlo a disposición del autor, presumiblemente a través del mismo procedimiento, y en caso que actúen por encargo del vendedor responden solidariamente con éste (art. 24.4). Por último, la acción prescribe en tres años desde la notificación de la reventa, transcurridos los cuales, si no hay reclamación, el importe de la participación se destina al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, que ha creado la Ley 20/1992 (art. 24.5) y cuyos fines son los que determine la Comisión administradora adscrita al Ministerio de Cultura, a iniciativa del representante de las Entidades de gestión y al objeto de impulsar, fomentar y apoyar la creatividad en el campo de las artes plásticas; el Fondo se nutre de los derechos de participación no reclamados o no abonados a los autores o a sus derechohabientes en el mencionado plazo de tres años (art. 7.^o Real Decreto 1434/1992).

Una figura semejante es la facultad de remuneración prevista por el art. 90 para los coautores de las obras audiovisuales y para los autores de obras transformadas en otras en esta índole, aunque sean de nacionalidad extranjera (art. 145.2), por la proyección de tales obras en lugares públicos, o idóneos para la proyección pública, cuyo importe varía según se exija o no el pago de un precio de entrada; si se exige el precio, la remuneración consiste en un porcentaje (1,55 por 100 según el Decreto 307/1967, de 16 de febrero, descontados los impuestos) de los ingresos obtenidos (art. 90.2 párr. 1.^o), mientras que, si la exhibición es gratuita, se limita a las tarifas generales de la correspondiente Entidad de gestión (art. 90.3). En ambos casos, hay que entender que el exhibidor puede deducir el importe de esta remuneración del precio que debe abonar a la empresa distribuidora de la obra proyectada (art. 90.2 párr. 1.^o *i.f.*) y debe poner periódicamente a disposición de los autores las cantidades recaudadas, bajo el procedimiento de control que reglamentariamente se establezca (art. 90.2 párr. 3.^o), en tanto que el productor de la obra debe facilitarles, además, la respectiva documentación (art. 90.4). No están sujetas a esta especial remuneración las obras audiovisuales de carácter publicitario (art. 90.5), que se rigen por la Ley General de Publicidad, de 11 de noviembre de 1988. En fin, recordemos que esta facultad, con ser de una clara patrimonialidad, es personalísima, puesto que se declara irrenunciable e intransmisible *inter vivos* (art. 90.2, párr. 2.^o, 1.^a parte), aunque se transmite por causa de muerte, conforme a la regla general del art. 42 LPI; sólo por excepción cabe que se ceda a cambio de una cantidad alzada, en caso que la obra audiovisual se exporte de España a un país en que sea imposible o difícil su ejercicio (art. 90.2, párr. 2.^o, 2.^a parte). No obstante, esta indisponibilidad se ha entendido, de forma estricta, referida solamente a los contratos de producción de obra au-

divisual o de transformación de una obra preexistente que celebran los respectivos autores con el productor, pero no a los que éste pacte con el editor o distribuidor de la obra audiovisual, con la consecuencia de que estos cesionarios, en cuanto actuales titulares de la facultad que nos ocupa, pueden también beneficiarse de la indisponibilidad (53), consecuencia que nos parece muy discutible ya que trasciende la *ratio* protectora de los autores; sin embargo, nada impide que el autor, una vez que se haya producido el ingreso correspondiente, renuncie al mismo (54), dentro de los límites impuestos por el art. 6.º.2 del Código civil. En fin, esta facultad no se ha modificado por la Ley 20/1992.

Finalmente, la remuneración compensatoria se justifica por ser un precio o contrapartida de la licencia legal de copia privada que permite el art. 31.2.º LPI (55), siempre que se realice con técnicas no tipográficas; así lo proclama la nueva redacción del art. 25.1 LPI, a cuyo tenor se trata de «una remuneración dirigida a compensar, anualmente, los derechos de propiedad intelectual dejados de percibir por razón de la expresada reproducción».

De acuerdo con el nuevo texto, la remuneración se configura como un derecho de crédito que se genera por la reproducción de las obras publicadas en forma de libro, o asimiladas reglamentariamente—esto es, las obras educativas publicadas en fascículos numerados o fechados con una periodicidad entre uno y seis meses y de al menos 48 páginas (art. 9.3 Real Decreto 1434/1992)—, así como de los fonogramas, videogramas o de cualquier otro soporte semejante; se determina por la fabricación o la importación de aparatos idóneos para la misma y se debe ejercer necesariamente a través de las Entidades de gestión (art. 25.1); se excluyen, de forma expresa, los programas de ordenador (art. 25.2).

Por eso, son deudores de la remuneración los fabricantes españoles y los importadores de los aparatos para su distribución comercial y utilización en territorio español, en tanto que los acreedores son los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, editores, y productores de fonogramas y

(53) En este sentido, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *El derecho de remuneración*, cit., p. 108.

(54) Así opina N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., p. 1275.

(55) Tal es la configuración que impera sobre la naturaleza de esta remuneración; *vid.* F. BONDÍA ROMÁN, *op. cit.*, p. 268, A. DELGADO PORRAS, *Panorama de la protección*, cit., p. 47, y M. VALLÉS RODRÍGUEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 462-463. Critica la remuneración compensatoria la Comisión de la CEE, *Libro verde sobre los derechos de autor y el reto de la tecnología. Temas relativos a los derechos de autor que exigen una actuación inmediata*, Bruselas, 1989, pp. 99 y ss., en lo que concierne a la reproducción privada del material audiovisual; asimismo, C. ROGEL VIDE, *La copia privada*, cit., pp. 627 y ss. Desde la óptica del análisis económico, se justifica, un cambio, a juicio de F. GÓMEZ POMAR, *La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia*, en *RCDI*. 614 (1993) pp. 165 y ss.

videogramas (art. 25.3). El importe total de la remuneración varía en función de la capacidad de reproducción de los distintos tipos de aparatos; así, en materia de libros oscila entre 7.500 y 37.000 pesetas según la velocidad de copia, mientras que los equipos de reproducción de fonogramas y videogramas deben pagar 100 y 1.100 pesetas por unidad y los de reproducción sonora y visual o audiovisual 30 y 50 pesetas por hora de grabación (art. 25.4); cantidades que se deben revisar cada dos años (Disp. ad. 6.^a).

La cuota anual se puede establecer de forma directa por los interesados o subsidiariamente, a falta de acuerdo en el primer bimestre de cada año, por un mediador designado por el Ministerio de Cultura, que debe resolver en un plazo máximo de tres meses y cuya resolución se considera de carácter mínimo y no excluye las acciones de las Entidades —sólo de los acreedores, no de los deudores— ante la jurisdicción ordinaria (art. 25.5-7); en ambos casos, el acto debe formalizarse en escritura pública, con fuerza ejecutoria, y la cantidad fijada será líquida y exigible (art. 25.5, a pár. 2.^o, 6 pár. 2.^o y 8); en particular, las Entidades de gestión pueden requerir a los deudores la información que precisen, respetando la confidencialidad e intimidad mercantil (*sic*) (art. 25.9) (56).

Puede apreciarse fácilmente que todas estas facultades, unidas a las personalísimas que contempla el art. 14 LPI, multiplican notablemente las posibilidades de utilización económica que el ordenamiento reconoce al autor, e incluso cabe conjeturar que este abanico irá en aumento, al ritmo de la aplicación y comercialización de nuevas tecnologías, las cuales incrementan no sólo los supuestos de defraudación sino también las hipótesis de aprovechamiento y difusión de las obras (57). Observemos, en fin, que la minuciosa concreción de tales facultades, aunque contrasta con la simplicidad y la abstracción que caracterizan a la propiedad moderna (58), es la que permite configurar a los derechos de autor como una auténtica propiedad especial puesto que no son reconducibles, en términos generales, a la clásica facultad de disfrute que corresponde al dueño.

(56) Los arts. 9 a 38 del Real Decreto 1434/1992, regulan pormenorizadamente los supuestos excluidos, los equipos exceptuados, el criterio anual, la mediación del Ministerio de Cultura y la distribución de la remuneración compensatoria; para la crítica del régimen anterior, *vid.* J. P. ECHEVERRÍA, J. P. ECHEVERRÍA, «La copia privada y reprografía en España», en *I Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 599 y ss.

(57) Lo destacan quienes se ocupan de la propiedad intelectual y el desarrollo económico y cultural; *vid.* las ponencias recogidas en *Le droit d'auteur enjeu économique et culturel*, cit., pp. 143 y ss., y F. ZAPATA LÓPEZ, «Tecnología y derecho de autor en los países en desarrollo», en *I Congreso Iberoamericano*, I, cit., pp. 411 y ss.

(58) Como lo subraya con su habitual agudeza P. GROSSI, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, traducción y «Prólogo para civilistas» de A. López y López, Madrid, 1992, pp. 129 y ss.

B. Límites, duración y dominio público

Recordemos que las facultades de explotación, de acuerdo con el art. 17 LPI, pueden ser ejercidas por el autor o con la autorización del mismo, «salvo los casos previstos en la presente Ley». La salvedad alude a las limitaciones a la propiedad intelectual previstas por el art. 2.º LPI en concordancia con el art. 348 párr. 1.º Cc., las cuales se desarrollan en un sentido amplio comprensivo de la temporalidad y la extinción, por los arts. 26 a 41 LPI, y en concreto por los límites establecidos en los arts. 31 a 40 LPI.

En cuanto a estos últimos, se ha observado con toda razón que no se trata de verdaderos límites de la propiedad intelectual sino de una serie de hipótesis que habilitan *ex lege* para la libre utilización de la obra y cuyo contenido y alcance está en función de la naturaleza de la misma (59). En otras palabras, se trata más bien de las limitaciones legales que, junto a la duración y el dominio público, conforman el contenido normal de los derechos de autor, y en este sentido actúan la función social del instituto (art. 33.2 CE) y no comportan privación o expropiación de un supuesto contenido preexistente (art. 33.3 CE). Por eso, nos parece francamente dudoso el fundamento constitucional de las compensaciones económicas dirigidas a remunerar la utilización libre de las obras en los casos permitidos por la LPI; es el caso emblemático de la remuneración compensatoria por la copia de uso privado que acabamos de estudiar (art. 25). Con todo, se ha señalado acertadamente también que la utilización libre no es absoluta sino que está limitada por el *fair use* en los casos en que la LPI la permite, el cual, más que límite, es en realidad un «paliativo, moderación o límite a los límites» de la propiedad intelectual, que impide la utilización abusiva de las obras en los distintos supuestos en que no se requiere el consentimiento o la autorización del autor (60).

Aparte de la divulgación de obras inéditas que conocemos (art. 40 LPI), estos supuestos se refieren a las distintas facultades de explotación y se pueden agrupar en cuatro clases según la facultad que resulte afectada, a saber: a) la facultad de reproducción se limita en los supuestos de copia permitida, cita y reproducción en bibliotecas (arts. 31, 32 y 37); b) las facultades de reproducción, distribución y comunicación pública se restringen en relación con las obras sobre temas de actualidad, noticias y las situadas en vías públicas (arts. 33, 34 y 35); c) la facultad de comunicación pública se comprime en los casos de emisión por cable o radiodifusión y de ejecución de obras musicales en actos oficiales y religiosos (arts. 36 y 38); d) la facultad de transformación

(59) Observación debida a R. DE ANGEL YAGÜEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 551 y ss., en concreto 563 y 576.

(60) En este sentido, C. ROGEL VIDE, «De los límites a las infracciones del derecho de autor en España», en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, cit., pp. 779 y ss., en particular 787.

se cercena en el caso de la parodia (art. 39). Veamos esquemáticamente el régimen aplicable a estas categorías.

a) El primer supuesto consiste en la reproducción sin autorización del autor en procedimientos judiciales o administrativos (art. 31-1.º) o para uso privado de invidentes (art. 31-3.º) u otros minusválidos (61) o del propio copista, esto es, «siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa» (art. 31-2.º). El uso privado no se debe confundir con el uso personal, pues es algo más amplio y comprende al círculo familiar del copista; en el caso de las personas jurídicas, incluye a los órganos, pero no a los socios y dependientes (62); tampoco debe confundirse este supuesto con la remuneración compensatoria, que no implica una expropiación o una hipótesis de responsabilidad objetiva (63), sino que es el precio de la licencia obligatoria que esta limitación legal comporta (64). Estamos aquí, en definitiva, ante el agotamiento de la facultad de reproducción que, a semejanza del art. 19.2 LPI, se extingue con la enajenación de los ejemplares y no permite al autor el control del destino ulterior de la obra.

Parecido es el caso de la reproducción de obras en museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o pertenecientes a entidades culturales o científicas pues el autor tampoco puede oponerse a ella; la reproducción debe reunir, sin embargo, dos requisitos, a saber: ha de realizarse sin fin de lucro y sólo para fines de investigación (art. 37). Asimismo, es lícita la cita, es decir, la inclusión en obra propia de fragmentos procedentes de obras ajenas ya divulgadas para su análisis, comentario o juicio crítico; también hay aquí dos requisitos, a saber: la cita sólo puede hacerse con fines de docencia e investigación y en la medida o extensión determinada por dicho fin, y debe indicar el autor y la obra citada. Nótese que cabe la cita de cualquier tipo de obras y que las recopilaciones periódicas en forma de reseñas o revistas de prensa se asimilan a las citas (art. 32); es el caso, por ejemplo, de la llamada «revista de revistas».

b) Hay obras que en ciertos casos pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas públicamente sin el consentimiento o la autorización del autor; la casuística es la siguiente. En primer término, los trabajos y artículos publicados en los medios de comunicación social, bajo estas condiciones: que se publiquen de nuevo en otros medios de comunicación; que se indique la fuente y el autor si el trabajo primitivo apareció firmado; que se remunere al autor por el precio pactado o, a falta de acuerdo, un precio equitativo; que los derechos de la publica-

(61) Bien lo advierte F. LLEDÓ YAGÜE, *Com. LPI*, cit., p. 508.

(62) Como advierte C. ROGEL VIDEL, *La copia privada*, cit., p. 610.

(63) Según sostiene, respectivamente, A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 47, y «La "copia privada" en España», en *RIDA*, 1990, pp. 7 y ss.; crítica con razón esta última concepción C. ROGEL VIDEL, *La copia privada*, cit., pp. 624 y ss.

(64) C. ROGEL VIDEL, *La copia privada*, cit., p. 622, habla al respecto de regalía.

ción primitiva no se hayan reservado expresamente (art. 33.1). Por otra parte, las conferencias, alocuciones, informes judiciales y discursos parlamentarios, siempre que se hayan pronunciado en público y con la finalidad de informar sobre la actualidad y sin perjuicio de la facultad de colección correspondiente al autor (art. 33.2). Además, cualquier obra susceptible de ser vista u oída al objeto de informar sobre acontecimientos de actualidad —las noticias— y en la medida marcada por la finalidad informativa (art. 34). Por último, las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales; en este caso, la utilización es enteramente libre (art. 35).

c) La comunicación pública puede consistir, según vimos, en la emisión por difusión inalámbrica o por radiodifusión y una vez autorizada no requiere nuevo consentimiento, en el primer caso, para transmitir la obra por cable dentro de la zona autorizada (art. 36.1) o ser incorporada a un programa dirigido hacia un satélite que permita la recepción de la obra a través de entidad distinta de la de origen (art. 36.2), y en el último, para registrar la obra por la entidad autorizada y emitirla por una sola vez; las emisiones ulteriores requieren, sin embargo, nueva cesión de las facultades de reproducción y de comunicación pública (art. 36.3). Asimismo, puede tratarse de ejecuciones musicales, las cuales pueden realizarse también sin autorización, si concurren estas tres circunstancias: que se produzcan en actos oficiales de las Administraciones públicas o en ceremonias religiosas; que el público asista gratuitamente; que los artistas no cobren de forma específica por la ejecución (art. 38).

d) Por último, mediante la parodia se puede transformar o imitar obras divulgadas sin el consentimiento del autor de las mismas, con estos tres requisitos: que no exista riesgo de confusión entre la obra nueva y la imitada, pues, en caso contrario, habría plagio; que no se perjudique al autor de la obra transformada, y que no se cause daño a esta última (art. 39). Recordemos que coexisten aquí los derechos de autor sobre las dos obras con plenitud e independencia, pero se ha observado que, de hecho, la parodia puede impulsar una especie de *revival* de la obra imitada, acaso de magnitud económica importante; por eso, se ha sugerido que el autor de la obra original debería participar en los beneficios obtenidos con la parodia, en una medida equitativa, a falta de un improbable acuerdo, «evitando así el enriquecimiento injusto del parodista frente a la indefensión que en el plano puramente económico sufre el autor original» (65).

Con todo, la principal limitación es la temporalidad de las facultades de explotación, nota que, junto al contenido, viene a completar la peculiar fisonomía de esta propiedad especial. La duración de dichas

(65) En este sentido, S. DÍAZ ALABART, *La parodia*, cit., p. 209 y *Com. LPI*, cit., pp. 600-601.

facultades, según vimos, está sujeta al plazo general de la vida del autor y sesenta años después de su muerte natural o, en su caso, la fecha de la muerte presunta fijada en la declaración judicial de fallecimiento (art. 26), salvo respecto a los programas de ordenador en que el plazo se reduce a cincuenta años desde su publicación o creación (art. 97) y sin perjuicio de los términos especiales previstos por el Libro II de la LPI. Se ha acortado, pues, la duración establecida por la legislación anterior en veinte años, lo que no contradice una supuesta tendencia del Derecho europeo a ampliar la duración de los derechos de autor, sino que, por el contrario, se sitúa en el medio —no en la media estadística— entre los setenta años del Derecho alemán y el medio siglo que impera en la mayor parte de Europa occidental (66), y todavía supera en diez años el término marcado por el art. 7.º del Convenio de Berna. En definitiva, los sesenta años *post mortem auctoris* siguen siendo comparativamente largos.

Especial atención se ha puesto en la determinación del *dies a quo*, que se ha fijado, derogando la regla general de fecha a fecha prevista por el art. 5.º.1 Cc, en el día primero de enero del año siguiente al de la muerte o declaración de fallecimiento del autor o al de la divulgación, publicación o creación de la obra (arts. 30 y 97). Sin embargo, existen reglas especiales para las obras divulgadas después de la muerte, las obras seudónimas y anónimas y los distintos supuestos de coautoría. Así, en el primer caso, si la obra se divulga dentro de los sesenta años siguientes a la muerte del autor, la duración de los derechos de explotación se cuenta desde la fecha de la divulgación (art. 27.1); en el segundo caso, rige la misma regla, sólo que, si el autor de la obra seudónima o anónima es conocido antes de cumplirse los sesenta años desde la divulgación, el plazo se cuenta desde su muerte o declaración de fallecimiento, pero, si la identidad del autor se revela después de transcurridos los sesenta años, sus facultades de explotación deben coexistir con las adquiridas, de acuerdo con el art. 6.º.2 LPI, por la persona natural o jurídica que haya divulgado la obra seudónima o anónima (art. 27.2, párr. 1.º y 2.º). Por último, en las obras en colaboración el plazo se computa desde la muerte del último coautor (art. 28.1), mientras que en las obras colectivas, desde su divulgación (art. 28.2), en tanto que en las obras independientes, desde la muerte o declaración de fallecimiento de cada autor (art. 28.3), regla que rige, en particular, para los anuarios, apéndices y complementos (art. 29.2); en cambio, en las obras publicadas por partes, volúmenes o entregas, el plazo se cuenta desde la publicación del último (art. 29.1).

(66) En cambio, afirma dicha tendencia N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI, cit.*, pp. 629-630, y destaca la línea media C. LASARTE ALVAREZ, *Com. LPI, cit.*, p. 481, donde escribe: «En todo caso, tampoco puede considerarse injusto el haber reducido el plazo de protección *post mortem* de ochenta a sesenta años, ya que realmente los causahabientes del autor cuentan con un período más que suficiente para obtener el rendimiento económico de una obra que, en definitiva, tampoco ellos han generado o han creado».

Una vez transcurrido el plazo de duración, las facultades de explotación se extinguen y la obra pasa al dominio público, pudiendo ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete, como sabemos, la paternidad e integridad de la misma (art. 41). Estamos aquí ante un dominio público *sui generis*, parecido al contemplado por el art. 339.1.º Cc, que no confiere al Estado derecho alguno sobre las obras y que habilita, al propio tiempo, su utilización gratuita y libre por cualquiera; su *ratio* es, en teoría, el interés general de facilitar, en aplicación del art. 44.1 CE, el acceso a la cultura (67), si bien de hecho, como se ha señalado con toda razón, «el pase al *dominio público* no significa realmente el engrandecimiento cultural del país, sino el aprovechamiento por las estructuras editoriales que, en todo caso, ofrecen cultura algo más barata, pero siempre con un claro matiz de aprovechamiento económico» (68). Lo que la LPI propicia al conferir un derecho autónomo a los editores de obras inéditas que estén en el dominio público (art. 119) y se ha potenciado por la reforma de 1992 (art. 119.2).

C. Transmisión y cesión

Las facultades de explotación, salvo prohibición expresa (arts. 24.3 y 90.2 pár. 2.º), son transmisibles, lo mismo por causa de muerte que por actos entre vivos.

Dada la remisión implícita que contiene el art. 42 LPI, la transmisión por causa de muerte se rige por las reglas generales del Derecho de sucesiones, que se contemplan tanto en el Código civil como en las distintas Compilaciones forales o especiales. De aquí que la vocación a suceder en la titularidad de estas facultades pueda ser legal, testamentaria o, en su caso, contractual y que el llamamiento pueda ser a título de heredero o de legatario; ha desaparecido, pues, el antiguo derecho de reversión de los legitimarios, cuya derogación no parece ser dudosa ya que la Disp. tr. 1.ª.2 LPI sólo mantiene en vigor la duración anterior de las facultades de explotación, pero no otros extremos —como éste— derivados de las mismas (69). Ante la clara naturaleza sucesoria del supuesto que contempla el citado art. 42, hay que entender que el causante de esta sucesión sólo puede ser el autor y quienes le sucedan, siempre por vocación hereditaria, durante la vigencia de las facultades de explotación; esta transmisión no puede presentarse, por consiguiente, por la muerte del cesionario del autor, salvo que provoque la disolución o el cambio de titularidad de su empresa (art. 49 pár. 3.º y 50.1 *i.f.*), porque la cesión no exclusiva confiere una titularidad intransmisible (art. 50.1) y la cesión exclusiva, aunque se puede trans-

(67) Para esto, N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., p. 631 y ss.

(68) Así lo ha puesto de relieve C. LASARTE ALVAREZ, *Com. LPI*, cit., p. 481.

(69) De otra opinión, P. DE PABLO CONTRERAS, *Com. LPI*, cit., pp. 654-656.

ferir con el consentimiento expreso del cedente (art. 49 párr. 1.º), se refiere únicamente a la transmisión *inter vivos* (70). Con todo, el *de cuius* puede disponer libremente, guardando el respeto debido a la legítima, de las facultades de explotación relativas al conjunto de las obras o respecto de cada una de ellas; en particular, cabe el legado de cada facultad o de cada modalidad de explotación, pero las que aparezcan después de la muerte del autor corresponden a los herederos, y no al legatario favorecido, salvo voluntad contraria del testador (71).

Aunque la LPI no se ocupa del estado civil del autor, conviene aludir aquí a la propiedad intelectual en el régimen económico del matrimonio, puesto que no sólo hay que liquidar los gananciales en la partición, si existen, sino que el matrimonio, como se sabe, sujeta los bienes de los cónyuges a un régimen especial en vida de los mismos. Así, es claro que los rendimientos obtenidos con la explotación de las obras se deben sujetar al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318 párr. 1.º Cc); por eso se ha pensado que el autor casado puede ver restringidas las facultades personalísimas de divulgación y arrepentimiento si el inédito, la no reedición o la retirada del comercio perjudica los intereses del otro cónyuge (72). Solución extrema que, dado el derecho constitucional a la creación intelectual (art. 20.1.b CE), sólo cabe admitir con carácter subsidiario y a falta de otros bienes que permitan asegurar al autor el cumplimiento de esta obligación legal (art. 1318 párr. 2.º Cc). Es posible, además, que estos rendimientos queden sometidos a la responsabilidad subsidiaria por los actos realizados por el cónyuge no autor en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1319 párr. 2.º Cc).

Pero, salvo estas limitaciones, los distintos regímenes no parecen afectar a los derechos de autor y, en particular, al libre ejercicio de las facultades de explotación. Así, en los regímenes de participación y de separación es indudable que cada cónyuge puede administrar sus obras con independencia respecto del otro ya que cada uno ostenta la titularidad y libre disposición de sus bienes (art. 1412 y 1437 Cc); en cambio, en la sociedad de gananciales el régimen de la propiedad intelectual será distinto según se la considere bien ganancial o bien privativo, punto en el que se advierte una evolución llamativa que va de la primera a la última consideración. En efecto, tras la reforma de 1981 se ha descartado la tesis de la ganancialidad que prevalecía en la doctrina anterior y se ha entendido acertadamente, a nuestro juicio, que la propiedad intelectual entera —comprendidas las facultades personalí-

(70) Lo entiende en sentido opuesto P. DE PABLO CONTRERAS, *Com. LPI*, cit., p. 648; también S. CAVANILLAS MUJICA, *Com. LPI*, cit., p. 756; como en el texto, en cambio, A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., pp. 72 y 69.

(71) Como observa, con acierto, P. DE PABLO CONTRERAS, *Com. LPI*, cit. pp. 651-652, para el supuesto en que el causante sea el autor o sus herederos.

(72) Es la tesis de J. RAMS ALBESA, *Bienes privativos personalísimos. (Análisis del art. 1346.5.º y 6.º del Código civil)*, Madrid, 1987, en especial p. 69 y ss., que recoge y comparte C. ROGEL VIDE, *Bienes gananciales*, cit., p. 1868 y ss.

simas y las de explotación— es un bien privativo que encaja en el art. 1345.5.º Cc, en tanto solamente los rendimientos de la explotación deben considerarse gananciales, conforme al art. 1347.2.º Cc, dado que se trata de rentas producidas por este bien privativo (73). En contrapartida, los gastos de producción y explotación de las obras son de cargo de los bienes comunes, lo mismo entre los cónyuges que frente a terceros (arts. 1362.3.º y 1365.2.º Cc), por formar parte de la administración ordinaria de los bienes propios. Que las facultades de explotación y sus frutos y rentas se sometan a regímenes diversos, lo demuestra con nitidez la disciplina del embargo de los derechos de autor (art. 53.2 LPI); sin embargo, no parece que la remuneración a tanto alzado deba estimarse privativa por el juego de la subrogación real (74), pues, aparte de tratarse de una hipótesis excepcional, no hay razón convincente para distinguirla de las demás rentas y es francamente dudoso que la venta de los derechos de autor —que esta opinión presupone— pueda tener cabida en la vigente LPI. En definitiva, la propiedad intelectual no difiere de los demás bienes que integran el patrimonio propio o privativo de cada cónyuge, cualquiera que sea el régimen matrimonial del autor, lo cual viene a corroborar, en otro orden de cosas, la neta patrimonialidad de las facultades personalísimas, tal y como habíamos anticipado.

La cesión es, por su parte, la denominación legal de la transmisión *inter vivos* de las facultades de explotación y en su virtud el cedente —el autor o sus sucesores— habilitan al cesionario —de ordinario, un profesional de la edición o un gestor de producciones culturales— para la utilización económica de la obra en el mercado; por eso, la cesión es la forma normal en que tales facultades se ejercitan y es también el título habitual bajo el que las obras circulan en el tráfico. La figura se regula con carácter restrictivo y acusadamente imperativo por las disposiciones generales de los arts. 43 a 57 LPI, las cuales se limitan, sin embargo, a consagrar unos beneficios irrenunciables por el cedente (art. 55), son supletorias de las normas especiales de los contratos típicos (art. 57 párr. 1.º) y se refieren al objeto (art. 43), consentimiento (arts. 44, 45 y 57 párr. 2.º), precio (arts. 46, 47, 53.2 y 54) y a las distintas modalidades de la cesión (arts. 48 y 53.1). Tal es, pues, el régimen genérico del ejercicio efectivo de las facultades de explotación; veamos brevemente sus reglas principales, prescindiendo de las previstas por el art. 56 LPI que ya conocemos.

De acuerdo con el texto legal, el objeto de la cesión se describe por los extremos esenciales de la duración, ámbito territorial y facultades y modalidades de explotación cedidas, los que deben establecerse de for-

(73) Para esta evolución, C. ROGEL VIDE, *Bienes gananciales*, cit., pp. 1825 y ss., con referencias muy completas; mantiene el mismo criterio P. DE PABLO CONTRERAS, *Com. LPI*, cit., pp. 656-657, texto y nota 36.

(74) Como estima, en cambio, C. ROGEL VIDE, *Bienes gananciales*, cit., pp. 1855 y 1862 y ss., con opiniones opuestas a su interpretación.

ma expresa en el contrato, supliéndose la falta de mención por medio de la integración o de la interpretación objetiva e integradora (75); así, mientras la omisión del tiempo limita la cesión al plazo de cinco años, y la del espacio al país o Estado donde se ha celebrado, las facultades o modalidades de explotación que no se indiquen de forma específica y concreta se contraen, en notable paralelismo con los arts. 1283 y 1286 Cc, a las que se deduzcan del propio contrato y sean indispensables para cumplir su finalidad (art. 43.2). En particular, es nulo el pacto positivo por el que el autor cede la explotación de las obras que pueda crear en el futuro (art. 43.3) y el pacto negativo por el que se obliga a no crear obras nuevas (art. 43.4); asimismo, la transmisión de las facultades de explotación no puede extenderse a modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al momento de la cesión (art. 43.5).

Varias son las consecuencias que se derivan de esto y que pueden puntualizarse así. De una parte, hay que entender que la cesión se configura como el tipo contractual único para la transmisión *inter vivos* de las facultades de explotación; de otra, se la puede definir como aquel contrato por virtud del cual el cedente transmite al cesionario, mediante un precio, determinadas facultades de explotación y sus correspondientes modalidades de utilización de una obra intelectual con el fin de que éste las ejercite dentro de un ámbito temporal y espacial también determinado; en fin, se desprende de aquí con nitidez que la causa de la cesión es la divulgación y consiguiente explotación de las obras, que algún autor ha elevado al auténtico espíritu o finalidad de la vigente LPI (76), de modo que, como se ha escrito, «ya no caben actos dispositivos que produzcan la total transmisión de los derechos patrimoniales de modo definitivo, como sucedía bajo la legislación derogada» (77).

Esto quiere decir, en particular, que la llamada venta de los derechos de autor o de la propiedad intelectual, aunque no se ha prohibido expresamente, debe ser excluida, pues, aparte de no amoldarse al régimen que examinamos, en especial sobre la temporalidad y el precio, comporta una transmisión de la propiedad ordinaria que es incompatible con la causa típica de la cesión (78); incluso quienes la admiten a favor del editor, estiman que, a falta de pacto expreso, habría que considerar sobreentendida la obligación del comprador de pu-

(75) Para el significado de estas categorías en nuestro Derecho, nos remitimos a nuestro estudio «La interpretación integradora del contrato en el Código civil», en *ADC*, 1987, pp. 495 y ss., y allí referencias.

(76) Aludimos a J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 190-192.

(77) En este sentido, J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Prólogo*, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 10.

(78) En parecidos términos, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 181 y ss., en especial 192; la admite, en cambio, M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Com. LPI*, cit., p. 667.

blicar la obra vendida (79), *facere* que, sin embargo, la transforma en un contrato atípico que habría que reconducir de nuevo al régimen genérico de la cesión. Y la cesión en globo de todas las facultades de explotación y de todas las modalidades de utilización conocidas al momento de la celebración, con la que se pretende eludir la anterior exclusión (80), no sólo tropieza con la insalvable *reductio ad minus* del art. 43.2 LPI sino que puede ocultar una renuncia anticipada a los beneficios de la explotación que prohíbe el art. 55 LPI. No es distinto el caso de la donación, que no consiente ser adaptada al régimen de la cesión (81), pues también transmite la propiedad ordinaria y choca, por ello, con la causa típica de la cesión. En el fondo, la necesidad práctica que se trata de resolver con estos contratos —la obtención de obras a bajo precio— acaso se puede atender mediante la promesa o precontrato de cesión, que posterga la eficacia de la misma hasta el momento que sea comercialmente oportuno y permite salvar los escollos de la incuestionable tipicidad única diseñada por el mencionado art. 43 LPI.

El consentimiento para otorgar la cesión se rige, en principio, por las reglas generales del Derecho común y exige, en consecuencia, plena capacidad de obrar; no obstante, el art. 44 LPI establece que los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, con vida independiente debidamente consentida o autorizada, «tienen plena capacidad para ceder los derechos de explotación». Regla un tanto inútil por reiterar los arts. 319 y 321 Cc, pero que, igual que el art. 7.º b del Estatuto de los trabajadores, viene a eliminar las limitaciones impuestas al emancipado por el art. 323 Cc, al que le confiere plena capacidad para ceder por sí solo las facultades de explotación (82).

Por otra parte, el contrato debe constar por escrito y si el cesionario se niega a extender el documento, el autor, previo requerimiento por cualquier forma fehaciente, puede instar su resolución (art. 45); además, la cesión de las distintas modalidades de explotación contempladas por el art. 57 pár. 1.º LPI, deben formalizarse en documentos independientes (art. 57 pár. 2.º). Pese al tenor literal de los preceptos aludidos, se ha entendido que se trata de una forma *ad probationem* y que las modalidades se refieren a las distintas facultades de explotación cedidas a través de los respectivos contratos típicos, pero no a to-

(79) Así opina M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *Com. LPI*, cit., p. 912; también G. MARCO MOLINA, *recensión de la monografía de J. M. RODRÍGUEZ TAPIA que acabamos de citar*, en *ADC*. 1993, pp. 856 y ss., en particular 859.

(80) Como sostiene R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *El derecho de remuneración*, cit., pp. 99-100.

(81) Según sugiere M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Com. LPI*, cit., pp. 671-672, en especial sobre la temporalidad.

(82) Concurdan al respecto J. PÉREZ DE VARGAS, «Consideraciones generales sobre el artículo 44 de la nueva Ley de Propiedad Intelectual», en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, cit., pp. 671 y ss., y M. DÍAZ DE ENTRESOTOS FORNOS, *Com. LPI*, cit., p. 691.

das y cada una de las diversas posibilidades técnicas de utilización o difusión de las obras (83).

Por último, el precio debe consistir por regla general e imperativa en una participación proporcional en los ingresos obtenidos por el cesionario por la explotación de la obra cedida (art. 46.1); sólo por excepción puede fijarse en un tanto alzado cuando la comprobación de los ingresos sea imposible y muy costosa, la obra sea accesoria de una actividad, objeto material u otra obra intelectual o se trate de la única o primera edición de obras tales como diccionarios, prólogos, ilustraciones, traducciones, ediciones baratas y, en general, obras científicas (art. 46.2). Como se ha observado, la elasticidad de estas excepciones recorta en buena medida la eficacia de la regla general (84). Con todo, si en los diez años siguientes a la cesión se produce una desproporción manifiesta entre la cantidad fija establecida y los ingresos obtenidos por el cesionario, cabe la revisión convencional del contrato y, a falta de acuerdo, la revisión judicial para que se fije una nueva remuneración equitativa en atención a las circunstancias del caso (art. 47). Revisión que sólo puede instar el autor y es forzosa para el cesionario (85). Esta remuneración goza, hasta el límite de dos anualidades, del mismo privilegio que los sueldos y salarios (art. 54), esto es, el privilegio general previsto por el art. 32.3 del Estatuto de los trabajadores (86), y es embargable asimismo como salario o sueldo (art. 53.2); a la vista de los topes establecidos por el art. 1451 LEC, se ha señalado que «como máximo se puede embargar todo el sueldo menos la cifra del salario mínimo interprofesional y un 10 por 100 de la cantidad que lo supere» (87).

Son las modalidades de la cesión las que permiten esclarecer su naturaleza jurídica y el significado técnico de la transmisión *inter vivos* de las facultades de explotación, pues la terminología legal que hemos venido empleando no es explícita ni unívoca; básicamente, no explica si la transmisión comporta o no una enajenación, ni tampoco si el cesionario ostenta un derecho real o personal sobre la o las facultades transmitidas.

Como es sabido, la LPI distingue estas dos modalidades, a saber: la cesión no exclusiva y la cesión en exclusiva. Ante todo, observemos que una y otra pueden acordarse como contratos autónomos o constituir un elemento natural de otros contratos, como sucede en los supuestos de presunción legal. Así, la reproducción de obras en publicaciones

(83) Sobre el primer aspecto, J. A. TORRES LANA, *Com. LPI*, cit., p. 700; para el segundo, J. J. HUALDE SÁNCHEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 867-868; coincide A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., pp. 63 y 54-56.

(84) En este sentido, J. A. TORRES LANA, *Com. LPI*, cit., pp. 715-716.

(85) Lo destaca J. A. TORRES LANA, *Com. LPI*, cit., pp. 720-722.

(86) Según J. GIL RODRÍGUEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 840 y ss.

(87) En tal sentido, M. AMORÓS GUARDIOLA, *Com. LPI*, cit., p. 831; advierte J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 141, que el embargo no comporta una cesión o subcesión sino una venta forzosa —si llega a producirse— de las facultades de explotación, lo que no compagina bien con su idea —que compartimos— de que la junta es contraria al espíritu de la LPI (*vid.* la *op. cit.* p. 192).

periódicas supone una cesión no exclusiva (art. 52) y la cesión del *software* al usuario se presume que es del mismo carácter (art. 99.1 párr. 2.º), mientras que se presumen exclusivas las cesiones comprendidas en una relación laboral (art. 51), en los contratos de producción y transformación de obra audiovisual (arts. 88 y 89) y en la cesión del autor de programas de ordenador a la empresa comercializadora de los mismos (art. 98); en cambio, en los contratos de edición y de representación, la opción por una u otra modalidad depende de la voluntad de los contratantes. Por otra parte, habida cuenta que la cesión exclusiva requiere que las partes la establezcan expresamente (art. 48 párr. 1.º), hay que entender que la cesión, por regla general, debe ser no exclusiva. Por último, conviene resaltar que estamos ante dos modalidades pertenecientes al mismo género de la cesión, pero no ante figuras diferentes — como se ha creído —, las cuales difieren, aparte del régimen, en que el cedente en exclusiva está más protegido que el que pacta una cesión no exclusiva, pues la explotación de la obra, con ser la causa genérica de toda cesión, es obligatoria en la primera y facultativa en la última (88).

En efecto, la cesión no exclusiva se caracteriza porque faculta al cesionario «para utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión y en concurrencia tanto con los cesionarios como con el propio cedente»; confiere una posición jurídica intransmisible, salvo por disolución o cambio de titularidad de la empresa del cesionario, lo que se extiende, en todo caso, a las cesiones concedidas por las entidades de gestión para la utilización de sus repertorios (art. 50.1 y 2).

Acaso por mimetismo con el Derecho extranjero, se ha pensado que aquí, más que una verdadera transmisión de facultades, hay solamente una simple autorización o licencia voluntaria por la que el cesionario vendría a ser una persona interpuesta que actúa en interés del cedente, pero en nombre propio; habría, pues, una especie de representación indirecta, que habilitaría al cesionario para exigir al cedente que deje de efectuar la explotación cedida (89). En el mismo sentido, aunque se ha estimado que el cesionario adquiere un derecho subjetivo oponible a todos, se ha entendido que este derecho no preexiste ni pertenece al cedente sino que surge *ex novo* con la cesión (90); pero este derecho, se ha apuntado, no es de naturaleza real y consiste tan sólo en una cesión de uso (91), y en parecidos términos se ha hecho notar que toda cesión confiere un derecho de uso y disfrute de las facultades de explotación cedidas (92). Por eso, esta construcción no es de compartir

(88) Lo ha puesto de relieve atinadamente M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *Com. LPI*, cit., p. 893.

(89) Tesis que sostiene A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., pp. 56-58.

(90) Así opina J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 73.

(91) Bien lo advierte M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *Com. LPI*, cit., p. 894.

(92) En este sentido, F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 335-336, aunque alude luego a la concesión de derechos de uso *ex art. 31 de la Ley alemana de propiedad intelectual de 1965*.

y parece ser más acorde con nuestro ordenamiento común reconducir la figura al campo de los derechos personales y, en concreto, al esquema locativo, pues la utilización económica de la obra que el cedente permite al cesionario en nada difiere del arrendamiento de cosas del Código civil (art. 1543), dado que éste no se obliga a llevar a cabo la explotación de la obra cedida. Por eso, aunque no sea exacto que estemos ante «un contrato mixto de arrendamiento (o análogo al arrendamiento) y de obra», es verdad que la cesión no exclusiva es «de naturaleza meramente obligacional, no dispositiva» (93).

Un supuesto concreto de cesión no exclusiva se presenta, salvo pacto en contrario, en la reproducción de obras en publicaciones periódicas, pues, a pesar de la cesión, el autor conserva la facultad de publicarlas en cualquier forma que no perjudique la anterior publicación; asimismo, al cabo de un mes desde el envío de la colaboración, si la publicación es diaria, o de seis meses, en los restantes casos, el autor puede disponer libremente de la obra; en fin, se permite en este supuesto que la remuneración se fije en un tanto alzado (art. 52). Es de notar que esta cesión no se rige, por regla general, por las disposiciones propias del contrato de edición (art. 59.3).

Algo más articulada es la disciplina de la cesión exclusiva que, aun cuando debe constar de forma expresa, no exige términos rituales (94); se define por el hecho de atribuir al cesionario la facultad de explotar la obra cedida con exclusión de cualquier otra persona, comprendido el cedente; también le faculta para otorgar cesiones no exclusivas a terceros (art. 48 párr. 1.º, 1.ª parte). Pero para transmitir su posición jurídica, en cambio, requiere consentimiento expreso del cedente y la omisión de este consentimiento le hace solidariamente responsable con los nuevos cesionarios frente a éste, salvo disolución o cambio de titularidad de su empresa (art. 49); como se ha señalado, tal consentimiento se requiere siempre pues la transmisión se efectúa o bien por la cesión del contrato o bien por un subcontrato de cesión (95). Asimismo, la cesión exclusiva legitima al cesionario para perseguir las violaciones a las facultades cedidas con independencia del cedente (art. 48 párr. 1.º, parte final). En contrapartida, aparte del precio, el cesionario se obliga a poner todos los medios necesarios para realizar la explotación, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la respectiva actividad profesional, industrial o comercial (art. 48 párr. 2.º).

También por reflejo del Derecho extranjero, se ha entendido que estamos aquí ante un raro supuesto de la llamada sucesión constitutiva en cuya virtud la cesión constituiría un nuevo derecho real a favor del cesionario sobre las facultades cedidas, las cuales, al no agotar el monopolio de explotación que retiene el cedente, permite mantener al au-

(93) Aludimos a la opinión de S. CAVANILLAS MUJICA, *Com. LPI*, cit., p. 756.

(94) Como ha observado S. CAVANILLAS MUJICA, *Com. LPI*, cit., pp. 730-731.

(95) En este sentido, S. CAVANILLAS MUJICA, *Com. LPI*, cit., pp. 752 y ss.

tor la propiedad intelectual de la obra cedida (96); de acuerdo con esta concepción, se ha explicado que el autor conservaría, a pesar de la cesión, además de las facultades no cedidas, un cierto control sobre las cedidas que se plasma en la posibilidad de exigir al cesionario los medios para explotar la obra y la expectativa de recuperar estas facultades una vez extinguida la cesión (97). Desde otro punto de vista, se ha estimado que existe aquí, por el contrario, una verdadera transmisión de las facultades cedidas, las cuales, por analogía con las patentes, pueden transmitirse por todos los medios reconocidas en nuestro ordenamiento y también ser objeto de licencias y de usufructo (98). Pero como dijimos a propósito de la cesión no exclusiva, resulta más acorde con nuestro Derecho común entender que dicha transmisión se traduce en un derecho de uso y disfrute de las facultades cedidas (99), y por eso se ha negado acertadamente, a nuestro juicio, que el editor adquiriera un *ius in re aliena* y se ha aproximado el contrato de edición al arrendamiento de cosas, señalándose que la legitimación del cesionario para perseguir las violaciones recuerda la del arrendatario para rechazar las perturbaciones de hecho (art. 1560 Cc) (100), de la misma manera que la solidaridad por transmisión incontentada guarda relación con el subarriendo (art. 1551 Cc) y el submandato (art. 1722 Cc). En esta línea, se ha observado atinadamente que el consentimiento del autor cedente para la transmisión no se debe a que las facultades cedidas sigan perteneciéndole sino a que se transmite la totalidad del contrato, incluyendo la posición deudora (art. 1205 Cc); pero, aparte de admitirse la enajenación por la compraventa *sui generis* que hemos descartado antes, se ha visto aquí de nuevo «un contrato mixto, compuesto por un arrendamiento de obra o de servicios» (101). A nuestro juicio, la obligación de explotar la obra que incumbe al cesionario, excluye al arrendamiento de obra por ser una obligación de medios y no de resultado y no se compadece con el arrendamiento de servicios por ser parte de la contraprestación del uso y disfrute conferido al cesionario; por el contrario, tal obligación acentúa aquí el paralelismo de la cesión exclusiva con el arrendamiento de cosa productiva, como el arrendamiento rústico (art. 1.º LAR).

(96) Propone esta construcción A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., pp. 58-60.

(97) Así J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 211, lo que es cierto, pero se debe al contenido de la cesión exclusiva y a la elasticidad de la propiedad intelectual; sobre esta característica, J. L. LACRUZ BERDEJO, *Com. LPI*, cit., p. 41.

(98) Vid. C. ROGEL VIDE, *Bienes gananciales*, cit. p. 1843, nota 43, y *El derecho de distribución de las obras del espíritu*, cit. p. 812, nota 3; en el mismo sentido, C. ROGEL VIDE, *Bienes gananciales*, cit., p. 1843, nota 43; en el mismo sentido, señala N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., p. 1248, que en el contrato de producción de obra audiovisual hay una transmisión y no una mera licencia; contrario al usufructo se muestra, en cambio, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 63 y ss.

(99) Conforme a la acertada intuición de F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Com. LPI*, cit., p. 335.

(100) En este sentido, M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *Com. LPI*, cit., p. 895.

(101) Asimismo, S. CAVANILLAS MUJICA, *Com. LPI*, cit., p. 733.

Un caso particular de cesión exclusiva presunta es el que, a falta de pacto escrito, se da en la creación de obras en virtud de una relación laboral, esto es, tanto las obras encargadas por el empresario como las creadas por el trabajador dentro de la actividad habitual de la empresa, también por encargo del empresario o por la iniciativa del propio trabajador (102). La cesión tiene el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario, en el momento en que se le entregue la obra, y en ningún caso puede utilizarla o disponer de ella para fines diferentes; esta cesión se rige, en cuanto a la capacidad, precio y contenido por las reglas propias de la cesión exclusiva (art. 51). Idéntico es el caso del autor asalariado de programas de ordenador, sólo que aquí la cesión presunta es más amplia al no estar limitada por la finalidad de la empresa y cercenar la facultad de transformación correspondiente al autor (103), quien, salvo pacto en contrario, no se puede oponer a que el cesionario realice o autorice versiones sucesivas de su programa y programas derivados del mismo (art. 98). Supuesto semejante es el encargo de obra hecho por un editor, que se excluye expresamente del contrato de edición; pero la remuneración convenida se debe considerar como anticipo de la que corresponda al autor, si la edición llega a realizarse (art. 59.2). Como no hay aquí una cesión actual de facultades de explotación, el contrato admite diversas configuraciones, tales como la promesa de cesión, el arrendamiento de servicios o el contrato de obra, hipótesis que es perfectamente posible, a nuestro modo de ver, porque la *opus* prometida no consiste sólo en la entrega de la creación intelectual encomendada sino en que la edición se lleve efectivamente a cabo. Una modalidad específica de encargo, y muy poco conocida, es el que se hace por concurso público con premio (104).

Por último, la LPI mantiene la hipoteca de las facultades de explotación «con arreglo a la legislación vigente» (art. 53.1), es decir, la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión de 16 de diciembre de 1954, la cual determina su art. 46.1.º que la hipoteca de la propiedad intelectual comprende como accesorios, salvo pacto en contrario, la adaptación, refundición, traducción, reimpresión, nueva edición o dición de la obra hipotecada. Lo que se debe entender derogado por constituir modalidades de la facultad de transformación (art. 21.1 en relación con los arts. 11 y 12) y cuyo gravamen exige consen-

(102) Para esta figura, F. BONDÍA ROMÁN, «Los autores asalariados», en *Rev. Cívilas Der. Trab.*, 19 (1984), pp. 419 y ss.; J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *Com. LPI*, cit., pp. 760 y ss., y *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 79 y ss.; E. BAUTISTA, «Las obras realizadas por encargo. La figura del autor asalariado. Planteamiento general y problemática española», en *I Congreso Iberoamericano*, I, cit., pp. 427 y ss.

(103) *Vid.*, J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Com. LPI*, cit., pp. 1349-1351 y 1393 y ss.

(104) Sobre el encargo, T. TORRES GARCÍA, *Com. LPI*, cit., pp. 921 y ss.; para J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 155, hay aquí sólo un «pronóstico de cesión», quien estudia el encargo por concurso en pp. 160 y ss.; también, en general, C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.* pp. 229 y ss.

timiento expreso del autor (105). Nótese que objeto de la hipoteca son las facultades de explotación consideradas singularmente (art. 23), pero, dado que son inembargables, la realización del valor sólo puede hacerse efectiva en los frutos o productos derivados de las mismas (art. 53.2).

D. *Contratos típicos*

Varias son las figuras contractuales por las que puede operar la cesión de las facultades de explotación, las cuales se rigen por sus normas propias y supletoriamente por las disposiciones generales que conocemos (art. 57.1). Estas figuras son las siguientes: el contrato de edición (art. 58), que comprende la edición de libros (art. 62) y de obras dramáticas y musicales (art. 71), el de representación teatral (art. 74), ejecución musical (art. 83) y radiodifusión (art. 84), el de producción de obra audiovisual (art. 88) y de transformación en obra de esta índole (art. 89), y el contrato de cesión del derecho de uso de programas de ordenador (art. 99). Mientras la edición se refiere a las facultades de reproducción y distribución, la comunicación pública se cede en los contratos relativos a las obras dramáticas, musicales y escénicas, así como la facultad de transformación es objeto de la creación de obras audiovisuales a partir de obras preexistentes; la producción de obras audiovisuales comprende, en cambio, todas las facultades, salvo la de transformación. En fin, estas figuras presentan las características comunes de ser típicas, bilaterales, sinalagmáticas, onerosas, conmutativas y duraderas; pero no son, a nuestro juicio, aleatorias, asociativas ni comportar una relación *intuitu personae*. Veamos lo esencial de cada tipo.

a) El contrato de edición consiste en la cesión de las facultades de reproducción y distribución de obras actuales (art. 59.1 *a contrario*), mediante un precio, hecha por el autor al editor, quien se obliga a ejercer tales facultades por su cuenta y riesgo (art. 58). Debe formalizarse por escrito y referirse a si la cesión es de carácter exclusivo; el ámbito territorial; la tirada máxima y mínima de ejemplares de cada edición; la distribución de los ejemplares y los reservados al autor, la crítica y la promoción; la remuneración proporcional del autor; y los plazos en que el autor debe entregar el original y en que el editor debe iniciar la distribución, que no puede exceder de dos años desde dicha entrega (art. 60), salvo que se trate de colecciones, prólogos, epílogos u obras similares (art. 63). Será nulo —anulable— si no se extiende por escrito o si se omiten la tirada y el precio, mientras que la omisión de los mencionados plazos permite a las partes compelerse recíprocamente para subsanar la falta y, en defecto de acuerdo, resuelve el juez atendiendo a las circunstancias, actos concluyentes de las partes y los usos (art. 61.1 y 2). La indeterminación del precio se suple por lo dispuesto en el

(105) En el mismo sentido, A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 75, implícitamente; explícito al respecto J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 118 y ss.

art. 46 LPI (art. 60.5.º) y la de la tirada por las normas reglamentarias sobre control, cuyo incumplimiento por el editor habilita al autor y a sus causahabientes para resolver el contrato (art. 72), que se han aprobado por Real Decreto 396/1988, de 25 de abril, el cual distingue los procedimientos de certificación y de numeración o contraseñado. De acuerdo con el primero, el editor debe remitir una certificación del número de ejemplares de la tirada, acompañada de una declaración del impresor (art. 2.º RD 396/1988), que el autor puede comprobar dentro de dos años por medio de un experto, incluido o no en las listas acordadas por las entidades de gestión y las asociaciones de editores y autores, que emite un informe confidencial (arts. 3.º a 5.º RD 396/1988); conforme al segundo, las partes acuerdan en el contrato un procedimiento para efectuar la numeración o contraseñado de cada ejemplar de la tirada correspondiente a cada edición, lo que exonera al editor de otorgar la anterior certificación (arts. 6.º y 7.º RD 396/1988). En fin, junto al contrato individual, puede existir el contrato de adhesión a las condiciones generales acordadas por las entidades de gestión de autores y editores, u otras organizaciones representativas (art. 73), las cuales no requieren autorización administrativa previa.

En virtud de este contrato, el autor debe responder por la autoría y originalidad de la obra, así como por las perturbaciones propias que alteren el ejercicio pacífico de las facultades cedidas (art. 65.2.º); es la obligación de garantía por la que el autor debe abstenerse durante el plazo del contrato de perturbar de hecho o de Derecho al editor conforme al tipo de cesión, garantía que parece no comprende el plagio o ediciones fraudulentas realizados por terceros (106). Debe, además, entregar la obra en forma apta para ser reproducida y en el plazo convenido y, salvo pacto contrario, corregir las pruebas de la tirada (art. 65.1.º y 3.º), momento en que puede introducir modificaciones que estime imprescindible, no alteren el carácter o la finalidad de la obra, no eleven sustancialmente el coste de la edición, ni rebasen el porcentaje máximo que el contrato establezca (art. 66). Asimismo, el editor se obliga a reproducir la obra en la forma pactada, sin alteraciones incontinentas y haciendo constar en los ejemplares el nombre, firma o signo que identifique al autor (art. 64.1.º); debe someter las pruebas a corrección, salvo pacto contrario, y proceder a la distribución de la obra en el plazo y condiciones acordados, y continuarla, a la vez que la difusión comercial, conforme a los usos imperantes en la profesión (art. 64.2.º, 3.º y 4.º); en cuanto a la remuneración, debe satisfacer lo estipulado y, si se ha pactado una cantidad proporcional a los ingresos, debe liquidarla, rendir cuentas, certificar la fabricación, distribución y existencias de ejemplares, al menos, una vez por año y presentar los justificantes correspondientes a solicitud del autor (art. 64.5.º); por último, debe restituir el original una vez hecha la impresión y tirada del mismo (art.

(106) En este sentido, R. GAYA SICILIA, *Com. LPI*, cit., pp. 1023-1025.

64.6.º). Pediente el contrato, el editor no puede vender la edición como saldo, sin consentimiento del autor, antes de dos años; transcurrido este plazo, el autor puede ejercer un derecho de tanteo dentro de treinta días por el precio de saldo o el 10 por 100 del importe facturado por el editor, en caso de remuneración proporcional, vencidos los cuales, puede el editor destruir los ejemplares previa notificación al autor, quien puede adquirirlos gratuitamente, dentro de otros treinta días, para destinarlos a usos no comerciales (art. 67). Pero, extinguido el contrato y salvo pacto contrario, el editor puede vender los ejemplares que posea dentro de tres años, y en tal caso el autor puede adquirirlos al 60 por 100 del precio de venta o por el que se determine pericialmente (art. 70 párr. 1.º).

El contrato se extingue por estas tres causas, a saber: por la venta de todos los ejemplares (art. 69.2.ª); por el transcurso del plazo pactado o, en caso de remuneración a tanto alzado por diccionarios, prólogos, obras científicas, traducciones o ediciones a precio reducido, de diez años y, en todo caso, de quince (art. 69.1.ª, 3.ª y 4.ª), y por resolución a voluntad del autor en los heterogéneos supuestos siguientes: falta de edición de la obra en el plazo y condiciones convenidos; incumplimiento por el editor, previo requerimiento, de sus obligaciones de someter las pruebas a corrección, continuar la explotación y pagar la remuneración; venta a precio de saldo o destrucción de la edición sin notificación al autor; cesión indebida a tercero; no reeditar al cabo de un año una vez agotada la última edición, esto es, cuando los ejemplares remanentes sean inferiores al 5 por 100 o a 100; por liquidación o cambio de titularidad de la empresa, si la obra no se ha reproducido, o por suspensión de la explotación en caso de cese de actividad o concurso del editor si no se reanuda en el plazo fijado por el juez a instancia del autor (68.1, a-f, y 2). Resolución que, por tratarse de un contrato duradero, opera *ex nunc*, salvo que acontezca en la fase inicial del cumplimiento contractual (107), y la indemnización no se limita al interés negativo sino a los perjuicios sufridos efectivamente por el autor (108).

Por otra parte, el contrato de edición de libros debe expresar, además de las menciones obligatorias que conocemos, la lengua o lenguas de la publicación, el anticipo concedido al autor a cuenta de su remuneración, las modalidades de la edición y la colección en la que se integra (art. 62.1, a-c); si no se indica el idioma, se entiende que la edición se limita al de la obra original (art. 62.2); establecidas varias lenguas españolas oficiales, la publicación de la obra en una de ellas no excluye la obligación de publicarla en las demás, salvo que el autor resuelva el contrato, transcurridos cinco años, respecto de las lenguas en que no se haya publicado (art.

(107) Así, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Com. LPI*, cit., p. 1080; para esta clase de obligaciones nos remitimos a nuestro estudio *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980, pp. 51 y ss.

(108) En este sentido, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Com. LPI*, cit., p. 1085; criterio semejante mantiene con carácter general F. PANTALEÓN PRIETO, «Resolución por incumplimiento e indemnización», en *ADC*, 1989, pp. 1143 y ss.

62.3), lo que se aplica también a la traducción de obras extranjeras en España (art. 62.4).

En fin, el contrato de edición de obras dramáticas y musicales comporta, además, la cesión al editor de la facultad de comunicación pública, con las siguientes particularidades: puede no establecerse el número de ejemplares, pero el editor debe confeccionar los necesarios para la explotación normal de la obra de acuerdo con los usos imperantes en la profesión (art. 71.1.^a); el plazo para comenzar la distribución de las obras sinfónicas y gramático-musicales es de cinco años, en lugar de dos (art. 71.2.^a); el editor puede vender los ejemplares como saldo o destruirlos sin limitación alguna y el contrato sólo se extingue por la terminación del plazo pactado (art. 71.3.^a).

b) El contrato de representación teatral presenta estas dos modalidades típicas. Por un lado, es aquel contrato por virtud del cual el autor o sus causahabientes ceden a una persona natural o jurídica la facultad de comunicación pública a través de la representación escénica de obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, pantomímicas o coreográficas a cambio de un precio o remuneración y el cesionario se obliga a llevarla a cabo (art. 74); y por otro lado, es también aquel contrato de comunicación pública en que el cesionario no asume la obligación de realizarla (art. 85). Aunque se ha visto aquí un acto positivo y un contrato de naturaleza real (109), es lo cierto que la figura no se aparta del esquema de la cesión y la segunda modalidad responde a la idea de la explotación facultativa que es propia de la cesión no exclusiva; por eso, las dos modalidades están sometidas al mismo régimen con las adaptaciones que exija la última.

El contrato, que debe constar por escrito (art. 45), se ha de referir a la duración, al plazo de iniciación y a las modalidades cedidas. En cuanto a la duración, puede establecerse un plazo cierto o un número determinado de comunicaciones al público; en todo caso, si la cesión es exclusiva, la duración no puede exceder de cinco años (art. 75.1). Por lo que respecta al plazo de iniciación, es el acordado por los contratantes, que no puede superar los dos años desde la fecha de cesión o desde que el autor puso al cesionario en condiciones de realizar la comunicación; a falta de pacto, este plazo es de un año, y en caso de representación escénica, la temporada correspondiente a la conclusión del respectivo contrato (art. 75.2). Por último, si no se determinan las modalidades cedidas, se limitan a la representación y recitación en teatros, salas o recintos que cobren una entrada en dinero (art. 76); si la remuneración de los autores es una proporción de los ingresos, los empresarios de espectáculos públicos serán depositarios de la misma y deberán

(109) En este sentido, A. HERNÁNDEZ MORENO-F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, *Com. LPI*, cit., p. 1130; en general, F. GALINDO, «La protección y gestión de los derechos de autores de obras dramáticas. La protección y gestión en España», en *I Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 819 y ss.

ponerla a disposición de los autores o sus representantes semanalmente (art. 79).

Además de la obligación de garantía (art. 77.2.^a), el autor se obliga a entregar el texto de la obra; si la obra comprende elementos musicales y no está impresa, debe incluir la partitura completamente instrumentada (art. 77.1.^a). Por su parte, el cesionario debe llevar a cabo la comunicación pública en el plazo acordado, sin variaciones inconsentidas y en condiciones técnicas que no perjudiquen los intereses legítimos o la reputación profesional del autor (art. 78.1.^o y 2.^o en relación con el 14.4.^o), a no ser que el contrato no contemple esta exigencia (art. 85); debe permitir al autor o sus representantes la inspección y la asistencia gratuita a la representación (art. 78.3.^o); además de pagar la remuneración convenida, si ésta es proporcional, debe presentar una declaración de ingresos y el programa exacto de los actos previstos, así como facilitar su comprobación (art. 78.4.^o y 5.^o); salvo pacto en contrario, el cesionario debe obtener las copias necesarias para la comunicación pública de la obra (art. 80.1.^a). Por último, ambas partes de común acuerdo deben elegir a los intérpretes principales y al director de la orquesta, coros, grupos de baile o conjuntos artísticos, y redactar la publicidad (art. 80.2.^a y 3.^a).

El contrato se extingue por las causas generales y en especial, previo pacto expreso, por el rechazo claro del público de las obras de estreno destinadas únicamente a la representación escénica (art. 82), y por resolución a voluntad del autor, aún sin requerimiento, si el cesionario en exclusiva interrumpe las representaciones públicas durante un año o no realiza la comunicación en el plazo convenido (art. 81.1.^o y 2.^o); previa intimidación, el autor puede pedir la resolución por incumplimiento de las demás obligaciones que incumben al cesionario (art. 81.3.^o). Los efectos de esta resolución son iguales que en el contrato de edición.

En particular, el contrato para la ejecución pública de una composición musical es del tipo que impone al cesionario la obligación de realizarla y se rige por estas reglas siempre que lo permita la naturaleza de la obra y la modalidad cedida (art. 83). En cambio, la cesión para la radiodifusión pertenece a la modalidad que no obliga al cesionario a la comunicación pública (art. 84.1), cesión que se limita a la emisión por una vez, con medios inalámbricos, desde los centros emisores de la entidad cesionaria y dentro del ámbito territorial correspondiente, pero comprende la emisión por cable o por satélite en los términos del art. 36.1 y 2 (art. 84.2).

c) En materia de obras audiovisuales se prevén los contratos de producción y de transformación, a los que hay que unir el contrato de versión definitiva, pues, aun cuando no versa sobre la cesión de las facultades de explotación, está ligado estrechamente a su ejercicio; como hemos aludido a ellos en varias ocasiones en este estudio, resaltamos aquí sus rasgos más sobresalientes, con excepción del derecho de participación o secuencia que ha hemos examinado (art. 90.2-5).

Por el contrato de producción se presume que los distintos coautores de la obra audiovisual ceden en exclusiva al productor de la misma las facultades de reproducción, distribución y comunicación pública, así como las de doblaje y subtítulo de la obra (art. 88.1); naturalmente que se trata de una presunción *iuris tantum*. Como sabemos, sólo quedan fuera del contrato, salvo pacto en contrario, la explotación aislada de la respectiva aportación siempre que no se perjudique la normal explotación de la obra audiovisual (art. 88.2) y la facultad de transformación; no obstante, en las obras cinematográficas se requiere consentimiento expreso de los coautores para copias utilizables en el ámbito doméstico o para la radiodifusión (art. 88.1 párr. 2.º), y también para traspasar la banda cinematográfica a vídeos de alquiler o para explotarla por la televisión (110), si bien se presume dicho consentimiento, salvo pacto en contra, para las modificaciones exigidas por el modo de programación de la radiodifusión (art. 92.2 párr. 2.º). Aparte del derecho de participación, la remuneración de los coautores —y del autor de la obra transformada— se debe determinar para cada modalidad de utilización cedida (art. 90.1). En fin, recordemos que la negativa injustificada de un coautor a terminar su aportación, o por causa de fuerza mayor, no impide al productor aprovechar la parte realizada respetando su autoría; sólo en la primera hipótesis podrá reclamar además indemnización de perjuicios (art. 91), y en la segunda, la obligación se extingue con efectos *ex mune*.

Asimismo, por el contrato de transformación de una obra que no esté en el dominio público se presume que su autor cede en exclusiva al productor las mismas facultades que en el supuesto anterior (art. 89.1); sin embargo, y salvo pacto contrario, el autor puede explotar la obra cedida en forma de edición gráfica y de representación escénica y puede disponer de ella para otra obra audiovisual al cabo de quince años (art. 89.2). Dado que estas reservas limitan la exclusiva cedida al productor, no se deben interpretar de forma extensiva ni, menos aún, inversa (111).

Por último, el contrato de versión definitiva es aquél con arreglo al cual se establece la versión que pone término a la obra audiovisual, contrato que, aun cuando se pacta entre el director-realizador y el productor (art. 92.1), no se opone a la intervención de los coautores en la fijación de la misma (112); buena prueba de ello es que las modificaciones posteriores de esta versión requieren el consentimiento, no de estos sujetos, sino de «quienes hayan acordado dicha versión definitiva» (art. 92.2 párr. 1.º). Sobre esta versión ejercen los coautores sus facultades personalísimas (art. 93.1) y no se puede destruir el soporte original que la contenga (art. 93.2).

(110) Como advierte N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., p. 1243.

(111) Según propone J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 85; crítica de la restricción se muestra N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., p. 1259.

(112) En este sentido, aunque con argumentos poco convincentes, N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., pp. 1301-1302.

d) Al margen de los contratos sobre bienes informáticos y de la cambiante fenomenología de las llamadas licencias de uso (113), la LPI regula el contrato de cesión del derecho de uso, en cuya virtud el empresario «autoriza a otro a utilizar el programa, conservando el cedente la propiedad del mismo» (art. 99.1 párr. 1.º); salvo prueba en contrario, la cesión se presume no exclusiva, intransferible y para satisfacer las necesidades personales del usuario (art. 99.1 párr. 2.º); y se precisa, no sin cierta incoherencia, que la introducción del programa en la memoria interna no constituye reproducción y debe comunicarse (art. 99.3), que la reproducción para uso personal, salvo la copia de seguridad, debe ser autorizada (art. 99.2) y que la adaptación del programa por el usuario para su exclusiva utilización no es transformación ni genera una obra transformada (art. 99.4).

A la vista de esta disciplina, se ha pensado que estamos ante una nueva facultad de explotación, consistente en el derecho de uso o utilización del *software* (114), el cual se ha equiparado a un derecho real de tal tipo o se ha considerado como un derecho nuevo parecido al préstamo (115); con todo, en lo que concierne a la naturaleza del contrato por el que tal facultad se cede al usuario, se ha entendido con razón, a nuestro juicio, que se trata de un arrendamiento, que no excluye la compra-venta del soporte de los programas de aplicación masiva (*diskettes*), con el consiguiente agotamiento de la propiedad intelectual (116).

III. LOS OTROS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

1. CARACTERÍSTICAS GENERALES

Sabemos que la LPI, al lado de los derechos de autor, regula otros derechos de propiedad intelectual a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 101), productores de fonogramas (art. 108), productores de grabaciones audiovisuales (art. 112), entidades de radiodifusión (art. 116), autores de meras fotografías (art. 118) y editores de obras inéditas de dominio público (art. 119). Se trata de una nueva regulación que se ha inspirado, según reconoce el Preámbulo de la LPI (párr. 11), en la Convención de Roma de 1961 y en el Convenio sobre fonogra-

(113) Para esto, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Com. LPI*, cit., pp. 1401-1402; I. HERNANDO COLLAZOS, *op. cit.*, pp. 1829 y ss., y M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, «La contratación en materia informática», en *La Ley*, XIII, n.º 3005, 19-V-92, pp. 1 y ss.

(114) Así opinan J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Com. LPI*, cit., p. 1397, y M. HERDERO, *op. cit.*, p. 157.

(115) Así lo conciben, respectivamente, M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Com. LPI*, cit., pp. 663, nota 8, y 664, y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 75.

(116) En este sentido, J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Com. LPI*, cit., pp. 1399 y ss.; I. HERNANDO COLLAZOS, *op. cit.*, p. 1832, y M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, *La contratación*, cit., p. 3; sobre el punto, *vid.* C. ROGEL VIDE, *El derecho de distribución de las obras del espíritu*, cit. pp. 837-838.

mas de 1971, y ha tenido en cuenta también la Ley-tipo acordada por el Comité Intergubernamental de la mencionada Convención en la sesión de Ginebra de 1974. Estamos ante una materia en continua transformación, no sólo por los avances tecnológicos de reproducción y difusión, sino por la posible incorporación de nuevos sujetos a esta esfera de protección, como puede ser el editor (117).

Se ha venido a reconocer así que estos auxiliares de la creación intelectual realizan también una obra de creación, y por eso ostentan unos derechos que nuestro legislador, apartándose de las denominaciones habituales, ha calificado como derechos de propiedad intelectual, los cuales se rigen por sus normas propias y en lo que concierne al contenido de las facultades de explotación que confieren y a sus límites, con carácter subsidiario y en lo pertinente, por los arts. 17 a 23 y 31 a 40 LPI (art. 122). Pero aquí la creación consiste en llevar a cabo la publicación o la comunicación pública de obras preexistentes y se materializa o concreta, en consecuencia, en una obra intelectual diferente; de aquí que estos derechos sean compatibles con los derechos del autor de la obra publicada o comunicada (art. 3.º.3.º) y se entiendan sin perjuicio de los que correspondan a los autores (art. 121). Aunque se ha pensado que en un eventual conflicto deben prevalecer los intereses legítimos de estos últimos, la regla de «coexistencia pacífica» excluye, en realidad, toda posibilidad de conflicto (118).

Es de notar que estos derechos presentan la misma naturaleza jurídica que los derechos de autor, pero difieren en que se rigen por un principio de estricta tipicidad; no sólo hay un *numerus clausus* de supuestos protegidos, sino que su contenido es el que determina en cada caso la LPI. En términos generales, este contenido comprende las facultades de explotación previstas de forma singular por el art. 17 LPI, salvo la de transformación, y son de una duración más breve; facultades personalísimas sólo tienen los artistas intérpretes o ejecutantes y son menos y más restringidas que las de los autores. Recordemos, en fin, que el requisito de originalidad, como vimos, está aquí mitigado.

Pese a ser heterogéneos, los supuestos contemplados pueden ordenarse en tres grupos. En primer lugar, tenemos a los artistas intérpretes

(117) Sobre los llamados derechos vecinos o conexos, *vid.* A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 1425 y ss., y C. DOUTRLEPONT, «La notion de droit voisin. Analyse en droit comparé», en *Les journées du droit d'auteur*, Bruselas, 1989, pp. 5 y ss.; para la Convención de Roma, P. MASOUYE, «La Convention de Rome en matière de droits voisins», en *Les journées*, cit., pp. 43 y ss., y los trabajos reunidos en *I Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 689 y ss.; en fin, para la posible protección autónoma del editor, el debate recogido en *Le droit d'auteur enjeu économique et culturel*, cit., pp. 245 y ss., y M. DEL CORRAL, «¿Hacia el derecho del editor? La dimensión internacional del tema. Presente y futuro», en *I Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 787 y ss.

(118) Como señalan M. COCA PAYERAS-P. A. MUNAR, *Com. LPI*, cit., p. 1625; la expresión entrecomillada es de A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Com. LPI*, cit., p. 1438; por el contrario, afirma la preferencia del autor A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 84.

o ejecutantes, cuyo régimen les confiere una fisonomía especial; seguidamente, están los productores de fonogramas y los de grabaciones audiovisuales que ostentan, junto a otras, la facultad de distribución, a las que conviene unir las Entidades de radiodifusión por afinidad técnica; por último, está el grupo residual de los fotógrafos no autores y los editores de obras inéditas. A este esquema nos ceñiremos a continuación.

2. ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES

Es artista intérprete o ejecutante «la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra» (art. 101), señaladamente las obras contempladas por los arts. 10.1, letra b, c y d, y 20.2, letra a, LPI; se deben incluir aquí los artistas de variedades, de circo y de marionetas, así como a los actores secundarios o de reparto, pero no a los locutores que se limitan a leer noticias ni a los figurantes o comparsas (119). A estos artistas se asimilan los directores de escena y de orquesta (art. 101, parte final), los cuales no se consideran, en consecuencia, como autores. En caso de participación colectiva de varios artistas en una misma actuación, tales como un grupo musical, coro, orquesta, ballet o compañía de teatro, se debe elegir por mayoría de los participantes un representante para el ejercicio conjunto de las facultades de explotación, cuya designación debe constar además por escrito; se excluye de esta representación a los solistas y a los directores de orquesta o de escena (art. 105). No estamos aquí ante una obra colectiva (art. 8.º) sino más bien ante un supuesto semejante a la obra en colaboración (art. 7.º), cuyo régimen se puede aplicar por analogía, pero el respectivo contrato, que debe otorgar el representante, no se puede asimilar al contrato de producción de una obra audiovisual (art. 88), salvo pacto expreso de los contratantes.

Los artistas gozan de las facultades personalísimas de autoría (art. 14.3.º) y de integridad de su obra (art. 14.4.º); por eso, pueden exigir el reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones y oponerse a cualquier deformación, mutilación o atentado que lesione su prestigio o reputación (art. 107 párr. 1.º); estas facultades son vitalicias y se transmiten *mortis causa*, igual que en el caso de los autores (art. 15.1), sólo que aquí a favor de los herederos y por un plazo de veinte años (art. 107 párr. 1.º parte final). Naturalmente que estas facultades no se pueden transmitir por actos entre vivos.

Por otra parte, los artistas ostentan también dos facultades de explotación, las de reproducción y comunicación pública de sus interpretaciones y ejecuciones, las cuales se pueden ceder, con carácter exclusivo o no, mediante un contrato de autorización (art. 102.1); el contrato debe constar por escrito (art. 102.2) y el pacto para el doblaje

(119) En opinión de A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 1442-1443.

en la propia lengua del artista debe ser expreso (art. 107 párr. 2.º). Si la actuación se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entiende, salvo estipulación en contrario, que la contraparte adquiere estas dos facultades, con arreglo a la naturaleza y objeto del contrato (art. 104). Se presume, pues, que los mencionados contratos comportan una cesión a favor del empresario o, en su caso, del arrendador.

Además, corresponden a los artistas los derechos de remuneración que conocemos, esto es, la remuneración compensatoria por copias de uso privado de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en cualquier soporte sonoro o visual (art. 25.1) y un derecho de participación o secuencia semejante al de los artistas plásticos (art. 24) y los autores de obras audiovisuales (art. 90). A este respecto, se determina que por el contrato de interpretación o ejecución para realizar un fonograma o una obra audiovisual el artista cede las facultades de reproducción y comunicación pública (art. 102.3), parece que simultáneamente; en particular, la comunicación pública del fonograma con fines comerciales confiere al artista una compensación económica (art. 103.1), cuyo importe, tras la reforma de 1992, es la mitad del rendimiento neto obtenido por el productor (art. 103.2); artistas y productores pueden actuar conjuntamente ante el usuario del fonograma (art. 103.3).

En fin, estas facultades de explotación y de remuneración tienen una duración de cuarenta años a partir del día primero de enero del año siguiente a aquél en que tuvo lugar la interpretación o ejecución o la publicación del fonograma o la obra audiovisual (art. 106). Esta protección corresponde a los artistas españoles cualquiera que sea el lugar de la interpretación o ejecución (art. 146.1); asimismo, se reconoce a los artistas extranjeros en estos casos: residencia habitual en España, actuación en territorio español, interpretación o ejecución grabada en fonograma o en soporte audiovisual o incorporada a una emisión de radiodifusión que se protejan por el Derecho español (art. 146.2); y en todo caso gozan de la protección que les corresponda por Convenios o Tratados internacionales suscritos por España o por la reciprocidad (art. 146.3).

3. FONOGRAMAS, GRABACIONES AUDIOVISUALES Y RADIODIFUSIÓN

«Se entiende por fonograma toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos» (art. 108.1); fijación que ha de estar incorporada en cualquier soporte material suficientemente permanente o estable, como dice la Ley-tipo de 1974 (art. 1.º.ii). Se ha discutido si el fonograma es una obra intelectual o una cosa o producto de naturaleza ordinaria resultante del proceso mecánico de grabación; discusión que ha perdido su razón de ser en nuestro Derecho desde el momento en que, aun cuando no aparezca en el elenco del

art. 10 LPI, es objeto de estos «otros» derechos de propiedad intelectual (120), lo que presupone admitir, en nuestra opinión, que el fonograma incorpora en cierto modo una labor de creación (art. 1.º).

El titular del fonograma es su productor, es decir, la persona natural o jurídica, o la respectiva empresa, bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza la fijación por primera vez (art. 108.2). Le corresponden las facultades de reproducción directa o indirecta de los fonogramas, distribución de las copias y comunicación pública de aquéllos y de éstas (art. 109.1); en especial, la distribución comprende la importación y exportación de las copias (109.2). Estas facultades se ceden a tercero por el contrato de autorización, y en tal caso están legitimados para perseguir las infracciones tanto el cedente como el cesionario (art. 110), igual que en la cesión en exclusiva (art. 48 párr. 1.º). En fin, estas facultades duran cuarenta años desde el primer día del año siguiente a la grabación o, en su caso, publicación del fonograma (art. 111).

No disímil es el régimen de las grabaciones audiovisuales, que son también las fijaciones o grabaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonidos, aunque el resultado no pueda calificarse como obra audiovisual (art. 112), cuya definición legal conocemos (art. 86.1). La fijación difiere de la obra de esta clase en que alude solamente al soporte material que la contiene; por eso, no abarca los llamados telefilmes, pero sí los videogramas (121), y comprende también las fotografías incorporadas a la grabación (art. 114).

Asimismo, el titular de la grabación audiovisual es quien la produce, esto es, la persona natural o jurídica que tiene la iniciativa y asume la responsabilidad de la fijación (art. 112). Ostenta las facultades de reproducción, distribución y comunicación pública, que puede ceder por un contrato de autorización (art. 113), y además todas las facultades de explotación de las singulares fotografías incluidas en la grabación (art. 114), cuyo ejercicio, por ser independiente de las que correspondan al fotógrafo, autor (art. 17) o no (art. 118 párr. 2.º), requiere el consentimiento previo de éste (122). Estas facultades duran igualmente cuarenta años desde el comienzo del año siguiente a la grabación o, en su caso, a la divulgación de la misma (art. 115).

Finalmente, hay que recordar que tanto los productores de fonogramas como los de las grabaciones audiovisuales gozan de la remuneración compensatoria por copia de uso personal por medio de aparatos no tipográficos (art. 25.1). En otro orden de cosas, estos dos supuestos guardan un estrecho paralelismo con la obra colectiva (art. 8.º), que acaso deba trasladarse en una próxima reforma del Libro I al Libro II

(120) Bien lo advierten M. COCA PAYERAS-P. A. MUNAR, *Com. LPI*, cit., p. 1492.

(121) En opinión de M. COCA PAYERAS-P. A. MUNAR, *Com. LPI*, cit., pp. 1535 y ss.

(122) Otras soluciones proponen M. COCA PAYERAS-P. A. MUNAR, *Com. LPI*, cit., pp. 1553-1554.

de la LPI, en consonancia con quienes propician la protección autónoma del editor por la vía de estos otros derechos de propiedad intelectual (123).

Por último, las Entidades de radiodifusión ostentan la facultad de comunicación pública de sus programas por medio de la emisión o transmisión (art. 116.1), que incluye, en concordancia con lo dispuesto en los arts. 20.2, letras c y d, y 36.2 LPI, la producción de señales con destino a satélites de radiodifusión o telecomunicación (art. 116.2, 1.^a parte). Esta facultad se puede ceder a través de un contrato de autorización con cualquiera de estas tres finalidades típicas: a) La retransmisión por cualquier procedimiento técnico por emisora distinta de la cedente (art. 20.2,e), incluso a través de los mencionados satélites (art. 116.2, parte final); b) la grabación y la reproducción de la misma en cualquier soporte audiovisual, incluso imágenes aisladas de la emisión o transmisión, y c) la comunicación pública de las emisiones en lugares que exijan al pago de entrada (art. 116.1, a-c). La duración de esta facultad es, asimismo, de cuarenta años contados desde el año siguiente al de la emisión (art. 117). Todas las Entidades domiciliadas en España gozan de la misma protección (art. 148.1), sin perjuicio de la prevista en los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte (art. 148.2).

4. MERAS FOTOGRAFÍAS Y OBRAS INÉDITAS

Las llamadas meras fotografías son una fotografía a secas u otra reproducción obtenida por un procedimiento análogo (art. 118 párr. 1.^o) y se contraponen a las creaciones originales de tipo artístico que se califican como obras fotográficas (art. 10.1,h); distinción de gran trascendencia, pues, mientras las últimas están protegidas por un derecho de autor, las primeras se amparan, en cambio, por este otro derecho de propiedad intelectual. En principio, la diferencia estriba en que la mera fotografía no es artística ni original, caracteres que, como sabemos, son tan claros en teoría como oscuros en la práctica; por eso, es preferible huir de conceptos apriorísticos y considerar que esta diferencia, como se ha sugerido acertadamente, ha de apreciarla el juzgador en cada caso (124).

El titular de la mera fotografía es el fotógrafo que la ha realizado materialmente, quien goza de las facultades de reproducción, distribución y comunicación pública, que puede ceder por un contrato de autorización (art. 118 párr. 1.^o). Su duración se extiende hasta los veinticinco años y el *dies a quo* es la fecha de realización de la fotografía (art. 118 párr. 2.^o).

(123) Así, como sabemos, M. MANGADA, *op. cit.*, p. 783.

(124) En este sentido, M. COCA-PAYERAS-P. A. MUNAR, *Com. LPI*, cit., p. 1601; en parecidos términos, A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 91.

El último supuesto que contempla la LPI es la figura del editor de obras inéditas o no divulgadas que estén en el dominio público por haber caducado las facultades de explotación (art. 41 párr. 1.º), que se le confieren por la publicación de las mismas (art. 119.1); asimismo, tales facultades se reconocen ahora a favor del editor que publique obras no protegidas, pero susceptibles de ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales, a quien se le conceden, sin embargo, solamente las facultades de reproducción, distribución y comunicación pública (art. 119.2). En ambos casos, la duración de estas facultades es de diez años contados desde el primer día del año siguiente a la publicación (art. 120).

Por último, los productores de fonogramas y los de grabaciones audiovisuales, así como los fotógrafos y los editores, se sujetan al mismo régimen internacional privado. Así, la LPI se aplica a los ciudadanos españoles y a las empresas domiciliadas en España (art. 147.1,a) y a los extranjeros que publiquen en España por primera vez o en los treinta días siguientes a la publicación en otro país, salvo que el Gobierno establezca restricciones por tratarse de nacionales de Estados que protejan insuficientemente a los españoles (art. 147.1,b); en todo caso, prevalece lo acordado en los Convenios y Tratados internacionales suscritos por España o, en su defecto, la reciprocidad (art. 147.2).

IV. TUTELA CIVIL Y GESTIÓN COLECTIVA

1. ACCIONES DE CESACIÓN Y RESARCIMIENTO Y MEDIDAS CAUTELARES

A diferencia de la antigua confiscación o comiso, la LPI ha articulado un sistema más amplio de tutela civil que comprende la acción de cesación (art. 124), la acción de resarcimiento (art. 125) y abundantes medidas cautelares (art. 126). Esta tutela civil es sin perjuicio de otras acciones (art. 123 párr. 1.º), en especial de aquellas que protegen el honor, la intimidad o la imagen (art. 9.º LO 1/1982), la propiedad ordinaria (art. 348 párr. 2.º Cc) o la responsabilidad civil (art. 1902 Cc). Lo que quiere decir que estas vías de protección son independientes y compatibles entre sí y, en particular, que la protección de los bienes o derechos de la personalidad, la del soporte material de la obra o la del prestigio profesional o la reputación quedan fuera de la LPI y se rigen por sus propias normas.

Conviene advertir que el sujeto protegido es el titular actual de los derechos de autor y de los otros derechos de propiedad intelectual, es decir, no sólo el titular originario sino también sus sucesores y cesionarios; se amparan tanto las facultades personalísimas del autor y del artista como las facultades de explotación, comprendidos los derechos de

remuneración (125). Por otra parte, la infracción consiste en la defraudación, esto es, la usurpación o el ejercicio in consentido de dichas facultades por un tercero (126). En fin, la lesión puede recaer lo mismo sobre las facultades personalísimas que sobre las de explotación, y en cualquiera de los dos casos, o en ambos, puede provocar daños morales y daños patrimoniales indistintamente; por eso, no es de compartir el criterio según el cual «daño moral» en el sentido de la Ley es daño a un derecho moral de autor reconocido en la LPI, no cualquier daño moral» (127). Aparte de que la LPI no distingue (128), y con independencia de la patrimonialidad o no de las facultades personalísimas, nada impide que, por ejemplo, la divulgación no autorizada, la usurpación de la autoría o la alteración de la integridad de la obra causen daños patrimoniales y también daños morales y distintos de los que afectan al honor o a la reputación profesional, tales como sufrimiento, pena, impacto psicológico, etc.; a su vez, la usurpación de las facultades de explotación puede producir los dos tipos de daño, según la prueba y las circunstancias del caso.

La acción de cesación habilita para obtener la inhibición actual y futura de la actividad ilícita y la remoción de sus medios y resultados; así, se puede pedir la suspensión de la explotación infractora (art. 124.1,a), la prohibición de reanudarla (art. 124.1,b) y la retirada del comercio o destrucción de los ejemplares ilícitos, la inutilización o destrucción de los elementos destinados a su reproducción y la remoción o precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada (art. 124.1, c-e). La destrucción o inutilización en estos casos no es total sino en la medida necesaria para impedir la usurpación (art. 124.2) y el titular puede adquirir los ejemplares y materiales ilícitos a precio de coste y a cuenta de la indemnización de daños y perjuicios (art. 124.3). Pero esta acción no alcanza a los ejemplares ilícitos adquiridos de buena fe para uso personal (art. 124.4); buena fe es aquí el desconocimiento del carácter ilícito conforme a la diligencia media y el uso personal se contrapone a la re inserción de los ejemplares en el mercado concurrencial de los derechos de propiedad intelectual (129).

Aunque la acción de resarcimiento se dirige a la reparación íntegra tanto del daño moral como del patrimonial, se trata, en realidad, de supuestos autónomos que se someten a reglas diferentes. En cuanto al primero, se precisa que no es consecuencia ni requiere la prueba previa

(125) Excluye estos derechos, en cambio, A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 93.

(126) Para esto, A. CARRASCO PERERA, *Com. LPI*, cit., pp. 1639 y ss.

(127) Se mantiene A. CARRASCO PERERA, *Com. LPI*, cit., p. 1660; en el mismo sentido, L. DÍEZ-PICAZO, *Com. LPI*, cit., p. 1698; en cambio, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 246 y ss., sostiene que no hay correlación entre el tipo de facultad afectado y el tipo de daño producido.

(128) Como observa A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 93, a propósito de la actividad ilícita del infractor.

(129) Como señala A. CARRASCO PERERA, *Com. LPI*, cit., pp. 1690 y 1691.

del perjuicio económico y se fijan estas tres bases normativas para el cálculo de la indemnización: las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra usurpada (art. 125 párr. 2.º). Por lo que se refiere al daño patrimonial, se establece una opción a favor del actor según la cual puede reclamar o el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente de no mediar la usurpación o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación (art. 125 párr. 1.º). La acción, en fin, prescribe a los cinco años desde el momento en que pudo ejercitarse (art. 125 párr. 3.º).

Se ha pensado que estamos aquí ante el sistema de regalía que pretende la tasación abstracta del daño patrimonial por el enriquecimiento indebido del infractor (130), pero los beneficios de este último, como se ha observado, no sólo quedan fuera de la opción conferida al perjudicado sino que, «además, es imposible establecer una ecuación entre el lucro cesante del titular del derecho y el beneficio del usurpador» (131). Por otra parte, la mencionada opción plantea dificultades procesales y parece refundir el daño emergente y el lucro cesante (132), con lo que se excluiría la acumulación de los mismos que establece el Derecho común (art. 1106 Cc). Por fin, aunque los beneficios del infractor se han omitido, se considera equitativo, con razón, aproximarlos al lucro cesante sufrido por la víctima de la usurpación (133).

Por otra parte, se ha entendido que el art. 123 LPI no excluye otras acciones restauradoras del estado anterior a la usurpación, como la de enriquecimiento indebido o las tendentes a la restitución de los lucros y frutos obtenidos por el infractor (134).

Por último, las medidas cautelares pueden solicitarse cuando ya ha ocurrido la usurpación o cuando exista un temor racional y fundado de que se va a producir de modo inminente, lo que debe apreciar el juez; consiste en la intervención o depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita, la consignación de las remuneraciones debidas, la suspensión de la reproducción, distribución o comunicación pública in consentidas y el secuestro de los ejemplares y del material empleado en la reproducción o en la comunicación pública (art. 126.1-3). Tras la reforma de 1992, el procedimiento se rige por estas reglas: es competente el Juez de Primera Instancia del lugar donde ocurra la infracción o existan indicios o se descubran los ejemplares, a elección del actor, pero una vez presentada la demanda principal sólo será competente el

(130) Así, A. CARRASCO PERERA, *Com. LPI*, cit., pp. 1665 y ss.

(131) En este sentido, L. Díez-PICAZO, *Com. LPI*, cit., p. 1696.

(132) Bien lo advierte L. Díez-PICAZO, *Com. LPI*, cit., p. 1697.

(133) En opinión de L. Díez-PICAZO, *Com. LPI*, cit., pp. 1696 y 1698; la compare V. GUILARTE GUTIÉRREZ, «La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria frente a la responsabilidad extracontractual», en *RDP*, 1991, pp. 1021 y ss., en concreto 1030.

(134) Así, L. Díez-PICAZO, *Com. LPI*, cit., p. 1696, y A. CARRASCO PERERA, *Com. LPI*, cit., pp. 1670 y ss.

Juez que la conozca o, solicitada la medida junto con la demanda y durante la sustanciación de la misma, sólo será competente el Juez que esté conociendo el pleito; debe solicitarse por escrito y no requiere asistencia legal ni representación; dentro de diez días el Juez debe oír a las partes y resolver al día siguiente; ambas partes pueden pedir el reconocimiento judicial que, una vez admitido, se lleva a efecto de inmediato; antes de resolver, el Juez puede exigir al solicitante fianza bastante por los perjuicios y las costas; puede reiterarse la petición si aparecen nuevos hechos o nuevas pruebas; en caso que las medidas se soliciten antes de entablarse la demanda, ésta se debe interponer dentro de ocho días desde la concesión de aquéllas (art. 127.1.^a-6.^a). Tanto las medidas cautelares como el procedimiento pueden aplicarse, con las debidas adaptaciones, en causas criminales (art. 128).

2. PUBLICIDAD FORMAL Y PUBLICIDAD MATERIAL

Suprimida la anterior publicidad obligatoria, se mantiene la inscripción voluntaria de todos los derechos de propiedad intelectual en el Registro General de la Propiedad Intelectual (art. 130.1). Este Registro es de carácter único en todo el territorio nacional, el cual, tras la reforma de 1992, cuenta con un Registro Central que se regula reglamentariamente, así como la inscripción, la coordinación y la información entre las Administraciones Públicas competentes (art. 129.1). Las Comunidades Autónomas competentes, determinarán su estructura y funcionamiento en los respectivos territorios y asumirán su llevanza con arreglo al citado Reglamento (art. 129.2).

En todo caso, la inscripción tiene el mismo efecto que el previsto por el art. 38 párr. 1.^o, 1.^a parte, LH y consiste, salvo prueba en contrario, en la presunción de que los derechos inscritos existen y pertenecen al titular en la forma determinada en el respectivo asiento (art. 130.3); de esta presunción de exactitud se deduce la legitimación del titular inscrito y se ha entendido que, dada la confianza del adquirente en que sólo puede disponer tal titular, cabe también la aplicación analógica del art. 34 LH, si se dan los requisitos para ello (135). Además de los principios de legalidad, calificación y recurso directo ante la jurisdicción civil (art. 130.2), según el Reglamento en vigor hasta el 1 de mayo de 1994, la inscripción se rige por estas reglas: legitimados para solicitarla están los titulares originarios, los sucesores, los productores de obras audiovisuales y los editores de publicaciones periódicas (art. 5.^o); los actos o contratos deben constar en documento público, ejecutoria o documento auténtico expedido por un juez (art. 6.^o); la fecha de la inscripción es el día y la hora del asiento de presentación (art. 7.^o); el tracto sucesivo exige la inscripción previa del transmitente, el cual se puede reanudar por acreditación fehaciente de que el transmitente adquirió en virtud de documento público (art. 8.^o); cabe la corrección de

(135) En este sentido, M. AMORÓS GUARDIOLA, *Com. LPI, cit.*, p. 1734

oficio o a instancia de parte de los errores materiales (art. 10); la publicidad formal se obtiene por consulta directa, salvo el contenido de los programas de ordenador, las certificaciones y las notas informativas (art. 11); los asientos pueden practicarse en libros u otros soportes materiales apropiados (art. 12) (135 bis).

Por otra parte, cabe además la publicidad material por medio de los símbolos de reserva, los cuales pueden colocarse en los distintos ejemplares de la obra de manera que muestren claramente que las facultades de explotación están reservadas (art. 131 párr. 3.º). Se trata de la (C) que el titular o cesionario en exclusiva puede anteponer a su nombre, indicando el lugar y año de divulgación (art. 131 párr. 1.º) o de la (P) que puede anteponer en los fonogramas y en sus envolturas el productor o el cesionario, señalando además el año (art. 131 párr. 2.º). Como se ha señalado, la eficacia de estos símbolos es probatoria y posesoria; aunque no acreditan plenamente la titularidad anunciada, impiden a los terceros alegar desconocimiento de la que públicamente notifican (136).

3. LAS ENTIDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

Suprimido el antiguo monopolio legal, se ha establecido un sistema de libre concurrencia, aunque sujeto a control público, de Entidades constituidas legalmente que se dediquen, en nombre propio o ajeno, a la gestión de las facultades de explotación y derechos de remuneración pertenecientes a una pluralidad de titulares, previa autorización del Ministerio de Cultura publicada en el BOE (art. 132 párr. 1.º), las cuales no deben tener ánimo de lucro y pueden ejercer las facultades confiadas a su gestión (art. 132 párr. 2.º); descartadas las fundaciones y las sociedades, se ha entendido que pueden ser asociaciones y también cooperativas (137). Con todo, la autorización es sumamente restrictiva, pues, aparte del cumplimiento de la docena de requisitos previstos por el art. 136 LPI, se debe acreditar que la Entidad solicitante reúne condiciones para asegurar una administración eficaz en todo el territorio y que la autorización favorece los intereses generales de protección de la propiedad intelectual en España (art. 133.1, a-c), para lo que se tiene en cuenta el número de titulares, el volumen de usuarios, la idoneidad de los estatutos y los medios, las relaciones internacionales y el informe de las Entidades ya autorizadas (art. 133.2); el diseño es, pues, que

(135 bis) Tras dicha fecha, entra en vigor el nuevo Reglamento aprobado por el Real Decreto 733/1993, que traspasa las funciones registrales a los futuros Registros territoriales de las Comunidades Autónomas, a la vez que acentúa el carácter primordialmente administrativo de los mismos.

(136) En este sentido, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *Com. LPI*, cit., pp. 1763-1764.

(137) Como observa F. CAPILLA RONCERO, *Com. LPI*, cit., pp. 1784 y ss.; sobre el punto, en particular, F. BENÍTEZ DE LUGO, «Entidades de gestión de la propiedad intelectual», en *RDP*, 1988, pp. 779 y ss., y A. DELGADO PORRAS, «La regulación española de la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos conexos», en *Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 643 y ss.

«existan pocas, pero sólidas» (138). Además del control (art. 141) y vigilancia (art. 144), la autorización es revocable por existir o sobrevenir un hecho que justifique la denegación y por incumplimiento grave de sus obligaciones (art. 134); en particular, las Entidades deben repartir los derechos recaudados equitativamente (art. 139.1) o, en todo caso, en proporción a la utilización de las obras (art. 139.2). Tras la reforma de 1992, deben promover servicios asistenciales para los socios y dedicar parte de la remuneración compensatoria por copia privada a la formación de autores y artistas, no sólo nóveles sino de cualquier condición (art. 140.1), por partes iguales (art. 140.2). La mencionada parte de la remuneración compensatoria se ha fijado en el 20 por 100 de la misma (art. 39.2 Real Decreto 1434/1992).

Por otra parte, las relaciones de los titulares con las Entidades son también particulares; no sólo están obligadas a aceptar la administración de las facultades encomendadas (art. 137) sino que deben asegurar una gestión libre de influencias y evitar la injusta utilización preferente de las obras (art. 138.2). El contrato no puede durar más de cinco años, renovables indefinidamente, y no puede comprender todas las modalidades de explotación, ni la totalidad de la obra o la producción futura (art. 138.1). Aunque pueden advertirse aquí elementos de mandato o mediación, es claro que se trata básicamente de una cesión de las facultades de explotación, dado el nítido paralelismo con el art. 43 LPI (139).

Finalmente, no menos peculiares son las relaciones de las Entidades con los usuarios; no están obligadas a contratar cesiones no exclusivas en condiciones razonables y bajo remuneración, salvo motivo justificado (art. 142.1,a), que pueden entenderse concedidas por hacer efectiva la remuneración bajo reserva o por consignación judicial (art. 142.2), deben establecer tarifas generales que fijen la remuneración por la utilización de su repertorio (art. 142.1,b) y celebrar contratos generales —normativos— con las asociaciones de usuarios (art. 142.1,c); se excluyen las obras literarias, escénicas y las que requieran autorización individualizada del titular (art. 142.3). Se ha creado en el Ministerio de Cultura una Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual para resolver, previo compromiso escrito, los conflictos entre Entidades y asociaciones sobre las cesiones no exclusivas (art. 143 párr. 2.º, a) o para fijar tarifas generales sustitutorias a solicitud de una asociación de usuarios o una Entidad de radiodifusión (art. 143 párr. 2.º, b); el laudo es vinculante y ejecutivo y el arbitraje excluye a la jurisdicción ordinaria (art. 143 párr. 4.º y 5.º); en fin, la Comisión es paritaria y el procedimiento se ha regulado con carácter subsidiario, aunque obligatorio, por el Real Decreto 479/1989 (art. 2.º), el cual se suple por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (art. 3.º).

(138) Así, F. CAPILLA RONCERO, *Com. LPI*, cit., p. 1796, literalmente; de hecho, como informa E. DE LA PUENTE, «Tendencias de la legislación española sobre Propiedad Intelectual. Sus perspectivas», en *I Congreso Iberoamericano*, cit., pp. 289 y ss., en especial 303, existen seis.

(139) En el mismo sentido, F. CAPILLA RONCERO, *Com. LPI*, cit., pp. 1781 y 1819, y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 171-172.

